

Staatssteun

III Rechtspraak

De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht

Drs. R.H.C. Luja*

* De auteur dankt mr. B. Smulders (Europese Commissie), mr. J. Teunissen (Open Universiteit Nederland) en mr. C. Bollen (Universiteit Maastricht) voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 In aanvulling op deze materiele bepalingen biedt artikel 88 lid 2 EG aan de Raad de procedurele mogelijkheid om met eenparigheid van stemmen een steunmaatregel (tijdelijk) als verenigbaar te beschouwen en dus van het verbod uit te sluiten; een lidstaat kan hiertoe slechts verzoeken totdat de Commissie haar eindoordeel heeft geveld. Zie o.a. T. Joris, Nationale steunmaatregelen en het Europees Gemeenschapsrecht, MAKLU, Apeldoorn, 1994, p. 497-498.

In dit artikel zal de implementatie van de terugvordering van staatssteun binnen de grenzen van het Nederlandse bestuursrecht worden besproken. In het bijzonder zal worden ingegaan op de grenzen die het Hof van Justitie stelt aan het vertrouwensbeginsel. Een voorstel zal worden gedaan tot het creëren van een expliciete grondslag voor terugvordering in de Awb.

Inleiding

De Nederlandse interpretatie en reikwijdte van het vertrouwensbeginsel verschillen van de Europese. Deze bijdrage besteedt aandacht aan een rechtsgebied waarin dit verschil in uitleg tot wrijving leidt: het EG-staatssteunregime. In het bijzonder zal worden ingegaan op de rol die het nationale vertrouwensbeginsel naar Europese maatstaven nog kan spelen bij de terugvordering van staatssteun.

Om te beginnen wordt een korte introductie gegeven van enkele staatssteunvoorschriften. vervolgens wordt ingegaan op de juridische basis voor terugvordering binnen het bestuursrecht. Onder meer wordt gekeken naar de voorschriften inzake de terugvordering van subsidies in de Awb. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan enkele Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur die

bij de terugvordering van staatssteun van belang kunnen zijn. Conflicten bij de implementatie van een terugvorderingsbeschikking worden uitvoerig besproken en geanalyseerd in de paragraaf 'Effectuering van terugvordering van staatssteun'. Besloten wordt met enkele aanbevelingen en een conclusie.

Het staatssteunregime

Artikel 87 lid 1 EG legt aan de lidstaten van de EG een aanzienlijke beperking op wanneer het aankomt op het verlenen van overheidssteun aan bedrijven. Hierbij is niet voorzien in een absoluut verbod, maar slechts in een verbod van selectieve steun waarop uitzonderingen worden toegelaten. Om te bepalen of het staatssteunregime van toepassing is, is het van belang om vast te stellen wanneer sprake is van steun. Hiervoor moet voldaan zijn aan enkele cumulatieve criteria:

- de steunmaatregel dient afkomstig te zijn van een lidstaat of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen te zijn bekostigd;
- de mededinging dreigt te worden vervalst en het handelsverkeer tussen lidstaten wordt ongunstig beïnvloed; en
- bepaalde ondernemingen of producties dienen te worden begunstigd.

De uitzonderingen van artikel 87 leden 2 en 3 en artikel 86 lid 2 EG behandel ik hier niet.¹ De invoering of wijziging van een steunregeling dient bij de Commissie te worden aangemeld²; dit geldt niet voor steun die niet als steun in de zin van artikel 87 lid 1 kan worden gekwalificeerd. Voordat de Commissie haar goedkeuring aan de invoering of wijziging verleent, mag deze niet worden geëffectueerd (artikel 88 lid 3 EG).³

2 Als in het vervolg over steun(regeling) wordt gesproken, dan wordt een steun(regeling) bedoeld die kwalificeert in de zin van artikel 87 lid 1 EG, tenzij anders is vermeld.

3 Onder goedkeuring wordt hier verstaan het verstrekken van een verklaring van geen bezwaar dan wel een (voorwaardelijke) verenigbaarverklaring.

4 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad, Pb. EG L 83 van 22 maart 1999, p. 1-9, artikel 1 sub b.

5 Idem, artikel 14 lid 1.

6 O.a. HvJ EG 31 maart 1990, C-142/87, België/Commissie, Jur. 1990, p. I-959, ro. 66; HvJ EG 21 maart 1991, C-305/89, Italië/Commissie, Jur. 1991, p. I-1603, ro. 41.

7 HvJ EG 12 juli 1973, 70/72, Commissie/Duitsland, Jur. 1973, p. 813.

8 Verordening (EG) nr. 659/1999, artikel 14 lid 3.

9 Deze termijn kan worden gestuit door elke maatregel of verzoek van de Commissie (artikel 15).

10 Concurrenten kunnen wellicht de negatieve beschikking binnen het nationale recht aangrijpen om de begunstigde aansprakelijk te stellen voor het (blindelings) in ontvangst nemen van onverenigbare steun. Zie HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, SFEI/La Poste, Jur. 1996, p. I-3547.

11 Verordening (EG) nr. 659/1999, artikel 12.

12 Het niet naleven van het terugvorderingsbevel kan voor benadeelde concurrenten van de begunstigten evenwel aanleiding zijn om de lidstaat hiervoor aansprakelijk te stellen.

13 AB 1996, 496.

14 Afdeling bestuursrecht-spraak, 26 augustus 1997, AB 1997, 461.

Indien een negatieve beschikking wordt afgegeven welke steun 'onverenigbaar' verklaart met de interne markt, betekent dit dat deze steun binnen het bereik van het staatssteunverbod valt en er geen of onvoldoende aanleiding is om hierop een uitzondering te maken. Wanneer het onrechtmatige steun betreft welke reeds wordt of is verleend en die niet als bestaande steun kan worden aangemerkt, is de Commissie verplicht om de lidstaten te bevelen dat zij alle nodige maatregelen dienen te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen.⁴ Over het financiële voordeel dat is genoten in de periode tussen de ontvangst van de steun en de terugbetaling ervan is de begunstigde een renteopslag verschuldigd.⁵

De artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag voorzien niet in een expliciete bevoegdheid voor de Commissie tot het geven van een bevel tot terugvordering. Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) heeft echter nadrukkelijk een impliciete bevoegdheid hiertoe erkend en gebaseerd op de redenering dat terugvordering het 'logische gevolg' is van het onrechtmatig verstrekken van staatssteun.⁶ De gedachte hierachter lijkt te zijn dat effectieve handhaving van een verbod op staatssteun slechts kan geschieden wanneer eventuele overtredingen ongedaan gemaakt kunnen worden; de bevoegdheid tot terugvordering is derhalve inherent aan de bevoegdheid tot handhaving. Het Hof heeft reeds in 1973 duidelijk gemaakt dat wil een onverenigbaar verklaring van de Commissie effect hebben, dat aan een intrekking of wijziging van een steunregeling een verplichting tot terugvordering kan worden verbonden.⁷ Deze bevoegdheid van de Commissie is nu vastgelegd in de procedurele verordening.

Omtrent terugvordering wordt in de procedurele verordening gesteld dat dit onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat dient te geschieden, voorzover deze een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking toelaten. Lidstaten zijn verplicht alle maatregelen te nemen waarover zij binnen hun nationale rechtsstelsel beschikken.⁸ De bevoegdheid van de Commissie om terug te vorderen vervalt na tien jaar, gerekend vanaf de dag waarop de steun is verleend.⁹

In het geval van formeel onrechtmatige steun, welke in strijd met de aanmeldingsplicht of de standstill-bepaling ten uitvoer wordt gelegd (artikel 88 lid 3 EG), kan de Commissie een bevel tot opschorting geven totdat zij een definitieve beschikking ten aanzien van de verenigbaarheid heeft genomen. De Commissie mag eveneens de (voorlopige) terugvordering bevelen van maatregelen waarvan de steunverlenende aard buiten twiifel staat, voorzover er een dringende noodzaak is om op te treden en het gevaar bestaat dat een concurrent aanzienlijke en onherstelbare schade oploopt.

Nu de procedurele verordening voorlopige terugvordering niet lijkt toe te laten indien aanne-

melijk is dat de reeds verleende steun verenigbaar zal worden verklaard, wordt geen rekening gehouden met het eventuele rentevoordeel over de periode die ligt tussen de verstrekking en de uiteindelijke goedkeuring. Dit acht ik een tekortkoming die niet verenigbaar is met het streven naar effectieve handhaving.

Tot aan de totstandkoming van de verordening was omstreden of de Commissie bevoegd was om formeel onrechtmatige steun terug te vorderen die uiteindelijk niet onverenigbaar bleek. Voorlopige terugvordering lijkt mij een noodzakelijk onderdeel van het staatssteunregime, daar waar het aankomt op niet-naleving van de standstill-bepaling van artikel 88 lid 3. De vraag blijft echter of de in de verordening gecreëerde mogelijkheid tot handhaving, geen afbreuk doet aan het door het verdrag geschapen systeem van controle op niet-naleving door verwijzing naar het Hof.

De Commissie kan niet zelf een steunmaatregel – zoals een subsidie – intrekken of wijzigen of tot terugvordering overgaan; zij geeft hiertoe slechts opdracht. Een terugvorderingsbevel is gericht tot de lidstaat en heeft als zodanig geen directe werking ten opzichte van de begunstigde van steun.¹⁰ De lidstaat is als adressant verplicht om dit bevel ten uitvoer te brengen; of zij in het Nederlandse staatsbestel feitelijk in staat zal zijn (lagere) bestuursorganen hiertoe te dwingen, hangt af van hun bereidheid om mee te werken. Een formele verplichting is er vaak niet.

Een bevel tot terugvordering blijft achterwege indien dit in strijd zou komen met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht; dit ziet met name op het honoreren van bij een begunstigde gewekt vertrouwen waarop hierna wordt ingegaan. Uit de dwingende tekst van de procedurele verordening kan worden geconcludeerd dat de Commissie in andere gevallen verplicht is om terugvordering te verlangen. Evenwel beschikt zij nog steeds over de vrijheid om al dan niet naleving af te dwingen voor het Hof.¹¹ De discretie op dit punt doet afbreuk aan het systeem. Het dwingende van de verplichting tot het gelasten van terugvordering wordt hierdoor gerelativeerd.¹²

Terugvordering van overheidssteun in het bestuursrecht

Een ongeschreven basis voor terugvordering

In haar uitspraak van 21 oktober 1996 stelde de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State dat het algemene rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd ook in het bestuursrecht geldt.¹³ Binnen een bestuursrechtelijke relatie is het een zelfstandig, bestuursrechtelijk beginsel. Dit geldt ook voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.¹⁴

Nieuwenhuis stelt zich de vraag of de rechtszekerheid en de democratische legitimatie in gevaar

15 J.H. Nieuwenhuis, Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel, RM Themis 1997/9, p. 351-352.

16 Zie o.a. Hof Arnhem 4 februari 1993, NJ 1993/789 en HR 12 september 1997, NJ 1998, 145 met betrekking tot fiscale voordelen. Het feit dat de terugvordering hier via civiele weg plaatsvond doet aan de strekking van beide arresten niet af.

