

AB 2015/226

**AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE
RAAD VAN STATE**

15 april 2015, nr. 201309575/1/A2

(Mrs. C.J. Borman, N. Verheij, R.J.J.M. Pans)

m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden

Art. 4 lid 3 VEU; art. 107, 108 VWEU; art. 23bis Verordening (EG) Nr. 659/1999 (Procedureverordening)

ECLI:NL:RVS:2015:1152

Geen gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de te veel uitgekeerde steun als gevolg van fout bestuursorgaan; geen uitzonderlijke omstandigheden. De in art. 108 lid 3 VWEU neergelegde verplichting tot terugvordering van onrechtmatige steun geldt voor de lidstaat Nederland en ook voor bestuursorganen. Daarmee is de bevoegdheidsgrondslag een gegeven. Welk bestuursorgaan bevoegd is wordt vastgesteld op basis van het nationale recht.

Bij besluit van 23 november 2012 heeft het Zorginstituut de definitieve vaststelling van de vereveningsbijdrage herzien en lager vastgesteld op € 382.755.039 en € 4.009.973 van Zorg en Zekerheid teruggevorderd. (...)

Bij brief van 27 juni 2014 heeft de Afdeling de Commissie verzocht te adviseren over de vraag of het Zorginstituut op basis van de Europese staatssteunregels gehouden is tot herziening en terugvordering van het te veel betaalde. De Commissie heeft in haar advies van 27 oktober 2014 uiteengezet dat de goedkeuring van het risicovereveningssysteem bij de beschikking van 3 mei 2005 uitsluitend geacht kan worden betrekking te hebben op de correcte toepassing van het systeem, die waarborgt dat compensatie beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor het compenseren van de gemaakte meerkosten van de verzekeraars. Een incorrecte toepassing van het systeem, waardoor verzekeraars in het kader van het risicovereveningssysteem een te hoge bijdrage ontvangen, vormt onrechtmatige staatssteun als bedoeld in artikel 107, eerste lid, en artikel 108, derde lid, van het VWEU, aangezien het de bij de beschikking van 3 mei 2005 goedgekeurde functie van dienst van algemeen economisch belang niet vervult. Het feit dat de te hoge bijdragen het gevolg zijn van een rekenfout die te wijten is aan de steunverlener laat volgens de Commissie onverlet dat deze steun onrechtmatig is. Voorts kan Zorg en Zekerheid geen beroep doen op het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen, aldus de Commissie. (...)

Dit betekent dat voor zover aan Zorg en Zekerheid een te hoge vereveningsbijdrage is toegekend, dit niet met inachtneming van artikel 108 van het VWEU is gebeurd, zodat zij zich in zoverre niet met succes op een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de te veel uitgekeerde steun kan beroepen. Dit is slechts anders indien sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken. (...)

Dat de Zwv 2007, zoals Zorg en Zekerheid terecht heeft betoogd, geen grondslag biedt voor herziening van een vastgestelde vereveningsbijdrage, vormt evenmin grond voor het oordeel dat het Zorginstituut van terugvordering moest afzien. In dit kader is het volgende van belang. Zoals hiervoor is uiteengezet, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat voor zover aan Zorg en Zekerheid een te hoge vereveningsbijdrage is toegekend, dit niet in overeenstemming met artikel 108 van het VWEU is gebeurd. In artikel 108, derde lid, van het VWEU is bepaald dat een lidstaat geen steunmaatregelen ten uitvoer mag brengen die volgens artikel 107 van het VWEU onverenigbaar zijn met de interne markt. In het verlengde hiervan is de lidstaat op basis van die bepaling verplicht om steun die reeds is verleend, maar onverenigbaar is met artikel 107 van het VWEU, terug te vorderen (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 21 november 1991, C-354/90, punten 12 en 13 (ECLI:EU:C:1991:440)). Artikel 108, derde lid, van het VWEU heeft directe werking (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 13 januari 2005, C-174/02, punt 19 (ECLI:EU:C:2005:10)). Dit betekent dat, gelet op de arresten van het Hof van Justitie van 22 juni 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo, punten 29 en 30 (ECLI:EU:C:1989:256) en 9 september 2003, C-198/01, CIF, punt 49 (ECLI:EU:C:2003:430) de in artikel 108, derde lid, van het VWEU neergelegde verplichting ook geldt voor bestuursorganen. Daarmee is de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering van het in strijd met die bepaling te veel toegekende een gegeven.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 24 december 2008 in zaak nr. 200502951/1) moet, in het geval de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het Unierecht een gegeven is, de uitoefening van de bevoegdheid plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan.

Uitspraak in het geding tussen:
Zorgverzekeraar Zorg en Zekerheid U.A. (hierna: Zorg en Zekerheid), te Leiden, appellante,
en

het College voor Zorgverzekeringen, thans Zorginstituut Nederland (hierna: het Zorginstituut), verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 25 maart 2011 heeft het Zorginstituut de vereveningsbijdrage Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) 2007 voor Zorg en Zekerheid definitief vastgesteld op € 386.765.012.

Bij besluit van 25 maart 2011 heeft het Zorginstituut de vereveningsbijdrage Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) 2007 voor Zorg en Zekerheid definitief vastgesteld op € 386.765.012.

Bij besluit van 23 november 2012 heeft het Zorginstituut de definitieve vaststelling van deze bijdrage herzien en lager vastgesteld op € 382.755.039 en € 4.009.973 van Zorg en Zekerheid teruggevorderd.

