

Vergaderjaar 2007–2008

**31 418**

**Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen 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 Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen (terugvordering staatssteun)**

**Nr. 4**

**ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 19 juli 2007 en het nader rapport d.d. 4 april 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 14 juni 2007, no. 07.001852, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen op grond van de procedureverordening voor steunmaatregelen of een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente (terugvordering staatssteun, regelingsniveau wettelijke rente), met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel beoogt grondslagen te creëren in de nationale wetgeving om uitvoering te kunnen geven aan een beschikking van de Europese Commissie of een uitspraak van het Hof van Justitie tot terugvordering van staatssteun. Daartoe worden het Burgerlijk Wetboek (BW), de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) gewijzigd. Tevens wordt een aantal nationale bepalingen buiten toepassing verklaard die in de weg staan aan een effectieve terugvordering van staatssteun.*

*De Raad van State maakt opmerkingen over onder andere de reikwijdte van het wetsvoorstel, de facultatieve formulering van de terugvorderingsgronden in het BW en de Awb, de terugvordering van fiscale staatssteun en de Vierde Tranche Awb. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 14 juni 2007, nr. 07.001852, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 juli 2007, nr. W03.07.0155/II, bied ik U hierbij aan.

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

### *1. Reikwijdte van het wetsvoorstel*

*Het wetsvoorstel biedt nationale handvatten voor bepaalde situaties waarin op grond van het Europese recht rechtsherstel moet plaatsvinden. De voorgestelde regels in het wetsvoorstel beperken zich strikt tot de situatie waarin staatssteun teruggevorderd moeten worden als gevolg van een beschikking van de Europese Commissie of een uitspraak van het Hof van Justitie.*

*In het wetsvoorstel wordt geen regeling getroffen voor de situaties waarin de nationale rechter op grond van het Europees recht tot terugvordering van staatssteun beslist. Het gaat hier om de situaties waarin de standstill-verplichting in artikel 88, derde lid, van het EG-Verdrag wordt geschonden. Van schending van deze verplichting is sprake wanneer steun wordt verleend zonder voorafgaande aanmelding bij de Europese Commissie, maar ook wanneer de desbetreffende steun, na te zijn aangemeld, wordt verleend nog voordat de Europese Commissie haar goedkeuring heeft gegeven (de zogenaamde onrechtmatige steun).*

*In de memorie van toelichting wordt beargumenteerd dat de nationale rechter weliswaar bevoegd is tot het uitleggen van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag, maar dat hij niet bevoegd is om vast te stellen of een steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Een uitspraak van de nationale rechter is dan ook niet opgenomen in dit wetsvoorstel, aldus de toelichting.<sup>1</sup> De Raad acht deze argumentatie niet overtuigend. Dat de nationale rechter niet bevoegd is de verenigbaarheid van staatssteun met de gemeenschappelijke markt te beoordelen, betekent niet dat de nationale rechter geen plicht zou hebben om in de gevallen dat de standstill-bepaling wordt geschonden, terugvordering van onrechtmatige staatssteun te gelasten. Die plicht is er wel, behoudens bijzondere omstandigheden.<sup>2</sup>*

*De Raad is van oordeel dat bedoelde regeling alsnog dient te worden getroffen en adviseert het wetsvoorstel in deze zin aan te vullen.*

1. Het advies van de Raad is gevolgd. In verband daarmee zijn behalve het wetsvoorstel en de memorie van toelichting ook het intitulé en de considerans aangepast. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om het intitulé te bekorten.

### *2. Facultatieve formulering terugvorderingsgronden in BW en Awb*

*De terugvorderingsgronden in de voorgestelde artikelen I, onderdeel C (het nieuwe artikel 6:212a BW) en II, onderdeel F (het nieuwe artikel 4:80b Awb) zijn facultatief geredigeerd: het bestuursorgaan kan de steun terugvorderen bij de begunstigde en, voorzover de steun bij beschikking is verstrekt, de beschikking wijzigen of intrekken.*

*De memorie van toelichting geeft aan dat de nationale bestuursorganen en rechtspersonen of lichamen weliswaar verplicht zijn tot terugvordering voorzover het gemeenschapsrecht daartoe dwingt, maar dat er situaties kunnen zijn waarin de terugvordering niet onverwijld een aanvang zal nemen (bijvoorbeeld hangende een beroep bij het Hof van Justitie of in afwachting van een herroepingsbeschikking van de Commissie).<sup>1</sup> Dergelijke bijzondere omstandigheden doen echter naar het oordeel van de Raad niet af aan de verplichting van de lidstaat tot terugvordering (welke in de geschetste bijzondere omstandigheden zo nodig pas na enige tijd hoeft te worden geëffectueerd).*

*De Raad is van mening dat de terugvorderingsgronden in de artikelen I, onderdeel C, en II, onderdeel F, van het wetsvoorstel imperatief geformuleerd dienen te worden en adviseert het wetsvoorstel in deze zin aan te passen.*

2. Ik heb gemeend het advies van de Raad op dit punt niet te moeten volgen. Wat de wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreft, geldt dat een verplichting om een vordering in te stellen niet goed past in het systeem van ons privaatrecht. Een verplichting tot navordering of naheffing zou evenzeer een inbreuk op het systeem van de Algemene wet inzake rijksbelastingen betekenen, waartoe de Raad dan ook niet adviseert. In de Algemene wet bestuursrecht zou een imperatieve redactie op zichzelf wel mogelijk zijn, maar uit een oogpunt van harmonisatie met de andere twee wetten is daarvan afgezien.

