

## Terugvordering van staatssteun in het Nederlands bestuursrecht

Ferm-o-Feed/Minister van LNV ABRvS 11 januari 2006  
(zaaknummer 200410578). Tevens gepubliceerd in *JB* 2006, 56.  
(m.nt. mr J.R. van Angeren)<sup>1</sup>

### Inleiding

De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) heeft bij het bedrijf Ferm-o-Feed een bedrag aan subsidie met rente teruggevorderd naar aanleiding van een beschikking van de Europese Commissie die inhield dat de verleende subsidie een steunmaatregel is die niet onder een goedgekeurde en/of van kracht zijnde steunregeling viel. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is een fundamentele uitspraak over de bevoegdheden die nationale bestuursorganen hebben om onrechtmatige staatssteun terug te vorderen.

### Achtergrond

Op grond van artikel 2 van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (Bpm)<sup>2</sup> kan de Minister van LNV een bijdrage verlenen in de investeringskosten voor pluimveemestverwerkingsinstallaties, die naar zijn oordeel van belang zijn voor de ontwikkeling van de mestverwerking in Nederland. Op grond van artikel 15, 4e lid, Bpm konden aanvragen tot en met 31 december 1994 worden ingediend. Op grond van artikel 16 Bpm ontstaat pas recht op een bijdrage indien de Commissie van de Europese Gemeenschappen hiertegen geen bezwaar maakt.

De Bpm was als regeling aangemeld bij de Commissie. De Commissie heeft op 6 juli 1989 de Bpm goedgekeurd voor de periode 1989/1990.<sup>3</sup> Bij beschikking van 14 december 1990 is de Bpm verlengd tot eind 1994.<sup>4</sup> Met de goedkeuring voor de verlenging van de Bpm werden de Nederlandse autoriteiten gemachtigd investeringssteun te verstrekken tot 25% van in aanmerking komende kosten voor circa 20 grootschalige mestverwerkingsinstallaties.

Bij besluit van 27 juli 1995 heeft de Minister van LNV aan Ferm-o-Feed een bedrag aan subsidie verleend van Hfl. 278.25,00 (€ 126.264,34) voor een beproevingsinstallatie op grond van de Bpm. Bij besluit van 23 februari 1998 heeft de Minister van LNV de subsidie conform de verlening vastgesteld.

Bij beschikking van 13 december 2000 heeft de Europese Commissie geoordeeld dat de steun die na 1994 is verleend, niet valt onder de goedgekeurde steunregeling, omdat de Bpm in 1994 afliep. Een afzonderlijke aanmelding van de steun was derhalve vereist, aldus de Commissie.<sup>5</sup> Ingevolge de beschikking van 13 december 2000 werd Nederland bevoelen om de onwettig ter beschikking gestelde steun ten gunste van de mestverwerkingsfabrieken Ferm-o-Feed en een aantal andere mestverwerkingsfabrieken, genoemd in de Commissiebeschikking terug te vorderen. Ook de rente moest worden teruggevorderd vanaf de datum dat de steun werd verleend

tot daadwerkelijke terugbetaling. Dit is niet de wettelijke rente, maar het rentepercentage dat de Commissie op grond van artikel 14, lid 2, van Verordening 659/1999 vaststelt.

### Bevoegdheid tot terugvordering naar Nederlands bestuursrecht

De Afdeling stelt in overweging 2.3 voorop dat de terugvorderingsbeschikking van de Commissie als uitgangspunt heeft te gelden en dat niet in geschil is dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun die de Staat der Nederlanden verplicht tot terugvordering. Vervolgens overweegt de Afdeling dat de terugvordering van onwettige steun plaatsvindt op de wijze zoals voorzien in het nationale recht. De Afdeling verwijst naar de uitspraken van het Hof van Justitie van 21 maart 1990<sup>6</sup> en 20 september 1990.<sup>7</sup> Dat wil nog niet zeggen dat de minister tot terugvordering *bevoegd* is. De Afdeling overweegt namelijk dat naar Nederlands recht eerst tot intrekking van het besluit tot vaststelling van de subsidie dient te worden overgegaan alvorens tot terugvordering kan worden besloten. En dan komt de Afdeling met een cruciale overweging:

*‘De bevoegdheid tot intrekking van de subsidie vloeit niet rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht, maar vereist een grondslag in het nationale recht.’*

De Afdeling gaat vervolgens na of er in het nationale recht wel een bevoegdheid tot intrekking van de subsidie vaststellingsbeschikking is.