17 P. Nicolai, Beginselen van behoorlijk bestuur, Kluyer, Deventer 1990, p. 345.

18 H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, elfde druk, Elsevier bedrijfsinformatie bv, Den Haag 1999, p. 351.

19 HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299. Deze civiele maatstaf lijkt mij ook hier van toepassing.

komen als overheidsoptreden in een bijzonder geval steunt op ongeschreven rechtsbeginselen. Hij is van mening dat dit niet het geval hoeft te zijn, zolang deze beginselen voortvloeien uit het ongeschreven recht en zij voldoende stevig geworteld zijn in de opvattingen van de samenleving omtrent recht en onrecht.¹⁵ Maar in het geval dat de overheid tegen de (Europese) regels in subsidie heeft verleend welke daarom van de onwetende ontvanger wordt teruggevorderd, is het nog maar de vraag of toepassing van het beginsel van onverschuldigde betaling hier als 'recht' wordt aangemerkt in plaats van als 'onrecht'.

In haar uitspraak van 21 oktober 1996 wordt door de Afdeling verder bepaald dat de beslissing omtrent terugvordering kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb. Door voor het eerst nadrukkelijk de publiekrechtelijke aard van de terugvordering te benadrukken, wordt ook een grondslag gelegd voor publiekrechtelijke rechtsbescherming. Verheij vermeldt in zijn noot dat binnen deze bestuursrechtelijke verhouding de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanzelfsprekend is.

Indien op basis van een onaantastbaar besluit een financieel of materieel voordeel is verleend aan een begunstigde, dan kan dit voordeel niet zonder meer worden teruggevorderd uit hoofde van onverschuldigde betaling. De formele rechtskracht van het besluit staat hieraan in de weg. Evenwel kan een voordeel, ontstaan door een evidente fout, in het besluit wel worden teruggevorderd; kenbaarheid is hierbij wel een vereiste evenals de intrekking van het besluit tot toekenning van het voordeel.¹⁶ Hier speelt de vraag of de bestuursrechter bereid is de incompatibiliteit met het staatssteunregime als een kenbare fout aan te merken. Europese jurisprudentie neigt ertoe deze weg in te slaan. Dit wordt nader besproken in de paragraaf 'De belangenafweging'.

De Awb: zorgvuldigheid, rechtszekerheid en vertrouwen

Zorgvuldigheid

De overheid moet haar beslissingen zorgvuldig voorbereiden. Zij moet de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaren. Hiertoe heeft zij een zelfstandige onderzoeksplicht (artikel 3:2 Awb). Bij deze voorbereiding zal zij ten aanzien van steunverlening c.q. subsidie, rekening moeten houden met de bepalingen omtrent staatssteun. Desnoods dient zij zich hierover te laten voorlichten. Het is aan het bestuursorgaan om te onderzoeken of een wettelijk voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijd met een hogere regeling¹⁷; dit sluit Europese regelgeving in. Hoewel een begunstigde ervan uit zou mogen gaan dat de voorbereiding van steunverlening zorgvuldig is geschied, staat op het nalaten ervan geen directe

sanctie; het is de begunstigde die uiteindelijk met de gevolgen van eventuele nalatigheid wordt geconfronteerd. Dit wordt nader toegelicht in de paragraaf 'Preventie'.

Rechtszekerheid

Het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel vereisen duidelijkheid ten aanzien van de regels waaraan de burgers ten aanzien van de overheid gebonden zijn en vice versa. Van Wijk c.s. stellen dat degene die geconfronteerd wordt met een overheidsbesluit moet kunnen weten waar hij aan toe is.¹⁸ Burgers moeten erop kunnen vertrouwen dat verwachtingen die door de overheid middels regelgeving of individuele toezeggingen zijn gewekt worden nagekomen; uitgangspunt dient dan ook te zijn dat wet- en regelgeving in orde is, dus in overeenstemming met EG-recht. Dit strookt echter niet met de praktijk van terugvordering van staatssteun, waar van de burger niet alleen verwacht wordt na te gaan of aan bepaalde voorwaarden is voldaan, maar waar deze ook wordt aangesproken voor eventuele nalatigheid van de wetgever of een bestuursorgaan. Hierover later meer.

Vertrouwen

Bij vordering uit onverschuldigde betaling door een overheidslichaam, moet bij de vaststelling van wat redelijk en billijk is rekening worden gehouden met het vertrouwensbeginsel.¹⁹ Wat naar Nederlandse begrippen redelijk en billijk is, hoeft dit naar Europese maatstaven echter niet te zijn. Aan de toekenning van terugwerkende kracht en het terugnemen van toezeggingen kan het beginsel van bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen in de weg staan. In hoeverre vertrouwen gerechtvaardigd is hangt af van diverse factoren, welke in het kader van een mogelijke terugvordering worden besproken. Van Wijk c.s. noemen:

– Wie wekte het vertrouwen?

De verwekker van de verwachtingen moet in beginsel bevoegd zijn om het vertrouwen te wekken. Bij staatssteun speelt een rol dat drie instanties betrokken zijn. De nationale wetgever en het uitvoerende bestuursorgaan die een steunregeling ontwerpen en effectueren, en de Europese Commissie die de steunregeling dient te beoordelen.

Verwachtingen kunnen niet ontleend worden aan toezeggingen van een overheidsorgaan dat ter zake niet bevoegd was, tenzij er een toerekenbare schijn van bevoegdheid is gecreëerd. Hierbij speelt echter een rol dat het de exclusieve competentie van de Commissie is om uitsluitel te geven over de verenigbaarheid van een maatregel met het staatssteunregime, om zo de belangen van derde-belanghebbers effectief te kunnen waarborgen. Derhalve mag aan een toezegging van de nationale wetgever of een uitvoerend orgaan niet het vertrouwen worden ontleend dat een steunmaatregel reeds is goed-

20 Zie J.H. van der Veen, noot bij CBB 5 januari 1995, AB 1995, 537.

21 Zie o.a. het voorstel van de Commissie tot het nemen van maatregelen betreffende Ierse steunmaatregelen, Pb. EG C 395/14 van 18 december 1998, onderdeel 3.

22 HvJ EG 24 november 1987, 223/85, Rijn-Schelde-Verolme Machinefabrieken en Scheepswerven NV/Commissie, Jur. 1987, p. 4617. Ten tijde van dit arrest bestond er geen formele tijds-limiet waarbinnen de Commissie diende te reageren.

23 HvJ EG 14 januari 1997, C-169/95, Spanje/Commissie, Jur. 1997, p. I-135.

24 Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad, L 142 van 14 mei 1998, p. 1-4.

25 HvJ EG 21 maart 1990, C-142/87, België/Commissie, Jur. 1990, p. I-959, ro. 43; HvJ EG 21 maart 1991, C-303/88, Italië/Commissie, Jur. 1991, p. I-1433, ro. 3; HvJ EG 15 juni 1993, C-225/91, Matra SA/Commissie, Jur. 1993, p. I-3203, ro. 4.

26 L.A.J. Senden, L. Hancher, De juridische werking van communautaire beleidsregels inzake mededinging en staatssteun, NTER 2000, p. 104.

gekeurd, tenzij de Commissie hiervan zelf heeft blijk gegeven, bijvoorbeeld middels een publicatie. Begunstigden dienen zich ervan bewust te zijn dat stellige toezeggingen van nationale bestuursorganen niet het risico van terugvordering neutraliseren.²⁰ Een toezegging door de nationale overheid bindt de Commissie dus nimmer; anderzijds is zij in de regel wel gebonden aan de door haar gedane toezeggingen.

– Wat wekte het vertrouwen?

Een belangrijke bron van vertrouwen ten aanzien van staatssteun is het reeds eerder gevoerde beleid door de Commissie. Bij bestaande steun dient de Commissie reeds op die grond in voorkomende gevallen een passende overgangsregeling te bieden bij de afschaffing voorzover deze niet voorzienbaar was.²¹ Echter, bij een wijziging van bestaande steun mag nooit zonder meer worden uitgegaan van een hernieuwde goedkeuring. De verplichting tot aanmelding van (niet-marginale) aanpassingen in een bestaande steunregeling dwingt de Commissie tot heroverweging en het geven van een nieuw oordeel.

Het wekken van vertrouwen door een gemeenschapsinstelling kan slechts door precieze, ondubbelzinnige toezeggingen gebeuren; in een enkel geval kan stilzitten echter ook een grond bieden. In het RSV-arrest heeft het Hof nadrukkelijk het vertrouwensbeginsel gehonoreerd, aangezien de Commissie in een eenvoudige zaak 26 maanden nodig had om tot terugvordering te besluiten, mede gelet op het feit dat de Commissie recentelijk al steun binnen dezelfde sector in dezelfde lidstaat (Nederland) had goedgekeurd en dus van de omstandigheden op de hoogte diende te zijn.²²

Wanneer sprake is van steun die is verleend in strijd met de procedure van artikel 88 en de Commissie hiertegen (achteraf) geen bezwaar maakt c.q. alsnog goedkeuring verleent, dan kan een dergelijke beschikking geen vertrouwen rechtvaardigen indien zij tijdig wordt aangevochten voor het Hof of het Gerecht van Eerste Aanleg en wordt vernietigd.²³ Dus zelfs instemming van de Commissie kan gedurende de tijd waarin een beroep tot nietigverklaring mogelijk is geen bescherming bieden.