### *3. Weigeringsgronden in artikel 4:35 Awb*

*In artikel 4:35 Awb is een aantal gronden opgenomen waarop een subsidie in ieder geval kan worden geweigerd. De grond dat een subsidie moet worden geweigerd als deze wordt aangemerkt als verboden staatssteun, ontbreekt. Zo*

<sup>1</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 4 (Reikwijdte van de grondslagen in Burgerlijk Wetboek en Algemene wet bestuursrecht).

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld de zaken C-354/90 (Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires, Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon tegen Frankrijk), C-17/91 (NV Georges Lornoy en Zonen e.a. tegen België) en C-39/94 (Syndicat français de l'Express international e.a. tegen La Poste e.a.).

dienen bijvoorbeeld de aanvragen te worden afgewezen die hebben geleid tot het melden bij de Europese Commissie van het voornemen tot subsidieverstrekking en die vervolgens hebben geleid tot een negatieve beschikking van de Commissie.

De Raad adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

3. Het advies van de Raad is gevolgd.

#### 4. Terugvordering van fiscale staatssteun

Het voorgestelde artikel 4:80b Awb biedt een zelfstandige titel voor terugvordering van ten onrechte verleende staatssteun. Dit betekent onder andere dat de invordering plaatsvindt volgens de regels die daarvoor in het algemene bestuurs- en privaatrecht gelden, en dat de in de Awb opgenomen regels inzake rechtsbescherming (rechtbank in eerste aanleg, hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak) van toepassing zijn. Bij staatssteun die als faciliteit binnen de belastingheffing wordt gegeven (fiscale staatssteun), geven de voorgestelde artikelen in de Awr vergelijkbare voorschriften voor navordering, naheffing en herziening, en de daaruit voortvloeiende terugvordering. Indien de terugvordering met toepassing van de fiscale regels plaatsvindt, zijn onder andere de fiscale regels voor bezwaar en beroep alsmede de invordering (Invorderingswet 1990 (Iw 1990)) van toepassing. De belastingrechter is dan de bevoegde rechterlijke instantie.

In de toelichting wordt opgemerkt dat de wijze waarop de terugvordering moet plaatsvinden, door het bestuursorgaan wordt bepaald.<sup>1</sup> Voor de terugvordering van fiscale staatssteun bestaat aldus een keuzemogelijkheid om hetzij artikel 4:80b Awb dan wel de fiscale bepalingen toe te passen.

Naar het oordeel van de Raad dient de terugvordering van fiscale staatssteun in ieder geval met gebruikmaking van het fiscale instrumentarium plaats te vinden, indien het toepassen van de fiscale faciliteit invloed heeft gehad op de hoogte van het belastbare inkomen (inkomstenbelasting) of het belastbare bedrag (vennootschapsbelasting). De terugvordering van de staatssteun vindt alsdan plaats door navordering van inkomsten- of vennootschapsbelasting doordat het belastbare inkomen of het belastbare bedrag wordt verhoogd. Deze wijze van correctie is noodzakelijk in verband met het «doorwerken» van de correcties op de heffingsgrondslag van die belastingen.

Teneinde een transparante terugvordering te waarborgen adviseert de Raad uitdrukkelijk te bepalen dat terugvordering van fiscale staatssteun binnen het fiscale stelsel zelf plaatsvindt in verband met de uiteenlopende (fiscale en niet fiscale) effecten van correcties op hetgeen fiscaal is vastgesteld en beroepsprocedures in fiscale zaken te concentreren bij de belastingrechter, en het voorstel daartoe aan te passen.

4. Met de Raad ben ik van mening dat het de voorkeur heeft om fiscale staatssteun met gebruikmaking van het fiscale instrumentarium terug te vorderen. Juist om deze reden ook is ervoor gekozen om de Algemene wet inzake rijksbelastingen op zodanige wijze aan te passen, dat de staatssteun zonder belemmering met gebruikmaking van de regeling voor navordering of naheffing kan worden teruggevorderd.

Om verdere verwarring over dit punt te voorkomen is de passage in de toelichting waaraan de Raad refereert aangepast en is tevens een bepaling opgenomen waarin expliciet is bepaald dat voorzover het terugvordering van fiscale staatssteun betreft, deze terugvordering plaatsvindt met toepassing van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Invorderingswet 1990.

#### 5. Kwijtschelding van betaling

Op grond van artikel 26, eerste lid, Iw 1990 kan aan een belastingschuldige die niet in staat is zijn belastingaanslag geheel of gedeeltelijk te betalen, gehele of gedeeltelijke kwijtschelding worden verleend.