De minister had zijn bevoegdheid om de subsidie vaststelling in te trekken gegrond op artikel 4:49 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zonder te vermelden welk lid van dat artikel van toepassing was. Artikel 4:49 Awb geeft in het eerste lid drie gronden om de subsidie vaststelling in te trekken. In de rechtbankfase deed de minister een beroep op het eerste lid, onder a, Awb. Dit artikelonderdeel bepaalt kort gezegd dat een besluit tot het vaststellen van subsidie kan worden ingetrokken op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bestuursorgaan bij de vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de verlening zou zijn vastgesteld.

In dit geval geldt echter dat de subsidie voor 1 januari 1998 was verleend. Titel 4.2 Awb is dus op grond van het overgangsrecht bij de derde tranche van de Awb niet van toepassing op de in het geschil zijnde subsidiebeschikking, zodat artikel 4:49 geen bevoegdheidsgrondslag biedt. De desbetreffende subsidieregeling bevatte ook geen intrekkinggronden.

1 J.R. van Angeren is advocaat te Amsterdam bij Stibbe.

2 Regeling van 29 april 1988, laatstelijk gewijzigd 13 oktober 1994, *Stcrt.* 201.

3 Beschikking 6 juli 1989 N 137/89, n.g.

4 Beschikking d.d. 14 december 1990 C 17/90, ex N 88/90 n.g.

5 Beschikking nr. 2001/521/EG, *Pb. EG* 2001, L 189/13, r.o. 25.

6 HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87, Jur. I, p. 959 (Commissie/België).

7 HvJ EG 30 september 1990, zaak C-5/89, Jur. I, p. 3437 (Commissie/Duitsland).

De Afdeling concludeert dan ook dat het besluit moet worden vernietigd en verklaart het hoger beroep gegrond. Wel gaat de Afdeling na of zij zelf in de zaak kan voorzien. Dit doet zij 'teneinde tot een finale beslechting van het reeds langlopende geschil te komen'.<sup>8</sup>

De Afdeling onderzoekt vervolgens ambtshalve of er een bevoegdheid tot intrekking bestaat. Zij oordeelt dat in het ongeschreven bestuursrecht als uitgangspunt geldt dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel de bevoegdheid toekomt een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken 'indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven'. Al eerder overwoog de Afdeling dat naar ongeschreven bestuursrecht een begunstigende beschikking kan worden ingetrokken indien de verstrekte gegevens onjuist zijn.<sup>9</sup>

In de uitspraak van 11 januari 2006 oordeelt de Afdeling dat niet alleen in het geval van onvolledige of onjuiste gegevens een besluit tot het verlenen van subsidie kan worden ingetrokken, maar – veel ruimer – 'indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven'. Welke omstandigheden dat zijn geeft de Afdeling niet aan. In de bestuursrechtelijke literatuur wordt aangenomen dat er drie omstandigheden zijn waaronder een begunstigende beschikking in elk geval kan worden ingetrokken: (i) de beschikking is onjuist en de begunstigde wist dat, (ii) er zijn onjuiste gegevens verstrekt en (iii) de begunstigde handelt in strijd met de wet of de voorschriften.<sup>10</sup>

De bevoegdheid tot intrekking brengt nog niet automatisch de bevoegdheid mee tot terugvorderen. Maar, een bedrag dat op grond van een ingetrokken besluit tot het verlenen van subsidie is uitgekeerd, is *onverschuldigd* betaald. Krachtens eerdere jurisprudentie kan wat onverschuldigd is betaald, worden teruggevorderd.<sup>11</sup> Dit rechtsbeginsel is bestuursrechtelijk van aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen. De bevoegdheid tot het terugvorderen van onverschuldigd betaalde bedragen kan in dit rechtsbeginsel worden gevonden. Een besluit tot terugvordering is vervolgens ook een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

