

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. 3**

**MEMORIE VAN TOELICHTING**

**ALGEMEEN**

**1. Inleiding**

Dit wetsvoorstel schept grondslagen in de nationale wetgeving (het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht) om uitvoering te geven aan een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: de Commissie) op grond van Verordening (EG), nr. 659/999 van de Raad van de Europese Unie van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 (thans: 88) van het EG-verdrag (PbEG L 83) (hierna: de procedureverordening) of een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof van Justitie), dan wel van de nationale rechter, tot terugvordering van staatssteun. Tevens worden nationale bepalingen die aan een effectieve terugvordering in de weg kunnen staan (in het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen), buiten toepassing verklaard.

Wanneer een instantie van een lidstaat in strijd met de EG-voorschriften staatssteun heeft verstrekt aan een of meer ondernemingen, kan de Commissie op grond van haar toezichthoudende bevoegdheid op het terrein van het staatssteunrecht bevelen dat deze steun, met inbegrip van rente, van de begunstigde wordt teruggevorderd. De betrokken lidstaat moet de steun onverwijld en in overeenstemming met de nationaal-rechtelijke procedures terugvorderen, voor zover deze procedures een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie toelaten (artikel 14, derde lid, procedureverordening). Hoewel dus het beginsel van procedurele autonomie voorop staat, is duidelijk dat het nationale recht geen afbreuk mag doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht (effectiviteitsbeginsel). Gebleken is dat het Nederlandse recht in bepaalde opzichten de terugvordering van staatssteun bemoeilijkt. Dit geldt in het bijzonder voor de

grondslag voor terugvordering of ongedaanmaking van steunmaatregelen, de vordering van rente en voor de verjaringstermijnen. Omdat het beginsel van gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) met zich meebrengt dat Nederland zich als lidstaat moet inspannen om zo goed mogelijk uitvoering te geven aan de verplichtingen die krachtens het gemeenschapsrecht gelden, is het wenselijk om te voorzien in een specifieke regeling op nationaal niveau.

Hierbij is tevens van belang dat de Commissie op 28 augustus 2007 bij het Hof van Justitie een procedure tegen Nederland heeft aangespannen (zaak C-401/07), omdat de terugvorderingsbeschikking 2001/521/EG van de Commissie van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkingsbedrijven (PbEG 2002, L 48/20) nog niet volledig is uitgevoerd.

Het onderhavige wetsvoorstel komt mede voort uit een rapport van de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht («Trends in de rechtspraak, terugvordering van staatssteun», Den Haag 2002, hierna: het ICER-rapport) waarin, op grond van een analyse van de Europese rechtspraak inzake terugvordering van staatssteun, werd geconstateerd dat het Nederlandse recht geen sluitende regels bevat die in alle gevallen de mogelijkheid bieden om op last van de Commissie tot terugvordering van staatssteun over te gaan. Problemen werden gesignaleerd in de Algemene wet bestuursrecht, de fiscale wetgeving en het Burgerlijk Wetboek. De problemen betreffen het gebrek aan een wettelijke grondslag in het Nederlandse recht om een terugvordering mogelijk te maken en bepalingen in de Nederlandse wetgeving die een volledige terugvordering van staatssteun bemoeilijken. In vervolg daarop is in 2005 in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum (WODC) van het ministerie van Justitie, op verzoek van de ministers van Justitie, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Financiën, onderzoek verricht naar de wijze waarop in enkele andere EU-landen op last van de Commissie ten onrechte verstrekte staatssteun wordt teruggevorderd en welke handvatten dit biedt om de Nederlandse wetgeving aan te passen (B. W. N. de Waard, A. J. C. de Moor-van Vugt e.a., Terugvordering van staatssteun. Een rechtsvergelijkend onderzoek, Nijmegen 2005, hierna: het rechtsvergelijkende onderzoek).

Het rechtsvergelijkende onderzoek richtte zich op Duitsland, Frankrijk, België, Zweden en Malta. Uit het onderzoek blijkt dat in geen van deze landen een algemene grondslag voor de terugvordering van in strijd met het EG-recht verstrekte staatssteun bestaat. Dit geldt ook voor Malta dat weliswaar een aparte staatssteunwet kent die de melding van en het toezicht op het verlenen van staatssteun regelt, maar niet de wijze waarop er – op last van de Commissie – moet worden teruggevorderd indien dit systeem tekort geschoten is. Verder blijkt dat zich in landen als Duitsland, Frankrijk en België soortgelijke problemen met terugvordering van staatssteun op last van de Commissie voordoen als in Nederland. In Frankrijk en Zweden zijn specifieke wettelijke voorzieningen getroffen die betrekking hebben op de verhouding tot de gedecentraliseerde overheid in staatssteunkwesties. In België heeft een concrete terugvorderingszaak geleid tot «gelegenheidswetgeving». In Duitsland zou worden gewerkt aan een (ontwerp)staatssteunwet maar de onderzoekers hebben, gezien de prille stand van het wetgevingsproces, niet kunnen achterhalen hoe deze regeling er uit komt te zien.

Voorts verdient vermelding het in het kader van de derde evaluatie van de Awb in opdracht van het WODC, op verzoek van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, door de Universiteit Utrecht verrichte onderzoek naar de spanningen tussen het EG-recht en de Awb.

Eén van de onderzoeksthema's betref de subsidietitel van de Awb en de EG-regels inzake staatssteun, waaronder die inzake terugvordering (R. J. G. M. Widdershoven, M. J. M. Verhoeven, S. Prechal, De Europese agenda van de Awb, Den Haag, 2005). De Commissie Evaluatie Awb III verbond hieraan de aanbeveling dat de subsidietitel van de Awb in overeenstemming wordt gebracht met het EG-recht inzake staatssteun (Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002–2006, Den Haag, 2007, paragraaf 6.5).

Deze toelichting is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een beschrijving op hoofdlijnen van de EG-staatssteunregels, in het bijzonder de regels die gelden indien de lidstaat handelt in strijd met de verplichting om nieuwe steunmaatregelen vooraf bij de Commissie aan te melden. Paragraaf 3 gaat in op de terugvorderingspraktijk bij de uitvoering van Commissiebeschikkingen in Nederland. Paragraaf 4 licht de reikwijdte van de terugvorderingsgrondslagen in Burgerlijk Wetboek en Algemene wet bestuursrecht toe. De paragrafen 5, 6 en 7 gaan achtereenvolgens nader in op de aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Paragraaf 8 gaat in op de relatie met andere bestuursrechtelijke wetgeving en paragraaf 9 op de voorbereiding van het wetsvoorstel.

## **2. Europees staatssteunregime**

### *Het EG-verdrag*

Controle op overheidssteun aan ondernemingen is een van de belangrijkste onderdelen van het mededingingsbeleid binnen de Europese Gemeenschap en één van de exclusieve bevoegdheden van de Europese Commissie. Het doel van de Europese wet- en regelgeving is het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden voor alle ondernemingen op de gemeenschappelijke markt. Maatregelen van de lidstaten die door middel van het gebruik van staatsmiddelen concurrentievervalsend uitpakken door onterecht voordelen te scheppen voor ondernemingen of bepaalde producties daarvan, zijn daarom niet toegestaan.

De artikelen 87 tot en met 89 EG bevatten inhoudelijke en procedurele regels over concurrentievervalsingen, veroorzaakt door steunmaatregelen van lidstaten. Volgens artikel 87, eerste lid, EG zijn steunmaatregelen die de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloeden en de concurrentie (dreigen te) vervalsen niet toegestaan («onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt»). Het tweede lid voorziet voor de aldaar genoemde maatregelen in een uitzondering van rechtswege. Een voorbeeld hiervan is een steunmaatregel tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen (onderdeel b). Het derde lid, dat in de praktijk van veel groter belang is, geeft de Commissie (met toetsing door het Hof van Justitie) de bevoegdheid een uitzondering te maken voor de aldaar genoemde maatregelen. Een voorbeeld hiervan is een steunmaatregel om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad (onderdeel c). De Commissie heeft haar beleid terzake uitgewerkt in kaderregelingen, mededelingen en richtsnoeren.

Artikel 88 EG voorziet in toezicht op steunmaatregelen door de Europese Commissie. De kern van dit toezicht wordt gevormd door de verplichting voor de lidstaten uit artikel 88, derde lid, om elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen ter goedkeuring bij de Commissie aan te melden en zolang deze geen beslissing heeft genomen over de verenig-

baarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt, dit voornemen niet ten uitvoer te brengen («standstill»-bepaling). Op grond van een verordening uit 1998 heeft de Commissie een zestal verordeningen vastgesteld waarin bepaalde soorten steunmaatregelen als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn aangemerkt en daarom niet onderworpen zijn aan de voorafgaande meldplicht. Het gaat hierbij onder meer om opleidingssteun, steun ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf, werkgelegenheidssteun, landbouw- en visserijsteun. Als de voorwaarden van deze verordening zijn vervuld, kan worden volstaan met een zogenaamde vrijstellingsmelding. Hierbij zendt de lidstaat een formulier met beknopte informatie aan de Commissie. Op grond van de genoemde verordening heeft de Commissie tevens een tweetal verordeningen vastgesteld met betrekking tot zogenaamde «de minimis»-steun. Het betreft verordeningen voor algemene de minimis-steun en een specifieke verordening voor de minimis-steun voor landbouw- en visserij. De beide verordeningen geven een drempelbedrag beneden welke steunmaatregelen niet geacht worden aan alle criteria van artikel 87, eerste lid, EG te voldoen. Derhalve valt de minimis-steun niet onder de aanmeldingsverplichting van artikel 88, derde lid, EG.