Een gedoogbeleid kan geen bron van gerechtvaardigde verwachtingen zijn ten aanzien van staatssteun, temeer omdat het Hof in voorkomende gevallen aan de hand van de wettelijke regeling het inconsistente of nalatig handelen van de Commissie kan corrigeren indien zij hiertoe wordt verzocht. Van een actief gedoogbeleid zal dan in de regel ook geen sprake zijn. Uitzondering is hier *de minimis*-steun. De Raad heeft in 1998 in een machtigingsverordening de Commissie bevoegd verklaard om steun tot een bepaald plafond in het geheel niet te beschouwen als staatssteun, aangezien steun van geringe omvang niet geacht wordt de mededinging te vervalsen.²⁴ Het Hof heeft echter in het verleden reeds aangegeven dat ook geringe financiële steun de con-

currentie kan beïnvloeden en derhalve niet zonder meer is uit te sluiten van het staatssteunverbod.²⁵ Zo kan *de minimis*-steun in bepaalde kleine sectoren alsnog leiden tot een ernstige concurrentievervalsing, welke in die omvang niet te verantwoorden is. De juridische basis voor *de minimis*-steun is dan ook voorsnog twijfelachtig in tegenstelling tot haar wenselijkheid. Als de Raad in de machtigingsverordening echter had erkend dat *de minimis*-steun onder artikel 87 lid 1 valt en dit vervolgens van het verbod had uitgezonderd – een verdragsrechtelijk correcte oplossing – zou zij daarmee echter erkennen dat het (gedoog)beleid van de Commissie sinds de jaren tachtig in strijd met het EG-Verdrag was.

Een passief gedoogbeleid zal zich kunnen voordoen in het geval de Commissie prioriteiten dient te stellen ten aanzien van de aan haar bekende (al dan niet genotificeerde) steunmaatregelen. Hierbij zal bestrijding van de minst zware overtredingen in de regel enige tijd op zich laten wachten. Echter zal ook dan met terugwerkende kracht de bevoordeling geneutraliseerd worden zodat van gedogen niet echt sprake kan zijn.

Evenmin als een toezegging van een Nederlands bestuursorgaan kan een Nederlandse wettelijke regeling vertrouwen opwekken bij de begunstigde zolang deze niet is goedgekeurd door de Commissie, althans niet ten aanzien van de verenigbaarheid van die regeling met de staatssteunregelgeving. Mededelingen en verordeningen van de Commissie kunnen in beginsel wel vertrouwen wekken, maar slechts dan wanneer aan alle daarin gestelde voorwaarden is voldaan. Desondanks mag niet uit het oog worden verloren dat het voldoen aan de voorwaarden niet uitsluit dat in een specifiek geval de consistente toepassing van het gestelde in de mededeling of de verordening niet strookt met de doeleinden van het staatssteunverbod. Het Gerecht en het Hof zijn bij een eventuele beoordeling van een staatssteunbeschikking op verzoek van een derdebelanghebbende niet gebonden aan richtlijnen hoewel ze met hun bestaan rekening houden.

Senden en Hancher stellen terecht dat de nationale rechter bij de beoordeling of er sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen, rekening dient te houden met het feit dat begunstigen niet of slechts in geringe mate betrokken zijn bij de staatssteunprocedure welke speelt tussen de Commissie en de lidstaten. Het vertrouwen in mededelingen omtrent deze procedure speelt een belangrijke rol bij de bescherming van de begunstigde als derde partij.²⁶

– Dispositievereiste

Een begunstigde die op grond van gewekte verwachtingen ten aanzien van een steunregeling maatregelen heeft genomen, zoals het doen van investeringen, die hij achterwege zou hebben gelaten zonder de in het vooruitzicht gestelde steun, kan in een nadelige situatie komen te verkeren als de steun niet wordt ontvangen. Zijn vertrouwen dient in een der-

27 Van Wijk c.s., reeds aangehaald, p. 365.

28 Afdeling bestuursrecht-spraak, 16 oktober 1984.

29 Nicolai, reeds aangehaald, p. 366.

30 N. Verheij, *Vertrouwen op de overheid*, in: *Vertrouwenbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997, p. 84.

31 J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid*, derde druk. W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 324.

32 HR 26 september 1979, AB 1980, 210. Zie evenwel HR 17 november 1995, NJ 1997, 185: vertrouwen kon niet worden opgewekt door een expliciete, bij vergissing gedane mededeling terzake van een individueel geval nu deze onverwijld en onmiskenbaar was herroepen. Volgens de Hoge Raad kan hierop een uitzondering worden gemaakt voor zover de belanghebbende op grond van het kortstondig gewekt vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten dat niet meer zonder nadeel kan worden hersteld.

33 AB 1991, 462.

34 Beschikking van 2 februari 2000 (2000/359/EG), Pb. EG L 129/21 van 30 mei 2000.

gelijk geval naar nationaal recht eerder gehonoreerd te worden.

Bij steunmaatregelen speelt een rol dat zij veelal beogen om een bepaald gedrag van de begunstigde te sturen welke deze zonder steun achterwege zou hebben gelaten. Hierbij kan worden gedacht aan het doen van investeringen in achtergestelde gebieden, het niet ontslaan van personeel in het vooruitzicht van faillissement e.d. De algemene lijn in de jurisprudentie van het Hof toont aan dat daar waar zich problemen voordoen, het vrijwel altijd ondernemingen betreft die de ontvangen of niet afgedragen steun reeds hebben besteed en door de terugvordering benadeeld worden. Nu benadeling inherent lijkt aan de terugvordering van steun, zal het dispositievereiste geen doorslaggevende rol spelen waar het gaat om terugvordering van staatssteun.

Het dispositievereiste speelt ook naar nationaal recht niet altijd een rol. In de fiscale sfeer speelt een rol dat bij een individuele toezegging niet hoeft te worden nagegaan welke reële gevolgen de toezegging heeft gehad voor de betrokkenen, aldus Van Wijk c.s.²⁷ De Afdeling bestuursrecht-spraak heeft ten aanzien van subsidies geoordeeld dat daadwerkelijke benadeling evenmin behoeft te worden aange-toond in geval van het verminderen van subsidie indien het een subsidieregeling betreft die maar voor één belanghebbende geldt aan wie een toezegging tot handhaving van de subsidie op een bepaald niveau tot aan een bepaalde datum is gedaan.²⁸ In bredere zin kan gesteld worden dat ten aanzien van individuele steunmaatregelen, door het toekennen van subsidie, kwijtschelding, vermindering van afdrachten e.d., het dispositievereiste niet altijd een rol speelt.

Nicolai erkent het dispositievereiste niet als een noodzakelijke voorwaarde voor het honoreren van een gerechtvaardigd vertrouwen.²⁹ Evenmin ziet Verheij de noodzaak van het dispositievereiste, mits sprake is van een binnen de grenzen van de wet bevoegd gedane toezegging waarbij geen belangen van derden zijn betrokken. Hij stelt dat in financiële twee-partijenverhoudingen een bestuursorgaan in beginsel gebonden zou moeten zijn aan (niet-evi-dente) tegenwettelijke toezeggingen door een ambtenaar die een burger redelijkerwijs daartoe bevoegd mocht achten.³⁰ De toezeggingen inzake subsidieverlening waarop Verheij en Nicolai doelen vallen onder het begrip 'staatssteun' in ruime zin. Voor wat betreft derden, zij worden bij staatssteun min of meer verondersteld aanwezig te zijn in de vorm van concurrenten die door de steun in hun positie benadeeld worden of dreigen te worden.

Ook Ten Berge ziet dispositie niet als een vereiste, maar wel als een factor die in een belangenafweging dient te worden meegewogen³¹; een pro-indicatie. Hij verwijst in dit kader naar het autokostenarrest, waarbij dispositie wel vereist was ten aanzien van algemene inlichtingen door de fiscus, maar niet ten aanzien van expliciete toezeggingen.³²

Ten aanzien van de inlichtingen over de inhoud van wettelijke regels, heeft de Hoge Raad gesteld dat bij de rechtvaardiging van vertrouwen geen sprake mag zijn van een zo duidelijke strijd met een juiste wets-toepassing dat de belastingplichtige de onjuistheid redelijkerwijs had moeten en kunnen beseffen. De vraag blijft echter of een begunstigde in een specifiek geval had moeten beseffen dat er sprake was of kon zijn van strijd met eventuele staatssteunvoor-schriften.

– Contra-indicaties

Het voorzienbaarheidsvereiste speelt een belangrijke rol bij de belangenafweging. Terugwerkende kracht van beschikkingen, in strijd met goede trouw, mag zich slechts bij uitzondering voordoen, en wel als de beschikking is gegeven in strijd met de daaraan ten grondslag liggende wettelijke regeling of als zij is gebaseerd op een aan de begunstigde verwijtbare onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken in het geval bij een juiste voorstelling van zaken een minder gunstige beschikking zou zijn gegeven.

Van voorzienbaarheid zal ook sprake zijn indien terzake een voorbehoud is gemaakt. Een uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van 30 november 1990 betrof een steunbedrag dat op last van de Commissie verlaagd werd terwijl dit al was uit-gekeerd. In casu kon geen sprake zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen, aangezien een voorbehoud was gemaakt ten aanzien van goedkeuring door de Commissie. Het vertrouwensbeginsel stond dus niet aan terugvordering in de weg.³³

Schending van het vertrouwen zal eerder worden getolereerd indien een passende overgangsre-geling wordt getroffen. Dit zal in het kader van staats-steun echter niet eenvoudig realiseerbaar zijn nu een financiële vergoeding voor de schade die geleden wordt door terugbetaling van de steun vaak aan effectieve terugvordering in de weg zal staan.

Een geval waarin een gerechtvaardigd vertrou-wen is aangenomen betreft een Italiaanse steunre-geling voor coöperaties op Sicilië.³⁴ Op 25 maart 1998 werd door haar per vergissing aan de Italiaanse overheid een fax toegezonden met daarin de opmerking dat geen bezwaar werd gemaakt tegen de regeling. Op 2 juli 1998 is een mededeling verzonden tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure voor nieuwe steun welke uiteindelijk onverenigbaar is verklaard. De Commissie erkende het door haar gewekte gerechtvaardigd vertrouwen voor steun verleend tussen 25 maart en 2 juli 1998.

De Awb: toekenning en intrekking van subsidie

Een van de meest bekende vormen van steunverle-ning is het verlenen van subsidie. Subsidie wordt slechts verleend krachtens wettelijk voorschrift (artikel 4:23 Awb).

Volgens de Awb-procedure dient subsidie eerst te worden aangevraagd. Daarop volgt een beschik-

35 Zie hierover nader de paragraaf 'De belangenafweging'.

36 K.-J. Visser, Fiscale maatregelen en communautaire steunmaatregelen: formele procedures en terugvordering, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2000/6390, p. 871.

