

Vergaderjaar 2016–2017

34 753

Regels voor de terugvordering van staatssteun (Wet terugvordering staatssteun)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 15 februari 2017 en het nader rapport d.d. 30 juni 2017, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken, mede namens de Staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 17 november 2016, no. 2016001985, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, mede namens de Staatssecretaris van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels voor de terugvordering van staatssteun (Wet terugvordering staatssteun), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een zelfstandige bestuursrechtelijke grondslag voor de terugvordering van niet overeenkomstig de staatssteunregels² verstrekte niet-fiscale bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke staatssteun indien een Commissiebesluit tot die terugvordering noopt (algemene terugvorderingsregime).

Voor terugvordering van fiscale staatssteun schrijft het wetsvoorstel voor dat deze staatssteun met behulp van de bestaande fiscale instrumenten wordt teruggevorderd indien een Commissiebesluit dat vergt (fiscale terugvorderingsregime).

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht een dragende motivering of aanpassing van de reikwijdte van het wetsvoorstel aangewezen. De Afdeling onderschrijft de wenselijkheid om een effectieve en onverwijld terugvordering van staatssteun wettelijk te faciliteren in geval een Commissiebesluit daartoe verplicht. Zij wijst er op dat verschillende knelpunten die in de weg staan aan effectieve terugvordering van zowel

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

privaatrechtelijke als fiscale staatssteun in gevallen waarin geen Commissiebesluit aan de terugvordering ten grondslag ligt, met dit wetsvoorstel niet worden verholpen. Dit behoeft tenminste toelichting zo niet wijziging van het voorstel. Daarnaast bestaan er verschillen in reikwijdte binnen het algemene terugvorderingsregime en tussen het algemene en het fiscale terugvorderingsregime die nadere toelichting behoeven.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 november 2016, nr. 2016001985, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 15 februari 2017, nr. W15.16.0376/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Terugvordering staatssteun bij afwezigheid van een Commissiebesluit

De reikwijdte van het wetsvoorstel is beperkt tot de terugvordering van staatssteun op grond van een Commissiebesluit. Het wetsvoorstel voorziet daarmee uitdrukkelijk niet in de terugvordering van staatssteun indien geen Commissiebesluit, maar bijvoorbeeld een uitspraak van de nationale rechter aan de terugvordering ten grondslag ligt. Gelet op de toezegging van Nederland aan de Commissie om in regels voor de terugvordering van staatssteun op last van de Commissie te voorzien,³ onderschrijft de Afdeling de wenselijkheid om een effectieve en onverwijld terugvordering van staatssteun wettelijk te faciliteren in geval een Commissiebesluit daartoe verplicht, temeer nu alleen in laatstgenoemd geval van een Commissiebesluit de verplichting tot onverwijld terugvordering van staatssteun bestaat.⁴ In de gevallen waarin een Commissiebesluit (nog) niet noopt tot terugvordering van staatssteun⁵ maar wel duidelijk is dat staatssteun in strijd met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) is verleend, dient terugvordering plaats te vinden met gebruikmaking van de bestaande mogelijkheden op grond van het nationale recht, aldus de toelichting.⁶

Artikel 7 voorziet, naar aanleiding van een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State,⁷ voor die gevallen waarin (nog) geen sprake is van een Commissiebesluit en er in de wettelijke regeling een bevoegdheidsgrondslag ontbreekt voor wijziging of herziening van de beschikking, in een bestuursrechtelijke verplichting voor de wijziging van niet overeenkomstig de staatssteunregels vastgestelde beschikkingen. Voor privaatrechtelijk verstrekte staatssteun wordt echter een dergelijke voorziening niet nodig geacht. Partijen beschikken over mogelijkheden om hun privaatrechtelijke rechtsverhouding te wijzigen of de civiele rechter daarover om een oordeel te vragen. Een voorziening in het wetsvoorstel die partijen in een voorkomend geval

³ Naar aanleiding van die toezegging heeft de Commissie de bij het Hof van Justitie aangehangig gemaakte inbreukprocedure in 2008 laten doorhalen, zie de beschikking van de President van het Hof van Justitie van 5 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:326, C-401/07.

⁴ Artikel 16 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (codificatie), PB 2015, L 248/9 (Procedureverordening).

⁵ Waaronder ook kan worden begrepen een geval als bedoeld in artikel 13, eerste lid, van de Procedureverordening, waarin de Commissie Nederland gelast alle onrechtmatige steun op te schorten totdat zij een besluit heeft genomen over de verenigbaarheid van de steun met de interne markt (opschortingsbevel), of als bedoeld in artikel 15, eerste lid, juncto artikel 4, tweede lid, dan wel artikel 9, derde lid, van de Procedureverordening, waarin de Commissie onrechtmatige, niet-aangemelde staatssteun verenigbaar acht met de interne markt en geen terugvorderingsbevel oplegt.