#### *De procedureverordening; het onderzoek door de Commissie*

Op grond van artikel 89 EG heeft de Raad van de Europese Unie in 1999 de procedureverordening vastgesteld. De procedureverordening bevat regels over de aanmeldingsprocedure voor nieuwe steunmaatregelen, de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie ten aanzien van aangemelde (nieuwe) steun, misbruik van steun en bestaande steun, alsmede bepalingen over terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare steun.

Na de melding van een nieuwe steunmaatregel onderzoekt de Commissie of de maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De onderzoeksprocedure is neergelegd in de artikelen 4 tot en met 6 van de procedureverordening. Zij bestaat uit een eerste onderzoek en een formele onderzoeksperiode. In beide fasen kan de Commissie een eindoordeel geven. De Commissie geeft haar beslissing over een aangemelde steunmaatregel in de vorm van een beschikking (artikelen 4 en 7 van de procedureverordening).

De Commissie komt niet alleen in actie naar aanleiding van door de lidstaten aangemelde steunmaatregelen. Ook indien de Commissie, door een klacht van een concurrent of uit welke bron ook, over informatie beschikt over mogelijke met het EG-recht strijdige staatssteun, begint zij een onderzoek (vgl. de artikelen 10, 13 en 20 procedureverordening). Het verloop van de onderzoeksprocedure is gelijk aan het onderzoek bij aangemelde steun (eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure). Ook in dit geval legt de Commissie haar (eind)oordeel neer in een beschikking.

Tijdens de formele onderzoeksprocedure in het kader van een vermoeden van onrechtmatige steunverlening door een lidstaat kan de Commissie, na de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben gegeven zijn opmerkingen in te dienen, een beschikking geven waarbij de lidstaat wordt gelast alle onrechtmatige steun op te schorten of voorlopig terug te vorderen totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt («opschortingsbevel» of «terugvorderingsbevel») (artikel 11, eerste en tweede lid, procedureverordening).

Indien een negatieve beschikking wordt gegeven in geval van onrechtmatige steun beveelt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen neemt om de steun van de begunstigde terug te vorderen

(«terugvorderingsbeschikking»). De Commissie kan de lidstaat eveneens opdracht tot terugvordering geven, wanneer de begunstigde de staatssteun gebruikt in strijd met een positieve beschikking van de Commissie; in dat geval is sprake van misbruik van steun (artikel 16 jo. 11 of 14 procedureverordening). Het doel van de terugvordering is het herstel van de oude situatie, dat wil zeggen het wegnemen van de concurrentievervalsing. Om die reden wordt ook rentevoordeel over de ten onrechte verleende steun teruggevorderd (artikel 14 lid 2 procedureverordening). De regels over de berekening van de rente (o.a het te hanteren rentepercentage) zijn neergelegd in een afzonderlijke verordening, van de Commissie, op basis van artikel 27 van de procedureverordening (Verordening (EG), nr. 794/2004 van 21 april 2004, PbEG L 140/1).

De Commissie kan niet zelf een steunmaatregel wijzigen of intrekken dan wel tot terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun overgaan. Zij kan slechts de lidstaat hiertoe opdracht geven. De Commissie verlangt alleen dan geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht (vgl. HvJ EG 20 november 1987, Zaak nr. 223/85, RSV, Jur. 1987, p. 4617).

Artikel 14, derde lid, van de procedureverordening bepaalt dat de terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat dient te geschieden, zij het dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat deze procedures niet zodanig mogen zijn dat daardoor de terugvordering praktisch onmogelijk wordt. Is terugvordering absoluut onmogelijk, dan dient de lidstaat volgens vaste rechtspraak op loyale wijze met de Commissie samen te werken, teneinde een bevredigende oplossing te vinden. Artikel 15 van de procedureverordening bepaalt dat de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun aan de begunstigde is verleend. Door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun wordt de verjaring gestuit. Na elke stuiting begint de termijn van voren af aan te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over de beschikking van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie.

#### *Een terugvorderingsbeschikking*

Een terugvorderingsbeschikking is gericht tot de lidstaat. Uit artikel 249 EG jo. art. 10 EG volgt dat de beschikking verbindend is in al haar onderdelen voor alle organen van de lidstaat. Voor de lidstaat staat beroep tegen de terugvorderingsbeschikking open bij het Hof van Justitie op grond van artikel 230 EG. Voor andere partijen die bij de onrechtmatige of onverenigbaar verklaarde steun zijn betrokken, staat beroep open, als zij door de terugvorderingsbeschikking rechtstreeks en individueel geraakt zijn. Aan deze vereisten is voldaan in het geval van de (potentieel) begunstigde en eventueel door een terugvorderingsbevel getroffen onderneming. Indien de lidstaat de terugvorderingsbeschikking niet nakomt, kan de Commissie of iedere andere belanghebbende zich, in afwijking van de artikel 226 en 227 EG, rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden om de schending met het gemeenschapsrecht te laten vaststellen (artikel 88, tweede lid, EG).

Aangezien uitvoering van een terugvorderingsbeschikking via het nationale recht geschiedt, kan degene bij wie wordt teruggevorderd (de begunstigde van de steun), indien hij zich verzet tegen een terugvorderingshandeling of terugvorderingsbesluit van het nationale bestuursorgaan, de rechtsbescherming van het nationale recht inroepen.

### 3. Terugvordering volgens het nationale recht in Nederland

In de afgelopen jaren heeft de Commissie voor uiteenlopende vormen van onrechtmatige en onverenigbare steun terugvorderingsbeschikkingen gericht aan Nederland:

- beschikking 96/76/EG van 4 oktober 1995 betreffende steun welke door Nederland is verleend aan de vrachtwagenproducent DAF (PbEG 1996, L 15/37);
- beschikking 98/348/EG van 21 januari 1998 ten aanzien van de steun die Nederland heeft verleend voor de bouw van een waterstofperoxydefabriek te Delfzijl (PbEG L 171/36);
- beschikking 1999/205/EG van 20 juli 1999 betreffende staatssteun van Nederland te behoeve van 633 Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland (PbEG 1999, L 280/87);
- beschikking 2001/517 EG van 20 februari 2001 betreffende de door Nederland toegekende staatssteun ten gunste van SCI-Systems (PbEG 2001, L 186/43);
- beschikking 2001/521/EG van 13 december 2001 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden te uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkingsbedrijven (PbEG 2001, L 189/13);
- beschikking 2002/142/EG van 18 juli 2002 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van Valmont Nederland BV (PbEG 2002, L 48/20)<sup>1</sup>;
- beschikking 2003/45/EG van 5 juni 2002 betreffende de maatregelen van Nederland ter herstructurering en privatisering van de Koninklijke Schelde Groep (PbEG 2003, L 14/56);
- beschikking 2002/901/EG van 19 juni 2002 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van activiteiten van Nederlandse sleepboten in zeehavens en op binnenwateren van de Gemeenschap (PbEG 2002, L 314/97);
- beschikking C (2006)2084 def. van de Commissie van 22 juni 2006 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde ad hoc-financiering van de Nederlandse publieke omroep in dossier Staatssteun Nr. C 2/2004 (ex NN 170/2003) (n.n.g).
- beschikking 2006/2954/EG van 19 juli 2006 betreffende de door Nederland aangemelde steunmaatregel ten gunste van KG Holding NV (Kliq) (n.n.g).

Uitvoering van deze terugvorderingsbeschikkingen door Nederlandse bestuursorganen heeft in vrijwel alle gevallen in nauwe samenspraak met de Commissie plaatsgevonden. Met uitzondering van beschikking 2001/521/EG en de beschikkingen uit 2006 is de terugvordering volgens het nationale recht – nagenoeg – afgewikkeld. Het aantal gerechtelijke procedures over de tenuitvoerlegging van die beschikkingen is, afgaande op de hoeveelheid gepubliceerde uitspraken, relatief beperkt gebleven. Voor zover nodig is bij de tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking een beroep gedaan op het effectiviteitsbeginsel en de voorrang van het gemeenschapsrecht waardoor nationale bepalingen of beginselen, zoals het vertrouwensbeginsel, die in bepaalde gevallen aan de terugvordering in de weg zouden kunnen staan buiten toepassing moeten blijven. Op grond van vaste rechtspraak van het Hof van Justitie komt het risico dat de door een lidstaat – in strijd met artikel 88 EG verstrekte – staatssteun wordt teruggevorderd in beginsel geheel voor rekening van de begunstigde van de steun. Ondernemingen kunnen volgens het Hof van Justitie in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de verleende steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 88 EG is toegekend. Een behoedzaam ondernemer zal volgens het Hof van Justitie normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd. Dit alles behoudens door de nationale rechter vast te stellen bijzondere omstandig-

<sup>1</sup> Deze beschikking is door Valmont Nederland B.V. aangevochten en door het Gerecht van eerste aanleg op 16 september 2004 nietig verklaard, T-274/01, n.n.g.

heden (o.m. HvJ 20 september 1990, Zaak C-5/89, BUG Alutechnik, Jur. 1990, p. I-3453, HvJ 20 maart 1996, Zaak C-24/95, Alcan, Jur. 1997, p. I-1591 en GvEA 14 januari 2004, Zaak T-109/01, Fleuren Compost n.n.g., AB 2004, 411). De Afdeling bestuursrechtspraak nam in de zaak Fleuren Compost (11 januari 2006, AB 2006, 208) niet aan dat er sprake was van bijzondere omstandigheden. Het mogelijk door de minister gewekte vertrouwen dat de Commissie met de subsidiëring had ingestemd, vormde voor Fleuren Compost immers geen belemmering om – eventueel direct bij de Commissie – te informeren of de Commissie op de juiste wijze in de subsidiëring was gekend (r.o. 2.7.1).