37 Zie P. Demolin, M.T. Ferrer, in: Jestaedt/Ottersvanger/Van Cutsem, Application of EC state aid law by the Member State Courts, Bureau voor officiële publicaties der EG, 1999, p. 27.

38 HvJ EG 20 september 1990, C-5/89, Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik), Jur. 1990, p. I-3437.

king inzake subsidieverlening. Na het verrichten van de activiteiten waarop de subsidie is gericht, volgt de subsidievaststelling en daarna de betaling. Eventueel kan reeds eerder een voorschot worden verstrekt. Bij subsidieregelingen welke op aanvraag worden verstrekt en waarbij een zekere discretie bestaat bij de toekenning, geldt dat iedere individuele toekenning als zodanig aan de Commissie dient te worden voorgelegd daar waar sprake is van steun in de zin van het staatssteunverbod. Deze zal dan ook voor ieder afzonderlijk geval een beschikking moeten nemen.

Artikel 4:48 Awb voorziet in een aantal mogelijkheden om reeds verleende subsidie in te trekken of ten nadele van de subsidieontvanger te wijzigen, voordat de hoogte ervan is vastgesteld. Als gronden hiervoor worden erkend (a) dat de activiteit waarvoor subsidie is verleend niet (geheel) heeft plaatsgevonden of zal plaatsvinden, (b) dat aan enige opgelegde verplichting niet is voldaan, (c) dat door de ontvanger onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beschikking zou hebben geleid, (d) dat de subsidieverlening onjuist was en de ontvanger dit wist of behoorde te weten of (e) dat een beroep moet worden gedaan op een gemaakt begrotingsvoorbehoud.

Ten tijde van de subsidieverlening is de steun nog niet daadwerkelijk aan de begunstigde ter beschikking gesteld. In dit stadium kan de standstill-bepaling nog geëffectueerd worden en zal van terugvordering geen sprake zijn. Gelet op de jurisprudentie van het Hof zou een begunstigde ondernemer behoren te weten dat steun die valt onder het staatssteunverbod niet mag worden verstrekt zonder de instemming van de Commissie.³⁵ Indien deze lijn wordt doorgetrokken naar de Awb zou in dit stadium het bestuursorgaan een beroep op grond (d) nog kunnen baten.

Intrekking van de subsidieverlening na de vaststelling tast de uit de vaststelling voortvloeiende aanspraak niet aan. Voorzover de subsidie al is vastgesteld, kan de vaststellingsbeschikking volgens artikel 4:49 Awb slechts worden gewijzigd of ingetrokken (a) op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bestuursorgaan redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager zou zijn vastgesteld, (b) indien de vaststelling onjuist was en de ontvanger dit wist of behoorde te weten, (c) indien de ontvanger na de vaststelling niet heeft voldaan aan verplichtingen verbonden aan de subsidie.

Mogelijkheid (a) zal in het kader van staatssteun niet mogen baten, omdat een bestuursorgaan dat subsidie verleent op de hoogte had moeten en kunnen zijn van bepalingen omtrent staatssteun, desnoods door het inwinnen van deskundig advies. Dit in het kader van de vereiste zorgvuldige voorbereiding. Mogelijkheid (b) ziet hier met name op een onjuiste vaststelling van de hoogte van een subsidie

en niet op de juistheid van de subsidieverlening als zodanig. Mogelijkheid (c) spreekt voor zichzelf.

Volgens artikel 4:57 Awb kunnen alleen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten worden teruggevorderd binnen vijf jaar na de datum van vaststelling. Slechts na intrekking van de vaststelling ligt dan ook de mogelijkheid open om de beschikking tot subsidieverlening in te trekken om zodoende de grondslag voor de subsidieverstrekking te doen vervallen. De limitatieve intrekkinggronden als genoemd in artikel 4:49 Awb lijken hiervoor vrijwel geen ruimte te bieden. Nu artikel 4:49 Awb een opsomming geeft van de omstandigheden waaronder intrekking toelaatbaar wordt geacht, stelt Visser de vraag of dit artikel niet moet worden aangezien als een bepaling die terugvordering onmogelijk maakt, nu hierin algemene rechtsbeginselen zoals deze in Nederland leven zijn gecodificeerd.³⁶ Indien een zodanig beroep op het ontbreken van een intrekkinggrond zou mogen baten, dan kan terugvordering heel eenvoudig als onmogelijk worden bestempeld. Artikel 4:49 Awb zal reeds daarom buiten toepassing moeten worden gelaten of in ieder geval niet als limitatief moeten worden beschouwd. Het doorslaggevend argument om de vereiste grondslag te ontnemen is mijns inziens dat subsidieregelingen en individuele beschikkingen welke in strijd zijn met dwingend communautair recht geen wettige grondslag kunnen bieden voor het verlenen van subsidie waardoor eventuele betalingen onverschuldigd zijn. Een blik over de grens leert dat het Belgische Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat steun waarvan de verplichte aanmelding achterwege is gebleven geen legale basis heeft, waardoor deze mag worden teruggevorderd.³⁷ Mij lijkt dat deze redenering ook geldt aan deze zijde van de grens; steun die niet is aangemeld of welke in strijd met de standstill-bepaling ten uitvoer is gelegd heeft geen wettige basis. Steun verleend voor de verenigbaarverklaring ervan zou derhalve moeten gelden als ten tijde onverschuldigd.

De vijfjaarstermijn van artikel 4:57 Awb kan niet aan terugvordering van een subsidie door een bestuursorgaan worden tegengeworpen, wanneer deze plaatsvindt op grond van een bevel van de Commissie. In het arrest BUG-Alutechnik besliste het Hof dat een lidstaat zich niet mag beroepen op het gerechtvaardigde vertrouwen van een ondernemer dat voortvloeit uit een nationale fatale termijn ten aanzien van terugvordering. Een dergelijke termijn moet zo worden toegepast dat terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt en de belangen van de Gemeenschap volledig worden gewaarborgd.³⁸ Volgens de procedurele verordening verjaart de bevoegdheid tot het geven van een bevel tot terugvordering pas na tien jaar. Nationale tijdslimieten zijn vaak gesteld om begunstigten zekerheid te geven, ook dan wanneer zij niet te goeder trouw zijn. Nu de tienjaarstermijn in de procedurele verordening is vastgelegd, is een kortere limiet ten aan-

39 Afdeling bestuursrecht-spraak, 30 juni 1992, AB 1993, 447.

40 Verheij, reeds aangehaald, p. 76.

41 Van Wijk c.s., reeds aangehaald, p. 428.

42 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, p. 203-204.

43 Artikel 7 van de Kaderwet EZ-subsidies, artikel 5 van de Kaderwet subsidies Ministerie van Buitenlandse Zaken en artikel 5 Kaderwet subsidies Verkeer en Waterstaat bevatten alle een bepaling overeenkomstig artikel 6 van de Kaderwet LNV-subsidies.

44 Een koppeling naar de uitstel-van-betaling-clausule van artikel 4:56 Awb lijkt eveneens wenselijk. De daar genoemde dertienwekentermijn dient buiten toepassing te blijven zolang terzake een onderzoek door de Commissie of een procedure voor enig gerecht loopt.

zien van terugvordering van staatssteun niet langer toepasbaar.

Artikel 4:57 Awb prevaleert als *lex specialis* ten aanzien van subsidies over een vordering uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. Zij biedt een bijzondere regeling die specifiek ziet op de terugvordering van subsidies in het kader van de Awb. Voor de verschuldigde rente over de teruggevorderde subsidie kan geen beroep worden gedaan op artikel 4:57 Awb; hiervoor zal waarschijnlijk moeten worden teruggegrepen op een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Het in rekening brengen van rente kan alleen geschieden als daarvoor een voldoende wettelijke grondslag is.³⁹ Deze is voornamelijk niet in de Awb voorzien. Artikel 4:57 Awb kan slechts worden toegepast op Awb-conforme subsidieregelingen, en niet op bijvoorbeeld privaatrechtelijke kapitaalstortingen en fiscale of sociale afdrachtkortingen.

Terugvordering van subsidies is een bevoegdheid van een bestuursorgaan en vanuit Nederlands perspectief geen verplichting. Aan een besluit tot terugvordering dient aldus een zelfstandige belangenafweging ten grondslag te liggen, aldus Verheij.⁴⁰ Wanneer het aankomt op terugvordering van subsidie op bevel van de Commissie is het Nederlandse bestuursorgaan slechts uitvoerder en mag het niet zelfstandig een afweging maken of al dan niet dient te worden teruggevorderd. Indien het dit wel zou mogen, dan zou de handhaving van het gemeenschapsrecht niet gewaarborgd zijn. Echter, voor de nationale rechter is hier wel een rol weggelegd. Hierover meer in de paragraaf 'Rechtsbescherming voor begunstigden'.

Bijzondere voorbeholden

Van Wijk c.s. stellen dat een begunstigde beschikking die ziet op een aflopend handelen na afloop van de handeling niet meer vatbaar is voor opzegging. De beschikking kan slechts achteraf worden gewijzigd of teruggenomen als de wettelijke regeling waarop de beschikking is gebaseerd erin voorziet of als de beschikking ten onrechte is verleend door een fout van de begunstigde.⁴¹ In het geval van verboden staatssteun ligt het gebrek in de niet-aanmelding bij de Commissie bij het bestuursorgaan. Het lijkt niet voor de hand liggend om het in ontvangst nemen van onrechtmatige steun als een fout aan te merken die intrekking van die steun rechtvaardigt. Evenwel zouden steunregelingen zoals subsidie- en kwijtscheldingsregelingen en overheids garanties, clausules kunnen bevatten die wijziging of intrekking achteraf mogelijk maken indien dit op grond van de artikelen 87-89 EG-Verdrag nodig zou blijken. Deze clausule wordt slechts sporadisch aangetroffen, vrijwel uitsluitend in regelingen van de rijksoverheid.

Een aantal recente wetsvoorstellen bevat een uitdrukkelijk voorbehoud ten aanzien van de van kracht worden van bepaalde onderdelen welke in

verband met mogelijke steunelementen eerst aan de Commissie moeten worden voorgelegd. In artikel 8 van het Besluit milieusubsidies is bepaald dat voorzover voor een programma of een individuele subsidie goedkeuring van de Commissie is vereist op grond van staatssteunregelgeving, geen programma wordt vastgesteld of beschikking tot subsidieverlening wordt afgegeven, voordat deze is verkregen. Indien goedkeuring wordt verkregen wordt dit in de Staatscourant medegegeeld; eventuele voorwaarden worden voorzover mogelijk in het programma opgenomen of als verplichting aan de subsidiebeschikking verbonden. Ook deze bepaling kan een begunstigde geen uitsluitel geven inzake de conformiteit van een ten uitvoer gelegde regeling nu ook hier slechts om goedkeuring zal worden verzocht wanneer de wetgever van mening is dat de subsidie als steun in de zin van artikel 87 lid 1 EG kan worden gekwalificeerd.

Jans c.s. vermelden de Kaderwet LNV-subsidies waarin wordt voorzien in een bijzondere omstandigheid voor intrekking of wijziging van een subsidiebeschikking, namelijk voor gevallen waarbij subsidieverstrekking in strijd zou komen met, onder andere, het EG-Verdrag.⁴² De maximale Awb-terminen ten aanzien van intrekking, wijziging en terugvordering worden hier uitgesloten. Artikel 6 van deze wet stelt⁴³:

- 1 *Een aanvraag kan worden afgewezen en een beschikking, inhoudende de verstrekking van een subsidie op grond van deze wet, kan worden ingetrokken of gewijzigd voorzover subsidieverstrekking in strijd zou zijn met ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichtingen.*
- 2 *Bij de intrekking of wijziging kan worden bepaald dat over onverschuldigd betaalde subsidiebedragen een rentevergoeding verschuldigd is.*
- 3 *De intrekking of wijziging werkt terug tot en met het tijdstip waarop de subsidie is verstrekt, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald.*
- 4 *Artikel 4:49 lid 3, en artikel 4:57 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing op de intrekking of wijziging, bedoeld in het eerste lid.*

Dit artikel verdient een plaats binnen de Awb.⁴⁴ De hier gegeven generieke regeling zou voor bestuursorganen een voldoende basis scheppen om, zo onverhoopt een onverenigbaarverklaring of een bevel tot terugvordering door de commissie wordt gegeven, aan 'haar' verdragsverplichtingen te voldoen. Een bevel tot terugvordering als zodanig kan niet als zelfstandige basis dienen voor terugvordering; het zal altijd op basis van nationale wettelijke voorschriften moeten worden geïmplementeerd. Het bovenstaande artikel creëert daarvoor de noodzakelijke wettelijke grondslag. In het geval van directe subsidiëring zal het genoemde artikel een aanknopingspunt voor terugvordering bieden. Ten aanzien van fiscale subsidiëring (zoals het toekennen van aftrekposten, kortingen of een buitengewone bepa-

45 HvJ EG 5 oktober 1988, 210/87, Remo Padovani c.s./Amministrazione delle finanze dello stato, Jur. 1988, p. 6177.

46 Zie o.a. K. Lenaerts, D. Arts, Europees Procesrecht, tweede druk, Maklu Uitgevers, Antwerpen/Apel-doom 1999, p. 96.

47 Zie o.a. Bardenhewer die betoogt dat het beroep op effectiviteit van het gemeenschapsrecht niet zo zwaarwegend mag zijn dat het gerechtvaardigde belangen van de betreffende burgers min of meer volledig zou kunnen verdringen. (F. Bardenhewer, Effektive Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts und nationaler Vertrauensschutz, in: Grawert/Schlink/Wahl/Wieland (red.), Offene Staatlichkeit, Duncker & Humblot, Berlin 1995, p. 242.)

48 Zie voor een uitgebreide bespreking van de voorproceduur K. Bacon, Differential Taxes, State Aids and the Lunn Poly Case, ECLR 1999, nr. 7, p. 384-391.

49 Zie ook F.H. van der Burg, Europees gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 76; R.J.G.M. Widdershoven, De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel, NTBR 1994, nr. 1, p. 3; Jans c.s., reeds aangehaald, p. 206.

50 O.a. HvJ EG 16 november 1983, 188/82, Thyssen AG/Commissie, Jur. 1983, p. 3721.

ling van de heffingsgrondslag) zal enige aanpassing vereist zijn in de opzet en de bewoording, maar niet in de strekking. Een soortgelijke regeling zou dan ook in de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) haar intrede kunnen doen.

Benadrukt dient te worden dat het bieden van een expliciete wettelijke basis voor terugvordering niet betekent dat ook de terugvordering als zodanig als vanzelfsprekend dient te worden geaccepteerd; het gaat hier slechts om het bieden van een mogelijkheid om aan verplichtingen in EG-verband te voldoen. Of en onder welke voorwaarden terugvordering dient plaats te vinden, verdient een kritische afweging die men mede dient te baseren op een realistische beschouwing van de problematiek van gerechtvaardigd vertrouwen. Communautaire maatstaven voor vertrouwen en billijkheid lijken op dit punt het nationale rechtsgevoel te verdringen.

Effectuering van terugvordering van staatssteun

Nationaal procesrecht

Terugvordering vindt nog steeds plaats op basis van nationale wet- en regelgeving. In beginsel dient terugvordering van staatssteun te geschieden op dezelfde wijze als de terugvordering van andere schulden van ondernemers aan de overheid. Het gemeenschapsrecht staat dan ook niet in de weg aan de toepassing van het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen, voorzover dit niet de reikwijdte en de effectiviteit van het gemeenschapsrecht tenietdoet. Anderzijds geldt het ontbreken van de mogelijkheid tot het doen van een beroep op het vertrouwensbeginsel voor normale schulden naar nationaal recht ook in het geval van staatssteun.⁴⁵ Het Hof heeft de erkenning van de toepasselijkheid van nationale proces- en sanctieregels omkaderd met twee basisregels: deze regels mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (non-discriminatie of gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij mogen de uitoefening van het gemeenschapsrecht niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel).⁴⁶ Het effectiviteitsbeginsel is onder meer verwoord in de strenge eisen die aan de rechtvaardiging van gewekt vertrouwen worden gesteld en de omstandigheden waarin de absolute onmogelijkheid van terugvordering worden erkend.⁴⁷

Vertrouwen contra legem

Een van de problemen bij het handelen *contra legem*, is de vraag wanneer dit aan partijen mag worden tegengeworpen. Als niet bekend is hoe de strekking van een wet of regeling is, kan evenmin van een opzettelijk handelen *contra legem* worden gesproken. Een exacte definitie van wat staatssteun is bestaat niet; de invulling van het begrip volgt met name uit

jurisprudentie en mededelingen van de Commissie over de uitleg ervan. Het is derhalve moeilijk te verdedigen dat iedere ondernemer geacht kan worden de Europese wet te kennen zolang de inhoud ervan niet volledig duidelijk is.

Een recent probleem doet zich voor in de zaak Lunn Poly. Hierin is sprake van een belasting op verzekeringspremies welke voor een kleine groep ondernemers (in het bijzonder reisbureaus) hoger was dan voor andere ondernemers. Het Engelse Court of Appeal heeft deze zaak voorgelegd aan het Hof met de vraag of de nadelige financiële behandeling van één branche uitgelegd moet worden als een financiële bevoordeling van alle overige branches. De zaak is nog steeds aanhangig.⁴⁸ Zonder hier in detail te gaan dient te worden overwogen dat, indien deze negatieve definitie van steun door het Hof wordt geaccepteerd, de reikwijdte van het staatssteunverbod zodanig wordt opgerekt dat van een vertrouwen in het buitenland vallen van het verbod geen sprake meer zou kunnen zijn. Om ergens op te kunnen vertrouwen moet duidelijk zijn aan welke voorwaarden voldaan moet zijn die dit vertrouwen rechtvaardigen.

Gelet op de multilaterale samenstelling van de Europese Gemeenschap kan het tolereren van handelen *contra legem* door individuele lidstaten ten aanzien van Europees recht leiden tot een onderminning van de uniforme toepassing van het recht binnen de EG. Waar in Nederland een handeling *contra legem* onder omstandigheden nog gedoogd kan worden, geldt dit niet voor een handeling in relatie tot Europese voorschriften.⁴⁹ Een expliciete toezegging door een gemeenschapsorgaan in strijd met gemeenschapsrecht kan geen gerechtvaardigd vertrouwen opwekken, nu geen enkele ambtenaar van de gemeenschap toestemming kan geven de toepassing van gemeenschapsrecht achterwege te laten, aldus het Hof.⁵⁰

De belangenafweging

Vanuit Europees perspectief zullen de belangen van de begunstigde vrijwel altijd het onderspit delven ten aanzien van het communautaire belang ten aanzien van een onverstoord concurrentie; een gerechtvaardigd vertrouwen betekent derhalve niet dat dit te allen tijde gehonoreerd zal worden. Waar al sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen, zal nog steeds een belangenafweging dienen plaats te vinden.

Van Wijk c.s. stellen dat wanneer de rechter communautair recht moet toepassen hij de communautaire uitleg van een rechtsbeginsel dient toe te passen en niet de nationale wanneer deze laatste afwijkt. Hier blijkt de voorrang van het Europese boven het nationale recht. Volgens Van der Burg volgt uit het arrest BUG-Alutechnik dat nationale rechters in zaken die door de rechtsmacht van het Hof worden beheerst, hogere eisen moeten stellen

51 F.H. van der Burg, BUG-Alutechnik (noot), in: Van der Burg/Van Buuren/Van der Veen, AB Klassiek, derde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997, p. 238-244.

52 Kamerstukken II 1994-1995, 23 700, nr. 5, p. 12.

53 HvJ EG, zaak C-5/89, BUG-Alutechnik, reeds aangehaald.

54 CBB 19 mei 1994, AB 1994, 642.

55 A.J.C. de Moor-van Vugt, Hobbels bij de rechts-handhaving, in: J.A.E. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Kluwer, Deventer 1993, p. 93.

56 HvJ EG 28 juni 1990, C-80/89, Erwin Behn Verpackungsbedarf GmbH/Hauptzollamt Itzehoe, Jur. 1990, p. I-2659.

aan het door nationale autoriteiten gewekte vertrouwen dan in zuiver nationale zaken.⁵¹

In de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt bij artikel 4:23 Awb vermeld dat van een burger niet verlangd kan worden steeds na te gaan of een bestuursorgaan bevoegd is om een subsidie te verstrekken.⁵² Dit ziet met name op de aanwezigheid van een nationaal-wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking en niet zozeer op de daaraan verbonden beperkingen in andere wet- en regelgeving. Het Hof neemt ten aanzien van staatssteun evenwel een tegengesteld standpunt in:

*'Gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie krachtens artikel [88 EG] uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, kunnen ondernemingen die steun genieten in beginsel evenwel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoedzame ondernemer zal normaliter in staat zijn, zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.'*⁵³

Onwetendheid discolpeert dus niet, althans naar maatstaven van het Hof niet voor de behoedzame ondernemer. Indien we kijken naar een eventuele publiekrechtelijke terugvordering uit onverschuldigde betaling kan hier de civielrechtelijke opvatting van goede trouw een rol spelen. Artikel 3:11 BW stelt namelijk:

'Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze om de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.'

Hieruit volgt dat enig onderzoek mag worden verwacht van de (potentiële) begunstigde, in ieder geval dan wanneer twijfel bestaat. Op dit punt lijkt het Nederlandse recht de visie van het Hof te onderschrijven.

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) heeft in 1994 gesteld dat het vertrouwensbeginsel zich verzet tegen terugvordering van een subsidie die ten onrechte is toegekend door een fout van het ministerie van Landbouw, welke niet te wijten is aan nalatigheid van de begunstigde ondernemer en evenmin aan hem kenbaar was.⁵⁴ Nalatigheid en kenbaarheid spelen een belangrijke rol. Deze criteria stemmen overeen met de uitgangspunten van het Hof, maar bij de interpretatie van de criteria dient rekening te worden gehouden met de ruime Europese interpretatie. Nalatigheid kan bij subsidie die als steun is aan te merken reeds bestaan als de ondernemer niet is nagegaan of de regeling is aangemeld; had hij dit wel gedaan dan was hem ook kenbaar geweest of de subsidie al dan niet in strijd met Euro-

pese regels werd verstrekt. Ook hier blijft de vraag open of de ondernemer had moeten of kunnen vermoeden dat het steun betrof die kwalificeert onder artikel 87 lid 1 EG. Zo niet, dan lijkt van nalatigheid geen sprake. Echter, het Hof lijkt deze vraag reeds op voorhand bevestigend te beantwoorden.

Van MKB-ondernemers mag in redelijkheid niet verwacht worden dat zij voor het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen de rechtmatigheid van een steunregeling controleren, temeer omdat de meesten van hen nimmer van de regeling gehoord zullen hebben. Een adagium 'Iedere ondernemer wordt geacht het recht te kennen' kan bij de complexiteit van het nationale en Europese recht niet gehandhaafd worden. Het Hof neigt echter ertoe te veronderstellen dat iedere ondernemer, groot of klein, wel enige notie van dit recht dient te hebben en in voorkomende gevallen nadere kennis moet vergaren en dus bovengenoemde 'controle' uitvoert. In een streven de handhaving van het communautaire recht te verzekeren zal in veel gevallen oprechte onwetendheid plaats moeten maken voor een rechtsvermoeden van 'niet te goeder trouw', waarbij tegenbewijs in theorie mogelijk is, maar in de praktijk niet geaccepteerd zal worden.

De Moor-van Vugt stelt ten aanzien van de Europese dimensie van het vertrouwensbeginsel dat hetgeen het Hof kwalificeert als bedrijfsrisico – het risico van een prudente marktdeelnemer – niet wordt beschermd. Van een professionele deelnemer wordt een actieve houding verwacht door zich te voorzien van de meest actuele informatie.⁵⁵ Dit ligt in de lijn met de uitspraak van het Hof in BUG-Alutechnik, nu een ondernemer in staat moet zijn na te gaan of een regeling is aangemeld c.q. goedgekeurd. De vraag is echter of een MKB-ondernemer die zijn diensten aanbiedt in een lidstaat altijd als een professionele deelnemer aan de communautaire markt kan worden aangemerkt. Het Hof laat ten aanzien van staatssteun voor deze vraag geen ruimte. In het arrest Behn heeft het Hof inzake importheffingen beslist dat een handelaar wiens bezigheden met name bestaan uit het doen van import- en exporttransacties, en die daarmee enige ervaring heeft opgedaan, zichzelf via het lezen van het Publicatieblad bekend moet maken met het toepasselijke gemeenschapsrecht.⁵⁶ De vraag is of niet een gelijksoortige eis ten aanzien van staatssteun moet gelden; van ondernemers die zich stelselmatig bezighouden met grensoverschrijdende handel of dienstverlening of die werkzaam zijn in branches waarin buitenlandse aanbieders op de nationale of regionale markt regelmatig concurreren, mag meer worden verwacht dan van anderen.

Het Alcan-arrest

Het meest controversiële arrest van het Hof op het gebied van staatssteun is het Alcan-arrest. Het Hof besliste dat een bestuursorgaan verplicht is op

57 HvJ EG 20 maart 1997, C-24/95, Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH, Jur. 1997, p. 1-1591.

58 De Engelstalige tekst van het arrest stelt dat een eventueel voordeel niet langer aanwezig is. Dit in tegenstelling tot de Nederlandse tekst waarin wordt gemeld dat verrijking ontbreekt. Waarschijnlijk wordt bedoeld dat de verrijking niet blijvend was.

59 M. Hoenike, EuGH: Rückforderung unzulässiger Beihilfen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, nr. 9, p. 280.

60 Van der Burg, reeds aangehaald, p. 77.

61 BVerfG, 2 BvR 1210/98 van 17 februari 2000.

62 HvJ EG 23 februari 1995, C-349/93, Commissie/Italië, Jur. 1995, p. 1-343.

63 HvJ EG 7 juni 1988, 63/87, Commissie/Griekenland, Jur. 1988, p. 2875.

64 HvJ EG 10 juni 1993, C-183/91, Commissie/Griekenland, Jur. 1993, p. 1-3131; HvJ EG 29 januari 1998, C-280/95, Commissie/Italië, Jur. 1998, p. 1-259.

65 HvJ EG 15 januari 1986, 52/84, Commissie/België, Jur. 1986, p. 89.

grond van een beschikking van de Commissie een besluit tot toekenning van steun in te trekken en de steun terug te vorderen, zelfs dan wanneer dit orgaan in zulke mate verantwoordelijk was voor de onwettige verlening van steun dat terugvordering de goede trouw aan de zijde van de ontvanger lijkt te schenden. Doorslaggevend was dat dit vertrouwen niet gewettigd kon zijn nu in casu de procedure van artikel 88 niet in acht was genomen.⁵⁷ Niet relevant werd geacht dat een nationale tijdsclimiet ter waarborging van de rechtszekerheid was verstrekt, noch dat de nationale wet terugvordering uitsluit omdat het voordeel niet langer bestaat en kwade trouw bij de ontvanger ontbrak.⁵⁸ Volgens het Hof is van dit laatste vrijwel altijd sprake in het geval staatssteun wordt verleend aan een bedrijf dat, zoals Alcan, in financiële moeilijkheden verkeerde.

Hoenike concludeert uit het bovenstaande dat een onrechtmatige gedraging van een lidstaat de facto aan de ondernemer wordt toegerekend.⁵⁹ Advocaat-generaal Jacobs concludeert dat de rol van nationale autoriteiten enkel is de beschikking van de Commissie uit te voeren. Hij stemt in met de opvatting van de Commissie dat de rechtssituatie pas zeker wordt vanaf het moment waarop de Commissie haar eindbeschikking vaststelt of uiterlijk wanneer deze definitief wordt door het verstrijken van de termijn om de beschikking in recht voor de Europese gerechten aan te vechten. Van der Burg tekent aan dat een ondernemer een steunbeslissing steeds kritisch zal moeten bejegenen ook al dringt de overheid de steun min of meer op. Maar, zo Van der Burg, een Nederlandse ondernemer zal niet snel geneigd zijn om te vragen of de overheid bepaalde steun wel mag verlenen.⁶⁰

In een ultieme poging van Alcan is de zaak voorgelegd aan het Duitse Bundesverfassungsgericht. Dit gerecht nam de klacht niet in behandeling omdat de terugvordering niet in strijd was met de Duitse grondwet.⁶¹ Het overwoog dat Alcan reeds in het jaar van de subsidieverlening kennis zou hebben kunnen nemen van mogelijke bezwaren. Daar komt nog bij dat Alcan de formele onrechtmatigheid van de steunverlening had kunnen erkennen, namelijk de overtreding van de standstill-verplichting. Onder deze omstandigheden kon geen door de grondwet beschermd vertrouwen ontstaan.

De praktische onmogelijkheid van terugvordering

Een van de basisbeginselen die aan het staatssteunregime ten grondslag liggen is het 'effet utile'. De effectiviteit van de controle van de Commissie en de handhaving van het staatssteunregime mag niet ondermijnd worden. Het Hof heeft dit geformuleerd door te stellen dat de toepassing van nationaal recht de terugvordering niet feitelijk nagenoeg geheel onmogelijk mag maken. Dit legt aan de lidstaten de verplichting op alle ter beschikking staan-

de middelen aan te wenden om de terugvordering te effectueren.

Het enige verweer waarop een lidstaat zich kan beroepen indien zij niet voldoet aan een bevel tot terugvordering is de absolute onmogelijkheid van het implementeren van het bevel. Bij onvoorziene en onvoorzienbare moeilijkheden moet de lidstaat in samenwerking met de Commissie naar een oplossing zoeken welke geen afbreuk doet aan de staatssteunbepalingen.⁶² De vraag is hoe ver een dergelijke verplichting mag gaan; kan van een lidstaat verwacht worden dat met terugwerkende kracht een wettelijke grondslag voor effectieve terugvordering wordt ingevoerd? Dit zal uit toekomstige jurisprudentie moeten blijken. Naar mijn mening is het om deze reden reeds wenselijk om pro-actief te reageren en een algemene publiekrechtelijke regeling voor terugvordering te creëren, tenminste voorzover het terugvordering van staatssteun betreft. Ondanks zorgvuldige voorbereiding kan niet worden voorkomen dat ooit een wettelijke regeling of ad hoc beschikking totstandkomt die onder het staatssteunregime valt zolang de criteria voor staatssteun nog niet uitgekristalliseerd zijn.

De financiële moeilijkheden waarin een bedrijf kan komen te verkeren door het terugvorderen van onrechtmatige steun maken terugvordering niet absoluut onmogelijk.⁶³ Ook torenhoge kosten ter uitvoering van de terugvordering en dreigende massale stakingen en protestacties in de transportsector – met alle gevolgen van dien voor het sociale leven – zijn als argument verworpen.⁶⁴ Terugvordering dient ook dan te volgen wanneer dit tot het faillissement c.q. de liquidatie van de begunstigde ondernemer zou kunnen leiden.⁶⁵ Terugvordering hoeft evenwel niet plaats te vinden indien de begunstigde reeds failliet is gegaan, mits in geval van een rechtspersoon er geen gesubsidieerde passiva zijn overgenomen door een derde c.q. het genoten voordeel niet op een of andere wijze is doorgesluisd naar een ander die als uiteindelijke begunstigde is aan te merken.

Absolute onmogelijkheid kan zich evenwel voordoen indien een gerechtvaardigd vertrouwen eraan in de weg staat dat terugvordering wordt doorgevoerd. De kans dat dit zich echter voordoet is gelet op de hiervoor besproken stringente condities voor de rechtvaardiging van het vertrouwen gering. Zelfs dan zal dit vertrouwen nog moeten worden afgewogen tegen het algemene (lees: communautaire) belang. Deze afweging zal vrijwel altijd ten nadele van de begunstigde uitvallen, hoewel het Hof niet uitsluit dat er toch omstandigheden zijn waarin het vertrouwen de doorslag geeft. Deze 'omstandigheden' lijken echter, op grond van de jurisprudentie tot nu toe, slechts een inhoudsloos begrip met als doel aan critici een laatste mogelijkheid voor te spiegelen om alsnog de schijn hoog te houden dat recht wordt gedaan aan het fundamentele rechtsbeginsel van bescherming van een gerechtvaardigd vertrou-

66 Voor een analyse van bijzondere omstandigheden inzake communautaire steun zie C. Bollen, Verknoot het Europese recht ook ons bestuursrecht?, in: Helde- weg/Van der Linden/Schlössels (red.), Uit de school geklapt?, Sdu, Den Haag 1999, p. 52-57.

67 HvJ EG C-5/89, BUG-Alutechnik, reeds aangehaald.

68 Zowel tegen de verbodsbeschikking als tegen het terugvorderingsbevel kan afzonderlijk beroep worden ingesteld. Echter in een procedure t.a.v. de terugvordering kan geen beroep meer worden gedaan op de nietigheid van de verbodsbeschikking als deze niet zelf is aangevochten.

69 HvJ EG 15 juli 1963, 25/62, Plaumann/Commissie, Jur. 1963, p. 207.

70 Gerecht 11 februari 1999, T-86/96, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen en Hapag-Lloyd/Commissie, n.n.g.

71 Zie A. Sinnaeve, P.J. Slot, The new regulation on state aid procedures, CMLR, vol. 36, p. 1174-1175.

72 HvJ EG 9 maart 1994, C-188/92, Textilwerke Degendorf GmbH/Bondsrepubliek Duitsland, Jur. 1994, p. I-833.

73 HvJ EG 21 september 1983, 205-215/82, Deutsche Milchkontor GmbH e.a./Bondsrepubliek Duitsland, Jur. 1983, p. 2633. Het vertrouwensbeginsel is als onderdeel van het communautaire recht voor het eerst nadrukkelijk erkend in HvJ EG 3 mei 1978, 112/77, Topfer/Commissie, Jur. 1978, p. 1019.

wen.⁶⁶ Het Hof heeft overwogen dat een lidstaat zich in ieder geval niet kan beroepen op het vertrouwen dat door haar instanties bij de ontvanger is gewekt om zich aan de verplichting tot terugvordering te onttrekken, omdat zij dan door een beroep op haar eigen onwettig gedrag de terugvorderingsbeschikking elke werking zou ontnemen.⁶⁷

Rechtsbescherming voor begunstigen

Beroep bij de communautaire rechter

Een negatieve beschikking, eventueel vergezeld van een bevel tot terugvordering, kan worden aangevochten door een begunstigde voor het Gerecht in Eerste Aanleg (hierna: het Gerecht) en in beroep bij het Hof, conform artikel 230 EG.⁶⁸ Een begunstigde onderneming wordt slechts als belanghebbende aangemerkt als hij een individueel belang heeft. Bijzondere hoedanigheden en feitelijke omstandigheden kunnen ertoe leiden dat hij zich van andere onderscheidt.⁶⁹ Als de beschikking een algemene maatregel treft, bijvoorbeeld een fiscale aftrekpost voor alle ondernemers, dan kan niet van een individueel belang gesproken worden enkel op grond van de hoedanigheid van mogelijke begunstigde nu andere ondernemers zich feitelijk of potentieel in dezelfde situatie kunnen bevinden.⁷⁰

Onduidelijk is wat dient te gebeuren als een beschikking daadwerkelijk wordt vernietigd. Redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de standstill-clausule herleeft en het verstrekken van steun vooralsnog niet is toegestaan totdat de Commissie een nieuwe beschikking afgeeft.⁷¹ De procedurele verordening geeft hierover geen uitsluitel.

Indien de begunstigde heeft verzuimd tijdig beroep in te stellen tegen een terugvorderingsbeschikking van de Commissie bij het Gerecht, dan is deze beschikking ten aanzien van hem bindend. Belanghebbende kan de beschikking niet alsnog voor de nationale rechter proberen aan te tasten, aangezien dit afbreuk zou doen aan de tijdslimiet die gesteld wordt voor het instellen van beroep tegen beschikkingen van een gemeenschapsorgaan hetgeen onverenigbaar is met het beginsel van rechtszekerheid, aldus het Hof.⁷²

Een procedure voor het Hof tegen een onverenigbaarverklaring en een daarmee samenhangende terugvordering heeft geen schorsende werking. Evenwel bestaat de mogelijkheid voor de begunstigde om bij het Hof via een voorlopige voorziening uitstel van terugvordering te bewerkstelligen (artikel 242 EG). Dit veronderstelt dan wel dat de hoofdzaak aanhangig is gemaakt en de eis de indruk wekt rechtvaardig te zijn. Spoedeisendheid zal bij een bevel tot terugvordering veelal voorhanden zijn, tenzij de Commissie een coulante termijn geeft om dit te effectueren. Deze termijn zal desondanks veelal korter zijn dan nodig om de procedure voor het Hof af te werken. De voorlopige voorziening

kan vervallen bij de uitspraak in de hoofdzaak. De begunstigde zelf kan voor het Gerecht in beroep gaan tegen een beschikking tot terugvordering, omdat zij door dit bevel rechtstreeks in haar belangen wordt geraakt.

Een probleem dat zich voordoet bij het verzoeken om een voorlopige voorziening betreft de belangenafweging. In hoeverre mag de beschikking over steun nog gehandhaafd worden, als derden (concurrenten) hiervan nadeel zouden kunnen ondervinden. Heeft hier het communautaire belang bij handhaving van het staatssteunverbod altijd voorrang over de individuele belangen van de steunontvangers? In beginsel is terugvordering het logische gevolg op de verlening van steun in strijd met de standstill-bepaling, een onverenigbaarverklaring of met de voorwaarden gesteld aan een verenigbaarverklaring. Het communautaire belang bij overtreding van de standstill-bepaling of een onverenigbaarverklaring zal vrijwel altijd prevaleren; hier zal dan ook voor een voorlopige voorziening geen plaats zijn. Slechts waar ruimte is voor discussie omtrent de vraag of iets kwalificeert als steun in de zin van artikel 87 lid 1 EG of dat al dan niet aan de voorwaarden van een op de machtigingsverordening gebaseerde Commissieverordening is voldaan, kan een voorlopige voorziening uitkomst bieden voorzover hiertoe redelijke argumenten worden aangedragen. Bij de belangenafweging kan een rol spelen dat de verschuldigde rente doorloopt tot het moment waarop steun volledig is teruggevorderd. Tegenover opschorting van terugvordering als voorlopige voorziening staat derhalve de betaling van additionele rente, voorzover het bevel tot terugvordering standhoudt in de hoofdzaak. Ten aanzien van het honoreren van een voorlopige voorziening dient te worden vermeld dat puur financiële schade door het Hof in beginsel niet als onherstelbaar wordt beschouwd; bijzondere omstandigheden kunnen echter tot een ander oordeel leiden. In geval van puur financiële steun zou dus de noodzaak voor een voorlopige voorziening kunnen ontbreken nu eventuele teruggevorderde bedragen desnoods weer kunnen worden uitbetaald met een passende rentevergoeding. Het lijkt mij dat de Commissie deze in voorkomende gevallen verschuldigd is.

Beroep bij de nationale rechter inzake terugvordering

Het Hof heeft herhaaldelijk benadrukt dat 'de beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid deel uitmaken van de communautaire rechtsorde. Derhalve kan geen strijdigheid met deze rechtsorde worden aangenomen indien een nationale regeling het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid beschermt op een gebied als de terugvordering van onverschuldigd betaalde communautaire steun.'⁷³

Dit geldt eveneens voor nationale steun:

'Uiteraard valt niet uit te sluiten, dat de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzon-

74 HvJ EG, C-5/89, BUG-Alutechnik, reeds aangehaald. Zie ook HvJ EG 21 september 1983, 202-215/82, Deutsche Milchkontor/Duitsland, Jur. 1983, p. 2633 en Gerecht 8 juni 1995, T-459/93, Siemens SA/Commissie, Jur. 1995, p. II-1675.

75 AB 1996, 496.

76 M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling in het publiekrecht, NJB 1998, p. 948.

77 M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling, Kluwer, Deventer 1997, p. 296.

78 Zie de mededeling over samenwerking tussen nationale rechters en de Commissie, Pb. EG C 312/7 van 23 november 1995 en HvJ EG 19 juni 1973, 77-72, Capolongo/Azienda Agricole Maya, Jur. 1973, p. 611.

79 Idem, onderdelen 23 en 27.

80 Verordening (EG) nr. 659/1999, artikel 10.

*derlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten. In een dergelijk geval is het aan de nationale rechter, zo die wordt aangezocht, de omstandigheden van het geval te beoordelen, eventueel na het Hof van Justitie prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld.*⁷⁴

Het Hof heeft – als hiervoor reeds behandeld – in haar rechtspraak aanzienlijke restricties opgelegd aan de nationale rechter bij het bepalen of sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen. Het is binnen deze restricties aan de nationale rechter om te beoordelen of in een gegeven situatie het gerechtvaardigde vertrouwen zich tegen terugvordering verzet. Hierbij geldt evenwel dat recht moet worden gedaan aan de communautaire belangen, welke dan ook zwaar moeten worden meegewogen in de belangenafweging.

In haar uitspraak van 21 oktober 1996 tekende de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat *'de algemene dan wel de bijzondere rechter slechts bevoegd [is] te achten tot kennisneming van beroepen tegen terugvorderingsbesluiten, indien dergelijke besluiten voortvloeien uit een besluit inzake een bestuursrechtelijke toekenning ter zake waarvan die rechter bevoegd is.*⁷⁵

Deze connexiteitseis heeft tot gevolg dat de beoordeling van de noodzaak tot aanmelding of de rechtmatigheid van terugvordering aan de rechter dient te worden voorgelegd waarbij in beroep kon worden gegaan tegen de oorspronkelijke handeling tot steunverlening. Zo zal de fiscale rechter bevoegd zijn in geschillen omtrent de terugvordering van fiscale steun, de bestuursrechter voor Awb-conforme subsidies, en de burgerlijke rechter voor privaatrechtelijke participaties en vormen van steunverlening waarbij geen beroep op de bestuursrechter mogelijk is. Gezien het feit dat de meeste publiekrechtelijke betalingen op een beschikking berusten, zal volgens Scheltema terugvordering via een procedure voor de burgerlijke rechter uitzondering zijn.⁷⁶ Hij pleit dan ook voor het opnemen van een algemene bepaling in de Awb over terugvordering van publiekrechtelijke betalingen welke zonder rechtsgrond zijn verricht.⁷⁷

Beroep bij de nationale rechter of de Commissie inzake niet-aanmelding

Een (potentiële) begunstigde die controleert of een vermeende steunmaatregel inderdaad is aangemeld komt in een impasse terecht indien blijkt dat een lidstaat de aanmelding achterwege heeft gelaten en niet uit zichzelf bereid is dit alsnog te doen. Indien de begunstigde reden had om aan de juistheid van het achterwege laten van de aanmelding te twijfelen, dan zal deze gedwongen zijn (tijdelijk) geen aanspraak geldend te maken totdat uitsluitel is verkregen. Van een ondernemer kan mijns inziens niet in redelijkheid verwacht worden dat hij zodanig kritisch tegenover overheidssteun staat; keerzijde is

echter dat hij zich aan het risico van terugvordering blootstelt als hij dit niet doet.

Als een begunstigde zekerheid wil hebben of een regeling of individuele maatregel terecht niet is aangemeld, dan kan deze de nationale rechter verzoeken dit te beoordelen. Het is aan de nationale rechter om de rechten veilig te stellen die belanghebbenden kunnen ontnemen aan de directe werking van de aanmeldings- en standstill-verplichting van artikel 88 lid 3 EG.⁷⁸ Deze rechter dient daarom te zorgen dat de lidstaat zijn procedurele verplichtingen nakomt indien een belanghebbende daarom verzoekt. Een potentiële begunstigde is in deze fase als belanghebbende aan te merken, omdat deze er belang bij heeft te weten of de vermeende steun die hij in ontvangst gaat nemen in overeenstemming met de artikelen 87 en 88 EG wordt verleend.

Indien de nationale rechter oordeelt dat er sprake is van een regeling of maatregel waarvan niet evident is dat deze niet aangemeld had moeten worden, dan kan hij de (verdere) steunverlening verbieden en de lidstaat verplichten tot aanmelding. De rechter dient zelf te beoordelen of hiervan sprake is. Dit veronderstelt wel dat de steundefinitie en de vrijstellingscriteria voor aanmelding voldoende duidelijk en transparant zijn; de machtigingsverordening en de mededelingen van de Commissie dragen hieraan bij. Hij mag zelfs de Commissie benaderen voor hulp en nadere informatie over bij haar aanhangige zaken⁷⁹; de rechter is echter niet gebonden aan de uitleg van het steunbegrip door de Commissie. Wel blijft het de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om de verenigbaarheid te toetsen van een aan te melden regeling.

Is de rechter echter van oordeel dat aanmelding evident niet nodig was, dan lijkt mij dat de begunstigde dit aan terugvordering kan tegenwerpen nu hiermee aan de controleplicht is voldaan. De vraag in welke mate de lidstaat verantwoordelijk kan worden gehouden voor een verkeerde uitleg van de rechter door het nalaten van prejudiciële vraagstelling of het vragen van advies aan de Commissie speelt ten aanzien van het gewekte vertrouwen bij de begunstigde geen rol, tenzij de begunstigde opzettelijk onjuiste inlichtingen heeft verstrekt.

In plaats van de procedure via de nationale rechter kan een begunstigde de Commissie informeren over zijn vermoedens. Deze is verplicht de informatie te onderzoeken.⁸⁰ Indien de Commissie dit nalaat of indien zij geen verdere maatregelen treft, dan kan dit tot een gerechtvaardigd vertrouwen leiden bij de begunstigde.

Preventie

Aanmelding van een maatregel zal achterwege blijven indien het bestuursorgaan dat de maatregel uitvoert niet kon weten dat sprake was van steun in de zin van artikel 87 EG. Dit is in een geval als de besproken zaak Lunn Poly niet verwonderlijk. Aan-

81 Zie Verordening 994/98 van de Raad, reeds aangehaald, en de conceptverordeningen voor de minimissteun, schollingssteun en steun voor kleine en middelgrote bedrijven van de Commissie.

82 Verheij, reeds aangehaald, p. 85-86.

83 Zo ook Bollen, reeds aangehaald, p. 59-60.

melding zal evenwel ook achterwege blijven als er sprake is van steun die redelijkerwijs lijkt te voldoen aan de criteria voor generieke vrijstelling.⁸¹ Indien echter achteraf blijkt dat niet aan alle criteria is voldaan of dat alsnog sprake is van kwalificerende steun, dan zal sprake zijn van onrechtmatige steun. Dit risico wordt door de begunstigde gedragen.

Verheij stelt de zeer relevante vraag of de burger de dupe mag worden van tegenwettelijke maar te goeder trouw gedane toezeggingen door het – gelet op de ingewikkeldheid van de regelgeving en de jurisprudentie soms zelfs voor de ambtenaar nauwelijks verwijtbare – gebrek aan deskundigheid bij het bestuur zelf.⁸² Een bevestigend antwoord is voor ondernemers te goeder trouw ronduit onbevredigend. Handhaving van het staatssteunregime mag derhalve niet alleen geschieden door het bestrijden van eventuele overtredingen. In de laatste jaren is er aanzienlijke vooruitgang geboekt voor wat betreft procedurele zekerheden en het geven van materiële richtlijnen inzake staatssteun. Ondanks deze ontwikkelingen ligt het risico van overtreding nog steeds bij de begunstigde. Daarom zal getracht moeten worden het risico deels bij de lidstaat of het bestuursorgaan te leggen. Preventieve maatregelen als het stellen van boetes op overtreding zouden derhalve op hun plaats zijn, nu onder de huidige situatie de teruggevorderde bedragen terugvloeien in de kas van de steunverlener, het bestuursorgaan.⁸³ Dit laatste heeft, althans financieel gezien, geen ontmoedigende werking voor de lidstaat. Echter, voor het opleggen van boetes aan lidstaten door de Commissie biedt het EG-Verdrag vooralsnog geen grondslag. Evenmin doet het betalen van de boete af aan de verplichting tot volledige terugvordering bij de begunstigde.

Aanbevelingen en conclusie

Artikel 4:57 Awb geeft een expliciet aanknopingspunt voor de terugvordering van subsidie binnen het bestuursrecht. Weliswaar is ook een vordering uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking binnen het bestuursrecht erkend, nochtans speelt de vraag of voor terugvordering van staatssteun geen overkoepelende regeling kan worden getroffen die meer ruimte biedt om een bevel tot terugvordering te effectueren. In de Awb zou een aparte bepaling kunnen worden opgenomen in de trant van het huidige artikel 6 van de Kaderwet LNV-subsidies. Ten aanzien van potentiële steunregelingen die niet onder de reikwijdte van de Awb vallen – zoals fiscale – is het aan te raden om een soortgelijk voorbehoud te maken in de relevante regelgeving.

In de leer van het Hof bestaat *pro forma* ruimte om gewekt vertrouwen te honoreren ten aanzien van de terugvordering van staatssteun. Het verschil tussen het nationale en communautaire vertrouwensbeginsel zit niet zozeer in de vraag óf een gerechtvaardigd

vertrouwen gehonoreerd mag worden, maar wanneer van een zodanig vertrouwen sprake is. Als niet voldaan is aan de procedure van artikel 88 lid 3 EG dan zal vertrouwen naar communautaire maatstaven niet gerechtvaardigd zijn. Slechts onder tot nog toe vage bijzondere omstandigheden kan er aanleiding bestaan hierop een uitzondering te maken. Dit lijkt het geval wanneer de Commissie bepaalde toezeggingen heeft gedaan of zelf niet-kenbare fouten maakt. Voor het honoreren van vertrouwen in toezeggingen van nationale bestuursorganen is geen plaats. Nu voor het overige in de Europese rechtspraak geen factoren zijn erkend die terugvordering onmogelijk maken anders dan een naar communautaire maatstaven gerechtvaardigd vertrouwen, is de door het Hof gelaten ruimte om aan terugvordering te ontkomen vrijwel nihil.

De enige uitzondering die nog openblijft is het geval dat een begunstigde mag vertrouwen op het terecht achterwege blijven van de procedure van artikel 88 lid 3 EG. Hij dient hiertoe te controleren of de steun niet behoefde te worden aangemeld. De verwachtingen die hierbij aan een ondernemer gesteld worden zijn evenwel te hoog gegrepen. Zolang niet duidelijk is welke steun kwalificeert onder artikel 87 lid 1 EG (zie de zaak Lunn Poly) en er geen zekerheid bestaat over de toelaatbaarheid van de *de minimis*-vrijstelling, is vertrouwen een relatief begrip. De begunstigde dient derhalve via een procedure voor de nationale rechter of door het informeren van de Commissie uitsluitel te verkrijgen. Dit vereist reeds in een vroeg stadium een actieve rol van de (potentiële) begunstigde of diens adviseur.

Het beboeten van een lidstaat voor overtreding van het staatssteunverbod kan een preventieve werking hebben. Het verdient overweging daartoe een grondslag te creëren.