⁶ Paragraaf 4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

⁷ Uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, (Zorg en Zekerheid).

dwingt tot (her)onderhandelen en het aanpassen van hun rechtsverhouding is daarom niet wenselijk, aldus de toelichting.⁸ Het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt met het wetsvoorstel dan ook niet gewijzigd. Evenmin worden voor de hier aan de orde zijnde gevallen in het fiscale recht de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en de Invorderingswet 1990 (IW 1990) gewijzigd, evenwel zonder enige nadere toelichting.

In het vorige wetsvoorstel terugvordering staatssteun⁹ zijn – zoals de titel van dat wetsvoorstel al weergeeft – wel dergelijke aanpassingen van het BW en de AWR voorgesteld. Zoals de toelichting bij dat wetsvoorstel onder verwijzing naar diverse onderzoeken¹⁰ vermeldt, bestaan in het nationale recht verschillende knelpunten die in de weg kunnen staan aan een effectieve terugvordering van privaatrechtelijke of fiscale staatssteun. Zo zijn instrumenten als onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking en navordering of naheffing niet altijd goed toegesneden om als terugvorderingsinstrument te kunnen dienen.¹¹ Ook het instrument van de nietigheid van overeenkomsten, zoals neergelegd in artikel 3:40 BW, leidt in de rechtspraak tot onduidelijkheid.¹² Een ander knelpunt vormen de nationale verjaringstermijnen, zoals neergelegd in artikel 3:306 BW en verder in artikel 16, derde lid, AWR en 20, derde lid AWR, en ten slotte wijkt de regeling inzake de wettelijke rente in artikel 6:119 BW en 6:120 BW en in hoofdstuk VA AWR af van de regeling in artikel 16, tweede lid, van de Procedureverordening.¹³ Ook de toelichting bij dit wetsvoorstel erkent deze terugvorderingslacunes in het huidige privaatrecht en fiscale recht.¹⁴

De Afdeling wijst er op dat, met de aangekondigde intrekking van het vorige wetsvoorstel terugvordering staatssteun, de genoemde knelpunten en lacunes in het BW en de AWR met onderhavig wetsvoorstel niet worden verholpen indien geen Commissiebesluit aan de terugvordering ten grondslag ligt. De toelichting motiveert niet waarom het vorige wetsvoorstel terugvordering staatssteun volledig wordt ingetrokken. Uit de toelichting blijkt evenmin dat de genoemde knelpunten en lacunes inmiddels op andere wijze, bijvoorbeeld in de jurisprudentie, zijn opgelost. Integendeel, tot dusverre blijkt de rechtsgang naar de civiele rechter of de belastingrechter geen eenvoudig te bewandelen weg en zelden een bevel tot terugvordering op te leveren.¹⁵ Het toepasselijke

⁸ Artikelen 6 en 7, en de toelichting daarop.

⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van het BW, de Awb en de AWR in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het BW om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen (terugvordering staatssteun) Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 1–3.

¹⁰ Interdepartementale Commissie Europees Recht, Werkgroep Trends in de rechtspraak, Terugvordering van staatssteun (Den Haag, 27 juli 2002), B.W.N. de Waard, A.J.C. de Moor-van Vugt, Terugvordering van ten onrechte verstrekte staatssteun (Tilburg: Schoordijk Instituut, 2005).

¹¹ Uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330, (Kliq).

¹² A.J. Metselaar, Drie rechters en één norm: Handhaving van de Europese staatssteunregels en de grenzen van de nationale procedurele autonomie (Wolters Kluwer, 2016), blz. 477.

¹³ Artikel 16 van de Procedureverordening. Zie tevens artikelen 9 t/m 11 van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie tot uitvoering van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 VWEU, PB 2004, L 140/1). Zie ook: A.J. Metselaar, Drie rechters en één norm: Handhaving van de Europese staatssteunregels en de grenzen van de nationale procedurele autonomie (Wolters Kluwer, 2016), blz. 473.

¹⁴ Paragraaf 2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

¹⁵ A.J. Metselaar, Drie rechters en één norm: Handhaving van de Europese staatssteunregels en de grenzen van de nationale procedurele autonomie (Wolters Kluwer, 2016), blz. 454, 456, 495, 505, paragraaf 7.4.4, paragraaf 9.3.1.

nationale recht laat zich daarnaast moeilijk Unierechtconform uitleggen.¹⁶ Kennelijk wordt verondersteld dat in de gevallen als hier aan de orde de Commissie op enig moment wel een terugvorderingsbesluit zal nemen waardoor alsnog het met dit wetsvoorstel geïntroduceerde instrument kan worden ingezet. Dit wordt evenwel niet met voorbeelden uit de praktijk ondersteund en verhoudt zich in elk geval niet met het Unierechtelijk beginsel van loyale samenwerking en de effectieve uitvoering van de staatssteunregels,¹⁷ en met de aanvullende en ondersteunende rol die de nationale rechter heeft bij het toezicht op en de handhaving van die regels.¹⁸

De toelichting besteedt geen aandacht aan het vorenstaande en maakt aldus niet inzichtelijk of de voornoemde knelpunten en lacunes in het huidige privaatrecht en fiscale recht eventueel in een later stadium, al dan niet naar aanleiding van ontwikkelingen in de jurisprudentie, zullen worden verholpen. De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te vullen.