Voor de bovengenoemde Commissiebeschikkingen geldt dat de terugvordering is afgewikkeld door het bestuursorgaan dat de steun had verleend, binnen de rechtsverhouding waarin de steun vorm kreeg. Dit sluit aan bij de zelfstandige verantwoordelijkheid die bestuursorganen hebben ter naleving van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen. Een belangrijke vraag die in het subsidierecht opkwam, was de vraag of Nederlandse bestuursorganen de bevoegdheid om tot terugvordering van steun over te gaan, rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht ontleen (i.c. aan de Commissiebeschikking die op grond van art. 230 EG verbindend is in al haar onderdelen en aan artikel 14, tweede lid, van de procedureverordening). Met de uitspraken van 11 januari 2006 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AB 2006, 208 en JB 2006, 54) duidelijk gemaakt dat terugvordering ter uitvoering van een Commissiebeschikking van steun in de vorm van subsidie, een grondslag in het nationale recht vereist. Hetzelfde geldt voor de vordering van rente.

#### **4. Reikwijdte van de grondslagen in Burgerlijk Wetboek en Algemene wet bestuursrecht**

Naar het oordeel van de regering verdient het aanbeveling om ter uitvoering van de procedureverordening wettelijke grondslagen op te nemen in het Burgerlijk Wetboek (hierna ook: BW) en in de Algemene wet bestuursrecht (hierna ook: Awb). Daarmee heeft het wetsvoorstel betrekking op alle vormen van steun in de zin van artikel 87, eerste lid, EG die op rijksniveau of op decentraal niveau wordt verstrekt door bestuursorganen, dan wel door rechtspersonen of lichamen waarop de invloed van de rijksoverheid of andere overheden dominerend is of waarvan de middelen overheidsmiddelen zijn.

De grondslag in het BW ziet op terugvordering van privaatrechtelijk vormgegeven steun, de grondslag in de Awb op terugvordering van bestuursrechtelijke steun. Door met de grondslag voor terugvordering aan te sluiten bij de aard van de rechtsverhouding waarin de steunmaatregel vorm heeft gekregen, kan de afwikkeling binnen de bestaande rechtsverhouding plaatsvinden. Terugvordering sluit op deze wijze het best aan op het bestaande rechtssysteem (waaronder de rechterlijke bevoegdheidsverdeling). De grondslag voor terugvordering kan zowel een terugvorderingsbeschikking van de Commissie zijn als een uitspraak van het Hof van Justitie (daaronder begrepen het Gerecht van eerste aanleg, vgl. artikel 7 en 220 EG), als een uitspraak van de Nederlandse rechter.

De procedureverordening onderscheidt de volgende terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie:

- artikel 11, tweede lid: hangende de formele onderzoeksprocedure kan de Commissie de lidstaat bevelen tot voorlopige terugvordering van onrechtmatige steun, totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt.
- artikel 14, eerste lid: indien een negatieve beschikking wordt gegeven

- in geval van onrechtmatige steun, beschikt de Commissie dat de steun van de begunstigde wordt teruggevorderd;
- artikel 16 jo. artikel 14: in gevallen van misbruik van steun kan de Commissie de formele onderzoeksprocedure inleiden en kunnen terugvorderingsbeschikkingen als bedoeld in artikel 11 en 14 worden gegeven.

Ook een uitspraak van het Hof van Justitie kan de aanleiding zijn voor een terugvordering. Denkbaar is immers dat een positieve steunbeschikking door het Hof van Justitie wegens onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt nietig wordt verklaard, waarna de lidstaat tot terugvordering is verplicht.

Ook een (onherroepelijke) uitspraak van de nationale rechter kan tot terugvordering van steun nopen. De nationale rechter is weliswaar niet bevoegd om zelfstandig te beoordelen of de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (dat is een exclusieve bevoegdheid van de Commissie onder toezicht van het Hof), maar hij is wel bevoegd tot het uitleggen van artikel 87, eerste lid, EG. Een Nederlandse rechter kan dus bijvoorbeeld vaststellen dat in een concreet geval sprake is van steun die bij de Commissie had moeten worden aangemeld. Aangezien naar vaste jurisprudentie van het Hof staatssteun die ten onrechte niet is aangemeld, reeds daarom onrechtmatig is, betekent dit dat ook in een dergelijk geval de steun moet worden teruggevorderd.

De terugvorderingsgrondslagen in BW en Awb (artikelen 6:212a BW en 4:80b Awb) zijn facultatief geredigeerd («kan»-bepalingen). Uiteraard zijn de nationale bestuursorganen en rechtspersonen of lichamen tot terugvordering verplicht voor zover het gemeenschapsrecht daartoe dwingt. Hoewel bij de uitvoering van een Commissiebeschikking of Hofuitspraak daarvan steeds sprake zal zijn, kan niet geheel worden uitgesloten dat er situaties kunnen zijn waarin de terugvordering niet onverwijld een aanvang neemt, bijv. hangende een beroep bij het Hof van Justitie of wanneer de Commissie zou overwegen een beschikking te herroepen (artikel 9 jo. 14 van de procedureverordening). Een nationale verplichting om terug te vorderen zou daarmee op gespannen voet kunnen staan. Uitgangspunt is dat de nationale wetgeving de volle werking van het gemeenschapsrecht kan verzekeren.

## **5. Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek**

Privaatrechtelijke maatregelen van de overheid dienen te voldoen aan de regels voor staatssteun (arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2002, zaak C-336/00, Huber, overweging 60–64). Voorbeelden van privaatrechtelijke rechtshandelingen die staatssteun kunnen inhouden zijn het verstrekken van rentevrije of niet-marktconforme leningen, kapitaalinjecties, schenkingen of de verkoop van grond of gebouwen tegen een prijs die lager ligt dan de marktwaarde. Behalve voor privaatrechtelijke steunmaatregelen is een regeling in het Burgerlijk Wetboek van belang bij steun die voortvloeit uit feitelijk handelen van een bestuursorgaan en voor vorderingen die voortvloeien uit een publiekrechtelijke rechtsverhouding, maar bij de burgerlijke rechter aanhangig worden gemaakt. Er is gekozen voor een afzonderlijke regeling in het BW. Iemand die een privaatrechtelijke overeenkomst met een overheidsinstantie sluit, kan hierdoor uit het BW afleiden dat die instantie gerechtigd is tot terugvordering of ongedaanmaking, indien de in het kader van de overeenkomst verrichte rechtshandelingen als onverenigbare steun worden aangemerkt. Niet wenselijk is een situatie waarin men in gevallen die door het BW worden geregeld de bevoegdheid tot terugvordering of ongedaanmaking uit een publiekrechtelijke regeling zou moeten afleiden.



In het privaatrecht bestaan verschillende knelpunten die in de weg kunnen staan aan een effectieve terugvordering van staatssteun. Ten eerste biedt het Burgerlijk Wetboek niet altijd een effectieve grondslag voor de terugvordering. Een vordering uit onverschuldigde betaling zal bijvoorbeeld niet het gewenste effect hebben, indien de steun terecht is gekomen bij een andere partij dan degene aan wie is betaald of omdat de steun niet bestond uit een betaling, maar uit een kwijtschelding. Een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kan bijvoorbeeld stranden, indien de begunstigde zich met succes beroept op medeschuld van de steunverlenende instantie. Het wetsvoorstel biedt een oplossing door in artikel 6:212a lid 1 BW te voorzien in een specifieke titel voor terugvordering of ongedaanmaking van steunmaatregelen die op grond van een beschikking van de Commissie of een uitspraak van het Hof van Justitie, dan wel een onherroepelijke uitspraak van de Nederlandse rechter, onverenigbaar zijn verklaard met de gemeenschappelijke markt of waarvan is vastgesteld dat de steun is gebruikt in strijd met de daaraan verbonden voorwaarden of anderszins onrechtmatig is op grond van het Europese recht.