Bij besluit van 4 september 2013 heeft het Zorginstituut het door Zorg en Zekerheid hiertegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft Zorg en Zekerheid beroep ingesteld.

Het Zorginstituut heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 juni 2014, waar Zorg en Zekerheid, vertegenwoordigd door mr. A.M. Nijboer, advocaat te Den Haag, vergezeld door mr. E.M. Crebas en mr. R. Roodenburg, en het Zorginstituut, vertegenwoordigd door drs. J. Bakker, mr. M. van Dijen en drs. L.J.M. de Heij, allen werkzaam aldaar, zijn verschenen.

Na het sluiten van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend en bij brief van 27 juni 2014 de Europese Commissie (hierna: de Commissie) om advies gevraagd. Deze adviesaanvraag was gebaseerd op artikel 23bis, eerste lid, van Verordening (EG) Nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 2009 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: de Procedureverordening). De Commissie heeft op 27 oktober 2014 advies uitgebracht. De vragen aan en het antwoord van de Commissie zijn aangehecht. Daartoe in de gelegenheid gesteld heeft Zorg en Zekerheid bij brief van 25 november 2014 daarop gereageerd. Het Zorginstituut heeft geen reactie gegeven. Met toestemming van partijen is afgezien van een verdere behandeling van de zaak ter zitting, waarna het onderzoek is gesloten.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna:

het VEU) respecteren de Unie en de lidstaten, krachtens het beginsel van loyale samenwerking, elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.

Ingevolge artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), zijn, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bestokigd, 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.

Ingevolge artikel 108, derde lid, wordt 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 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.

Ingevolge artikel 23bis, eerste lid, van de Procedureverordening kunnen de rechterlijke instanties van de lidstaten naar aanleiding van de toepassing van artikel 107, eerste lid, en artikel 108 van het VWEU de Commissie verzoeken informatie te verstrekken waarover zij beschikt, of een advies te geven over vragen betreffende de toepassing van staatssteunregels.

Ingevolge artikel 32, eerste lid, van de Zvw, zoals deze luidde ten tijde van belang, kent het Zorginstituut een zorgverzekeraar die voldaan heeft aan zijn verplichtingen, bedoeld in artikel 25, voor ieder kalenderjaar waarin hij zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert een bijdrage toe.

Ingevolge het tweede lid worden bij algemene maatregel van bestuur regels omtrent de berekening van de bijdragen gesteld.

Ingevolge artikel 33, tweede lid, kent het Zorginstituut de bijdragen aan de bij de ministeriële regeling aangewezen zorgverzekeraars toe.

Ingevolge artikel 34, eerste lid, stelt het Zorginstituut uiterlijk in het tweede jaar volgende op

het kalenderjaar waarvoor de bijdragen, bedoeld in artikel 32, zijn toegekend, de bijdrage vast.

Ingevolge het tweede lid houdt de vaststelling van een bijdrage in ieder geval in een herberekening van de bijdrage op basis van het werkelijke aantal verzekerden dat de zorgverzekeraar in het desbetreffende jaar had en de werkelijke verdeling van de verzekerdenkenmerken als bedoeld in artikel 32, derde lid, over die verzekerden, voor zover de daartoe benodigde gegevens tijdig bij het college zijn aangeleverd.

Ingevolge het derde lid worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels omtrent de berekening van de bijdragen gesteld, met dien verstande dat generieke verevening slechts tot en met 31 december 2010 mogelijk is.

Ingevolge artikel 36 is op rechten of verplichtingen die voortvloeien uit hetgeen in deze paragraaf geregeld is, titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) niet van toepassing.

Het Besluit zorgverzekering (*Stb.* 2005, 389; hierna: het Besluit) is de in artikel 32, tweede lid, en artikel 34, tweede lid, van de Zvw bedoelde algemene maatregel van bestuur.

Paragraaf 1.3. van hoofdstuk 3 bevat de artikelen 3.8 tot en met 3.13 betreffende de berekening van het normatieve bedrag ten behoeve van, en de vaststelling van de bijdrage aan, een zorgverzekeraar.

Ingevolge artikel 3.8, derde lid, van het Besluit, zoals dit gold ten tijde van belang, herberekent het Zorginstituut ter herberekening van de bijdrage, bedoeld in artikel 34, tweede lid, van de Zvw, het normatieve bedrag ten behoeve van een zorgverzekeraar. Het Zorginstituut baseert de herberekening van het normatieve bedrag op de ingevolge dit besluit voor de onderscheiden deelbedragen relevante gegevens over het betreffende jaar.

Ingevolge artikel 3.11, eerste lid, past het Zorginstituut op het deelbedrag kosten van overige prestaties op een bij ministeriële regeling te bepalen wijze hogekostencompensatie (hierna: HKC) toe.

Ingevolge het tweede lid past het Zorginstituut, na toepassing van het eerste lid, in een bij ministeriële regeling te bepalen mate generieke verevening toe.

Ingevolge artikel 3.12, eerste lid, past het Zorginstituut op het deelbedrag kosten van geneeskundige geestelijke gezondheidszorg op een bij ministeriële regeling te bepalen wijze hogekostencompensatie toe.

Ingevolge het tweede lid past het Zorginstituut in een bij ministeriële regeling te bepalen mate generieke verevening toe.

Ingevolge artikel 3.13, eerste lid, sommeert het Zorginstituut de ingevolge de artikelen 3.8 tot en met 3.12 herberekende deelbedragen tot één normatief bedrag.

