

Samenvatting

Dit rapport omvat een rechtsvergelijkend onderzoek dat is uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum (WODC) van het Ministerie van Justitie, op verzoek van het Ministerie van Justitie, het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Financiën.

Het rapport heeft betrekking op de situatie waarin staatssteun is verleend in strijd met Europese regels omtrent staatssteun. Artikel 88, tweede lid, van het EG-Verdrag bepaalt dat indien de Commissie vaststelt dat een steunmaatregel door een Staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 87 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, zij bepaalt dat de betrokken Staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn. Nadat de Commissie een zodanig besluit heeft genomen, moeten de nationale autoriteiten dit besluit uitvoeren, met gebruikmaking van de procedurele middelen die in hun nationale rechtsstelsel beschikbaar zijn. De terugvordering van dergelijke staatssteun dient plaats te vinden door de nationale autoriteiten in overeenstemming met artikel 14 van Verordening (EG) 659/1999. Belangrijke elementen van dat artikel zijn:¹

- de lidstaat heeft de *verplichting* alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de steun terug te vorderen (art. 14, eerste lid);
- de steun moet worden teruggevorderd van *de begunstigde* (art. 14, eerste lid);
- de terugvordering door de lidstaat dient te geschieden *in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures* van de betrokken lidstaat (art. 14, derde lid);
- er mag *geen vertraging* zijn bij de tenuitvoerlegging van het besluit; de uitvoering van het besluit moet *onverwijld en daadwerkelijk* geschieden (art. 14, derde lid);
- het besluit tot terugvordering dient te omvatten dat rente moet worden betaald tegen een door de Commissie vastgesteld percentage (art. 14, tweede lid).

Deze vereisten kunnen problematisch zijn, omdat nationaalrechtelijke instrumenten van de lidstaat niet toereikend kunnen zijn om aan die vereisten te voldoen. Centrale vragen in dit onderzoek zijn: hoe geschiedt de terugvordering in andere EU-landen en wat houdt het desbetreffende nationale recht in? Als nationaal recht niet in overeenstemming is met de vereisten van het gemeenschapsrecht, welke soort oplossingen zijn daarvoor gevonden? De landen waaraan aandacht wordt geschonken zijn Duitsland, Frankrijk, België, Zweden en Malta.

Hoofdstuk 1

Aan het einde van het eerste hoofdstuk van het rapport wordt het onderwerp van gerechtvaardigde verwachtingen behandeld. De conclusie wordt getrokken dat het Europees gemeenschapsrecht niet regelt onder welke voorwaarden de begunstigde mag verwachten dat de staatssteun niet zal worden teruggevorderd. De procedurele autonomie die de lidstaten in deze aangelegenheid hebben is zeer beperkt evenwel, omdat het gemeenschapsrecht eist dat terugvordering niet onmogelijk zal worden

¹ De volledige tekst van het artikel is opgenomen in bijlage 1 bij dit rapport.

gemaakt. Een uitzondering kan worden gemaakt in het geval *de Commissie* de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat er geen grond is voor (verdere) terugvordering van de steun. In de regel kunnen gedragingen van *nationale autoriteiten* niet de gerechtvaardigde verwachting wekken dat steun niet zal worden teruggevorderd. Echter, onder bijzondere omstandigheden zouden nationale autoriteiten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schade die is veroorzaakt door verwachtingen die door deze autoriteiten zijn gewekt.²

Hoofdstuk 2; Nederland

Het tweede hoofdstuk van het rapport bevat een analyse van onderdelen van het Nederlandse recht die relevant zijn voor de terugvordering van staatssteun. Steun kan in verschillende vormen worden verleend: door *bestuursrechtelijke* (bijvoorbeeld subsidiëring) of via *privaatrechtelijke* instrumenten (bijvoorbeeld door de verkoop van staatseigendom beneden de marktprijs of door een lening aan een onderneming op gunstige voorwaarden) of door middel van *fiscale* faciliteiten. Deze drie gebieden zijn geanalyseerd. Wat het bestuursrecht betreft: het Nederlandse recht kent geen algemene wettelijke bepaling die de intrekking regelt van een bestuursbesluit dat de geadresseerde van dit besluit begunstigt. Een algemene bepaling bestaat wel voor zover het gaat om subsidies (art. 4:48 e.v. van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)). De desbetreffende artikelen zijn niet toegesneden op het terugvorderen van staatssteun die in strijd met art. 88 van het EG-Verdrag is verleend. De opsomming van situaties waarin een subsidie kan worden ingetrokken omvat niet een zodanige schending van het EG-Verdrag, en er is een verjaringstermijn van vijf jaren voor terugvordering van het desbetreffende geldbedrag. Er is weinig jurisprudentie over terugvordering van staatssteun die in strijd met het EG-Verdrag is verleend. Het lijkt erop te wijzen dat de rechters de Awb toepassen, maar de beperkingen negeren die de effectuering van Europees gemeenschapsrecht zouden belemmeren. Er is evenwel één punt van zorg: de bestuursrechters zijn geneigd de uitvoering van besluiten tot terugvordering van staatssteun gemakkelijk te schorsen. Deze handelwijze kan als problematisch worden gezien in relatie tot de verplichting 'een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie' toe te laten, zoals is bepaald door het derde lid van art. 14 van Verordening (EG) 659/1999.