Door te bepalen dat de rechtspersoon jegens de begunstigde gerechtigd is tot terugvordering of ongedaanmaking van de steunmaatregel wordt aangesloten bij de terminologie van de regeling voor onverschuldigde betaling in artikel 6:203 BW en, voor wat betreft het begrip ongedaanmaking, tevens bij artikel 6:24 BW en artikel 6:271 BW. Uit overweging 11 van de preambule van de procedureverordening kan worden afgeleid dat bij steunmaatregelen die in strijd met het EG-verdrag zijn verleend, de daadwerkelijke mededinging dient te worden hersteld.

Van de toepassing van de nationale leerstukken bij een terugvordering kan voorts een verkeerd signaal uitgaan, omdat het gemeenschapsrecht de begunstigde weinig ruimte laat voor verweermogelijkheden. Verweermiddelen die de begunstigde zou kunnen ontlennen aan de wettelijke regelingen voor onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking zullen in de meeste gevallen niet kunnen worden ingeroepen, omdat zij in de weg staan aan een effectieve terugvordering. Dit heeft te maken met de omstandigheid dat de communautaire staatssteunregels in de eerste plaats gericht zijn op herstel van de economische situatie zoals die bestond voor de steunverlening en in veel mindere mate rekening houden met de juridische verhoudingen op nationaal niveau. De invoering van een specifieke titel voor terugvordering en ongedaanmaking van steun in artikel 6:212a BW zorgt ervoor dat de volle werking van het gemeenschapsrecht wordt gerespecteerd.

Een ander knelpunt vormen de nationale verjaringstermijnen (artikel 3:306 BW e.v.) die in de weg kunnen staan aan terugvordering of ongedaanmaking van steun. De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren op grond van artikel 15 van de procedureverordening pas na een termijn van tien jaar vanaf de dag waarop de onrechtmatige steun is verleend. Het voorgestelde artikel 6:212a lid 2 BW verklaart ten aanzien van terugvordering of ongedaanmaking van steunmaatregelen de nationale verjaringsbepalingen buiten toepassing.

Tot slot bevat de procedureverordening, alsmede de daarop gebaseerde Commissieverordening van 21 april 2004, nr. 794/2004, PbEG L 140/1, een regeling voor de vergoeding van rente. Deze regeling verschilt van de nationale regeling inzake de wettelijke rente in artikel 6:119 BW en verder. In het voorgestelde artikel 6:119 lid 3 BW is bepaald dat voor de berekening van rente niet de nationale regeling, maar de regeling op grond van de procedureverordening van toepassing is op een terugvordering of ongedaanmaking van steun.

In het rechtsvergelijkende onderzoek is gesteld dat de bewaarplicht van zeven jaar in het Nederlandse recht (artikel 2:10 lid 3 BW, artikel 4:69, tweede lid, Awb en art. 52, vierde lid, Awr) een knelpunt zou kunnen zijn, omdat de terugvorderingsbevoegdheid van de Commissie pas na tien jaar na de dag van steunverlening verjaart. Om die reden wordt in het onderzoeksrapport een wettelijke bepaling in overweging gegeven, inhoudende dat in alle gevallen waarin sprake kan zijn van staatssteun, relevante documenten moeten worden bewaard tot de termijnen van artikel 15 van de procedureverordening zijn verstreken. De regering wijst een verlenging van de bewaarplicht bij steunverlening af. Verlenging van de bewaarplicht – die eerder juist van tien jaar is teruggebracht naar zeven jaar met het oog op de vermindering van administratieve lasten – is gelet op de daarmee gepaard gaande verzwaring van de administratieve lasten een onevenredig zwaar middel dat niet in verhouding staat tot het mogelijke probleem dat staatssteun niet volgens de procedure van artikel 88 EG is toegekend. Daar komt bij dat het in het licht van de Alcan-jurisprudentie van het Hof van Justitie het niet aannemelijk wordt geacht dat de begunstigde van een steunmaatregel zich op de bewaarplicht zou kunnen beroepen om aan terugvordering te ontkomen.

## **6. Aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht**

Voorgesteld wordt om een nieuwe titel 4.2a, direct na de subsidietitel, in te voegen met als titel Terugvordering van staatssteun. Deze titel is van toepassing op alle vormen van steun als bedoeld in artikel 87, eerste lid, van het EG-verdrag die worden verstrekt bij beschikking in de zin van de Awb, of die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt (vgl. artikel 4.4.1.1). Hiermee worden bijvoorbeeld figuren als de omzetbelasting en de accijnzen bedoeld waarbij de overheid een betalingsverplichting vaststelt zonder dat er een beschikking aan te pas komt. De nieuwe titel dekt alle vormen van bestuursrechtelijke steun. Bestuursrechtelijke steun kan zeer uiteenlopende vormen aannemen, zoals bijvoorbeeld een subsidie, een belastingvoordeel, een heffing of een vergunning. Steun in de vorm van feitelijk handelen door de overheid valt onder het bereik van de voorgestelde regeling in het BW (artikelen 6:119 lid 4 en 6:212a).

De nieuwe titel biedt een grondslag voor terugvordering naar aanleiding van een Commissiebeschikking op grond van de procedureverordening of een Hofuitspraak, dan wel een uitspraak van een nationale rechter, met inbegrip van de door de procedureverordening vereiste rente. Kenmerkend voor de terugvordering van bestuursrechtelijke steun is dat het bestuursorgaan dat de steun heeft verleend, een Awb-besluit omtrent terugvordering neemt. Omdat de terugvordering wordt afgewikkeld binnen de bijzondere bestuursrechtelijke rechtsverhouding waarin de steunverlening heeft vormgekregen, zal niet altijd met zoveel woorden van een «terugvorderingsbesluit» sprake zijn. Zo zal in het belastingrecht de terugvordering in het in artikel 4:80b Awb geregelde geval kunnen plaatsvinden in de vorm van een naheffings- of navorderingsaanslag op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (zie ook de voorgestelde aanpassingen van deze wet). Tegen deze besluiten is bezwaar en beroep bij de belastingrechter mogelijk.

Bij een begunstigende beschikking kan een door de Commissie gelaste terugvordering met zich brengen dat de beschikking wordt gewijzigd of ingetrokken, alvorens tot terugvordering wordt overgegaan. Dit is in artikel 4:80b, Awb tot uitdrukking gebracht door te bepalen dat de beschikking waarbij de steun is verleend kan worden gewijzigd of ingetrokken. Zo kan bij subsidies eerst het besluit tot verlening of vaststelling van de subsidie worden ingetrokken, waarna de ten onrechte verleende subsidie

kan worden teruggevorderd. In dat geval zal het intrekingsbesluit worden gecombineerd met het terugvorderingsbesluit (zie ook de voorgestelde aanpassing van de subsidietitel).

Terugvordering kan plaatsvinden, overeenkomstig artikel 14, eerste lid, van de procedureverordening, bij de begunstigde van de steun. De begunstigde behoeft niet altijd de oorspronkelijke ontvanger van de steun te zijn. Hiervan was bijvoorbeeld sprake bij de subsidieverstrekking aan de grenspomphouders op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland van de minister van Financiën. In de beschikking van de Commissie werden ook de oliemaatschappijen als begunstigden genoemd (Beschikking van 20 juli 1999, 1999/706, PbEG 1999, L 280). Voor zover de terugvordering zich niet richt tot de geadresseerde van de oorspronkelijke beslissing, maar tot een derde-begunstigde, zal toepassing van artikel 4:80b leiden tot een zelfstandig terugvorderingsbesluit.

Op een terugvorderingsbesluit op grond van artikel 4:80b Awb zijn de bepalingen over voorbereiding en motivering van besluiten, alsmede over bezwaar en beroep bij de bestuursrechter van toepassing. Voorts is titel 4.4 inzake bestuursrechtelijke geldschulden van toepassing, met uitzondering van de artikelen 4.4.4.2 tot en met 4.4.2.7 en afdeling 4.4.3. Deze uitzonderingen betreffen de in rekening te brengen rente (deze wijkt af van de wettelijke rente) en de regeling over verjaring van de rechtsvorderingen (artikel 15 van de procedureverordening bevat een afwijkende regeling). In artikel 4:80b Awb wordt voorts bepaald dat het terug te vorderen bedrag, bij gebreke van tijdige betaling, bij dwangbevel kan worden ingevorderd. Hiermee is ook paragraaf 4.4.4.2 Awb (invordering bij dwangbevel) van titel 4.4 van toepassing.

## **7. Aanpassing van de Algemene wet inzake rijksbelastingen**

De bevoegdheid tot terugvordering van staatssteun is ook wat betreft de fiscaliteit geregeld in artikel 4:80b van de Algemene wet bestuursrecht. In het vijfde lid van dit artikel is vervolgens geregeld dat voor zover het om terugvordering van «fiscale» staatssteun gaat, dit zal plaatsvinden met gebruikmaking van het instrumentarium van navordering en naheffing. Hiertoe wordt in het onderhavige wetsvoorstel wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen voorgesteld. Met «fiscale» staatssteun wordt bedoeld op staatssteun die in het verleden is verstrekt in de vorm van een fiscale faciliteit. Een dergelijke fiscale faciliteit zou op diverse wijzen kunnen zijn vormgegeven; het kan een vrijstelling van winst betreffen, een eenmalige aftrekpost, een willekeurige afschrijvingsfaciliteit, een bijzonder belastingtarief of bijzonder accijnstarief, een afdrachtvermindering, et cetera.