1. Terugvordering staatssteun bij afwezigheid van een Commissiebesluit

De Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling) onderschrijft de wenselijkheid om een effectieve en onverwijld terugvordering van staatssteun wettelijk te faciliteren ingeval een Commissiebesluit daartoe verplicht maar wijst er op dat met de aangekondigde intrekking van het vorige wetsvoorstel terugvordering staatssteun de knelpunten in het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) niet worden verholpen indien er geen Commissiebesluit, maar bijvoorbeeld een uitspraak van de nationale rechter aan de terugvordering ten grondslag ligt. Deze constatering van de Afdeling over de reikwijdte van het wetsvoorstel in combinatie met de voorgenomen intrekking van het vorige wetsvoorstel is terecht. Naar aanleiding daarvan is de memorie van toelichting aangepast en wordt uitvoeriger toegelicht waarom de keuze wordt gemaakt om een uitspraak van de nationale rechter strekkend tot terugvordering van staatssteun geen vertrekpunt te laten zijn voor terugvordering op basis van het wetsvoorstel. Aangegeven wordt dat het wetsvoorstel een voorziening biedt voor gevallen waarin terugvordering onmiskenbaar aangewezen is maar een (heldere) nationaalrechtelijke grondslag voor terugvordering in het huidige nationale recht niet altijd aanwezig is. Een dergelijk grondslagprobleem doet zich ten aanzien van de uitvoering van rechterlijke uitspraken strekkend tot terugvordering echter in zijn algemeenheid niet voor. Indien een Nederlandse rechter een staatssteunberoep honoreert en als gevolg daarvan de titel aan de staatssteunverstrekking ontvalt, is de ongedaanmaking van de verstrekte staatssteun doorgaans een afdwingbaar gegeven (onverschuldigde betaling). Die grondslag is alleen niet altijd aanwezig voor de berekening en terugvordering van de Unierechtelijk te betalen rente. Daar voorziet het wetsvoorstel dan ook (wel) in (voorgesteld artikel 7, tweede en vierde lid).

Het voorgaande betekent niet dat de problematiek dat het nationale recht niet altijd voldoende is toegesneden op het Unierecht zich bij rechterlijke uitspraken niet of nauwelijks voordoet. De problematiek doet zich daar echter niet zozeer aan de uitvoeringskant (achterkant) gevoelen alswel aan de voorkant (fase voorafgaand aan een rechterlijke uitspraak). Om allerlei redenen, waarvan het onvoldoende toegesneden zijn van het nationale

¹⁶ Uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270, (Fleuren Compost), rov.5.14, en van 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (Kliq), rov. 4.25.

¹⁷ Zie artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

¹⁸ Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, PB 2009, C 85/1.

recht op het Unierecht er overigens slechts één vormt, komt het zelden tot een geslaagd staatssteunberoep. Ook een rol spelen bijvoorbeeld de complexiteit van het Unierecht, waarbij reikwijdte en strekking niet altijd duidelijk zijn, de ingrijpendheid van de maatregelen, de hoge eisen die het Unierecht aan nationale rechters stelt in combinatie met het (doorgaans geringe) aantal staatssteunzaken waar een nationale rechter mee te maken krijgt en de afhankelijkheid van een nationale rechter van de inbreng van partijen en de motieven die een rol kunnen spelen bij partijen om al dan niet een beroep op staatssteun te doen. Voor deze voorkantproblematiek, treffend beschreven in het proefschrift van Metselaar (A.J. Metselaar, Drie rechters en één norm, Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie, Wolters Kluwer 2016), is op dit moment nog geen oplossing voorhanden. Onvoldoende helder is vooralsnog in welke gevallen een wijziging is vereist van nationaalrechtelijke elementen die aan een geslaagd staatssteunberoep in de weg (kunnen) staan. Beter kan daarom worden gewacht tot hierover in de rechtspraktijk meer duidelijkheid is.

2. Verschillen in reikwijdte binnen het algemene terugvorderingsregime

Het wetsvoorstel beoogt slechts de ongedaanmaking van de terug te vorderen staatssteun en laat de bestaande rechtsverhoudingen waaruit de staatssteun is voortgekomen zoveel mogelijk intact, aldus de toelichting. Wanneer de uitvoering van een Commissiebesluit ertoe leidt dat betrokkenen het toch nodig of wenselijk vinden om de bestaande rechtsverhoudingen aan te passen, voorziet het voorgestelde artikel 6 alleen voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscale aard in de bevoegdheid van een bestuursorgaan om ambtshalve de doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen. De toelichting vermeldt dat een voorziening zoals voorgesteld in artikel 6 voor privaatrechtelijk verstrekte steun niet nodig is omdat het privaatrecht een partij mogelijkheden biedt om aangegane overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen of daarover een uitspraak van de civiele rechter te vragen. Het opnemen van een verplichting tot (her)onderhandeling voert te ver, aldus de toelichting.