In het advies van de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht wordt opgemerkt dat, nu bij de terugvordering van staatssteun op grond van het wetsvoorstel alle algemene regels en beginselen van het (fiscale) bestuursrecht zullen blijven worden toegepast (voor zover zij niet in strijd zijn met het Europese recht), het aangewezen zou kunnen zijn de mogelijkheid tot kwijtschelding van betaling uit te schakelen in alle gevallen waarin steun als bedoeld in titel 4.2A Awb met toepassing van die wet wordt teruggevorderd.<sup>2</sup> De Raad is van oordeel dat de toepassing van artikel 26,

<sup>1</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 7 (Aanpassing van de Algemene wet inzake rijksbelastingen).

<sup>2</sup> Advies van 3 mei 2007.

*eerste lid, lw 1990 in de weg zou kunnen staan aan effectieve terugvordering van onrechtmatige staatssteun.*

*De Raad is van mening dat in de toelichting dient te worden gemotiveerd waarom de werking van artikel 26, eerste lid, lw 1990 blijft gehandhaafd en adviseert het artikel zo nodig op dit punt aan te passen.*

5. Kern van terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun is dat wordt teruggegaan naar de situatie die bestond voordat de onrechtmatige staatssteun wordt verleend. Op basis van artikel 14 van Verordening 659/1990 wordt van de lidstaten vereist dat zij zorg dragen voor een effectieve terugvordering op basis van hun eigen nationale wet- en regelgeving. In mijn optiek kan juist het verlenen van kwijtschelding bijdragen aan de terugvordering van een zo groot mogelijk deel van de onrechtmatig verstrekte staatssteun. Het verlenen van kwijtschelding van zakelijke belastingen aan ondernemers wordt zeer terughoudend toegepast en komt uitsluitend in beeld bij het bereiken van een schuldeisersakkoord. Deze kwijtschelding is gebonden aan een aantal voorwaarden. Deze voorwaarden zijn opgenomen in Hoofdstuk II, afdeling 3 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990. De gestelde voorwaarden zijn erop gericht om concurrentievervalsing zoveel als mogelijk is te beperken. Eén van de voorwaarden is dat het te ontvangen deel van de belastingschuld ten minste dezelfde omvang moet hebben als het bedrag dat kan worden verkregen door middel van invorderingsmaatregelen. Een andere voorwaarde is dat het te ontvangen bedrag een substantiële omvang moet hebben, zowel absoluut als in relatie tot de totale belastingschuld. Daarmee is in mijn optiek veilig gesteld dat ernaar wordt gestreefd om de verstrekte onrechtmatige staatssteun zoveel als mogelijk is ongedaan te maken. De kwijtscheldingsbepaling staat een effectieve en volledige terugvordering mijns inziens daarom niet in de weg.

#### *6. Vierde Tranche Awb*

*De inwerkingtreding van artikel II van het wetsvoorstel wordt afhankelijk gesteld van de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb. Gezien de urgentie van de materie die in dit wetsvoorstel wordt geregeld, acht de Raad het onwenselijk om de inwerkingtreding van artikel II van het wetsvoorstel afhankelijk te stellen van de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb. De Raad adviseert het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zo aan te passen dat de inwerkingtreding van het wetsvoorstel wordt losgekoppeld van de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb.*

6. Het advies van de Raad is niet overgenomen. De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb (Kamerstukken I 2006/07, 29 702, nr. A) is thans zo ver gevorderd, dat het praktisch gezien uitgesloten is dat het onderhavige wetsvoorstel nog voor de Vierde tranche in werking zal treden. Voorts moeten enkele bepalingen van de Vierde tranche – onder meer de verjaringstermijn voor bestuursrechtelijke geldschulden – bij de terugvordering van staatssteun buiten toepassing blijven. Het ligt uit een oogpunt van leesbaarheid voor de hand dit laatste in het onderhavige wetsvoorstel te regelen en niet in – bijvoorbeeld – de Aanpassingswet vierde tranche Awb. Derhalve moet het onderhavige wetsvoorstel naar de Vierde tranche verwijzen. Als een wetsvoorstel naar een ander wetsvoorstel verwijst, is het in beginsel wenselijk dat de wetgever ter vermijding van misverstand expliciteert van welke volgorde van inwerkingtreding hij uitgaat.

#### *7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

7. De eerste redactionele kanttekening van de Raad is overgenomen, met dien verstande dat is gesproken van een ingevolge de belastingwet *gegeven* beschikking. Een besluit wordt genomen, maar een beschikking wordt gegeven.

De tweede redactionele kanttekening van de Raad is niet overgenomen, aangezien de suggestie van de Raad taalkundig geen verbetering is.

*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 waarnemend Vice-President van de Raad van State,  
P. van Dijk*

Ik moge U verzoeken 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 Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende  
no. W03.07.0155/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in  
overweging geeft.**

- In artikel III, onderdeel A, «een in de belastingwet geregelde beschikking»  
vervangen door: een ingevolge de belastingwet genomen beschikking.
- In artikel III, onderdeel D, na «ter» invoegen: zake van.