Voor wat betreft de wijze waarop de bevoegdheid tot intrekking en terugvordering moet worden uitgeoefend overweegt de Afdeling dat de Commissiebeschikking van 13 december 2000 als uitgangspunt heeft te gelden. De Afdeling motiveert die overweging door te wijzen op het effectiviteitsbeginsel in door het Hof van Justitie ontwikkelde jurisprudentie en artikel 10 EG-Verdrag (gemeenschapstrouw). Beide brengen met zich mee dat de minister gehouden is de subsidievaststelling met terugwerkende kracht in te trekken. Dit betekent dat in feite het dispositief van de Commissiebeschikking voor de minister bindend is. Betekent dat ook voor feitelijke gegevens die evident onjuist zijn? Met deze uitspraak in de hand zou de minister bij feitelijke verwezen kunnen betogen dat hij nu eenmaal gebonden is aan de Commissiebeschikking. Maar dat betekent naar mijn mening ook dat er op de minister tevens een plicht rust om de Commissie, indien het tot terugvordering van staatssteun komt,

adequaat te informeren over alle feiten en zoveel mogelijk een goede opening van zaken te geven. Verschafft de minister onjuiste informatie door onzorgvuldig handelen, dan is naar mijn mening een schadevergoeding gebaseerd op onrechtmatige daad niet bij voorbaat kansloos, in het geval kan worden aangetoond dat het dispositief van de Commissiebeschikking anders had geluid. Voor de subsidieontvanger zelf kan een mogelijke terugvorderingsactie van de Commissie aanleiding zijn om in een vroeg stadium van het onderzoek naar de terugvordering door de Commissie ongevraagd de Commissie juiste informatie te verschaffen.

Belangrijk is dat de Afdeling nu onomwonden heeft geoordeeld dat noch Verordening 659/1999, noch de Commissiebeschikking zelf, een bevoegdheidsgrondslag scheppen om tot intrekking en terugvordering over te gaan, maar dat er altijd een bevoegdheidsgrondslag moet zijn in het Nederlandse recht. In jurisprudentie van de lagere rechters is wel aangenomen dat Verordening 659/1999 dan wel de Commissiebeschikking een bevoegdheidsgrondslag scheidt.<sup>12</sup> In de literatuur is wel betoogd dat het feit dat de Verordening 659/1999 rechtstreekse werking heeft in het Nederlandse recht en dus een bevoegdheid scheidt voor Nederlandse bestuursorganen.<sup>13</sup> In zijn recente proefschrift stelt Adriaanse dat het terugvorderingsbesluit moet kunnen worden bewerkstelligd onder invloed van het gemeenschapsrecht.<sup>14</sup> In hun *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* werpen de auteurs de vraag op of nationale bestuursorganen rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontleen aan het Europese recht. Als men van een strikt nationaal legaliteitsbeginsel uitgaat, aldus de auteurs, kan dat niet.<sup>15</sup> Het ziet er naar uit dat de Afdeling voor wat betreft de terugvordering van staatssteun op de lijn zit van het strikte nationale legaliteitsbeginsel, omdat de Afdeling expliciet overweegt dat er een nationale bevoegdheid tot het intrekken van de subsidie moet zijn. Die bevoegdheid kan niet rechtstreeks worden ontleend aan het Europese recht. Zoals hierna zal blijken vormt dat bij de terugvordering van de rente een probleem. Deze strikte toepassing van het legaliteitsbeginsel zal mogelijk ook binnen andere terreinen van het bestuursrecht, in het bijzonder voor de toezichthouders, gevolgen kunnen hebben: de bevoegdheden van de toezicht-

8 R.o. 2.5.

9 ABRvS 8 februari 2000, AB 2001, 118, m.nt. LD.

10 N. Verheij, 'Vertrouwen op de overheid' in: *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 69 e.v.

11 ABRvS 31 oktober 1996, AB 1996, 496, m.nt. NV.

12 Zie rechtbank Almelo 22 november 2000, reg. nr. 00/43 en rechtbank Den Bosch 26 november 2004, LJN AR 6630. Zie hierover ook J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Subsidierecht en Staatssteun', in: *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht* (preadviezen voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 189-192.

13 Zie voor een overzicht daarvan J.R. van Angeren en W. den Ouden, a.w., p. 192.

14 P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 274.

15 J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 2002: Ars Aequi Libri, p. 46-53.

houder kunnen – de uitspraak van de Afdeling volgend – niet rechtstreeks worden gebaseerd op het Europese recht.<sup>16</sup>

### Vertrouwensbeginsel en vergewisplicht

Ferm-O-Feed stelde dat de minister bij haar het gerechtvaardigde vertrouwen had gewekt dat de Commissie de subsidie-aanvraag had goedgekeurd, omdat op grond van artikel 15, lid 4 Bpm aanvragen tot en met 31 december 1994 konden worden ingediend. De Afdeling legt de jurisprudentie van het Hof van Justitie zo uit dat uitlatingen van nationale bestuursorganen voor een beroep op het vertrouwensbeginsel niet relevant zijn. De Afdeling stelt voorop de jurisprudentie van het Hof van Justitie die inhoudt dat ondernemingen slechts een gewettigd vertrouwen kunnen koesteren in de rechtmatigheid van de steun indien de steun is verleend met inachtneming van de procedure van Verordening 659/1999. De Afdeling interpreteert die jurisprudentie zo dat een behoedzaam ondernemer normaliter in staat is en verplicht is om zich ervan te vergewissen of die procedure is gevolgd. De Afdeling neemt dus een vergewisplicht aan voor de *ontvanger* van de steun. Eerder nam de Afdeling al aan dat *bestuursorganen* een vergewisplicht hebben om na te gaan of verleende subsidie geen staatssteun inhoudt.<sup>17</sup> De vraag of er vertrouwen kon worden ontleend aan uitlatingen van de minister is volgens de Afdeling dus niet relevant, omdat het gaat om de vraag of sprake is van zeer bijzondere omstandigheden waaronder het Ferm-o-Feed niet valt toe te rekenen dat zij zich harerzijds er niet van heeft vergewist of de Commissie op juiste wijze in de subsidiëring was gekend. Ferm-o-Feed had ook zelf rechtstreeks bij de Commissie kunnen informeren of de Commissie op de juiste wijze in de subsidiëring was gekend. Ook het bepaalde in de Bpm, dat het recht op een bijdrage pas ontstaat indien de Commissie hiertegen geen bezwaar maakt, had voor haar aanleiding kunnen zijn, aldus de Afdeling, om nog nader bij de Commissie te informeren.

### Terugvordering van rente

De Afdeling heeft aangenomen dat er naar Nederlands bestuursrecht een bevoegdheid is tot intrekking van de subsidieverleningsbeschikking, maar hoe staat het met de bevoegdheid tot het terugvorderen van rente? De Afdeling hanteert een strikte lijn waar het gaat om rente en subsidies. Reeds in 1988 oordeelde de Afdeling Rechtspraak dat rente die wordt ontvangen door de subsidieontvanger niet aan de subsidieverlenende overheid terugvalt, indien dat niet in de subsidieregeling is bepaald.<sup>18</sup> In een latere uitspraak oordeelde de Afdeling dat noch het ongeschreven recht, noch een analoge toepassing van het burgerlijk recht een publiekrechtelijke grondslag voor het vorderen van wettelijke rente in het leven kan roepen.<sup>19</sup> In een uitspraak van 4 mei 2005 oordeelde de Afdeling bovendien dat artikel 87, lid 1, EG-Verdrag geen grondslag geeft voor het vorderen van wettelijke rente bij ten onrechte verstrekte subsidie.<sup>20</sup> De minister had de bevoegdheid tot terugvordering van het voordeel van wettelijke rente ontleend aan artikel

14, lid 2, van Verordening 659/1999. De Afdeling oordeelt hierover dat deze bepaling weliswaar rechtstreekse werking heeft, maar niet strekt tot het scheppen van een bevoegdheid van de minister tot het vorderen van rente bij onrechtmatig verstrekte steun. Noch de beschikking van de Commissie noch artikel 87, lid 1, EG biedt die grondslag. Het resultaat is dat 'bij gebreke van een grondslag van communautair recht een grondslag in het nationale recht vereist [is] die de bevoegdheid tot het vorderen van rente aan de Minister toekent'. De Afdeling concludeert dat een dergelijke vordering dus slechts kan worden gebaseerd op het burgerlijk recht. Met deze overwegingen staat vast dat de Afdeling geen rechtstreekse bevoegdheid voor Nederlandse bestuursorganen wil aannemen op grond van de Commissiebeschikking of (de rechtstreekse werking van) Verordening 659/1999. Overigens kan krachtens artikel 6:119 BW de rente van artikel 14, lid 2, van Verordening 659/1999 niet worden gevorderd omdat die rente niet de wettelijke rente is. Daarnaast zal de minister de verjaringstermijn goed in de gaten moeten houden. Met het intrekkingssluit van 3 augustus 2001, is de onverschuldigdheid van de betaling een feit. Of de verjaringstermijn pas gaat lopen met deze uitspraak van de Afdeling, dan wel met ingang van 4 augustus 2001, kan nog nadere discussie opleveren.