Het Nederlandse burgerlijk recht kent als basisregel dat om een einde te maken aan juridische verplichtingen die zijn ontstaan door een rechtshandeling, een nieuwe rechtshandeling nodig is. Er is een uitzondering op die regel voor rechtshandelingen die nietig zijn. Vermoedelijk dienen privaatrechtelijke rechtshandelingen die art. 88 van het EG-Verdrag schenden te worden aangemerkt als nietig ingevolge art. 3:40 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Het kan ernstige praktische nadelen hebben om een rechtshandeling als (volledig) nietig te beschouwen. Om die nadelen te vermijden, kent het Nederlandse Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid te bepalen dat de nietigheid is beperkt tot slechts een deel van de juridische verplichtingen; en het kent ook de mogelijkheid van conversie van een nietige rechtshandeling in een rechtsgeldige (art. 3:41 en 3:42 van het Burgerlijk Wetboek).

² Hoofdstuk 1, paragraaf 7.2; Gerecht van eerste aanleg, 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost).

Er zijn twee onderdelen van het Nederlandse burgerlijk recht die in strijd zouden kunnen komen met het Europees gemeenschapsrecht inzake staatssteun. Voor de terugvordering van geldbedragen is er een verjaringstermijn van vijf jaren en het Burgerlijk Wetboek beperkt de plicht van privaatrechtelijke rechtspersonen om financiële gegevens en bepaalde andere documenten te bewaren tot zeven jaren. Beide termijnen zijn nogal kort, in aanmerking genomen dat de Commissie een begin kan maken met de terugvordering van staatssteun zelfs nadat tien jaren na de verlening van de steun zijn verstreken (Verordening (EG) 659/1999, art. 15).

Het Nederlandse belastingrecht kent vergelijkbare termijnen. Er is een verjaringstermijn van vijf jaren voor het navorderen of naheffen van belasting. En er geldt een verplichting om gedurende zeven jaren relevante documenten te bewaren. Een en ander betekent dat er zich op fiscaal terrein vergelijkbare problemen kunnen voordoen, omdat de Commissie een bevel tot terugvordering van staatssteun kan uitvaardigen binnen een termijn van tien jaren na de verlening van de staatssteun.

De Nederlandse belastingwetgeving bevat expliciete wettelijke bepalingen voor de situatie dat er te weinig belasting is geheven. De autoriteiten kunnen besluiten dat aanvullende belasting moet worden betaald, maar – wat de belangrijke categorie van de directe belastingen betreft – slechts in geval van een ‘nieuw feit’. Het is niet zeker dat de omstandigheid dat belastingfaciliteiten onrechtmatig blijken te zijn, kan worden aangemerkt als een zodanig ‘nieuw feit’.

Een extra complicatie in het belastingrecht kan zijn dat ingevolge art. 14, eerste lid, van Verordening (EG) 659/1999 de staatssteun moet worden teruggevorderd van de begunstigde van de steun. Dit is niet noodzakelijkerwijs dezelfde persoon als de geadresseerde van de belastingfaciliteiten. Het is niet duidelijk of en zo ja hoe fiscale instrumenten een dergelijke situatie kunnen herstellen.