Hoewel de bepalingen van de Algemene wet inzake rijksbelastingen ingevolge artikel 1 van die wet in beginsel alleen gelden bij belastingen die van rijkswege door de Belastingdienst worden geheven, heeft de Algemene wet inzake rijksbelastingen een ruimer bereik dan alleen rijksbelastingen, omdat de bepalingen van de Algemene wet inzake rijksbelastingen in diverse organieke wetten van overeenkomstige toepassing zijn verklaard (zie bijvoorbeeld artikel 227a Provinciewet, artikel 231 Gemeentewet en artikel 123 Waterschapswet). Dit is van belang omdat «fiscale» steunverlening ook op decentraal niveau kan voorkomen.

Het gebruik van het instrument van navordering of naheffing om onrechtmatig verleende staatssteun terug te vorderen, leidt ertoe dat over de jaren waarop de terugvordering betrekking heeft, het verschuldigde bedrag aan belasting opnieuw zal worden vastgesteld. Dit zorgt ervoor dat

de situatie die zou hebben gegolden als geen staatssteun was verstrekt, zoveel mogelijk wordt hersteld. Dit komt overeen met de zienswijze van de Commissie dat zoveel mogelijk de oude situatie (van voor het verstrekken van de bewuste staatssteun) moet worden hersteld. Omdat er in de periode waarin de staatssteun onrechtmatig genoten is wel van het voordeel gebruik kon worden gemaakt, dient, om de oude situatie daadwerkelijk te herstellen, tevens rente te worden betaald. De terugvordering van staatssteun zal vaak tot gevolg hebben dat de winst over het jaar waarover terugvordering plaatsvindt, hoger wordt (dan wel het verlies kleiner wordt). Dat komt omdat een fiscale regeling (bijvoorbeeld een vrijstelling of een aftrekpost) alsnog buiten toepassing wordt gelaten. Een hogere winst betekent aan de ene kant dat bij het hanteren van inkomensdrempels, bijvoorbeeld bij de toepassing van de aftrekpost voor buitengewone uitgaven, het inkomen hoger wordt. Anderzijds kan de belastingplichtige naar aanleiding van de terugvordering ook de mogelijkheid benutten om enkele keuzes opnieuw te heroverwegen. Zo kan het zich bijvoorbeeld voordoen dat de belastingplichtige besluit om alsnog te doteren aan de fiscale oudedagsreserve in verband met zijn door de terugvordering ontstane hogere winst in het jaar van navordering. Verder is het zo, dat mogelijk alsnog verliezen verrekend zouden kunnen worden met de hogere winst die ontstaat door de terugvordering van staatssteun.

In de Algemene wet inzake rijksbelastingen worden bepalingen opgenomen die ervoor zorgen dat indien sprake is van terugvordering van staatssteun de reguliere navorderings- en naheffingstermijnen buiten toepassing worden gelaten. Toch zal een onbeperkte terugvordering niet plaatsvinden, want de bevoegdheid van de Commissie om lidstaten te verplichten staatssteun terug te vorderen is beperkt tot tien jaar terug. Deze termijn kan echter worden geschorst of gestuit, waardoor de feitelijke terugvorderingstermijn langer is dan tien jaar.

Dit geldt ook voor beschikkingen die door de terugvordering van de staatssteun zouden moeten worden herzien.

Over het terug te vorderen bedrag is overigens rente verschuldigd. De hoogte van de rente wordt bepaald door de Commissie en wijkt af van de in de Algemene wet inzake rijksbelastingen geregelde heffingsrente. Daarom wordt in die wet een artikel opgenomen waarin wordt bepaald dat over een terug te vorderen bedrag aan staatssteun geen heffingsrente in rekening wordt gebracht, maar de rente zoals deze wordt bepaald door de Commissie. Dit betreft de rente zoals omschreven in artikel 14, tweede lid, van de procedureverordening en de op grond van artikel 27 van die verordening door de Commissie gestelde regels (Verordening (EG), nr. 794/2004, PbEG L 140/1).

## **8. Relatie met andere (bestuursrechtelijke) wetgeving**

Vrijwel alle ministeries beschikken over departementale subsidie-(kader)wetten waarin een bepaling is opgenomen die het mogelijk maakt subsidie te weigeren, lager vast te stellen of in te trekken «voor zover subsidieverstrekking in strijd is met ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichting» (bijvoorbeeld artikel 7 Kaderwet EZ-subsidies). Deze bepalingen – hoewel beperkt tot steun in de vorm van subsidies – zijn ruimer dan het nu voorgestelde artikel 4:80b in de Awb. Het voornaamste verschil is dat de subsidieverstreckende bestuursorganen (meestal de ministers) bij schending van de EG-staatssteunregels, ook bevoegd zijn een subsidie in te trekken of te wijzigen en daarna terug te vorderen in de fase voorafgaand aan een eventuele terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Het ligt in de rede dat het subsidieverstreckende bestuursorgaan in dat geval, alvorens gebruik te maken van kaderwetbevoegdheid tot intrekking en terugvordering van een subsidie,

overleg voert met de Commissie – in verband met haar toezichthoudende bevoegdheid – om te bezien of de zaak valt te repareren. Niet uitgesloten is immers dat bijvoorbeeld alsnog (gedeeltelijke) goedkeuring van een niet aangemelde steunregeling wordt verkregen, zodat niet tot intrekking en terugvordering van de steun behoeft te worden overgegaan. Een tweede verschil met artikel 4:80b Awb is, dat de kaderwetbepalingen ook betrekking hebben op strijd met het secundaire gemeenschapsrecht terzake van Europese subsidies. Deze bepalingen behouden derhalve een aanvullende functie ten opzichte van de voorgestelde titel 4.2a Awb. Aangezien de onderlinge verhouding daarmee duidelijk is, is er geen noodzaak de tekst van de kaderwetbepalingen aan de voorgestelde titel 4.2a Awb aan te passen (vgl. aanwijzing 85 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Ter uitvoering van het kabinetsstandpunt van 7 juli 2004 «De Europese dimensie van toezicht» (Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138) worden wettelijke maatregelen voorbereid die beogen zeker te stellen dat de decentrale overheden hun Europeesrechtelijke verplichtingen naleven. Daarbij wordt onder andere gedacht aan:

- het opnemen van de bevoegdheid voor de verantwoordelijke minister om een bijzondere aanwijzing te geven ter naleving van het gemeenschapsrecht;
- het opnemen van de bevoegdheid voor de verantwoordelijke minister om een bijzondere aanwijzing te geven als hij tot de overtuiging komt dat een melding over voorgenomen staatssteun ten onrechte niet of onjuist dreigt te worden gedaan;
- het opnemen van een verhaals- en regresrecht teneinde een ex artikel 228 EG opgelegde boete of dwangsom dan wel overige schade te verhalen op decentrale overheden, voor zover daarbij sprak is van verzuim van die decentrale overheden.

Overwogen is de regeling voor terugvordering van staatssteun op last van de Commissie in het bovenbedoelde, in voorbereiding zijnde wetsvoorstel op te nemen. Daartoe zou de reikwijdte van het wetsvoorstel – dat de regeling van de verhouding tussen bestuursorganen onderling (het interbestuurlijk toezicht) betreft – kunnen worden verbreed. Gekozen is evenwel voor opname in het BW en de Awb aangezien het bij terugvordering van staatssteun gaat om een regeling van de verhouding tussen overheid en burger (bedrijf). Als de Commissie de terugvordering van steun gelast, zullen de algemene regels en beginselen uit BW en Awb toegepast moeten worden voor zover die niet in strijd zijn met het Europese recht. Daarvan is men zich minder bewust indien de regeling voor terugvordering niet in die codificaties wordt ingevoegd. Die codificaties zijn juist bedoeld om alle algemene aspecten van de verhouding tussen overheid en burger en bedrijf te regelen.

Tot slot zij vermeld dat artikel 22 van de procedureverordening – voor de niet reeds door de subsidiekaderwetten of de Algemene wet inzake rijksbelasting bestreken steunmaatregelen – is uitgevoerd in de nationale wetgeving door middel van de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen. Het betreft de facilitering van controles ter plaatse en het doen vergezellen van Commissieambtenaren door nationale toezichthouders.

## **9. Voorbereiding van het wetsvoorstel**

Het wetsvoorstel is voorbereid door een interdepartementale werkgroep die is ingesteld naar aanleiding van het in paragraaf 1 vermelde ICER-rapport (Trends in de rechtspraak; terugvordering van staatssteun). Gelet op het verplichte karakter van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende aanpassingen is afgezien van een externe adviesronde. Wel is de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht over het

concept-wetsvoorstel geraadpleegd.<sup>1</sup> Deze Commissie kon zich vinden in de keuze voor opnemings van de regeling in het BW en de Awb. De overige opmerkingen hebben tot aanpassing van de tekst van artikel 4:80b Awb dan wel van de memorie van toelichting geleid. Tevens is het concept-wetsvoorstel ter informatie verzonden aan de Europese Commissie.