De Afdeling merkt op dat door de keuze om in het wetsvoorstel geen vergelijkbare voorziening voor privaatrechtelijk verstrekte steun op te nemen, de voornoemde knelpunten en lacunes in het BW blijven bestaan. Voor argumenten om in dit verband ook het BW aan te passen verwijst de Afdeling naar de eerste adviesopmerking. De Afdeling adviseert derhalve ook hier in de toelichting nader op in te gaan en het voorstel zo nodig aan te vullen.

2. Verschillen in reikwijdte binnen het algemene terugvorderingsregime

De Afdeling geeft aan dat het wetsvoorstel geen voorziening bevat om de doorwerking van de terugvordering van privaatrechtelijke steun te regelen terwijl het wetsvoorstel ten aanzien van bestuursrechtelijke, niet-fiscale steun wel voorziet in de bevoegdheid van een bestuursorgaan om ambtshalve de doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen. De Afdeling adviseert dat nader toe te lichten en het wetsvoorstel zo nodig aan te vullen. Zij wijst er daarbij op dat de nationaalrechtelijke knelpunten en lacunes die ten aanzien van uitspraken van de Nederlandse rechter een rol spelen, er (mede) voor kunnen zorgen dat het voor partijen of de civiele rechter lastig is om aan de privaatrechtelijke doorwerking handen en voeten te geven. Het is juist dat het wetsvoorstel voorziet in genoemde bevoegdheid ter regeling van de doorwerking in een bestuursrechtelijke, niet-fiscale rechtsverhouding. Ook de voorgestelde regeling voor de terugvordering van fiscale steun bevat die ruimte voor regeling van de

doorwerking. Een dergelijke voorziening voor het privaatrecht is niet nodig omdat het huidige privaatrecht reeds mogelijkheden biedt aan een partij om aangegane overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen of daarover een uitspraak van de civiele rechter te vragen. Voor geen enkel rechtsgebied schrijft het wetsvoorstel echter voor hoe de doorwerking er uit moet komen te zien. Ook de door de Afdeling genoemde grondslag ter regeling van de doorwerking in bestuursrechtelijke verhoudingen betreft alleen een grondslag om een bestuursorgaan in staat te stellen iets te *kunnen* regelen inzake de doorwerking van de terugvordering.

Een verdergaande regeling zou niet alleen doel en bestek van dit wetsvoorstel te buiten gaan, maar is ook niet mogelijk omdat de invulling van die doorwerking er van geval tot geval anders uit zal zien. Voor zover de toepassing van de aanwezige doorwerkingsinstrumenten wordt bemoeilijkt door knelpunten en lacunes in het nationale recht zelf (al dan niet samenhangend met het feit dat het nationale recht niet altijd voldoende is toegesneden op het Unierecht), is dat een meer algemene problematiek die zich niet beperkt tot het privaatrecht. Die problematiek is op dit moment niet voldoende uitgekristalliseerd om door middel van wetgeving te kunnen worden opgelost. Dat kan uiteraard in de toekomst (op onderdelen) anders komen te liggen, bijvoorbeeld door ontwikkelingen in de doorwerkingsjurisprudentie. De conclusie is derhalve dat het – vanwege genoemde nationaalrechtelijke knelpunten en lacunes of om andere redenen meer gelegen in de omstandigheden van het geval – weliswaar lastig kan zijn voor partijen of een rechter om in een concrete casus de doorwerking van de door de Commissie opgedragen terugvordering inhoudelijk invulling te geven, maar dat het privaatrecht in elk geval wel de instrumenten bevat om de doorwerking te *kunnen* regelen. De toelichting van artikel 6 is in deze zin aangepast. Ook is aan de toelichting van artikel 6 een passage toegevoegd die meer concreet ingaat op de mogelijkheden van het huidige privaatrecht om de doorwerking te regelen.

3. Verschillen in reikwijdte tussen het algemene en het fiscale terugvorderingsregime

Er bestaan verschillen in reikwijdte tussen het algemene en fiscale terugvorderingsregime. De Afdeling maakt hierover twee opmerkingen.

a. Commissiebesluit

Het algemene terugvorderingsregime verstaat onder Commissiebesluit:

- 1. een terugvorderingsbevel van de Commissie in de zin van artikel 13, tweede lid, van de Procedureverordening (een bevel aan een lidstaat tot voorlopige terugvordering, hangende de formele onderzoeksprocedure);*
- 2. een terugvorderingsbesluit van de Commissie in de zin van artikel 16, eerste lid, van de Procedureverordening (een besluit dát een lidstaat moet terugvorderen); of*
- 3. een rechtstreeks op artikel 108, derde lid, VWEU gebaseerd besluit van de Commissie dat verplicht tot terugvordering (op zich met de interne markt verenigbare steun die echter te vroeg – dat wil zeggen voor afloop van de standstill-termijn – door een lidstaat is verleend).¹⁹*

Het fiscale terugvorderingsregime ziet blijkens het wetsvoorstel slechts op een terugvorderingsbesluit als bedoeld onder 2 hiervoor.²⁰

¹⁹ Artikel 1 van het voorstel.