Ingevolge het vierde lid deelt het Zorginstituut aan de zorgverzekeraar het herberekende normatieve bedrag en de vastgestelde bijdrage mee, en geeft hierbij aan welke bedragen, bedoeld in het tweede lid, bij de vaststelling van de bijdrage zijn betrokken.

Ingevolge het vijfde lid kan het Zorginstituut het normatieve bedrag ten behoeve van een zorgverzekeraar voorlopig herberekenen en de bijdrage voorlopig vaststellen. Het vierde lid is van overeenkomstige toepassing.

De Regeling zorgverzekering (*Stcrt.* 2005, 171; hierna: de Regeling) is de in artikel 3.11, tweede lid, van het Besluit bedoelde ministeriële regeling voor het jaar 2007.

Paragraaf 3 van hoofdstuk 3 bevat de artikelen 3.3 tot en met 3.15 betreffende de verdeling van de macrodeelbedragen en de berekening van het normatieve bedrag ten behoeve van, en de bijdrage aan, een zorgverzekeraar.

Ingevolge artikel 3.12, eerste lid, van de Regeling, zoals die Regeling gold ten tijde hier van belang, past het Zorginstituut de uitwerking van hogekostencompensatie voor de macro-deelbedragen variabele kosten van ziekenhuisverpleging en kosten van specialistische hulp en kosten van overige prestaties als volgt toe:

a. 90% van de som van de variabele kosten van ziekenhuisverpleging en kosten van specialistische hulp van individuele verzekerden en van de kosten van overige prestaties van individuele verzekerden, voor zover deze kosten tezamen het bedrag van € 12.500 per verzekerde op jaarbasis overschrijden, wordt ten laste van een pool gebracht;

b. de ten laste van de pool te brengen kosten worden per verzekerde gesplitst in enerzijds variabele kosten van ziekenhuisverpleging en kosten van specialistische hulp en anderzijds kosten van overige prestaties naar rato van de totalen van die beide kostensoorten van die verzekerde;

c. vervolgens worden de uitkomsten per kostensoort per zorgverzekeraar gesommeerd;

d. aan de ingevolge onderdeel c gesommeerde variabele kosten van ziekenhuisverpleging en kosten van specialistische hulp wordt per zorgverzekeraar 30% toegevoegd van de kosten van verzekerde prestaties die verzekerden buiten Nederland vanaf 1 januari 2006 hebben gemaakt en die het Zorginstituut op declaraties op kasbasis naar het werkelijke bedrag in 2007 vergoedt, voor zover zij ingevolge artikel 3.7, eerste lid, als variabele kosten van ziekenhuisverpleging en kosten van specialistische hulp zijn aangemerkt;

e. aan de ingevolge onderdeel c gesommeerde kosten van overige prestaties wordt per zorgverzekeraar 5% toegevoegd van de kosten van verzekerde prestaties die verzekerden buiten Nederland vanaf 1 januari 2006 hebben gemaakt en die het Zorginstituut op declaraties op kasbasis naar het werkelijke bedrag in 2007 vergoedt, voor zover zij ingevolge artikel 3.7, eerste lid, als kosten van overige prestaties zijn aangemerkt;

f. voor elk van beide kostensoorten wordt het percentage berekend dat voortvloeit uit de verhouding tussen de som van de ten laste van de pool gebrachte kosten van alle zorgverzekeraars tezamen en de som van de herberekende deelbedragen van alle zorgverzekeraars tezamen, en toegepast per deelbedrag van een zorgverzekeraar;

g. de uitkomsten van onderdeel f worden ten gunste van de pool gebracht;

h. op basis van de uitkomsten van onderdeel c en na toepassing van de onderdelen d, e en g, worden de genoemde deelbedragen herberekend.

2. Bij beschikking van 3 mei 2005, C(2005)1329fin, heeft de Commissie, voor zover thans van belang, geoordeeld dat het Nederlandse risicovereveningssysteem, zoals hiervoor onder 1 gedeeltelijk uiteen is gezet, verenigbaar is met het toen geldende artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag (thans: artikel 106, tweede lid, van het VWEU), omdat dit systeem slechts wordt toegepast voor zover het nodig is om meerkosten van de uitvoering van een openbare dienstverplichting te compenseren en de maatregel zodanig is uitgewerkt dat de mededinging niet in een mate die met het gemeenschappelijk belang strijdig is, wordt beïnvloed.

3. Aan het besluit van 23 november 2012, gehandhaafd bij besluit van 4 september 2013, heeft het Zorginstituut ten grondslag gelegd dat bij de vaststelling van de vereveningsbijdrage Zvw 2007 is gerekend met onjuiste verrekenpercentages voor de HKC. Omdat de HKC van invloed is op de totale bijdrage die alle zorgverzekeraars ontvangen en het uitgangspunt van de vereveningsbijdrage is dat een gelijk speelveld wordt gecreëerd en alle zorgverzekeraars precies dat bedrag ontvangen waarop zij na een juiste toepassing van de regels recht hebben, is het van belang dat de toepassing van de HKC op een volledige en correcte manier wordt uitgevoerd. Volgens het Zorginstituut wordt het vertrouwen van alle zorgverzekeraars in het door de vereveningsbijdrage gecreëerde gelijke speelveld hersteld doordat het Zorginstituut transparantie betracht over fouten die in de uitvoering van de risicoverevening zijn geslopen en deze fouten consequent repareert. Gelet hierop, weegt het vertrouwen in het gelijke speelveld en de consequente handhaving daar-

van zwaarder dan het individuele belang dat Zorg en Zekerheid heeft bij het vertrouwen dat zij mag ontlenen aan een individuele beschikking, aldus het Zorginstituut. Voorts heeft het Zorginstituut zich op het standpunt gesteld dat het niet herzien van een onjuiste berekening als gevolg waarvan een zorgverzekeraar een hogere bijdrage heeft ontvangen dan waar hij recht op heeft, kan worden aangemerkt als onrechtmatige staatssteun, zodat de herziening ook daarom terecht is.