### Strijd met gemeenschapsrecht?

Is dit stelsel van bevoegdheidsverdeling nu in strijd met het gemeenschapsrecht? Een argument daarvoor is dat de terugvordering van staatssteun nu uiterst gecompliceerd wordt en het de vraag is of dat nog voldoet aan de effectiviteitseis uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie die de Afdeling zelf aanhaalt. Een argument daartegen is dat op zichzelf terugvordering van staatssteun met wettelijke rente mogelijk is. Desalniettemin is het natuurlijk niet bevredigend dat voor de terugvordering van staatssteun twee procedures moeten worden gevolgd. De Commissie zal zich mogelijk op het standpunt stellen dat Nederland wat betreft de terugvordering van staatssteun haar verplichtingen niet is nagekomen gelet op deze complexe terugvorderingssituatie (of omdat de door de Commissie vastgestelde rente niet geheel kan worden teruggevorderd) en de procedure van artikel 226 EG in zou kunnen gaan leiden. Dit betekent eens te meer dat de wetgever aan zet is om verbeteringen aan te brengen in dit systeem. Het ligt dan voor de hand om in de subsidietitel van de Awb bepalingen op te nemen die zijn toegesneden op het terugvorderen van staatssteun. De Raad van State heeft in zijn wetgevingsadvisering bij de invoering van de vierde tranche van de

16 Zie in dit verband de bijdrage van De Ru in reactie op de preadviezen van Van der Meulen en Ottow in dit blad, H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden. Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003: toezicht op markten', *M&M* 2003, p. 178-181.

17 ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004, 262 m.n.t. M.J. Jacobs en Wdo.

18 ABRvS 7 november 1988, *AB* 1989, 374.

19 ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003, 123, m.nt. NV.

20 ABRvS 4 mei 2005, *AB* 2005, 395, m. nt. Wdo.

Awb reeds de suggestie gedaan om de vraag te bespreken in hoeverre de subsidietitel van de Awb toepassing zou moeten vinden bij terugvordering van ten onrechte verleende staatssteun.<sup>21</sup> De Vereniging voor bestuursrecht (VAR) heeft in zijn vergadering van 20 mei 2005 een stelling in die richting met overweldigende meerderheid ondersteund.

Wel gunstig voor de Nederlandse bestuursorganen is dat de Afdeling met zoveel woorden heeft geoordeeld dat de minister geen discretionaire bevoegdheid heeft en de terugvorderingsbeschikking van de Commissie als uitgangspunt moet nemen.

## Conclusie

Deze uitspraak is van zeer groot belang. Voor de terugvordering van staatssteun moet een wettelijke grondslag zijn in het nationale recht. Artikel 87 EG, Verordening 659/1999 en de terugvorderingsbeschikking van de Europese Commissie bieden geen van allen een wettelijke grondslag naar Nederlands bestuursrecht om een subsidie-vaststellingsbesluit in te trekken. Die wettelijke grondslag kan wel worden gevonden in het ongeschreven bestuursrecht, dan wel titel 4.2 van de Awb. Bij het gebruik maken van die bevoegdheid dient de Commissiebeschikking als uitgangspunt. Dat houdt in dat de minister gehouden is om van zijn bevoegdheid gebruik te maken indien de Commissie bij beschikking heeft besloten tot terugvordering van staatssteun. Na intrekking van de subsidiebeschikking kan tot terugvordering naar Nederlands bestuursrecht worden overgegaan op grond van het (bestuursrechtelijke) beginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald, moet kunnen worden teruggevorderd. Naar Nederlands bestuursrecht kan rente niet worden gevorderd op grond van het ongeschreven bestuursrecht. Daartoe moet een expliciete wettelijke grondslag zijn. Gevolg is dat de rente uitsluitend kan worden verhaald op grond van het burgerlijk recht. De wetgever zal zich met spoed moeten beraden over de vraag of het niet hoog tijd wordt om in de Awb een regeling op te nemen die de terugvordering van subsidies die onrechtmatige verleende staatssteun inhouden een wettelijke grondslag geeft. Enkele suggesties daartoe zijn gegeven in het preadvies 'Subsidierecht en staatssteun' van de VAR.

---

21 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 4, p. 7.