Hoofdstuk 3; rechtsvergelijkende studie

Het derde hoofdstuk onderzoekt de situatie in vijf EU-landen, te beginnen met DUITSLAND. Volgens het Duitse recht moet een rechtshandeling die in strijd met het EG-Verdrag steun verleent ongedaan worden gemaakt of vernietigd, voordat een besluit tot terugvordering van de staatssteun kan worden uitgevaardigd. Als de steun is verleend door middel van een bestuursrechtelijk besluit, moet er een autoriteit zijn die de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft om dat besluit ongedaan te maken. Er zijn algemene wettelijke bepalingen in het bestuursrecht en in het belastingrecht over een zodanige bevoegdheid. Echter, die bepalingen bevatten beperkingen die niet verenigbaar zijn met de regels van het gemeenschapsrecht inzake staatssteun. Deze beperkingen hebben betrekking op de volgende aspecten:

- wat gevallen van onrechtmatige staatssteun betreft lijkt er geen grond te zijn om een bestuursbesluit in te trekken (*ex tunc*);
- naar nationaal recht wordt terugvordering van de steun beschouwd als een discretionaire bevoegdheid, terwijl het gemeenschapsrecht bepaalt dat het om een verplichting gaat;
- er zijn verjaringstermijnen voor de terugvordering van geldbedragen;
- nationaal recht zou in de weg staan aan terugvordering omdat gerechtvaardigde verwachtingen zouden moeten worden gehonoreerd.

Het Duitse burgerlijk recht beschouwt rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met art. 88, derde lid, van het EG-Verdrag als handelingen die nietig moeten worden verklaard. Deze benadering vermijdt de complicaties die in het bestuursrecht optreden. Maar het als nietig aanmerken van een handeling leidt tot andere problemen van juridische en praktische aard, in het bijzonder als de rechtshandeling gecompliceerd is (moeten *alle* elementen van de rechtshandeling als nietig worden beschouwd?). Die problemen nemen toe naarmate de tijd verstrijkt, en de meeste zaken waarin steun dient te worden teruggevorderd hebben een lange geschiedenis.

In FRANKRIJK is er ten minste één algemene wet die recent uitdrukkelijk is aangepast aan de regels van het Europees gemeenschapsrecht inzake staatssteun: het wetboek over gedecentraliseerde lichamen (*Code général des collectivités territoriales*). Dit wetboek beoogt de verantwoordelijkheden van de gedecentraliseerde lichamen met betrekking tot staatssteun te benadrukken. Anderzijds bevat de Code een bevoegdheid van de centrale overheid om te handelen als gedecentraliseerde lichamen verzuimen dit te doen. Deze mogelijkheid van 'substitutie' is bekritiseerd door de Franse Raad van State op principiële en praktische gronden.

Evenals in het Duitse recht, is de doctrine in het Franse recht dat een onrechtmatige rechtshandeling moet worden ongedaan gemaakt of vernietigd voordat terugvordering kan plaatshebben. Het Franse bestuursrecht kent een verjaringstermijn (gebaseerd op jurisprudentie) voor het intrekken van een begunstigende beslissing en het kent termijnen voor het terugvorderen van geldbedragen. Maar het Franse bestuursrecht erkent niet het beginsel dat het bestuur gerechtvaardigde verwachtingen moet honoreren.

Een moeilijkheid in het Franse bestuursrecht lijkt te zijn het feit dat de begunstigde van de steun kan bewerkstelligen dat een besluit tot terugvordering van staatssteun wordt opgeschort enkel en alleen door tegen dit besluit beroep in te stellen. Dit zou wel eens in strijd kunnen zijn met het vereiste van het Europees gemeenschapsrecht, dat er *geen vertraging* mag zijn bij de tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie; de tenuitvoerlegging van dit besluit dient *onverwijld en daadwerkelijk* te geschieden (art. 14, derde lid, Verordening (EG) 659/1999).

Wat het burgerlijk recht in Frankrijk betreft: er is nog weinig jurisprudentie, maar het geeft aan dat de gewone rechter rechtshandelingen die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht inzake staatssteun niet als nietig beschouwt. Tenminste: als de steun voortkomt uit een bestuursrechtelijk contract, is de gewone rechter van oordeel dat het contract ongedaan moet worden gemaakt. Als de begunstigde niet meewerkt om dat te bereiken, kan dit geschieden door middel van een rechterlijk bevel of zelfs door middel van een eenzijdige handeling van het overheidsorgaan.³

In BELGIË bestaat er geen algemene wet die de intrekking regelt van bestuursrechtelijke besluiten die subsidies toekennen. Maar er zijn vele verschillende speciale regelingen voor specifieke gebieden van overheidsoptreden. Echter, hoewel die regelingen duidelijk aandacht hebben voor het Europees gemeenschapsrecht, kennen zij geen voorziening voor de situatie waarin staatssteun moet worden teruggevorderd wegens schending van het gemeenschapsrecht.