4. Bij brief van 27 juni 2014 heeft de Afdeling de Commissie verzocht te adviseren over de vraag of het Zorginstituut op basis van de Europese staatssteunregels gehouden is tot herziening en terugvordering van het te veel betaalde. De Commissie heeft in haar advies van 27 oktober 2014 uiteengezet dat de goedkeuring van het risicovereveningssysteem bij de beschikking van 3 mei 2005 uitsluitend geacht kan worden betrekking te hebben op de correcte toepassing van het systeem, die waarborgt dat compensatie beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor het compenseren van de gemaakte meerkosten van de verzekeraars. Een incorrecte toepassing van het systeem, waardoor verzekeraars in het kader van het risicovereveningssysteem een te hoge bijdrage ontvangen, vormt onrechtmatige staatssteun als bedoeld in artikel 107, eerste lid, en artikel 108, derde lid, van het VWEU, aangezien het de bij de beschikking van 3 mei 2005 goedgekeurde functie van dienst van algemeen economisch belang niet vervult. Het feit dat de te hoge bijdragen het gevolg zijn van een rekenfout die te wijten is aan de steunverlener laat volgens de Commissie onverlet dat deze steun onrechtmatig is. Voorts kan Zorg en Zekerheid geen beroep doen op het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen, aldus de Commissie.

5. Zorg en Zekerheid betoogt in haar reactie van 25 november 2014 op het advies van de Commissie dat de Commissie ten onrechte heeft gesteld dat zij geen beroep kan doen op het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen. In dat kader voert zij aan dat de procedure met betrekking tot de vereveningsbijdrage door de Commissie is goedgekeurd en de vereveningsbijdrage volledig volgens de goedgekeurde procedure is toegekend, maar dat door een fout in een door een ander bestuursorgaan aangeleverd getal een te hoog bedrag is toegekend. Gelet op het feit dat de vereveningsbijdrage drie keer – al dan niet voorlopig – was vastgesteld voordat de fout werd ontdekt, was de fout bovendien niet gemakkelijk te zien. Volgens Zorg en Zekerheid kon zij niet weten dat er sprake was van een fout en mocht zij er dus op vertrouwen dat het besluit met het toegekende bedrag correct was.

Voor zover de Afdeling voornemens is het advies van de Commissie over de bescherming van het gewettigd vertrouwen te volgen, verzoekt Zorg en Zekerheid om het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

5.1 Uit het arrest van het Hof van Justitie van 13 juni 2013, C-630/11P tot en met C-633/11P, punt 134 (ECLI:EU:C:2013:387) volgt dat begunstigden zich in beginsel, en behoudens uitzonderlijke omstandigheden, slechts op een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van een steunmaatregel kunnen beroepen indien bij de steunverlening de procedure van artikel 108 van het VWEU in acht is genomen. Het is daarbij aan de Afdeling om te oordelen of het vertrouwensbeginsel in dit geval is geëerbiedigd ten aanzien van het verzoek tot terugbetaling (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 18 december 2014, C-599/13, *SOMVAO*, punt 54 (ECLI:EU:C:2014:2462)).

Zoals hiervoor onder 4 uiteen is gezet, kan de goedkeuring van het risicovereveningssysteem bij de beschikking van 3 mei 2005 uitsluitend geacht worden betrekking te hebben op de correcte toepassing van het systeem en valt een incorrecte toepassing daarvan als gevolg van een rekenfout die te wijten is aan de steunverlener daar niet onder. Dit betekent dat voor zover aan Zorg en Zekerheid een te hoge vereveningsbijdrage is toegekend, dit niet met inachtneming van artikel 108 van het VWEU is gebeurd, zodat zij zich in zoverre niet met succes op een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de te veel uitgekeerde steun kan beroepen. Dit is slechts anders indien sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken. Hierbij is van belang dat het systeem voor de berekening van de vereveningsbijdrage zeer complex is, zodat partijen er rekening mee moeten houden dat vergissingen kunnen worden gemaakt bij de verwerking van gegevens die bij de bepaling van de vereveningsbijdrage een rol spelen. Hier komt bij dat de herziening en terugvordering betrekking hebben op een bedrag van minder dan 2% van het totaalbedrag dat voor Zorg en Zekerheid is vastgesteld en dat van de rekenfout in augustus 2011, derhalve betrekkelijk kort na de vaststelling van 25 maart 2011 en direct nadat deze was ontdekt, door het Zorginstituut aan Zorg en Zekerheid mededeling is gedaan. Ten slotte vloeit ook uit de aard van de vereveningsbijdrage, die gericht is op het creëren van een gelijk speelveld, voort dat Zorg en Zekerheid er niet op mocht vertrouwen dat zij het te veel betaalde niet hoefde terug te betalen. Het rechtzetten van vergissingen als hieraan de orde zal voor een verzekeraar de ene keer een voor- en de ander keer een nadeel betekenen, maar steeds erin voorzien

dat zorgverzekeraars precies het bedrag ontvangen waarop zij na een juiste toepassing van de regels recht hebben.

5.2 Nu de opgeworpen vraag over de bescherming van gewettigd vertrouwen kan worden beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie bestaat, gelet op het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 1982, 283/81, *Cilfit*, punten 13 en 14, (ECLI:EU:C:1982:335), geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen.

5.3 Dat de Zvw 2007, zoals Zorg en Zekerheid terecht heeft betoogd, geen grondslag biedt voor herziening van een vastgestelde vereveningsbijdrage, vormt evenmin grond voor het oordeel dat het Zorginstituut van terugvordering moest afzien. In dit kader is het volgende van belang. Zoals hiervoor is uiteengezet, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat voor zover aan Zorg en Zekerheid een te hoge vereveningsbijdrage is toegekend, dit niet in overeenstemming met artikel 108 van het VWEU is gebeurd. In artikel 108, derde lid, van het VWEU is bepaald dat een lidstaat geen steunmaatregelen ten uitvoer mag brengen die volgens artikel 107 van het VWEU onverenigbaar zijn met de interne markt. In het verlengde hiervan is de lidstaat op basis van die bepaling verplicht om steun die reeds is verleend, maar onverenigbaar is met artikel 107 van het VWEU, terug te vorderen (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 21 november 1991, C-354/90, punten 12 en 13 (ECLI:EU:C:1991:440)). Artikel 108, derde lid, van het VWEU heeft directe werking (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 13 januari 2005, C-174/02, punt 19 (ECLI:EU:C:2005:10)). Dit betekent dat, gelet op de arresten van het Hof van Justitie van 22 juni 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*, punten 29 en 30 (ECLI:EU:C:1989:256) en 9 september 2003, C-198/01, *CIF*, punt 49 (ECLI:EU:C:2003:430) de in artikel 108, derde lid, van het VWEU neergelegde verplichting ook geldt voor bestuursorganen. Daarmee is de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering van het in strijd met die bepaling te veel toegekende een gegeven.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 24 december 2008 in zaak nr. 200502951/1) moet, in het geval de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het Unierecht een gegeven is, de uitoefening van de bevoegdheid plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan.

Aangezien ingevolge artikel 36 van de Zvw 2007 titel 4.2 van de Awb niet van toepassing is op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de vaststelling van de vereveningsbijdrage,

dient voor de bevoegdheid tot herziening van de vastgestelde vereveningsbijdrage aansluiting te worden gezocht bij het in het – ongeschreven – bestuursrecht geldende uitgangspunt dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstige beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien deze onjuist is. 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 artikel 4, derde lid, van het VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking, is de Afdeling van oordeel dat het Zorginstituut, als bestuursorgaan dat ingevolge artikel 33, tweede lid, van de Zvw 2007 bevoegd is de vereveningsbijdrage toe te kennen, bevoegd en ook gehouden was de vaststelling van de vereveningsbijdrage te herzien. Nu het hiertoe strekkende besluit tot gevolg heeft dat een deel van de vereveningsbijdrage onverschuldigd is betaald, is het Zorginstituut uit hoofde van het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald ook kan worden teruggevorderd, tevens bevoegd het te veel betaalde terug te vorderen (vergelijk de uitspraak van 11 januari 2006 in zaak nr. 200503463/1; www.raadvanstate.nl).

5.4 Het betoog faalt.

6. Het betoog van Zorg en Zekerheid dat bij de herziening ten onrechte geen belangenafweging heeft plaatsgevonden, wat daar ook van zij, faalt evenzeer, nu het Zorginstituut, zoals hiervoor onder 5.3 uiteen is gezet, bevoegd en ook gehouden was de vaststelling van de vereveningsbijdrage te herzien en het te veel betaalde terug te vorderen.

7. Ten slotte betoogt Zorg en Zekerheid dat zij ten onrechte niet is gehoord voorafgaand aan de herziening.

7.1 Ingevolge artikel 4:8, eerste lid, van de Awb, stelt het bestuursorgaan, voordat het een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:

a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en

b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

Ingevolge artikel 4:12, eerste lid, kan het bestuursorgaan toepassing van artikel 4:8 achterwege laten bij een beschikking die strekt tot het vaststellen van een financiële verplichting of aanspraak indien:

a. tegen die beschikking bezwaar kan worden gemaakt of administratief beroep kan worden ingesteld; en

b. de nadelige gevolgen na bezwaar of administratief beroep volledig ongedaan kunnen worden gemaakt.

7.2 Aangezien tegen het besluit van 23 november 2012 van het Zorginstituut bezwaar openstond en de nadelige gevolgen na bezwaar volledig ongedaan gemaakt konden worden, heeft het Zorginstituut toepassing van artikel 4:8, eerste lid, van de Awb achterwege mogen laten.

Het betoog faalt.

8. Het beroep is ongegrond.

9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

verklaart het beroep ongegrond.

Noot

1. Deze uitgebreid gemotiveerde uitspraak verdient vooral een annotatie omdat zij meer inzicht biedt in de opvattingen van de Afdeling bestuursrechtspraak over het legaliteitsbeginsel c.q. de bevoegdheidsverdeling tussen bestuursorganen bij de uitvoering van EU-recht. De uitspraak wijkt bovendien af van een eerdere, spraakmakende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de bevoegdheid tot het terugvorderen van onrechtmatige staatssteun in de zaak *Fleuren Compost* (ABRvS 11 januari 2006, AB 2006/208, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2006/98, m.nt. R.J.M. van den Tweel (*Fleuren Compost*)). Laatstgenoemde zaak leidde destijds zelfs tot een infractieprocedure tegen Nederland, die werd stopgezet toen het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun (*Kamerstukken* 31 418) in 2008 bij de Tweede Kamer werd ingediend. Daar ligt het overigens nog steeds. Voordat wij toekomen aan de bevoegdheidskwestie (vanaf punt 6) geven wij eerst de casus kort weer (punten 2 en 3) en besteden wij enige aandacht aan de betekenis van het vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van zogenaamde Unierechtelijk geregelde geldbedragen (punten 4 en 5).

2. Het geschil draait om de zogenaamde vereveningsbijdrage die Nederlandse zorgverzekeraars jaarlijks ontvangen. Deze bijdrage is een ingewikkeld verschijnsel (op internet vindt u gemakkelijk het VWS-rapport 'Beschrijving van het risico-vereveningssysteem van de Zorgverzekeringswet', dat maar liefst 135 pagina's telt) dat is bedoeld om risico-selectie door zorgver-

zekeraars tegen te gaan. Kort gezegd houdt risicoverevening in dat zorgverzekeraars financieel worden gecompenseerd voor verzekerden met een ongunstig risicoprofiel (bijvoorbeeld ouderen en chronisch zieken). Die hoeven zij dus niet te weren in het kader van een bedrijfsvoering gericht op winst. Naast het tegengaan van risicoselectie zorgt risicoverevening voor een eerlijke concurrentie tussen zorgverzekeraars, aldus het voormelde rapport. Als een zorgverzekeraar relatief veel verzekerden heeft met een ongunstig risicoprofiel, heeft deze een slechtere uitgangspositie dan een concurrent met verzekerden met een beter profiel. Risicoverevening moet de zorgverzekeraars dus in een gelijke uitgangspositie brengen, ongeacht de samenstelling van hun verzekerdenportefeuilles.

De bijdrage wordt steeds eerst voorafgaand aan het kalenderjaar berekend op basis van een schatting van de zorgkosten en achteraf herberekend deels op basis van de samenstelling van de verzekerdenpopulatie (die immers kan zijn veranderd gedurende het jaar) en deels op basis van werkelijk gerealiseerde kosten. Uit het genoemde rapport en de onderhavige uitspraak wordt duidelijk dat het een complex systeem betreft, dat echter nodig wordt geacht om marktwerking in de zorg te kunnen realiseren zonder nadelen voor diegenen die een zorgverzekering het hardst nodig hebben.

3. In casu verzet Zorgverzekeraar Zorg en Zekerheid U.A. zich tegen een besluit tot herziening van de definitieve vaststelling van de vereveningsbijdrage over 2007 en het besluit tot terugvordering van de ruim 4 miljoen euro die bijkijns de herberekening teveel is uitbetaald. Eén en ander was het gevolg van het feit dat in de eerdere berekening was gewerkt met onjuiste verrekenpercentages voor de HKC (wat staat voor hogekostencompensatie) door het College voor zorgverzekeringen, dat inmiddels is opgevolgd door het Zorginstituut Nederland. Het Zorginstituut houdt in de beslissing op bezwaar vast aan deze besluiten omdat het uitgangspunt van de vereveningsbijdrage is dat een gelijk speelveld wordt gecreëerd. Daarvoor is nodig dat alle zorgverzekeraars precies dat bedrag ontvangen waarop zij na een juiste toepassing van de regels recht hebben. Volgens het Zorginstituut is het voor het vertrouwen van alle zorgverzekeraars in het systeem noodzakelijk dat bij fouten consequent wordt gerepareerd. Bovendien zou het niet herzien van een onjuiste, te hoge bijdrage leiden tot onrechtmatige staatssteun.

Volgens Zorg en Zekerheid is het herzienings- en terugvorderingsbesluit echter juist in strijd met het vertrouwensbeginsel genomen: het hoefde haar niet duidelijk te zijn dat het eerdere,

definitieve vaststellingsbesluit onjuist was en dus mocht zij op die beschikking vertrouwen. Bovendien zou het Zorginstituut niet tot herziening van definitieve vaststellingen bevoegd zijn.

4. Met het beroep op het vertrouwensbeginsel is de Afdeling snel klaar en dat viel te verwachten. Het is vaste jurisprudentie dat een beroep op het vertrouwensbeginsel in geschillen over de terugvordering van onrechtmatige staatssteun slechts mag worden gehonoreerd in zeer uitzonderlijke gevallen (HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (*BUG Alutechnik*) en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (*Alcan*)) en die worden vrijwel nooit aangenomen. Deze jurisprudentie wordt door de Afdeling ook trouw toegepast (zie bijv. de al genoemde uitspraak ABRvS 11 januari 2006, AB 2006/208, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2006/98, m.nt. R.J.M. van den Tweel (*Fleuren Compost*)). Ook in de onderhavige zaak oordeelt de Afdeling (gemotiveerd) dat er geen sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, onder andere omdat het systeem voor de berekening van de vereveningsbijdrage zeer complex is zodat partijen er rekening mee moeten houden dat vergissingen kunnen worden gemaakt bij de verwerking van gegevens die bij de bepaling van de vereveningsbijdrage een rol spelen. Zo blijkt weer dat bij terugvorderingsbesluiten in geval van onrechtmatige staatssteun nauwelijks met succes een beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel. Dat de overheid een systeem bedenkt dat zij zelf niet meer begrijpt, althans nauwelijks kan handelen en gelet hierop mede schuldig is aan het feit dat onrechtmatige staatssteun is uitbetaald is dus niet relevant. Dit geldt ook vaak bij de terugvordering van ten onrechte betaalde Europese subsidies (vgl. HvJEU 20 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:407 (*Agroferm*), AB 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden) al lijkt daar onder omstandigheden nog ruimte om het gedrag van uitvoerende nationale overheden mee te wegen (zie verder onze annotatie onder HvJEU 18 december 2014, AB 2015/225 (*SOMVAO*)). Al met al kan de druk om onregelmatigheden rond 'Unierechtelijk geregelde geldbedragen' te herstellen groot worden genoemd, hetgeen leidt tot een (zeer) terughoudende invulling van het vertrouwensbeginsel in dit soort gevallen. Bezien vanuit het EU-recht valt dit goed te verklaren: toepassing van een per lidstaat verschillend nationaal vertrouwensbeginsel kan tot ernstige mededingingsverstoringen tussen de lidstaten leiden, zo benadrukte A-G Kokott in haar opinie inzake de *Agroferm*-zaak.

5. Wat wel opvalt is dat de Afdeling in deze uitspraak niet zelf vaststelt dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun. Zij vraagt daarover

advies van de Europese Commissie conform de Mededeling van de Europese Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (*Pb* 2009, C-85/1). De Commissie antwoordt binnen 4 maanden op dat verzoek. Zij zet in haar advies uiteen dat haar eerdere goedkeuringsbesluit ten aanzien van het risicovereveningsstelsel alleen betrekking had op de correcte toepassing van het stelsel. Dat waarborgt immers dat de compensatie voor onaantrekkelijke verzekeringen beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor het compenseren van de voor hen gemaakte meerkosten. Een incorrecte toepassing van het stelsel die leidt tot te hoge bijdragen vormt onrechtmatige staatssteun als bedoeld in art. 107 lid 1 en art. 108 lid 3 VWEU, aldus de Commissie, aangezien er dan niet langer sprake is van compensatie voor een dienst van algemeen economisch belang. Dit snelle advies dat (ook) betrekking heeft op de uitleg van een eerder besluit gegeven door de Commissie laat zien dat deze mogelijkheid echt aantrekkelijk kan zijn voor nationale rechters die met ingewikkelde staatssteun geschillen worden geconfronteerd. De nadelen van het volgen van deze route worden echter ook duidelijk uit deze uitspraak. Uiteindelijk stelt de Afdeling in r.o. 5.1 zonder verdere motivering, op basis van het 'advies' van de Europese Commissie vast dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun bij een te hoge vereveningsbijdrage. Tegen dat advies staat geen rechtsmiddel open voor Zorg en Zekerheid, al heeft de Afdeling gelukkig wel de gelegenheid gegeven om op het standpunt van de Commissie te reageren. Het verzoek om een prejudiciële vraag wordt echter niet ingewilligd.

6. Ook de beroepsgrond van Zorg en Zekerheid inhoudende dat het Zorginstituut niet bevoegd is tot het nemen van een herzienings- en terugvorderingsbesluit slaagt niet. Ook die eindconclusie verbaast ons niet, maar de weg er naar toe verdient bespreking. Vast staat dat de Zorgverzekeringswet zelf geen bevoegdheid geeft tot het herstel van foute beschikkingen. Nu de subsidiëertitel van de Awb in de Zvw buiten toepassing is verklaard, kan ook art. 4:49 Awb geen oplossing bieden. Eerder stelde de Afdeling in een dergelijk geval dat de bevoegdheid tot intrekking en terugvordering van de steun niet rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht, maar een grondslag vereist in het nationale recht. De oplossing werd gevonden in het 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 be-

ginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel' (ABRvS 11 januari 2006, AB 2006/208, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2006/98, m.nt. R.J.M. van den Tweel (*Fleuren Compost*)).

7. Nu volgt de Afdeling een andere aanvliegroute. Nu de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat de toekenning van te hoge vereveningsbijdragen niet in overeenstemming met art. 108 VWEU is gebeurd, is er sprake van onrechtmatige staatssteun. Lidstaten zijn op basis van art. 108 VWEU verplicht om steun die reeds is verleend, maar onverenigbaar is met art. 107 VWEU, terug te vorderen, aldus de Afdeling onder verwijzing naar het arrest HvJ 21 november 1991, C-354/90 (*Saumon*), punten 12 en 13 (ECLI:EU:C:1991:440). Vervolgens komt de Afdeling tot het oordeel dat daarmee de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering van het in strijd met art. 108 lid 3 VWEU te veel toegekende 'een gegeven' is.

Deze redenering doet denken aan de jurisprudentie van het HvJEU waarin het gaat om de terugvordering van Europese subsidies. Uit deze jurisprudentie blijkt dat wanneer er een verplichting tot terugvordering van Europese subsidies bestaat voor de lidstaten, de bevoegdheid daartoe ook al snel wordt aangenomen (*ESF*-arrest (HvJEG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, AB 2008/207, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2008/104, m.nt. A.J.B., *NJ* 2008/349, m.nt. M.R. Mok, *SEW* 2010, p. 163-167, m.nt. M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven), *Chambre de Commerce* (HvJEU 21 december 2011, AB 2013/86, m.nt. J.E. van den Brink en het eveneens in deze AB opgenomen arrest *SOMVAO* (HvJEU 18 december 2014, AB 2015/225)).

8. Gezien de genoemde druk die in de Hofjurisprudentie wordt gelegd op het terugvorderen van Unierechtelijk geregelde geldbedragen is het begrijpelijk dat de Afdeling hier aansluit bij de hiervoor genoemde jurisprudentie. Toch maken wij hierbij graag nog een paar opmerkingen ter overdenking. Ten eerste is er in dit geval, anders dan in wat wij nu maar even *SOMVAO*-achtige gevallen noemen, geen intrekking- en terugvorderingsverplichting neergelegd in een verordening. Deze verplichting moet, via wat omwegen worden afgeleid uit art. 108 VWEU en (vooral) uit de jurisprudentie daarover, voordat de Afdeling tot het oordeel kan komen dat daarmee de bevoegdheid voor de lidstaat Nederland tot terugvordering van het teveel aan uitbetaalde vereveningsbijdrage 'een gegeven' is. Dat de Afdeling het ook als een nieuwe stap heeft gevoeld blijkt wellicht uit het feit dat zij het nodig vindt om – anders dan in Europese subsidiezaken – nog te vermel-

den dat art. 108 lid 3 VWEU directe werking heeft en dat blijkens o.a. de *Constanzo*-jurisprudentie de terugvorderingsverplichting ook geldt voor bestuursorganen.

Een tweede, en wellicht belangrijker punt ter overdenking betreft het feit dat de Afdeling vanuit een EU-rechtelijke verplichting van de lidstaat een 'automatische bevoegdheid' voor de lidstaat lijkt aan te nemen. Dat gaat naar onze mening verder dan op grond van de jurisprudentie van het HvJEU nodig is. Ten eerste ziet de relevante, hierboven genoemde jurisprudentie specifiek op EU-subsidies. Ten tweede presenteert het Hof de 'verplichting is bevoegdheid oplossing' in Europese subsidie-zaken toch enigszins als een noodoplossing, door expliciet te overwegen dat een rechtsgrondslag voor intrekking en terugvordering van EU subsidies kan worden gevonden in een EU verordening "bij gebreke van een rechtsgrondslag naar intern recht". De voorkeur lijkt derhalve toch uit te gaan naar een (duidelijke) nationale bevoegdheidsgrondslag en die was er in casu ook, zij het dat het ging om een ongeschreven bevoegdheid.

9. Wat daar ook van zij, de Afdeling neemt de bevoegdheid voor de lidstaat Nederland in dit geval als gezegd aan als een 'gegeven'. Blijft nog wel de vraag welk bestuursorgaan van de lidstaat Nederland uitvoering gaat geven aan de terugvorderingsverplichting en welke regels daarbij gelden. De Afdeling herhaalt haar standpunt dat in dit soort gevallen de uitoefening van de bevoegdheid moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan (onder verwijzing naar de *ESF*-einduitspraak van 24 december 2008, *AB* 2009/96, m.nt. W. den Ouden). Nu een bevoegdheidsgrondslag in de wet ontbreekt moet aansluiting worden gezocht bij het zojuist genoemde uitgangspunt dat onjuiste beschikkingen mogen worden ingetrokken door bestuursorganen. Op grond van dat uitgangspunt én het beginsel van loyale samenwerking acht de Afdeling het Zorginstituut bevoegd én verplicht het gewraakte herzienings- en terugvorderingsbesluit te nemen.

10. Al met al kan worden geconcludeerd dat de Afdeling door heel wat hoepels moet springen alvorens zij het besluit van het Zorginstituut, dat moest worden genomen om het Unierechtelijke staatssteunrecht ten uitvoer te leggen, rechtmatig kan achten. Daarbij verdient opmerking dat het Zorginstituut geen rente heeft gevorderd over de teruggevorderde vier miljoen euro, wat het EU-recht in dit soort situaties wel verlangt. Als het zorginstituut wel een rentevordering had opgenomen in het terugvorderingsbesluit zou de Afdeling nog meer buig- en trekwerk aan

het nationale recht hebben moeten verrichten: het is immers vaste jurisprudentie dat voor het vorderen van wettelijke rente een specifieke publiekrechtelijke grondslag is vereist (zie bijv. *ABRvS* 10 juli 2002, *AB* 2003/123, m.nt. N. Verheij en *ABRvS* 11 januari 2006, *AB* 2006/208, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2006/98, m.nt. R.J.M. van den Tweel (*Fleuren Compost*)). Dat leidt bij staatssteunzaken gemakkelijk tot problemen, nu het ook lastig is gebleken die rente te vorderen langs civielrechtelijke weg (Rechtbank Rotterdam 4 juli 2007, *ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270*, *NJF* 2007/470).

Om een lang verhaal kort te maken: deze uitspraak maakt duidelijk dat de wetgever al veel eerder (serieus) werk had moeten maken van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun. De hiervoor gesignaleerde problemen van o.a. ontbrekende bevoegdheidsgrondslagen maar ook andere problemen die al veelvuldig in de literatuur zijn gesignaleerd, zoals de termijnenproblematiek, dienen door de wetgever te worden opgelost en niet, keer op keer, in de rechtszaal!

J. van den Brink en W. den Ouden