## ARTIKELSGEWIJS

### Artikel I (wijziging BW)

#### *Onderdeel A (artikel 6:119 nieuw lid 4 BW)*

De procedureverordening bepaalt in artikel 14 lid 2 dat de op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun rente omvat. Zowel de hoogte als de duur van de rentevergoeding vloeien voort uit het systeem van de procedureverordening en op beide punten verschilt de procedureverordening van de regeling voor de wettelijke rente in artikel 6:119 BW. De hoogte van de rentevergoeding bestaat in een door de Commissie vastgesteld «passend» percentage. Ten aanzien van de duur van de rentevergoeding geldt dat de rente bij een vordering tot ongedaanmaking van steunmaatregelen niet wordt berekend over de periode waarin de schuldenaar in verzuim is, maar vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun werd verleend tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun.

Gezien deze verschillen tussen de nationale regeling en de procedureverordening is het vanuit een oogpunt van effectieve terugvordering van steun wenselijk om de reguliere regeling voor wettelijke rente in artikel 6:119 lid 1 en lid 2 BW buiten toepassing te verklaren en een grondslag voor de vordering van rente op te nemen die voor de berekeningswijze rechtstreeks verwijst naar de procedureverordening en de ter uitvoering daarvan gestelde regels. Dit is vastgelegd in lid 4. Deze keuze is mede ingegeven door het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bepaald dat artikel 14 lid 2 van de procedureverordening weliswaar rechtstreekse werking heeft, maar niet strekt tot het scheppen van een bevoegdheid van de minister tot het vorderen van rente bij onrechtmatig verstrekte steun (uitspraak van 11 januari 2006, AB 2006, 208, overweging 2.8.1).

Voor de berekeningswijze van de rente bij een terugvordering of ongedaanmaking van steunmaatregelen is artikel 14 lid 2 van de procedureverordening bepalend alsmede de op grond van artikel 27 van de procedureverordening door de Commissie gestelde regels. Verwezen zij naar de artikelen 9 tot en met 11 van Verordening (EG), nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004, PbEG L 140/1 tot uitvoering van Verordening (EG), nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag. Dit houdt in dat een rentepercentage geldt dat door de Commissie wordt vastgesteld en dat het bedrag van de rente wordt berekend vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling van de steun.<sup>2</sup>

De regeling voor wettelijke rente bij handelstransacties (artikel 6:119a BW) is evenals de gewone wettelijke rente gericht op het terugdringen van te late betaling van geldvorderingen.

Artikel 6:119a BW behoeft niet in de regeling voor staatssteun te worden betrokken, omdat dit artikel niet van toepassing is op een vordering tot ongedaanmaking van steunmaatregelen. Artikel 6:119a BW is gebaseerd op een Europese richtlijn (Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parle-

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> De Commissie pleegt hierbij aan te sluiten bij de percentages voor referentierente. Deze percentages worden gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie en op het internet:

[http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/reference\\_rates.html](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/reference_rates.html).

ment en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van handelstransacties, PbEU L 200/35). Uit de richtlijn en de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de rente voor handelstransacties slechts geldt ten aanzien van rechtsverhoudingen die zijn gebaseerd op een overeenkomst tussen partijen (Kamerstukken II, 28 239, nr. 5, blz. 8–9). Dit betekent dat artikel 6:119a BW weliswaar van toepassing kan zijn op een handelstransactie waarbij de overheid partij is (bijv. bij verkoop van onroerend goed tegen zeer gunstige voorwaarden), maar niet op een daarop volgende terugvordering of ongedaanmaking als de transactie op grond van een Commissiebeschikking of hofuitspraak moet worden teruggevorderd. Bij terugvordering of ongedaanmaking van steun gaat het immers niet om een overeenkomst tussen partijen, maar om een vordering die rechtstreeks voortvloeit uit de wet en berust op communautaire verplichtingen (artikel 6:212a van het wetsvoorstel).

#### *Onderdeel B (wijziging artikel 6:120 lid 1 BW)*

Nu de nieuwe regeling voor terugvordering en ongedaanmaking van steun leidt tot aanpassingen van de regeling inzake de wettelijke rente, wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om ook de procedure voor vaststelling van het op enig moment geldende percentage voor de wettelijke rente in artikel 6:120 BW te vereenvoudigen.

Bepaald wordt dat het percentage voor de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW wordt vastgesteld bij ministeriële regeling. Thans schrijft de wet voor dat dit bij algemene maatregel van bestuur geschiedt. Omdat aanpassing van het percentage van de wettelijke rente slechts een technisch karakter heeft, kan in het vervolg worden volstaan met een regeling van de minister van Justitie.

De wettelijke rente wordt zonodig gewijzigd per 1 januari (peildatum ultimo oktober) en per 1 juli (peildatum ultimo april). Vaststelling vindt plaats volgens een vaste systematiek die uitgaat van de formule: herfinancieringsrente van de Europese Centrale Bank + 2,25%-punt. Om al te grote veranderingen te vermijden wordt een verlaging of verhoging beperkt tot 2 procentpunten. Er vindt een afronding plaats van halven of meer naar boven en overigens naar beneden. Per 1 juli (peildatum ultimo april) is wijziging van het percentage mogelijk, doch alleen indien de dan geldende wettelijke rente meer dan 1 procentpunt verschilt van de rente die op dat moment zou gelden op basis van de hiervoor aangegeven berekeningswijze.

De keuze voor een ministeriële regeling bevordert de tijdige publicatie van wijzigingen en sluit aan bij Aanwijzing voor de regelgeving nr. 26, waarin is bepaald dat bij de uitwerking van details van een regeling de bevoegdheid tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften mag worden gedelegeerd aan een minister.

#### *Onderdeel C (invoegen artikel 6:212a BW)*

### **Artikel 6:212a BW**

#### *Eerste lid*

In het eerste lid is een titel opgenomen voor terugvordering of ongedaanmaking van steun die op grond van een Commissiebeschikking of uitspraak van het Hof van Justitie moet worden teruggevorderd. Rechtspersonen of lichamen die staatssteun hebben verstrekt, kunnen op grond van deze titel van de begunstigde terugvordering of ongedaanmaking van de steunmaatregelen vorderen. Er is gekozen voor het in het EG-verdrag gehanteerde begrip steunmaatregelen en niet voor bijvoorbeeld rechtshandelingen of prestaties, omdat hiermee beter tot uitdrukking wordt gebracht dat het bij ongedaanmaking van onrechtmatige steun gaat om een bijzondere, uit het gemeenschapsrecht afgeleide rechtsoverdracht.

Blijkens artikel 87 van het EG-verdrag kan het bij terugvordering gaan om «steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd». Hoewel steun in de meeste gevallen door publiek-rechtelijke lichamen of rechtspersonen (artikel 2:1 BW) wordt verstrekt, kan er ook sprake zijn van bekostiging met staatsmiddelen via een privaatrechtelijke rechtspersoon (artikel 2:3 BW). Door in lid 1 te spreken van een rechtspersoon die, of een lichaam dat steun heeft verstrekt, worden alle situaties geregeld.

De formulering van «terugvordering of ongedaanmaking» in lid 1 sluit aan bij de formulering van de artikelen 6:24, 6:203 en 6:271 BW. Door naast ongedaanmaking ook het begrip terugvordering te hanteren, komt de Europese terminologie van terugvordering van staatssteun in de formulering tot uitdrukking.

Lid 1 van artikel 6:212a BW bevat een zelfstandige titel voor terugvordering of ongedaanmaking. Ongedaanmaking van de steunmaatregelen behoeft dus niet op grond van de regelingen voor onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking plaats te vinden. Hiermee kunnen voor de terugvordering gecompliceerde vragen over de juridische kwalificatie van de rechtshandelingen op nationaal niveau worden vermeden, zoals de vraag of onrechtmatig verleende steun nietig is op grond van artikel 3:40 BW. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek is gebleken dat het rechtsgevolg van nietigheid in een aantal landen tot lastige juridische en praktische vragen heeft geleid. Bovendien wordt de thans bestaande onduidelijkheid weggenomen omtrent de vraag of de terugvorderingsbeschikking van de Commissie een toereikende grondslag vormt voor ongedaanmaking van de steunmaatregel of dat daarvoor een nationale bevoegdheid nodig is.

Het zelfstandige karakter van artikel 212a betekent dat de begunstigde geen verweren kan ontlenen aan de regelingen voor onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Hiermee wordt ruimte geboden voor de volle werking van het gemeenschapsrecht. Uit de procedureverordening volgt dat de toepassing van de nationale procedures van de lidstaten niet in de weg mag staan aan een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking. Voor de begunstigde van onverenigbare steun betekent dit dat hij zeer beperkte verweermogelijkheden heeft tegen een vordering op grond van lid 1. Het Hof van Justitie hanteert in zijn jurisprudentie als uitgangspunt dat van een behoedzaam ondernemer mag worden verwacht dat hij zich ervan vergewist of de staatssteunprocedures zijn nageleefd (arresten van het Hof van Justitie van 20 september 1990, C-5/89, BUG-Alutechnik, overwegingen 14–17 en van 20 maart 1997, C-24/95, Alcan, overweging 25).