³ Cour administrative d'appel de Nancy 18 décembre 2003, n° 03NC00864, Ryanair.

We hebben geen uitspraken van de bestuursrechter over terugvordering van staatssteun gevonden. De gewone rechter stelt zich op het standpunt dat een rechtshandeling die in strijd met de vereisten van het EG-Verdrag staatssteun verleent nietig is. Dit geldt zowel voor privaatrechtelijke als voor bestuursrechtelijke rechtshandelingen (die worden beschouwd als ongeldig). Volgens het Belgische burgerlijk recht heeft de rechter de mogelijkheid vast te stellen dat de nietigheid is beperkt tot slechts een deel van de juridische verplichtingen.

Wat ZWEDEN en MALTA betreft: beide landen hebben wel algemene wetten die uitdrukkelijk met de Europese vereisten inzake staatssteun rekening houden. Beide landen hebben een zodanig korte geschiedenis als lidstaat van de Europese Unie dat er geen jurisprudentie over de terugvordering van staatssteun is gevonden.

De Zweedse wet bevat een uitdrukkelijke bevoegdheid van de regering om een besluit te vernietigen van een gedecentraliseerd lichaam, dat Europese regels over staatssteun schendt. Op gelijke wijze kan de bestuursrechter een zodanig besluit vernietigen, ongeacht of de regering actie heeft genomen of niet.

MALTA heeft staatssteun – uitvoerig – geregeld in de Business Promotion Act. Een nationale State Aid Monitoring Board is ingesteld. De Board moet in kennis worden gesteld van nieuwe initiatieven voor staatssteun en na zo'n melding moet de Board de desbetreffende voorstellen onderzoeken. De Board kan ook potentiële gevallen van staatssteun onderzoeken die niet zijn gemeld. De Board heeft de bevoegdheid om staatssteun te laten opschorten of om een bevel te verzoeken dat de staatssteun voorlopig moet worden teruggegeven. De Business Promotion Act regelt verder een expliciete bevoegdheid voor de Malta Development Corporation om een besluit van deze Corporation te vernietigen dat steun verleent, indien de voorwaarden waarop de steun is verleend zijn geschonden. Bovendien kent de wet een bevoegdheid voor de President van Malta om staatssteun te beëindigen die 'is or would be against public policy'. Vanuit het gezichtspunt van het gemeenschapsrecht lijkt deze bevoegdheid niet voldoende, omdat het artikel in de Business Promotion Act bepaalt dat het besluit van de President geen terugwerkende kracht heeft: 'where such an order is made it shall have effect as from the date therein specified but in no case shall an order have retrospective effect.' Al met al, hoewel de Business Promotion Act verscheidene instrumenten bevat om een einde te maken aan onrechtmatige staatssteun, zijn zowel de reikwijdte als de gevolgen van deze instrumenten beperkt. De wet houdt geen expliciete regeling in voor gevallen waarin de Europese Commissie beslist dat staatssteun moet worden teruggevorderd.

Hoofdstuk 4; evaluatie en conclusies

In geen van de landen die in het onderzoek zijn betrokken, met uitzondering van Zweden, is er een algemene, expliciete wettelijke basis om bestuurlijke besluiten in te trekken of te vernietigen die een schending vormen van Europese regels over staatssteun. De algemene bepalingen over intrekking of vernietiging in het nationale recht van de lidstaten lijken in verschillende opzichten tekort te schieten. Sommige van die tekortkomingen kunnen worden verholpen door de nationale rechters, ten minste als

een ad hoc oplossing, door de nationale regels buiten toepassing te laten en dus voorrang te geven aan de vereisten van Europees gemeenschapsrecht. Dit geldt bijvoorbeeld voor

- verjaringstermijnen voor intrekking van een bestuursrechtelijk besluit;
- verjaringstermijnen voor de terugvordering van geldbedragen;
- een beginsel van nationaal recht dat verlangt dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd;
- gevallen waarin nationaal recht een bevoegdheid om steun terug te vorderen zou aanmerken als een discretionaire bevoegdheid.