²⁰ Voorgestelde artikelen 20a, eerste lid, van de AWR en 63aa van de IW 1990 (artikelen 10 respectievelijk 11 van het voorstel).

De Afdeling merkt op dat de toelichting niet motiveert waarom het fiscale terugvorderingsregime is beperkt tot een terugvorderingsbesluit als bedoeld onder 2 hiervoor. Een motivering is alleen al van belang vanwege het volgende. Indien de Afdeling het goed ziet, impliceert dit beperkte karakter van het fiscale terugvorderingsregime dat bij een Commissiebesluit als hiervoor onder 1 en 3 bedoeld, de (al dan niet voorlopige) terugvordering van de fiscale staatssteun (en het eventueel terugdraaien ervan) niet verlopen via het fiscale terugvorderingsregime met een rechtsgang via de belastingrechter. Volgens het voorstel²¹ wordt deze fiscale staatssteun namelijk teruggevorderd via het algemene terugvorderingsregime met een rechtsgang via het CBb. Dat staat op gespannen voet met de in de toelichting²² op het voorstel aangedragen argumenten om voor de terugvordering van fiscale staatssteun juist te kiezen voor aansluiting bij het fiscale instrumentarium.

De Afdeling adviseert in de toelichting dragend te motiveren waarom het fiscale terugvorderingsregime een beperktere reikwijdte kent dan het algemene terugvorderingsregime en, indien die motivering niet kan worden gegeven, alsnog het fiscale terugvorderingsregime aan te vullen.

b. Vernietigd Commissiebesluit

Met betrekking tot het algemene terugvorderingsregime vermeldt de toelichting dat het kan voorkomen dat Nederland niet-fiscale steun heeft teruggevorderd omdat de Commissie daartoe verplichtte, maar dat het Hof naderhand het Commissiebesluit (op basis waarvan de terugvordering plaatsvond) vernietigt.²³ Dienaangaande is geconcludeerd, zo vervolgt de toelichting, dat er geen aanleiding is om in voorliggend voorstel te voorzien in bepalingen die het mogelijk maken dat de situatie voorafgaand aan de terugvordering zoveel mogelijk wordt hersteld: «het nationale recht bevat reeds voldoende mogelijkheden voor (ambtshalve) herstel of herstel op basis van onverschuldigde betaling».

De Afdeling merkt op dat de toelichting geen antwoord geeft op de vraag hoe in het fiscale terugvorderingsregime wordt omgegaan met de beschreven situatie van een herstel van de situatie van vóór de ten onrechte door Nederland teruggevorderde fiscale staatssteun, en of het bestaande fiscale recht al voldoende mogelijkheden voor herstel bevat. In zoverre die mogelijkheden thans ontbreken, ligt een expliciete regeling op dit punt in de rede, tenzij wordt gemotiveerd waarom dat niet noodzakelijk is.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken hoe in het fiscale terugvorderingsregime wordt omgegaan met een herstel van de situatie van vóór de ten onrechte door Nederland teruggevorderde fiscale staatssteun, en zo nodig te voorzien in aanvullende regelgeving indien het bestaande recht niet toereikend is om een volledig herstel te bewerkstelligen.

²¹ Artikel 2, tweede lid, van het voorstel, en de toelichting daarop, zevende en negende volzin.

²² Paragraaf 1 (Inleiding), van het algemene deel van de memorie van toelichting, derde tekstblok.

²³ Paragraaf 3 (Karakter wetsvoorstel), van het algemene deel van de memorie van toelichting, laatste tekstblok.

3. Verschillen in reikwijdte tussen het algemene en fiscale terugvorderingsregime

a. Commissiebesluit

Het kabinet heeft gevolg gegeven aan de suggestie van de Afdeling om het voorstel van wet ter zake van het fiscale terugvorderingsregime aan te vullen om tot uitdrukking te brengen dat het algemene terugvorderingsregime en het fiscale terugvorderingsregime dezelfde reikwijdte hebben.

b. Vernietigd Commissiebesluit

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is het algemeen deel van de memorie van toelichting aangevuld ter verduidelijking van de wijze waarop herstel van de situatie van vóór de ten onrechte door Nederland teruggevorderde *fiscale* staatssteun gestalte krijgt.

4. Termijnen

Voorgesteld artikel 4 bepaalt dat een begunstigde zich voor de toepassing van het wetsvoorstel niet kan beroepen op krachtens Nederlands recht geldende verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen, tenzij hij aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde van staatssteun te zijn. Daarmee strekt voorgesteld artikel 4 er onder meer toe de verhouding tussen de Europeesrechtelijke verjaringsstermijn van tien jaar²⁴ en nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar- en vernietigingstermijnen met het oog op de rechtsbescherming van begunstigden duidelijk te regelen, aldus de toelichting.²⁵

Voor het antwoord op de vraag wanneer een begunstigde aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde van staatssteun te zijn en zich zodoende wel kan beroepen op krachtens Nederlands recht geldende verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen, verwijst de toelichting naar het arrest van het Hof van Justitie inzake de Stichting ROM-projecten.²⁶ De Afdeling leest in dit arrest dat het rechtszekerheidsbeginsel zich tegen terugvordering van de ten onrechte betaalde bedragen kan verzetten als een eindbegunstigde van financiële steun van de Unie niet in staat is om zijn rechten en verplichtingen ondubbelzinnig te kennen, mits de goede trouw van de begunstigde is aangetoond.²⁷ De financiële steun was door de Commissie bij een tot Nederland gerichte, niet gepubliceerde beschikking verleend en de voorwaarden waren niet aan de eindbegunstigde medegedeeld.

Het komt de Afdeling voor dat uit dit arrest niet in algemene zin kan worden afgeleid dat het rechtszekerheidsbeginsel zich tegen terugvordering van staatssteun kan verzetten indien een begunstigde aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde van staatssteun te zijn, zoals het wetsvoorstel doet.

Meer in het bijzonder bestaat op het gebied van staatssteun pas een gewettigd vertrouwen wanneer de steun met inachtneming van de procedure in artikel 108 VWEU is toegekend.²⁸ Alleen in zeer uitzonderlijke

²⁴ Artikel 17 van de Procedureverordening.

²⁵ Artikelen 4 en 10 (artikel 20a, derde lid, van de AWR) van het voorstel, en de toelichting daarop.

²⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 21 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:370, C-158/06, Stichting ROM-projecten.

²⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 21 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:370, C-158/06, Stichting ROM-projecten, punt 34.

²⁸ Paragraaf 2 (Europees staatssteunregime) van het algemeen deel van de memorie van toelichting. Zie bijv. ook Gerecht 22 april 2016, zaak T-50/06 RENV enz., punt 214.

gevallen kan de begunstigde van onrechtmatige steun zich in andere gevallen met succes op het vertrouwensbeginsel beroepen.²⁹ De uitzondering in voorgesteld artikel 4 is te ruim geformuleerd en niet in overeenstemming met de Procedureverordening en de Europeesrechtelijke jurisprudentie waaruit volgt dat terugvordering van onrechtmatige steun moet kunnen worden gelast tot tien jaar nadat de steun is verleend en afwijkende nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen buiten toepassing moeten worden gelaten.³⁰

De Afdeling adviseert de in artikel 4 geformuleerde uitzondering aan te passen.

4. Termijnen

Aan het advies van de Afdeling om de in artikel 4 geformuleerde uitzondering aan te passen is gehoor gegeven zodat het artikel beter aansluit bij de Procedureverordening en de Europeesrechtelijke jurisprudentie waaruit volgt dat terugvordering van onrechtmatige steun moet kunnen worden gelast tot tien jaar nadat de steun is verleend en afwijkende nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar of vernietigingstermijnen buiten toepassing moeten worden gelaten. De keuze is gemaakt om de aanvankelijk opgenomen uitzondering geheel te laten vervallen. Bij nader inzien is het arrest van het Hof van Justitie inzake de Stichting ROM-projecten (Hof van Justitie 21 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:370, C-158/06) te weinig toegespitst op de situatie van artikel 4 (geldende termijn voor het bewaren van staatssteun) om te kunnen worden verwerkt in een algemene bepaling. Daarbij speelt mee dat artikel 4 beoogt de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht op een specifiek punt te regelen met het oog op de rechtsbescherming van begunstigten, terwijl het genoemde Hof-arrest niet zozeer die verhouding betreft maar de vraag wat in een concreet geval uit het Europese recht voortvloeit. Ook paragraaf 4.5 van de memorie van toelichting en de toelichting op artikel 4 zijn in verband hiermee aangepast.

5. Doorwerking bij terugvordering van fiscale staatssteun

Zoals ook op verschillende plaatsen in de toelichting op het voorstel naar voren is gebracht dient de terugvordering van staatssteun het volledige steunbedrag (vermeerderd met rente) te omvatten. Het gaat er namelijk om dat het marktvoordeel dat een begunstigde ten opzichte van zijn concurrenten door de staatssteun heeft genoten, ongedaan wordt gemaakt en de voorheen bestaande marktsituatie wordt hersteld.³¹ Uitgangspunt is dat een begunstigde door terugvordering van fiscale staatssteun in de (financiële en fiscale) positie dient te worden gebracht waarin hij zonder de staatssteun zou hebben verkeerd. Daarbij kan het voorkomen, zo stelt de toelichting: «dat de inspecteur, naast de correctie van de aangifte of de oplegging van een navorderings- of naheffingsaanslag, andere handelingen moet verrichten om tot deze uitkomst te komen. De inspecteur vordert in dat geval de staatssteun terug en kan de fiscale doorwerking corrigeren, voor zover die de begunstigde in een andere (gunstigere of ongunstigere) positie brengt dan waarin hij zou

²⁹ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 20 maart 1987, ECLI:C:1997:163, C-24/95, Alcan Deutschland, punt 25 en bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van 15 juni 2010, ECLI:EU:T:2010:233, T-177/07, Mediaset, punten 173 en volgende.

³⁰ Paragraaf 4.5 (termijnbepaling) van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

³¹ Zie onder meer paragraaf 1 (Inleiding), van het algemene deel van de memorie van toelichting.

hebben verkeerd zonder de staatssteun. Hiertoe biedt het voorgestelde artikel 20a, eerste lid, van de AWR de ruimte».³²

De Afdeling merkt op dat deze toelichting zeer summier is nu deze zich beperkt tot één (vrij technisch) voorbeeld van een correctie van de fiscale doorwerking. Het betreft de inspecteur die, naast het opleggen van een navorderingsaanslag,³³ overgaat tot een herziening³⁴ van een gelijktijdig met de oorspronkelijke aanslag vastgestelde verliesverrekeningsbeschikking.³⁵ Daarmee geeft de toelichting geen antwoord op de vraag of en zo ja op welke wijze,³⁶ een correctie van de (fiscale) doorwerking plaatsvindt in andere situaties.³⁷

a. Meer concreet kan worden gewezen op een situatie waarin er bij de winstbepaling drie niet-cumulatieve regimes bestaan om af te schrijven, waarbij het door de belastingplichtige gekozen regime verboden staatssteun blijkt te zijn. Bij navordering van die steun komt dan de vraag op of de mogelijkheid om te kiezen (uit de nu overblijvende twee regimes om af te schrijven) herleeft en op welke wijze deze doorwerking wordt gecorrigeerd.

Ook komt de vraag op of de correctie van de doorwerking zich beperkt tot de winstsfeer (zoals in het voorbeeld hiervoor), of verder doorwerkt buiten de winstsfeer. Te denken valt aan de situatie waarin een eerder door een ondernemer/natuurlijke persoon met zijn partner gekozen onderlinge verdeling van aftrekposten (bijvoorbeeld hypotheekrente), in een ander daglicht komt te staan door een als gevolg van de terug te vorderen staatssteun hoger uitvallende winst.

b. Een als gevolg van een terugvordering hoger uitvallende winst/winstbelasting roept daarnaast de vraag op hoever dit internationaal doorwerkt als het gaat om het alsnog benutten van een belastingcredit,³⁸ of als het gaat om de invloed ervan op binnen een internationaal concern gehanteerde onderlinge verrekenprijzen.

c. Voorts is het niet duidelijk of en zo ja hoe de doorwerking wordt gecorrigeerd als het om verleende toeslagen gaat.³⁹ Het fiscale terugvorderingsregime biedt in ieder geval niet de mogelijkheid tot correctie van toeslagen nu ingevolge het voorgestelde fiscale terugvorderingsregime van artikel 20a, eerste lid, van de AWR de inspecteur slechts staatssteun kan terugvorderen met toepassing van de voor de uitvoering «van die belastingwet» geldende regels. De regelgeving inzake toeslagen valt daar niet onder.

d. Een andere vorm van doorwerking waar de toelichting niet op ingaat, is een situatie waarin een (niet fiscale) subsidie is verstrekt (ten gevolge waarvan de kosten fiscaal niet konden worden afgetrokken omdat de kosten door de subsidie niet op de belastingplichtige drukten). Indien die subsidie als verboden staatssteun wordt teruggevorderd, komt de vraag

³² Artikel 10 van het voorstel en de toelichting daarop (artikelen 20a en 20b van de AWR).

³³ Vanwege de terugvordering van staatssteun.

³⁴ Op grond van artikel 20b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

³⁵ Waarin een negatieve winst wordt verrekend met de positieve winst van het voorafgaande jaar en de negen volgende jaren (artikel 20 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969).

³⁶ Gegeven de Europeesrechtelijke jurisprudentie inzake de terugvordering van staatssteun. Zie laatstelijk het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016, 990, C-164/15 P en C-165/15 P, Air Lingus, punten 91 tot en met 93.

³⁷ Al dan niet met het oogmerk om de voorheen bestaande marktsituatie te herstellen.

³⁸ Bij het voorkomen van dubbele belastingheffing tussen landen.

³⁹ Een bij navordering bijvoorbeeld hogere fiscale winst van een ondernemer/natuurlijke persoon zou moeten leiden tot een lagere niet-fiscale toeslag.

op of daarmee (fiscaal) het recht op aftrek van kosten herleeft, zodat er – gelet op het oogmerk de voorheen bestaande marktsituatie te herstellen – geen verschil meer is met degene die niet van die subsidieregeling gebruik heeft gemaakt (bijvoorbeeld omdat het subsidieplafond was bereikt) en die dus wel aftrek heeft genoten.

De Afdeling adviseert de doorwerking bij terugvordering (en de correctie ter zake) uitgebreider toe te lichten, daarbij in ieder geval in te gaan op de gegeven voorbeelden, en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. Doorwerking bij terugvordering van fiscale staatssteun

De Afdeling merkt op dat de toelichting op het punt van de fiscale doorwerking zeer summier is, omdat die zich beperkt tot één voorbeeld. Het kabinet heeft gevolg gegeven aan het advies van de Afdeling door de doorwerking bij terugvordering en de correctie ter zake uitgebreider toe te lichten in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting.

6. Effectieve terugvordering staatssteun

In reactie op de internetconsultatie vermeldt de toelichting dat in het voorgestelde artikel 63ab van de IW 1990, artikel 340, tweede lid, van de Faillissementswet (Fw)⁴⁰ niet van toepassing wordt verklaard bij de invordering van teruggevorderde staatssteun.⁴¹ Volgens de toelichting is hiervoor gekozen omdat het bepaalde in genoemd artikel van de Fw kan leiden tot strijd met de uit het Unierecht voortvloeiende verplichting tot onverwijld en effectieve terugvordering.

De Afdeling merkt op dat, anders dan de toelichting vermeldt, in het voorgestelde artikel 63ab van de IW 1990 een buiten toepassing verklaren van genoemd artikel 340, tweede lid, van de Fw ontbreekt. Ook gaat de toelichting niet in op andere artikelen van de Fw⁴² die om dezelfde reden strijdig zouden kunnen zijn met het terugvorderingsbeleid⁴³ van de Commissie.⁴⁴

De Afdeling adviseert in de toelichting de verhouding tussen het te verduidelijken terugvorderingsbeleid van de Commissie en de Fw, en zo nodig het voorstel aan te passen.

6. Effectieve terugvordering staatssteun

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over artikel 340 van de Faillissementswet (Fw) is nader bezien welke elementen uit de Fw buiten toepassing dienen te blijven gelet op de Unierechtelijke verplichting tot onverwijld en effectieve terugvordering. Dit heeft geleid tot voorgesteld artikel 12 (nieuw) dat strekt tot wijziging van de Fw. De bepaling verduidelijkt dat de rechtbank homologatie van akkoorden weigert indien een akkoord niet de volledige terugbetaling waarborgt van staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit teruggevorderd moet worden. Ter

⁴⁰ Ingevolge dit artikellid is een gehomologeerd akkoord tot beëindiging van een schuldsaneringsregeling verbindend voor alle schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt, onverschillig of zij al dan niet in de schuldsaneringsregeling opgekomen zijn.

⁴¹ Paragraaf 6.3 (Internetconsultatie), van het algemene deel van de memorie van toelichting.

⁴² Het gaat daarbij om de artikelen 33, 63a en 230 van de Fw.

⁴³ Bekendmaking van de Commissie «Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen» (2007/C 272/05), PB 2007, C 272/4), paragrafen 66 en 67.

⁴⁴ Zoals ook gesteld in de internetconsultatie van Maastricht University, 20 juli 2016, onder «Overige aandachtspunten».

toelichting hiervan is de betreffende passage in paragraaf 6.3 (internetconsultatie) van de memorie van toelichting aangepast en is aan de artikelsgewijze toelichting een onderdeel toegevoegd.

7. Redactionele kanttekeningen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

7. Redactionele kanttekeningen

In reactie op de redactionele opmerkingen van de Afdeling is aan de artikelsgewijze toelichting een passage toegevoegd die ingaat op de gekozen inwerkingtredingsbepaling die de ruimte biedt voor gefaseerde inwerkingtreding en zijn de tekst van wetsvoorstel en memorie van toelichting voor wat betreft voorgesteld artikel 9, onderdeel A, met elkaar in overeenstemming gebracht.

8. Redactionele verbeteringen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om een aantal redactionele verbeteringen aan te brengen in wetsvoorstel en memorie van toelichting. Voorts is de toelichting van artikel 7 aangevuld met een passage die expliciteert dat artikel 7, eerste en tweede lid, ook geldt voor fiscale steun en is het daarbij toepasselijke recht nader uitgewerkt door toevoeging van een zin aan het derde lid. Ten slotte is door middel van bepalingen strekkend tot wijziging van de Provinciewet, Gemeentewet en Waterschapswet geregeld dat de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de heffing van decentrale belastingen geschiedt met gebruikmaking van het fiscale terugvorderingsregime. Dit was al wel in de materiële bepalingen van de voorgestelde Wet terugvordering staatssteun zelf geregeld (artikel 2, tweede lid) maar spiegelbeeldig nog niet in de bepalingen over decentrale belastingen in de decentrale wetgeving.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Staatssecretaris van Financiën, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W15.16.0376/IV

- In een artikelsgewijze toelichting bij artikel 13 ingaan op de noodzaak van gefaseerde inwerkingtreding gelet op aanwijzing 130 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- Om tekst en toelichting met elkaar in overeenstemming te brengen in artikel 9, onderdeel A, «niet verenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie» vervangen door: in strijd is met ingevolge een verdrag voor de Staat geldende verplichtingen.