Een en ander heeft tot gevolg dat eventuele verweermiddelen die de begunstigde inroept, niet moeten worden beoordeeld aan de hand van de nationale wettelijke regeling, maar overeenkomstig de communautaire jurisprudentie. Daaruit blijkt dat verweermiddelen slechts in uitzonderlijke omstandigheden met succes kunnen worden ingeroepen. Het Hof van Justitie heeft niet uitgesloten dat de ontvanger van onrechtmatige steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen (zie bijv. Hof van Justitie 24 november 1987, C-223/85, RSV, overweging 17, Gerecht van Eerste Aanleg, 14 januari 2004, T-109/01, Fleuren Compost). Deze jurisprudentie zal zich in de toekomst verder uitkristalliseren. De algemeen geformuleerde regeling in artikel 212a heeft als voordeel dat ruimte wordt gelaten om rekening te houden met de verdere ontwikkeling van de uitleg van het gemeenschapsrecht.



Het in lid 1 gehanteerde begrip begunstigde wordt ook gebruikt in de procedureverordening. Degene die in de beschikking van de Commissie als begunstigde wordt aangemerkt, behoeft niet altijd de oorspronkelijke ontvanger van de steun te zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval, wanneer de onderneming is verkocht aan een derde. De steun moet worden teruggevorderd van de ondernemingen die het uiteindelijke voordeel hebben genoten. Indien er twijfel bestaat omtrent de identiteit van de begunstigde, dient de lidstaat overeenkomstig artikel 10 van het EG-verdrag in loyale samenwerking met de Commissie samen te werken om de problemen op te lossen (uitspraak van het Hof van Justitie van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-308/88 overweging 57–58).

#### *Tweede lid*

De nationale bepalingen inzake verjaring (artikelen 3:306 tot en met 3:326 BW) worden buiten toepassing verklaard. Dit is van belang, omdat de verjaringstermijnen in het BW een belemmering kunnen vormen bij de terugvordering of ongedaanmaking van steun, bijvoorbeeld omdat de Commissie pas na het verloop van de in de artikelen 3:309 of 3:310 BW gehanteerde termijn van vijf jaren overgaat tot het gelasten van terugvordering. De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren pas na een termijn van tien jaar vanaf de dag waarop de onrechtmatige steun is verleend. De verjaring wordt gestuit door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat, waarna de termijn weer van voren af aan begint te lopen (artikel 15 van de procedureverordening). In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is bepaald dat het verstrijken van een nationale verjaringstermijn niet afdoet aan de verplichting van de lidstaat om onrechtmatige steun terug te vorderen (arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 1997, C-24/95, Alcan, r.o. 33 e.v.).

Nu in artikel 6:212a lid 2 BW de nationale verjaringsbepalingen buiten toepassing worden verklaard, kan de begunstigde van de steunmaatregelen zich slechts beroepen op de verjaringstermijn in artikel 15 van de procedureverordening. Is die termijn verstreken, dan volgt uit lid 3 van dat artikel dat de steun als bestaande steun wordt aangemerkt en derhalve niet langer als onrechtmatig wordt beschouwd.

## **Artikel II (wijziging Awb)**

### *Onderdeel A (wijziging artikel 4:15 Awb)*

Op grond van artikel 4:13, eerste lid, Awb wordt de beslissing op een aanvraag om een beschikking gegeven binnen de in het wettelijk voorschrift bepaalde termijn of, bij gebreke van zulk een termijn, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag. Artikel 4:14 Awb biedt een regeling voor verlenging van de beslistermijn door het bestuursorgaan indien de beslistermijn van artikel 4:13, eerste lid, te kort blijkt. Het bestuursorgaan deelt de aanvrager in dat geval mede wanneer de beschikking wel tegemoet kan worden gezien. Daarnaast is in artikel 4:15 een regeling gegeven voor opschorting van de beslistermijn. Deze regeling is in het wetsvoorstel Dwangsom bij niet tijdig beslissen (Kamerstukken I 2005/06, 29 934, A) aanzienlijk uitgebreid, onder andere met de bepaling dat de beslistermijn wordt opgeschort indien noodzakelijke informatie aan een buitenlandse instantie is gevraagd (artikel 4:15, eerste lid, onder b). In aansluiting hierop wordt voorgesteld om aan het eerste lid van artikel 4:15 een onderdeel toe te voegen, waarin wordt bepaald dat de beslistermijn eveneens wordt opgeschort indien het bestuursorgaan het voornemen om een positieve beschikking te geven die als een steunmaatregel in de zin van het EG-verdrag zou kunnen worden aangemerkt ter goedkeuring heeft aangemeld bij de Commissie.

Deze bepaling zal in de praktijk onder andere voor subsidies van belang zijn. Het aanmelden van een individuele subsidieverlening bij de Commissie kan noodzakelijk zijn wanneer deze niet op een goedgekeurde subsidieregeling berust, maar ook indien de Commissie aan de goedkeuring van een subsidieregeling de voorwaarde heeft verbonden dat de individuele aanvragen bij haar moeten worden gemeld. Ingevolge het nieuw voorgestelde onderdeel deelt het bestuursorgaan de aanvrager mede dat voor de beschikking op de aanvraag om het oordeel van de Commissie is gevraagd. De beslistermijn is vervolgens opgeschort met met ingang van de dag na die waarop het bestuursorgaan deze mededeling heeft gedaan, tot de dag waarop de Commissie haar beslissing – in de vorm van een beschikking – heeft bekendgemaakt.

Met deze wijziging wordt gevolg gegeven aan de aanbeveling terzake in het eerder genoemde evaluatierapport «De Europese agenda van de Awb».

#### *Aa*

Artikel 4:35 van de Algemene wet bestuursrecht bevat een aantal algemene weigeringsgronden voor subsidies. Dit zijn weigeringsgronden die bij iedere subsidie kunnen worden ingeroepen. Op advies van de Raad van State wordt voorgesteld dit artikel aan te vullen met een bevoegdheid om de subsidie te weigeren indien de Commissie heeft vastgesteld dat de subsidie een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel oplevert.

#### *Onderdeel B (wijziging artikel 4:46 Awb)*

Artikel 4:46 Awb heeft betrekking op de vaststelling van subsidie, indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven. Het tweede lid geeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om in een aantal gevallen de subsidie lager – onder omstandigheden ook op nihil – vast te stellen dan uit de subsidieverlening zou volgen. Lagere vaststelling dient ook mogelijk te zijn indien uitvoering wordt gegeven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie ter zake van staatssteun of een uitspraak van het Hof van Justitie of de Nederlandse rechter inzake staatssteun. Daartoe wordt in artikel 4:46, tweede lid, Awb een onderdeel e van deze strekking voorgesteld.

#### *Onderdelen C en D (wijziging artikelen 4:48 en 4:49 Awb)*

De artikelen 4:48 en 4:49 Awb regelen de intrekking en wijziging met terugwerkende kracht van de beschikking tot subsidieverlening respectievelijk subsidievestiging. Intrekking en wijziging met terugwerkende kracht dient ook mogelijk te zijn indien uitvoering wordt gegeven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie ter zake van staatssteun of een uitspraak van het Hof van Justitie of een Nederlandse rechter inzake staatssteun. Voorgesteld wordt aan het beide artikelen een onderdeel van deze strekking toe te voegen.

#### *Onderdeel E (wijziging artikel 4:57 Awb)*

Artikel 4:57, derde lid, Awb stelt de termijn waarbinnen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen kunnen worden teruggevorderd op vijf jaar, te rekenen vanaf de dag waarop de subsidie is vastgesteld dan wel is geconstateerd dat de ontvanger na de vaststelling niet heeft voldaan aan de subsidie verbonden verplichtingen. Deze termijn kan niet van toepassing zijn indien uitvoering wordt gegeven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie ter zake van staatssteun of een uitspraak van het Hof van Justitie of een Nederlandse rechter inzake staatssteun. In artikel 15

van procedureverordening is namelijk bepaald dat de bevoegdheid van de Commissie om steun terug te vorderen, verjaart na tien jaar. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun is verleend en wordt gestuit door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun. Na elke stuiting begint de termijn van voren af aan te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over de beschikking van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie.

*Onderdeel F (invoegen artikel 4:80a Awb)*

#### **Artikel 4:80a Awb**

Deze bepaling definieert het toepassingsbereik van de nieuwe titel 4a over terugvordering van staatssteun in de Awb. Zij is van toepassing op alle vormen van bestuursrechtelijke steun, hier gedefinieerd als steun in de zin van artikel 87, eerste lid, EG die bij beschikking wordt verstrekt of voortvloeit uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt (vgl. artikel 4.4.1.1). Voor privaatrechtelijke steun of steun die de vorm zou hebben van feitelijk overheidshandelen is een vergelijkbare regeling opgenomen in boek 6 van het BW (artikelen 6:119 lid 4 en 6:212a).