Andere tekortkomingen leveren meer moeilijkheden op. Bijvoorbeeld, als nationaal recht voorschrijft dat rechtspersonen een verplichting hebben om financiële gegevens en bepaalde andere documenten te bewaren gedurende ('slechts') zeven jaar, kan dit problemen veroorzaken in terugvorderingszaken. Een ander voorbeeld is de situatie dat nationaal recht een intrekking eist voordat een besluit tot terugvordering kan worden uitgevaardigd, maar het nationale recht niet de bevoegdheid voor die intrekking toekent, of die bevoegdheid beperkt tot andere situaties dan gevallen van terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Het laatste lijkt het geval te zijn met art. 4:49 van de Awb. Er lijkt geen andere weg te zijn voor een nationale rechter dan hetzij te concluderen dat de bevoegdheid tot intrekking direct moet worden afgeleid uit de Europeesrechtelijke verplichting, hetzij een zodanige wettelijke bepaling zo te 'interpreteren' dat zij in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

Bijzondere aandachtspunten, als een wet inzake staatssteun wordt overwogen

Een wet inzake staatssteun zou obstakels in het nationale recht kunnen wegnemen die een belemmering vormen voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun.

- Een eerste opmerking moet echter zijn dat de nationale regelingen die wij hebben onderzocht (de algemene wet van Malta; de specifieke regelingen in België) niet alle obstakels lijken weg te nemen. Een van de grootste tekortkomingen lijkt te zijn dat die regelingen te weinig bepalingen bevatten voor gevallen waarin de Europese regels (of de nationale regels) zijn geschonden, ondanks de nationale regelingen die dit trachten te vermijden.
- Zou een nationale wet (of nationale besluiten van andere aard) kunnen bepalen dat staatssteun wordt verleend onder de voorwaarde dat de Commissie de steun goedkeurt? Artikel 88, derde lid, EG-Verdrag doet twijfels rijzen over de aanvaardbaarheid van een dergelijke oplossing, omdat het bepaalt dat de betrokken lidstaat de voorgenomen steunmaatregelen niet tot uitvoering kan brengen voordat de procedure bij de Commissie tot een eindbeslissing heeft geleid.
- Zou het raadzaam zijn om (uitdrukkelijk of niet) de opvatting te aanvaarden dat elke handeling – of deze privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk van aard is – die de Europese regels over staatssteun schendt nietig is? Voor zover het gaat om rechtshandelingen die op het burgerlijk recht zijn gebaseerd, neigen de nationale stelsels van privaatrecht ertoe aan te nemen dat als zo'n handeling neerkomt op het verlenen van onrechtmatige staatssteun de desbetreffende handeling hetzij nietig is, hetzij kan worden vernietigd. Eigenlijk is de verklaring dat een

handeling nietig is een plomp instrument. Regels die rechters de mogelijkheid geven de gevolgen van de nietigheid te mitigeren (zoals in België en Nederland) lijken welkom.

- Er zijn diverse verschillende regelingen over het claimen en berekenen van rente in het Nederlandse recht. Art. 14, tweede lid, van Verordening (EG) 659/1999 bepaalt dat de op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun rente omvat tegen een *door de Commissie vastgesteld* passend percentage. En het houdt een methode voor de berekening van de rente in, waar het bepaalt: de rente is betaalbaar vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. Alhoewel het niet zeker is dat een bepaling in het nationale recht noodzakelijk is, kan elke twijfel worden weggenomen door een bepaling in een nationale wet over staatssteun die verklaart dat rente zal worden geclaimd door de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de terugvordering van de staatssteun, en dat de rente zal worden berekend overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht.
- Een bepaling, inhoudende dat in gevallen waarin er sprake kan zijn van staatssteun relevante documenten moeten worden bewaard tot de termijnen van art. 15 van Verordening (EG) 659/1999 zijn verstreken, kan voorkomen dat partijen zich beroepen op kortere termijnen in het nationale recht.

Onze laatste opmerking, betreffende overwegingen om wel of niet een wet over staatssteun te maken, gaat over de soort conflicten tussen nationaal recht en Europees gemeenschapsrecht die nationale rechters 'gemakkelijk' kunnen oplossen door nationale wettelijke bepalingen buiten toepassing te laten en voorrang te geven aan Europese regels. Er lijkt een grens te zijn aan wat rechters kunnen doen, om nationaal recht in overeenstemming te laten zijn met Europees gemeenschapsrecht, bij het buiten toepassing laten van regels van nationaal recht. De nationale wetgever zou een voortdurende afwijking tussen nationale wettelijke bepalingen en Europese regels niet moeten accepteren. Op een wat langere termijn zou een zodanige afwijking kunnen worden bestempeld als het tekortschieten in het nakomen van een krachtens het EG-Verdrag op de Staat rustende verplichting (cf. art. 226 EG-Verdrag).