#### **Artikel 4:80b Awb**

##### *Eerste lid*

Het eerste lid creëert een grondslag voor terugvordering van staatssteun naar aanleiding van een Commissiebeschikking of een uitspraak van het Hof van Justitie (daaronder begrepen het Gerecht van Eerste Aanleg) of van een Nederlandse rechter inzake staatssteun. Voor de reikwijdte van de grondslag wordt verwezen naar paragraaf 4 van het algemeen deel van de toelichting. Voor zover de terugvordering een bestuursrechtelijke betalingsverplichting behelst, is op de verdere afwikkeling de regeling van titel 4.4 inzake Bestuursrechtelijke geldschulden van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing alsmede de op de bijzondere terreinen daarvoor getroffen regelingen.

##### *Tweede lid*

Het tweede lid bepaalt dat de bij beschikking terug te vorderen steun ook rente omvat en dat deze rente wordt berekend overeenkomstig artikel 14, tweede lid, van de procedureverordening alsmede de op grond van artikel 27 van de procedureverordening door de Commissie gestelde regels. Verwezen zij naar de artikelen 9 tot en met 11 van Verordening (EG), nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004, PbEG L 140/1 tot uitvoering van Verordening (EG), nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag. De Commissie stelt het rentepercentage vast. De Commissie hanteert als grondslag voor de marktrentevoet het (jaarlijks bijgestelde) referentiepercentage dat wordt gebruikt voor de berekening van het subsidie-equivalent in het kader van regionale steun<sup>1</sup>. De rente is verschuldigd vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling van de steun.

##### *Derde lid*

Het derde lid bepaalt dat het terug te vorderen bedrag bij dwangbevel kan worden ingevorderd. Dit betekent dat indien (terug)betaling van de steun binnen de voorgeschreven termijn uitblijft, de begunstigde in verzuim is (artikel 4.4.2.1 Awb) en het bestuursorgaan, na aanmaning, een dwangbevel kan uitvaardigen. Het dwangbevel is in artikel 4.4.4.2.3 Awb aange-

---

<sup>1</sup> De Commissie publiceert de rentepercentages in het Publicatieblad van de Europese Unie en op het internet. Zie het overzicht op [http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/reference\\_rates.html](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/reference_rates.html).

merkt als een executoriale titel die met de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kan worden gelegd. Paragraaf 4.4.4.2 Awb regelt de tenuitvoerlegging van een dwangbevel.

#### *Vierde lid*

Aangezien de terugvordering op last van de Commissie een verplichting tot betaling van een geldsom inhoudt, is titel 4.4 inzake Bestuursrechtelijke geldschulden van de Algemene wet bestuursrecht daarop van toepassing. Aangezien deze terugvordering in belangrijke mate door het gemeenschapsrecht wordt genormeerd, moeten nationale bepalingen die daarmee op gespannen voet staan, wijken. Om die reden zijn in het derde lid de artikelen 4.4.4.2 tot en met 4.4.4.7 alsmede afdeling 4.4.3 Awb buiten toepassing verklaard bij terugvordering op grond van artikel 4:80b, eerste en tweede lid, Awb.

De artikelen 4.4.4.2 tot en met 4.4.4.7 Awb (wettelijke rente) zijn uitgezonderd omdat de procedureverordening een – afwijkende – regeling bevat voor vergoeding van rente (artikel 14, tweede lid, procedureverordening en de op grond van artikel 27 van die verordening door de Commissie gestelde regels (Verordening (EG), nr. 794/2004, PbEG L 140/1).

Afdeling 4.4.3 Awb (verjaring) is uitgezonderd aangezien daarin het uitgangspunt is dat de rechtsvordering tot betaling van een geldsom verjaart vijf jaren nadat de voorgeschreven betalingstermijn is verstreken en artikel 15 van de procedureverordening een – afwijkende – regeling bevat. De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen («vervallen») na verloop van een termijn van tien jaren. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun aan de begunstigde is verleend. De verjaring wordt gestuit door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat, waarna de termijn weer van voren af aan begint te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over de beschikking van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is bepaald dat het verstrijken van een nationale verjaringstermijn niet afdoet aan de verplichting van de lidstaat om onrechtmatige steun terug te vorderen (HvJ EG 20 maart 1997, C-24/95, Alcan, r.o. 33 e.v.). Is de vervaltermijn van artikel 15 van de procedureverordening verstreken, dan volgt uit het derde lid van dat artikel dat de steun als bestaande steun wordt aangemerkt en derhalve niet langer als onrechtmatig wordt beschouwd.

Er is geen aanleiding gezien om de bevoegdheid om uitstel van betaling te verlenen (artikel 4.4.1.10 Awb) uit te zonderen. Denkbaar is dat onder omstandigheden, in overleg met de Commissie, uitstel van betaling wordt verleend.

#### *Vijfde lid*

Op advies van de Raad van State is uitdrukkelijk bepaald dat, indien het gaat om de terugvordering van «fiscale»staatssteun, dit gebeurt met toepassing van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Invorderingwet 1990. Dit betekent onder meer dat in die gevallen tegen een besluit dat (mede) is genomen op grond van artikel 4:80b Awb niet de algemene rechtsgang van de Awb open staat maar de fiscale rechtsgang. Dit voorkomt dat zowel de algemene bestuursrechter als de fiscale bestuursrechter moeten oordelen over hetzelfde feitencomplex.

## **Artikel III (wijziging Algemene wet inzake rijksbelastingen)**

*Onderdeel A (invoegen artikel 5b Awr)*

### **Artikel 5a Awr**

Het in te voegen artikel 5a ziet op de situatie dat er een verplichting is om staatssteun terug te vorderen als bedoeld in titel 4.2A van de Algemene wet bestuursrecht. Deze terugvordering kan invloed hebben op de hoogte van de winst of het verlies welke door de ondernemer gemaakt is in het jaar waarover teruggevorderd wordt. Het kan nodig zijn dat hierdoor bijvoorbeeld een met de aanslag samenhangende beschikking gewijzigd moet worden, zoals bijvoorbeeld de verliesbeschikking die door de inspecteur op grond van artikel 20 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt vastgesteld en die op basis van artikel 20b van diezelfde wet herzien kan worden. In artikel 5a wordt geregeld dat als de bevoegdheid om de beschikking te herzien bij wet is beperkt, deze beperking buiten toepassing wordt gelaten voor zover de herziening samenhangt met de terugvordering van staatssteun. Het kan bijvoorbeeld gaan om een beperking in de tijd of een beperking dat herziening uitsluitend zou mogen plaatsvinden indien sprake is van een nieuw feit.

*Onderdeel B (wijziging artikel 16 Awr)*

Aan artikel 16, tweede lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen wordt een onderdeel toegevoegd dat het mogelijk maakt om na te vorderen als er te weinig belasting is geheven vanwege in het verleden verstrekte staatssteun die met toepassing van artikel 4:80b van de Algemene wet bestuursrecht teruggevorderd moet worden.

De Commissie kan de lidstaten verplichten tot tien jaar terug staatssteun terug te vorderen. Deze verjaringstermijn kan worden geschorst en gestuit, waardoor de periode waarover steun moet worden teruggevorderd feitelijk verder teruggaat dan tien jaar. In verband met deze bevoegdheid van de Commissie is de navorderingstermijn van vijf jaar buiten toepassing verklaard voor zover het gaat om een navordering die verband houdt met de terugvordering van staatssteun.

*Onderdeel C (wijziging artikel 20 Awr)*

De toevoeging van het vijfde lid aan artikel 20 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen houdt verband met het feit dat de Commissie de bevoegdheid heeft om terugvordering van staatssteun te eisen over een periode van in beginsel tien jaar. Deze termijn overschrijdt de naheffingsstermijn van vijf jaar, die om deze reden buiten toepassing is verklaard voor zover de naheffing verband houdt met de terugvordering van staatssteun.

*Onderdeel D (invoegen artikel 30I Awr)*

### **Artikel 30I Awr**

In dit nieuw in te voegen artikel wordt bepaald dat over een terug te vorderen bedrag aan staatssteun rente wordt berekend conform het bepaalde in artikel 4:80b van de Algemene wet bestuursrecht. In dit artikel is bepaald dat de rente berekend wordt overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 14, tweede lid, en 27 van de procedureverordening.

#### **Artikel IV**

Om een effectieve uitvoering van de Europeesrechtelijke verplichtingen te verzekeren, is het van belang dat het wetsvoorstel ook van toepassing is op staatssteun die voor het tijdstip van inwerkingtreding al verleend is. Daarom is in het wetsvoorstel gekozen voor onmiddellijke werking. Voor de wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek geldt de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek. Die wet hanteert in artikel 68a eveneens onmiddellijke werking als hoofdregel, maar maakt hierop ook een aantal uitzonderingen. Om de onmiddellijke werking ook voor het Burgerlijk Wetboek in alle gevallen te verzekeren, zijn de relevante uitzonderingen in de Overgangswet NBW buiten toepassing verklaard.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin