

Vergaderjaar 2016–2017

**34 753**

## **Regels voor de terugvordering van staatssteun (Wet terugvordering staatssteun)**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **I. ALGEMEEN**

##### **1. Inleiding**

De Europese Commissie (hierna: de Commissie) controleert op grond van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) of lidstaten de Unierechtelijke staatssteunregels juist toepassen. In dat kader kan de Commissie een lidstaat opdragen niet overeenkomstig de regels verstrekte staatssteun terug te vorderen. De lidstaat dient die steun dan zonder vertraging en op basis van het nationale recht terug te vorderen.

Dit wetsvoorstel voorziet in een sluitende set nationaalrechtelijke grondslagen voor dergelijke terugvorderingen. Het gaat om gevallen waarin de noodzaak van terugvordering door Nederland een gegeven is en de vraag of teruggevorderd moet worden reeds bevestigend is beantwoord in de vorm van een verplichting tot terugvordering. Het wetsvoorstel creëert geen nieuwe situaties waarin moet worden teruggevorderd, maar biedt uitsluitend een regeling ter uitvoering van de verplichting tot terugvordering in situaties waarin al teruggevorderd moet worden. Een besluit van de Commissie dat tot terugvordering verplicht wordt in dit wetsvoorstel aangeduid als «Commissiebesluit».

De terugvordering moet ingevolge artikel 108, derde lid, van het VWEU en de Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (codificatie) (PbEU 2015, L 248) (hierna: de procedureverordening) het volledige steunbedrag omvatten, dus met inbegrip van rente. Het gaat erom dat het marktvoordeel dat een begunstigde ten opzichte van zijn concurrenten door de staatssteun heeft genoten ongedaan wordt gemaakt en de voorheen bestaande marktsituatie wordt hersteld.

Afgaand op het afgelopen decennium gaat het voor Nederland om niet meer dan enkele Commissiebesluiten per jaar. Dit is gelukkig een beperkt aantal, ook in verhouding tot het aantal gevallen van rechtmatige steun (zie [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/recovery.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/recovery.html) en <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/>). De

uitvoering van dat beperkte aantal Commissiebesluiten illustreert niettemin het vaak niet onproblematische karakter van de huidige nationale terugvorderingsmogelijkheden (zie daarover meer hieronder in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 3, onder Terugvorderingslacunes nationaal recht).

In dit wetsvoorstel is gekozen voor een systeem dat tot uitgangspunt heeft dat steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, wordt teruggevorderd op basis van de zelfstandige grondslag en regeling in dit wetsvoorstel. Daarbij voorziet het wetsvoorstel zelf in de grondslag voor het bestuursorgaan dat het aangaat om bij beschikking tot betaling terug te vorderen, verwijst het voor de invorderingsspelregels in beginsel naar de betreffende bepalingen van hoofdstuk 4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en voorziet het in een eenduidige regeling van de rechtsbescherming (bezwaar en beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) in eerste en enige aanleg). In tegenstelling tot de huidige situatie met een veelheid aan meer of minder toereikende nationaalrechtelijke grondslagen, regelingen en rechtsgangen wordt daarmee een eenduidige grondslag en regeling voor terugvordering voorgeschreven. Dat is helder en overzichtelijk en draagt bij aan de effectiviteit en onverwijldheid van de terugvordering. Bestaande grondslagen kunnen derhalve alleen nog aangewend worden voor terugvorderingen die niet door de Commissie zijn opgedragen.

Alleen voor fiscale steun schrijft het wetsvoorstel voor dat deze met behulp van de bestaande instrumenten navordering en naheffing uit de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) wordt teruggevorderd indien een Commissiebesluit dat vergt. Daarbij zijn de voor- en nadelen van deze uitzondering ten opzichte van een integraal systeem uitvoerig afgewogen. De doorslag voor aansluiting bij het bestaande fiscale instrumentarium heeft gegeven dat er internationaal geen enkele twijfel mag bestaan over het feit dat verstrekte fiscale staatssteun «als belasting» wordt teruggevorderd. Daarbij speelde mee dat de Commissie de berekening van het terug te vorderen steunbedrag bij fiscale zaken relatief vaak aan de lidstaat overlaat. Of die berekening, waarbij doorgaans de cijfers van diverse (oude) boekjaren moeten worden bekeken, correct heeft plaatsgevonden, kan het beste door de belastingrechter worden beoordeeld. Bij een terugvordering door middel van de bestaande instrumenten navordering of naheffing is dat automatisch het geval. Terugvordering geschiedt door het opleggen van een «gewone» navorderingsaanslag of naheffingsaanslag. Een en ander sluit ook aan bij het advies van de Raad van State over het eerdere terugvorderingswetsvoorstel dat door de Minister van Veiligheid en Justitie bij de Tweede Kamer werd ingediend (zie hierna in dit hoofdstuk). In dat advies adviseert de Raad uitdrukkelijk te bepalen dat terugvordering van fiscale staatssteun binnen het fiscale stelsel zelf plaatsvindt in verband met de uiteenlopende (fiscale en niet-fiscale) effecten van correcties op hetgeen fiscaal is vastgesteld en beroepsprocedures in fiscale zaken te concentreren bij de belastingrechter (Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 4, blz. 3).

De noodzaak voor dit wetsvoorstel hangt samen met de uit het Europese recht voortvloeiende verplichting dat staatssteun die is verstrekt in strijd met het Europese recht, door de betrokken lidstaat van de Europese Unie onverwijld dient te worden teruggevorderd. Het is aan de betreffende lidstaat om ervoor te zorgen dat het nationale recht voorziet in de daarvoor vereiste grondslagen en procedures. Het Nederlandse recht bevat een dergelijke sluitende set regels echter nog niet voor alle gevallen. Het onderhavige wetsvoorstel beoogt in die lacune te voorzien voor terugvorderingen op last van de Commissie.

Het wetsvoorstel geeft bovendien uitvoering aan een toezegging van Nederland aan de Commissie om in die benodigde regels te voorzien. Deze toezegging werd gedaan naar aanleiding van een door de Commissie aangespannen infractieprocedure (Beschikking van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 5 juni 2008, Commissie tegen Nederland (Fleuren Compost), zaak C-401/07 (beschikking 2001/521/EG van de Commissie van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven)).

Met het wetsvoorstel is bovendien een financieel belang gediend: de financiële consequenties van het niet of niet naar behoren (kunnen) terugvorderen kunnen voor een lidstaat zeer aanzienlijk zijn.

Ook eerder is naar aanleiding van deze toezegging bij koninklijke boodschap van 10 april 2008 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het gaat om het wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek (BW), de Awb en de AWR in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het BW om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen (terugvordering staatssteun) (Kamerstukken 31 418). Het betreffende wetsvoorstel zal worden ingetrokken zodra het onderhavige wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend.

De keuze voor een nieuw wetsvoorstel hangt met een aantal zaken samen. Allereerst met de keuze om een regeling te maken die uitsluitend een grondslag en regeling biedt voor terugvordering in situaties dat de verplichting tot terugvordering reeds een onmiskenbaar gegeven is. De keuze voor een nieuw wetsvoorstel hangt daarnaast samen met het gewijzigde inzicht dat het de voorkeur heeft zoveel mogelijk met gebruikmaking van een nieuwe, uniforme en specifieke terugvorderingsregeling terug te vorderen en alleen indien dat niet goed anders kan, voor de terugvordering gebruik te maken van bestaande, nationaalrechtelijke instrumenten. Dit bevordert de eenduidigheid van de terugvordering. Het gevolg is bovendien dat de snelheid van terugvorderen minder afhankelijk wordt van het nationale rechtskarakter van de staatssteun en het daarmee samenhangende terugvorderingsinstrument. De keuze voor een zoveel mogelijk uniforme regeling verdraagt zich bovendien goed met ontwikkelingen die zich in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) hebben voorgedaan of doorgezet. Die jurisprudentie noopt immers niet tot terugvordering binnen de kolom of subkolom van het desbetreffende rechtsgebied (zie Hof 8 december 2011, ECLI:EU:C:2011:814, blz. I-13043 [C-275/10, Residex Capital IV CV/gemeente Rotterdam]; Hof 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2193 [C-527/12, Commissie/Duitsland]; en eerder al Hof 10 juni 1993, ECLI:EU:C:1993:233, blz. I-03150 [C-183/91, Commissie/Griekenland]). Civielrechtelijke steun hoeft derhalve niet per definitie civielrechtelijk te worden teruggevorderd, en staatssteun in de vorm van een subsidie niet per definitie met gebruikmaking van het subsidie-instrumentarium. Niet zozeer de nationaalrechtelijke context staat derhalve centraal, alswel de Europeesrechtelijke verplichting om de steun onverwijld en effectief terug te vorderen.

Alvorens nader in te gaan op het karakter en de inhoud van het wetsvoorstel, wordt hieronder op hoofdlijnen een beschrijving gegeven van het Europeesrechtelijke staatssteunregime, in het bijzonder van de eisen die dat regime stelt aan de terugvordering van staatssteun door lidstaten.

## 2. Europees staatssteunregime

### *Staatssteun*

Controle op overheidssteun aan ondernemingen is een van de belangrijkste onderdelen van het mededingingsbeleid binnen de Europese Unie en deze taak is opgedragen aan de Commissie. Het doel van de Europese regelgeving is het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden voor alle ondernemingen op de interne markt. De inzet van staatsmiddelen om voor bepaalde (categorieën van) ondernemingen concurrentievervalsende voordelen te scheppen, is in beginsel dan ook niet toegestaan. De meldingsprocedure bij de Commissie is in het leven geroepen om hierop toe te zien.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat alle voordelen die direct of indirect uit staatsmiddelen worden toegekend en die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken als steun kunnen worden beschouwd. Deze tegemoetkomingen kunnen allerlei vormen hebben, waaronder directe subsidies, renteloze leningen, kapitaalinjecties, kwijtschelding van bijdragen, staatsgaranties en fiscale voorkeursbehandelingen. In het eerste lid van artikel 107 van het VWEU zijn de voorwaarden opgenomen om te kunnen spreken van staatssteun. Volgens vaste rechtspraak van het Hof maakt artikel 107, eerste lid, van het VWEU geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de lidstaten, maar ziet het op de gevolgen ervan. Wanneer steun van een lidstaat, in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, de positie versterkt van een onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer, moet er volgens het Hof van worden uitgegaan dat dit handelsverkeer door de steun ongunstig wordt beïnvloed.

Als wordt voldaan aan alle voorwaarden van artikel 107, eerste lid, van het VWEU, is er – behoudens de uitzonderingen die bij of krachtens de artikelen 107 en 109 van het VWEU worden gesteld – sprake van niet met de interne markt verenigbare staatssteun, veelal ook aangeduid als ongeoorloofde staatssteun. De eerste voorwaarde is dat de steun toerekenbaar moet zijn aan de staat en moet worden bekostigd uit staatsmiddelen, oftewel er moet sprake zijn van een uitgave of een verminderde inkomst die invloed heeft op de schatkist van de overheid. Daarnaast moet de maatregel ten goede komen aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties. Bij bepaalde producties gaat het om categorieën van ondernemingen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof (zie Hof 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 [C-41/90, Höfner]) is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitvoert, dat wil zeggen elke eenheid die goederen of diensten aanbiedt op een (potentiële) markt. De rechtsvorm van de eenheid en wijze van financiering zijn irrelevant. Ook een winstoogmerk is geen vereiste om te kunnen spreken van een onderneming, dat er sprake is van concurrentie op de markt volstaat. De derde voorwaarde is dat er een voordeel van niet-marktconforme aard moet zijn. Anders gezegd de onderneming moet van de overheid een economisch voordeel ontvangen dat zij niet onder normale marktomstandigheden had kunnen krijgen. Ten slotte geldt als voorwaarde dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, waardoor de concurrentie wordt vervalst.

In artikel 107, tweede lid, van het VWEU zijn drie uitzonderingen neergelegd van de hoofdregel in het eerste lid. Dit betreffen de uitzonderingen van rechtswege. Een voorbeeld hiervan betreffen steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen (onderdeel b). Meer kans van slagen

hebben de uitzonderingen in artikel 107, derde lid, van het VWEU. Dit betreffen de uitzonderingen waarbij de Commissie beoordelingsruimte heeft en niet verplicht is om een steunmaatregel goed te keuren wanneer van één van deze uitzonderingen sprake is. Hierbij valt onder andere te denken aan steunmaatregelen ter bevordering van de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang of om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen (onderdeel b). Een ander voorbeeld betreft steunmaatregelen 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). Nog een ander voorbeeld betreft steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Europese Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad (onderdeel d).

#### *Meldingsplicht staatssteun*

Artikel 108 van het VWEU voorziet in toezicht door de Commissie op steunmaatregelen. De kern van dit toezicht wordt gevormd door de verplichting van het derde lid dat elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen ter goedkeuring bij de Commissie moet worden aangemeld. Zolang deze geen beslissing heeft genomen over de verenigbaarheid van de steun met de interne markt mag het voornemen niet ten uitvoer worden gebracht (artikel 108, derde lid, van het VWEU en artikel 3 van de procedureverordening). Dit wordt de standstill-verplichting genoemd.

Op grond van een verordening uit 1998 (Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, PbEG 1998, L142), is de Commissie bevoegd om te verklaren dat bepaalde steuncategorieën, onder bepaalde voorwaarden, van de verplichting tot aanmelding van artikel 108, derde lid, van het VWEU kunnen worden vrijgesteld. Het kan daarbij gaan om onder meer om opleidingssteun, steun ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf, werkgelegenheidssteun, landbouw- en visserijsteun. Gelet hierop heeft de Commissie op basis van artikel 108, vierde lid, van het VWEU een zestal verordeningen vastgesteld, waaronder de Algemene groepsvrijstellingsverordening (Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, PbEU 2014, L187). Hierin worden bepaalde categorieën van steun als verenigbaar met de interne markt aangemerkt. De tot die categorieën behorende steunmaatregelen zijn niet onderworpen aan de voorafgaande meldingsplicht van artikel 108, derde lid, van het VWEU. In plaats daarvan geldt dan een kennisgevingsprocedure (bijvoorbeeld in het geval van steun die valt onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening) of behoeft de steun voorafgaand aan de verlening in het geheel niet te worden gemeld (de-minimissteun en sommige vormen van steun ter compensatie van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang). Bij deze kennisgevingsprocedure hoeft, indien voldaan wordt aan de gestelde voorwaarden, geen standstill-termijn te worden betracht.

Steun die in strijd met artikel 108, derde lid, van het VWEU tot uitvoering wordt gebracht, wordt door de procedureverordening omschreven als «onrechtmatige steun». Het kan gaan om steun die niet is aangemeld, om

steun die ten uitvoer is gebracht voordat de standstill-termijn is afgelopen of om steun die, indien de aanmelding heeft geleid tot het besluit van de Commissie dat de voorgenomen steun niet ten uitvoer mag worden gebracht, in strijd met een dergelijk «negatief besluit toch ten uitvoer is gebracht. Daarnaast kan nog een andere situatie worden onderscheiden waarbij sprake is van steun die strijdig is met de procedure van artikel 108, derde lid, van het VWEU. Dit betreft de situatie dat er sprake is van «misbruik van steun» (zie artikel 1, onderdeel g, van de procedureverordening). Het gaat dan om steun die op andere wijze wordt aangewend dan waarvoor de Commissie (expliciet of stilzwijgend) goedkeuring heeft verleend. Artikel 20 van de procedureverordening regelt dat de Commissie bij (mogelijk) misbruik van steun op dezelfde wijze kan optreden als bij (mogelijke) onrechtmatige steun.

#### *Terugvorderingsverplichting*

Op grond van artikel van het 109 VWEU heeft de Raad van de Europese Unie 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 steun en over terugvordering in geval van misbruik van steun. Gedurende een onderzoek van de Commissie naar mogelijke onrechtmatige steun, kan de Commissie reeds voorlopige maatregelen nemen. Zij kan de lidstaat bevelen de steun op te schorten of voorlopig terug te vorderen (artikel 13 van de procedureverordening). Als er sprake is van onrechtmatige staatssteun of misbruik van steun, is de Commissie verplicht om de lidstaat te bevelen dat deze alle nodige maatregelen neemt om de steun van de begunstigde terug te vorderen (terugvorderingsbesluit). Deze verplichting vloeit voort uit artikel 108 van het VWEU en artikel 16 van de procedureverordening. Het doel van een terugvorderingsbesluit is het herstel van de toestand zoals die bestond voor de onrechtmatige verlening van staatssteun. Aan dit doel is voldaan, wanneer de onrechtmatig verleende steun, vermeerderd met rente, door de begunstigde is terugbetaald. Hierdoor verliest de begunstigde het marktvoordeel dat hij ten opzichte van zijn concurrenten heeft genoten en wordt de markttoestand van voor de steunverlening hersteld.

Een beroep van een begunstigde op de grond dat hij er toch op mocht vertrouwen dat de nationale instelling de steun rechtmatig aan hem verstrekke, heeft zelden kans van slagen. Uit de jurisprudentie van het Hof (o.a. arresten van 20 september 1990, ECLI:EU:C:1990:320, blz. I-3437 [C-5/89, Commissie/Duitsland], 20 maart 1997, ECLI:EU:C:1997:163, blz. I-1591 [C-24/95, Alcan Deutschland] en 14 januari 2004, ECLI:EU:T:2004:4 en AB 2004, 411 [T-109/01, Fleuren Compost BV]) blijkt dat nationale bepalingen of beginselen, zoals het vertrouwensbeginsel, die in bepaalde gevallen aan de terugvordering in de weg zouden kunnen staan, buiten toepassing moeten blijven gelet op de Europeesrechtelijk vereiste effectieve tenuitvoerlegging van het terugvorderingsbesluit van de Commissie en de voorrang van het gemeenschapsrecht. Volgens het Hof komt het risico dat de door een lidstaat – in strijd met artikel 108 van het VWEU verstrekke – staatssteun wordt terugggevorderd in beginsel geheel voor rekening van de begunstigde van de steun. Ondernemingen kunnen in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de verleende steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 108 van het VWEU is toegekend. Een behoedzaam ondernemer zal volgens het Hof normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.

Indien door de nationale overheid een toezegging is gedaan of de indruk is gewekt dat de Commissie met de toegezegde steun instemt, is het dus aan de begunstigde van de subsidie om bij de Commissie na te gaan of deze toezegging klopt. De begunstigde heeft hierin een vergaande onderzoeksplicht. Hij moet zelf nagaan of er sprake is van een meldingsplichtige steunmaatregel en of deze steunmaatregel door de Commissie is goedgekeurd. Het nuttig effect van de artikelen 107 en 108 van het VWEU zou anders verloren gaan.

Volgens het Hof is het aan de nationale rechter, zo die wordt aangezocht, te beoordelen of de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen. De nationale rechter kan daartoe het Hof prejudiciële uitleggingsvragen stellen. Het Hof sluit in zijn jurisprudentie aldus het kunnen doen van een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen niet uit, maar de kans dat een dergelijk beroep slaagt is klein, zoals hiervoor is toegelicht.

De Commissie kan niet zelf een steunmaatregel intrekken of wijzigen, noch zelf tot terugvordering overgaan. Zij geeft daartoe slechts een bevel aan de betrokken lidstaat. De lidstaat is als adressant van het bevel verplicht om dit bevel ten uitvoer te brengen. Het terugvorderingsbesluit van de Commissie richt zich dus niet rechtstreeks tot de begunstigde(n). Op grond van artikel 16, derde lid, van de procedureverordening dient de terugvordering door de lidstaat zonder vertraging en op basis van het nationale recht plaats te vinden. De nationale procedures moeten de onverwijld en daadwerkelijke uitvoering van het besluit van de Commissie mogelijk maken, welke voorwaarde een weerspiegeling vormt van de eisen van het in de rechtspraak van het Hof verankerde doeltreffendheidsbeginsel. Daadwerkelijke uitvoering houdt in dat de maatregelen die de lidstaat neemt moeten resulteren in de feitelijke terugvordering van alle bedragen die de begunstigde verschuldigd is. De lidstaat is derhalve vrij om de middelen te kiezen waarmee hij zijn verplichting tot terugvordering van met de interne markt onverenigbare steun zal uitvoeren, zolang de gekozen maatregelen geen afbreuk doet aan de strekking en de doeltreffendheid van het Unierecht (Hof 21 november 1991, ECLI:EU:C:1991:440, blz. I-5505, punt 16 [C-354/90, FNCE]).

Ingevolge artikel 108, tweede lid, van het VWEU is de Commissie verplicht een termijn vast te stellen waarbinnen de lidstaat de steunmaatregel moet opheffen of wijzigen. Het Hof stelde in de Scott-zaak (Hof 5 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:651, blz. I-10071 [C-232/05, Commissie/Frankrijk]) dat de toepassing van de nationale terugvorderingsprocedures het onmiddellijke herstel van de vroegere toestand niet mag beletten en dat het oneerlijke concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun is ontstaan niet mag worden verlengd. Op de betrokken lidstaat rust de *resultaats*verplichting om de steun daadwerkelijk terug te vorderen binnen de gestelde termijn.

Uit artikel 17, eerste lid, van de procedureverordening volgt dat de bevoegdheid van de Commissie om terugvordering te bevelen verjaart na een termijn van tien jaar. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat deze termijn ingaat op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend. De termijn kan gestuit worden door elke maatregel van de Commissie ten aanzien van de desbetreffende staatssteun of een op haar verzoek ten aanzien van die steun optredende lidstaat. Daarbij wil «op verzoek van de Commissie» zeggen: als gevolg van elk bevel dat de Commissie op grond van een bepaling uit de procedureverordening kan geven. Het gaat om zogenaamde stuitingshandelingen zoals een terugvorderingsbevel of een brief van de Commissie met een verzoek om informatie over de staatssteun. Door de stuiting begint de termijn weer

opnieuw te lopen. Daarnaast is het ook mogelijk dat de verjaringstermijn wordt geschorst. De termijn wordt geschorst, zolang over het besluit van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof. Het instellen van beroep bij het Hof tegen een besluit van de Commissie tot terugvordering schorst overigens niet de tenuitvoerlegging van het Commissiebesluit. Dit volgt uit artikel 278 van het VWEU en betekent dat het ingestelde beroep de verplichting van de lidstaat om onverwijld tot terugvordering over te gaan niet opschort. Ingevolge artikel 278 van het VWEU kan het Hof wel zelf de schorsing van het Commissiebesluit gelasten indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen.

De bevoegdheid om rente te vorderen heeft de Commissie op grond van het artikel 16, tweede lid, van de procedureverordening. De Commissie kan het toe te passen rentepercentage bepalen in het terugvorderingsbesluit. Als dat niet het geval is, geldt het op basis van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van de procedureverordening (PbEU 2004, L 140) (hierna: de uitvoeringsverordening) door de Commissie vastgestelde percentage. 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. Ook wanneer blijkt dat de steun, die tijdens de standstill-periode is verleend, rechtmatig is, kan er door de Commissie alsnog betaling van rente worden verlangd over de periode waarin deze steunmaatregel nog niet door de Commissie was goedgekeurd. Een dergelijk besluit van de Commissie is dan rechtstreeks gebaseerd op artikel 108, derde lid, van het VWEU.

#### *Terugvorderingslacunes nationaal recht*

De terugvorderingsmogelijkheden op basis van het Nederlandse recht zijn niet in alle gevallen voorhanden of adequaat toegesneden op situaties waarin staatssteun wegens strijd met de Europese staatssteunregels dient te worden teruggevorderd.

Eerder is in het rapport van de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht («Trends in de rechtspraak, terugvordering van staatssteun», Den Haag 2002) al geconstateerd dat het Nederlandse recht geen sluitende set regels bevat die in alle gevallen de mogelijkheid biedt om op last van de Commissie tot terugvordering van staatssteun over te gaan. Die sluitende set regels is er nog steeds niet ook al laat een aantal uitspraken zien dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in sommige subsidiecasus bereid is ook het ongeschreven bestuursrecht als basis voor terugvordering van staatssteun in aanmerking te nemen (zie ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 [Zorginstituut Nederland tegen Zorg en Zekerheid] en eerder al een tweetal uitspraken van de ABRvS van 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 en ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 [Fleuren Compost]). Terugvorderingsproblemen doen zich voor in elk van de drie rechtsgebieden (bestuursrecht, privaatrecht, fiscaal recht). In het bestuursrecht springt bijvoorbeeld in het oog dat alleen van subsidieontvangers kan worden teruggevorderd, terwijl het aan staatssteun verbonden voordeel zich ook kan uitstrekken tot derden (indirect begunstigden). Ook ontbreekt een zelfstandige grondslag voor de terugvordering van rente door decentrale overheden. Voor de centrale overheid bieden de diverse subsidiekaderwetten die grondslag inmiddels doorgaans wel (vergelijk de hierboven genoemde uitspraken van de ABRvS inzake Fleuren Compost, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415, punt 2.10 en ECLI:NL:RVS:2006:AU9416, punt 2.8.1), althans in het geval de staatssteun naar Nederlands recht als subsidie kwalificeert.

In het privaatrecht speelt bijvoorbeeld dat mogelijke terugvorderingsinstrumenten als onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking

na een verloop van vijf jaar verjaren, terwijl de procedureverordening een verjaringstermijn van tien jaar kent. Afgezien daarvan blijkt uit sommige casus dat een dergelijke figuur niet altijd goed is toegesneden om als terugvorderingsinstrument te kunnen dienen (zie de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking in de zogenoemde Kliq-zaak, Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330). Daarnaast springt in het oog dat de grondslag voor de vordering van rente, artikel 6:119 van het BurgerlijkWetboek (BW), uitgaat van wettelijke rente en van een termijn waarover de rente verschuldigd is die afwijkt van de procedureverordening.

In het fiscale recht is aan de orde dat voor terugvordering («navordering») van directe belastingen vereist is dat er sprake is van een «nieuw feit» en het de vraag is of de onrechtmatigheid van de steunverlening wegens schending van de Europese staatssteunregels als zodanig kan worden gezien. De rechter kan een dergelijk vereiste buiten toepassing laten (omdat het een effectieve terugvordering belemmert) maar dan wijken nog steeds de grondslag en regeling voor de terugvordering van rente ook in het fiscale recht af van die in de procedureverordening.

In vervolg op het genoemde rapport «Trends in de rechtspraak» is in 2005 onderzoek verricht naar de wijze waarop in enkele andere lidstaten van de Europese Unie 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»). Het rapport geeft aan dat een wet inzake staatssteun obstakels in het nationale recht zou kunnen wegnemen die een belemmering vormen voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Het hierboven genoemde wetsvoorstel (Kamerstukken 31 418) gaf daaraan gevolg. Het sloot aan bij het bestaande instrumentarium en bevatte met het oog op de terugvordering van staatssteun wijzigingen van de Awb, het BW en de AWR. Het wordt evenwel ingetrokken vanwege onderhavig wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel kiest voor een zoveel mogelijk uniforme regeling ongeacht het karakter van de onderliggende rechtsverhouding.

### **3. Karakter wetsvoorstel**

Staatssteun kan veel gedaantes aannemen en worden verstrekt in een bestuursrechtelijke, fiscaalrechtelijke of privaatrechtelijke verhouding. Die rechtsgebieden bieden in een aantal gevallen ook de mogelijkheid om zonodig staatssteun terug te vorderen. Maar die mogelijkheid is er niet in alle gevallen of leidt niet in alle gevallen tot een effectieve ongedaanmaking. Dat het Nederlandse recht lacunes bevat is in het vorige hoofdstuk reeds toegelicht.

Dit wetsvoorstel biedt de grondslagen en regelingen voor de terugvordering van staatssteun, indien een besluit van de Commissie tot die terugvordering noopt. Zoals in hoofdstuk 1 al is aangegeven is het wetsvoorstel zo opgezet dat alleen voor fiscale steun wordt voorgeschreven dat deze met behulp van *bestaande* instrumenten wordt teruggevorderd indien een Commissiebesluit dat vergt. Het gaat om de instrumenten navordering en naheffing. Het wetsvoorstel regelt dit door een wijziging van de AWR. Voor de overige staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit teruggevorderd dient te worden, voorziet dit wetsvoorstel in een zelfstandige, exclusieve terugvorderingsgrondslag.

Daarnaast regelt dit wetsvoorstel dat voor gevallen waarin een uitspraak van een Nederlandse rechter tot terugvordering verplicht, in alle gevallen een grondslag aanwezig is om ook het bijbehorende Europeesrechtelijk vereiste rentebedrag terug te vorderen (zie verder paragraaf 4.1).

Kenmerkend is voorts dat het wetsvoorstel de bestaande rechtsverhouding die tot de privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke (niet-fiscale) staatssteun heeft geleid in beginsel in tact laat. Zoveel mogelijk wordt overgelaten aan de betrokken rechtssubjecten zelf. Omdat bestuursorganen wel altijd dienen te beschikken over een bevoegdheid, voorziet het wetsvoorstel voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscaalrechtelijke aard in de bevoegdheid voor bestuursorganen om ambtshalve doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen. Daarnaast bevat het wetsvoorstel de verplichting dat het bestuursorgaan dat het aangaat in de beschikking tot betaling regelt dat nog openstaande betalingsverplichtingen jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Gedacht moet worden aan periodieke betalingsverplichtingen waarvan naleving opnieuw zou leiden tot onrechtmatige staatssteun.

Dit wetsvoorstel biedt, gelet op het bovenstaande een zo compact, eenvoudig en effectief mogelijke regeling waarbij de ongedaanmaking van het onterecht verkregen voordeel vooropstaat. Voor de terugvordering van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke, niet-fiscale, staatssteun betekent dit onder meer dat bestaande grondslagen en regelingen in de huidige wetgeving, zoals de Awb, het BW en diverse departementale kaderwetten op subsidiegebied, niet worden gewijzigd. Samen met een bepaling die regelt dat een begunstigde zich in beginsel niet kan beroepen op nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen indien hij informatie inzake de hem verstrekte staatssteun niet heeft bewaard tot het einde van de verjaringstermijn van artikel 17, eerste en tweede lid, van de procedureverordening en de toepasselijkheid van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet Nerpe) om te borgen dat het «bestuursorgaan dat het aangaat» (zie hierover paragraaf 4.3 en de toelichting op artikel 1) zijn verplichtingen op grond van dit wetsvoorstel naleeft, leidt dit tot een wetsvoorstel dat een complete voorziening biedt en dat zeker stelt dat Nederland als lidstaat terug kan vorderen in alle gevallen waarin zij daartoe door de Commissie wordt verplicht.

Voorts bevat het wetsvoorstel een tweetal bepalingen naar aanleiding van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Allereerst voorziet dit wetsvoorstel – in verband met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 april 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:1152) in de zaak Zorg en Zekerheid – in een expliciete grondslag en verplichting om een beschikking te herzien indien is gebleken dat die beschikking heeft geleid tot het in strijd met artikel 108, derde lid, verstrekken van staatssteun (artikel 7). Dit geldt alleen indien er (nog) geen Commissiebesluit is dat tot terugvordering noopt en beoogt de ongedaanmaking van staatssteun te faciliteren, indien de wettelijke regeling op grond waarvan de beschikking is gegeven zelf geen grondslag bevat om een onjuiste beschikking te herzien. Voor een verplichting tot herziening is gekozen omdat het beginsel van unietrouw, ook wel aangeduid als het beginsel van loyaliteit van artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) vereist dat lidstaten alle algemene en bijzondere maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Daarnaast wordt, mede naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 februari 2013 in de zaak Ridderstee (ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245), aan de Awb een extra bepaling voor de weigering van een aanvraag tot subsidieverlening

toegevoegd (het voorgestelde derde lid van artikel 4:35 van de Awb) om te bereiken dat een bestuursorgaan in geval van evidente strijdigheid met de Europese staatssteunregels de verlening van subsidie kan weigeren. De weigeringsgrond is van overeenkomstige toepassing op de subsidievaststelling indien voorafgaand aan de subsidievaststelling geen subsidieverlening plaatsvindt. In de toelichting op artikel 9 wordt verder ingegaan op de nieuwe weigeringsgrond. De bepaling voorkomt dat Nederland later onnodig wordt geconfronteerd met terugvorderingszaken en bewerkstelligt ook dat de Commissie niet hoeft te worden benaderd in gevallen waarin evident sprake is van verboden staatssteun. Dit strookt met de door de Commissie opgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (Pb 2009, C136), waarin de Commissie (alleen) in het geval van beoogde aanmeldingen van steun aandringt op voorafgaand overleg.

Het kan voorkomen dat Nederland heeft teruggevorderd omdat de Commissie Nederland daartoe verplichtte en dat het Hof naderhand het Commissiebesluit vernietigt op basis waarvan de terugvordering plaatsvond. Een dergelijke situatie is als zodanig geen vraag die voortvloeit uit de voorgestelde regeling. Een dergelijke situatie kan zich immers nu ook voordoen.

Desalniettemin en niettegenstaande het doel van dit wetsvoorstel om te voorzien in adequate grondslagen en regels voor een effectieve terugvordering, is nagegaan of het wenselijk zou zijn het wetsvoorstel aan te vullen met bepalingen die mogelijk maken dat de situatie voorafgaand aan de terugvordering zoveel mogelijk wordt hersteld. Zoveel mogelijk, omdat er sinds en door de terugvordering veel kan zijn veranderd waardoor herstel niet meer mogelijk is bijvoorbeeld omdat de betrokken onderneming niet meer bestaat. Geconcludeerd is echter dat voor dergelijke bepalingen geen aanleiding is. Het nationale recht bevat reeds voldoende mogelijkheden voor (ambtshalve) herstel of herstel op basis van onverschuldigde betaling. Wel zal paragraaf 23 van het Besluit Fiscaal Bestuursrecht worden aangevuld om te verzekeren dat de inspecteur of ontvanger de bevoegdheid heeft om fiscaal teruggevorderde en ingevorderde staatssteun terug te geven indien achteraf blijkt dat die steun ten onrechte is terug- en ingevorderd.

Afgezien daarvan kan de betrokken onderneming een aansprakelijkheidsactie overwegen. Aansprakelijkstelling van het bestuursorgaan dat heeft teruggevorderd lijkt daarbij weinig kansrijk nu dat bestuursorgaan niet anders kon dan onverwijld uitvoering geven aan het Commissiebesluit. Een andere optie is om de Commissie aansprakelijk te stellen. Dit kan op basis van artikel 340 van het VWEU dat onder andere de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie regelt. Ingevolge de rechtspraak van het Hof moet voor het slagen van een dergelijk beroep aan drie cumulatieve voorwaarden worden voldaan (Hof 8 december 1987, ECLI:EU:C:1987:527 [C-50/86, Grands Moulins de Paris]): Er moet sprake zijn van schade, er moet een causaal verband bestaan tussen de gestelde schade en de bestreden gedraging, en de gedraging moet onrechtmatig zijn.

Niet mogelijk zijn bepalingen die tot doel hebben de terugvordering zelf uit te stellen of te mitigeren, hangende het bij het Hof tegen het Commissiebesluit ingestelde beroep. Dergelijke bepalingen zouden immers buiten toepassing gelaten moeten worden in verband met de eis van een onverwijld tenuitvoerlegging en het beginsel van loyale samenwerking. In het wetsvoorstel is van dergelijke bepalingen dan ook afgezien, ook buiten de specifieke context van een bij het Hof ingesteld beroep.

#### **4. Inhoud wetsvoorstel**

Het wetsvoorstel voorziet in grondslagen en regels voor de terugvordering van staatssteun indien een Commissiebesluit tot die terugvordering noopt. Voor de terugvordering van privaatrechtelijke en niet-fiscale bestuursrechtelijke staatssteun belast het wetsvoorstel het bestuursorgaan dat het aangaat met de terugvordering van de steun van begunstigen. Bepaald wordt dat de terugvordering van staatssteun altijd bij beschikking geschiedt, ongeacht de aard van de onderliggende rechtsverhouding. De terugvordering van fiscale steun dient daarentegen met behulp van bestaande fiscale instrumenten te geschieden. Daartoe bevat dit wetsvoorstel wijzigingen van de AWR en IW 1990.

Hieronder wordt nader stilgestaan bij de elementen van beide terugvorderingsregimes. Waar nodig wordt daarbij onderscheiden tussen het algemene en fiscale regime.

##### **4.1 Uitvoering van het Commissiebesluit**

Het wetsvoorstel biedt grondslagen en regels voor de terugvordering van staatssteun voor zover er een Commissiebesluit is dat daartoe noopt. Voor de opzet om een voorziening te bieden als er sprake is van een Commissiebesluit, is gekozen in verband met het oogmerk van dit wetsvoorstel: het gaat erom te regelen wat echt nodig is en een voorziening te bieden die borgt dat Nederland in alle gevallen waarin dat onmiskenbaar aangewezen is, kan terugvorderen.

In dat kader beoogt dit wetsvoorstel de uitvoering van Commissiebesluiten mogelijk te maken. Voor de terugvorderingsproblematiek vormen die besluiten de belangrijkste categorie. Daarnaast blijkt – buiten de situatie van een Commissiebesluit – terugvordering soms lastig voor een bestuursorgaan omdat het niet altijd beschikt over een bevoegdheid om een beschikking die leidt tot verstrekking van onrechtmatige staatssteun vanwege die onrechtmatigheid te wijzigen of in te trekken. Het wetsvoorstel bevat daarom ook een voorziening om te garanderen dat een bestuursorgaan in gevallen waarin dat aangewezen is een besluit strekkend tot terugvordering kán nemen. Zie hierover meer in de toelichting op voorgesteld artikel 7, eerste lid.

Het zou denkbaar zijn de reikwijdte van de terugvorderingsregeling van dit wetsvoorstel uit te breiden tot meer gevallen waarin geen sprake is van een Commissiebesluit. Te denken valt aan rechterlijke uitspraken strekkend tot terugvordering. Daar is echter vanaf gezien. Indien een Nederlandse rechter een staatssteunberoep honoreert en als gevolg daarvan de titel aan de staatssteunverstrekking ontvalt, is de ongedaanmaking van de verstrekte staatssteun doorgaans een afdwingbaar gegeven (onverschuldigde betaling). Om die reden is het in zijn algemeenheid dan ook niet nodig de uitvoering van rechterlijke uitspraken strekkend tot terugvordering onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel te brengen.

Wel voorziet het wetsvoorstel in een grondslag voor terugvordering van rente overeenkomstig het Unierecht voor situaties dat er geen Commissiebesluit is. Op basis daarvan kan ingeval van een geslaagd staatssteunberoep bij de Nederlandse rechter ook de (juiste) rente worden berekend en teruggevorderd. Dat betreft immers wel een situatie dat terugvordering onmiskenbaar aangewezen is, maar de grondslag (voor dat specifieke onderdeel) niet altijd aanwezig is. Voorgesteld artikel 7, tweede en vierde lid, voorziet hierin. Het tweede lid bevat een rentegrondslag voor bestuursrechtelijke (fiscale) steun, het vierde lid voor privaatrechtelijke steun.

Het voorgaande betekent niet dat de problematiek dat het nationale recht niet altijd voldoende is toegesneden op het Unierecht zich bij rechterlijke uitspraken niet doet gevoelen. De problematiek openbaart zich daar echter niet zozeer aan de uitvoeringskant (achterkant) alswel aan de voorkant (fase voorafgaand aan een rechterlijke uitspraak). Deze «voorkant-problematiek» is complex. Om allerlei redenen komt het slechts zelden tot een geslaagd staatssteunberoep. Dat het nationale recht niet altijd voldoende is toegesneden op het Unierecht is zeker niet de enige reden. Ook een rol spelen bijvoorbeeld de complexiteit van het Unierecht, waarbij reikwijdte en strekking niet altijd duidelijk zijn, de ingrijpendheid van de maatregelen, de hoge eisen die het Unierecht aan nationale rechters stelt in combinatie met het (doorgaans geringe) aantal staatssteunzaken waar een nationale rechter mee te maken krijgt en de afhankelijkheid van een nationale rechter van de inbreng van partijen en de motieven die een rol kunnen spelen bij partijen om al dan niet een beroep op staatssteun te doen. Metselaar gaat in haar proefschrift uitgebreid in op deze voorkantproblematiek.<sup>1</sup>

Deze problematiek vergt een beschouwing van veel verschillende (procesrecht)elementen in het burgerlijke, bestuurs- en fiscale recht, van de reikwijdte en strekking van het Unierecht, van de verhouding van nationaalrechtelijke elementen tot elementen van het Unierecht en van de werkwijze van de rechterlijke macht. Een oplossing voor deze problematiek is vooralsnog niet voorhanden. Onvoldoende helder is in welke gevallen een wijziging is vereist van nationaalrechtelijke elementen die aan een geslaagd staatssteunberoep in de weg (kunnen) staan. Beter kan daarom worden gewacht tot hierover in de rechtspraak meer duidelijkheid is.

Inhoudelijk valt over het begrip Commissiebesluit nog op te merken dat de procedureverordening een drietal typen terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie onderscheidt. Allereerst kan de Commissie op grond van artikel 13, tweede lid, van de procedureverordening hangende de formele onderzoeksprocedure 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 («terugvorderingsbevel»). In de tweede plaats kan de Commissie besluiten dat de steun van de begunstigde wordt teruggevorderd indien een negatief besluit wordt gegeven in geval van onrechtmatige steun (artikel 16, eerste lid, van de procedureverordening: «terugvorderingsbesluit»). In de derde plaats kan de Commissie in gevallen van misbruik van steun de formele onderzoeksprocedure inleiden en kunnen terugvorderingsbesluiten als bedoeld in de artikelen 13, tweede lid, en 16, eerste lid, van de procedureverordening worden gegeven (artikel 20 juncto de artikelen 15, tweede lid, en 16, eerste lid, van de procedureverordening).

Indien de steun op zichzelf verenigbaar is met de interne markt, maar te vroeg is verleend, namelijk voor afloop van de standstill-termijn, kan de Commissie de lidstaat gelasten de rente over het tijdvak tussen verlening en het einde van de standstilltermijn terug te vorderen. Een dergelijk besluit van de Commissie is geen rentebesluit in de zin van artikel 16, tweede lid, van de procedureverordening omdat er geen sprake is van een «negatief besluit» van de Commissie. Een dergelijk besluit neemt de Commissie dan rechtstreeks op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU.

---

<sup>1</sup> A.J. Metselaar, Drie rechters en één norm, Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie, Wolters Kluwer 2016.

## **4.2 Terug te vorderen staatssteun**

Ingevolge een Commissiebesluit dient de desbetreffende staatssteun van de in het besluit aangeduide begunstigde(n) te worden teruggevorderd. Bij die steun kan het gaan om elke vorm van staatssteun die in strijd met het bepaalde bij of krachtens de artikelen 107 of 108 van het VWEU is verstrekt. Dit omvat de onrechtmatige staatssteun, bedoeld in de procedureverordening, alsmede vormen van het daarbedoelde misbruik van steun. Maar ook de rente van op zichzelf rechtmatige, maar te vroeg verleende steun. Gelet op artikel 108, derde lid, van het VWEU omvat de steun de rente, te rekenen vanaf de datum waarop de steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun.

In veel gevallen bepaalt het Commissiebesluit welk bedrag aan steun teruggevorderd moet worden. Indien het Commissiebesluit echter geen concreet bedrag bevat, gaat de berekening volgens in het Commissiebesluit aangegeven lijnen en verder in overleg met de Commissie.

Voor zover het Commissiebesluit specifiek de hoogte van het te betalen rentebedrag niet bevat, schrijft het wetsvoorstel voor dat de rente wordt berekend overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van de procedureverordening. Dat betekent dat wordt uitgegaan van een door de Commissie vastgesteld passend percentage (artikel 16, tweede lid, van de procedureverordening). Dat rentepercentage kan de Commissie vaststellen in het terugvorderingsbesluit, maar dat hoeft niet. Als het Commissiebesluit het rentepercentage niet bevat, geldt het op basis van de uitvoeringsverordening (Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van de procedureverordening (PbEU 2004, L 140) door de Commissie vastgestelde percentage (zie artikel 33, onderdeel e, van de procedureverordening).

## **4.3 Wie is verplicht tot terugvordering**

### **4.3.1 Het algemene terugvorderingsregime**

Het wetsvoorstel moet duidelijk aangeven bij welke concrete actor de verplichting tot uitvoering van het ongedaanmakingsbevel komt te liggen. Gekozen is in dat kader voor het «bestuursorgaan dat het aangaat» (algemeen terugvorderingsregime). Dat bestuursorgaan is in beginsel het bestuursorgaan dat de staatssteun heeft verstrekt. Daarmee is een groot aantal gevallen reeds ondervangen, maar niet alle. Steun wordt immers niet in alle gevallen door een bestuursorgaan verstrekt.

Als een gemeente of provincie privaatrechtelijke steun verstrekt, doet zij dat als rechtspersoon. Het bestuursorgaan dat het aangaat is dan het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de verstrekking van die staatssteun door die publiekrechtelijke rechtspersoon waarvan dat bestuursorgaan deel uitmaakt (voorgesteld artikel 1, onderdeel b, onder 1°).

Een andere situatie doet zich voor als een privaatrechtelijke rechtspersoon of entiteit (bijvoorbeeld een maatschap) staatssteun heeft verstrekt en die rechtspersoon of entiteit voor de steunverstrekking niet kwalificeert als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel b, van de Awb. In dat geval is het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het (direct of indirect) uitoefenen van overheidszeggenschap in die rechtspersoon of entiteit het bestuursorgaan dat het aangaat.

Indien de privaatrechtelijke rechtspersoon of entiteit voor wat betreft de steunverlening wel als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel b, van de Awb kwalificeert is de rechtspersoon of entiteit te beschouwen als bestuursorgaan dat de steun heeft verstrekt en zelf

bestuursorgaan dat het aangaat. In dat geval is zowel die rechtspersoon of entiteit als het voor de overheidszeggenschap verantwoordelijke bestuursorgaan het bestuursorgaan dat het aangaat en rust op beiden de verplichting tot terugvordering zolang de ander nog geen uitvoering geeft of heeft gegeven aan het ongedaanmakingsbevel.

Indien meerdere bestuursorganen verantwoordelijk zijn voor overheidszeggenschap in een privaatrechtelijke rechtspersoon of entiteit (bijvoorbeeld indien meerdere overheden aandelen houden van een besloten vennootschap) zijn zij alle «het bestuursorgaan dat het aangaat» en alle gehouden tot ongedaanmaking zolang een van de andere bestuursorganen geen uitvoering geeft of heeft gegeven aan het ongedaanmakingsbevel. Overheidszeggenschap kan op tal van manieren gestalte krijgen. Via aandeelhouderschap, het hebben van stemrechten, maar ook via bevoegdheden als het recht om bestuurders of leden van een raad van commissarissen of toezicht te benoemen of ontslaan, een goedkeuringsrecht ten aanzien van statutenwijzigingen et cetera. Om te kwalificeren als bestuursorgaan dat het aangaat is alleen het hebben van een vorm van overheidszeggenschap vereist. Er hoeft met andere woorden geen sprake te zijn van *overwegende* overheidszeggenschap.

Het kan ten slotte voorkomen dat de verstrekking van staatssteun rechtstreeks voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Zonder dat er op basis van die wettelijke bepaling nog een concretiserende rechtshandeling plaatsheeft zoals een beschikking of een overeenkomst. Voor die gevallen bepaalt onderdeel c van de begripsomschrijving in artikel 1 van het wetsvoorstel dat het bestuursorgaan dat het aangaat dan het bestuursorgaan is dat is belast met de uitvoering van de wet- of regelgeving (waarin de bepaling is opgenomen) die rechtstreeks tot de steun heeft geleid. Indien meerdere bestuursorganen met die uitvoering zijn belast, zijn zij allen «bestuursorgaan dat het aangaat».

#### **4.3.2 Het fiscale terugvorderingsregime**

Zoals in de inleiding bij deze memorie al is toegelicht, geschiedt terugvordering door middel van de «gewone» navorderingsaanslag en naheffingsaanslag. De inspecteur en de ontvanger zijn belast met het uitvoeren van de terugvordering en invordering. In de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet zijn de in de AWR en IW 1990 geregelde bevoegdheden van de inspecteur en ontvanger toebedeeld aan bepaalde ambtenaren. Die bepaalde ambtenaren zijn, voor zover staatssteun voortvloeit uit de Provinciewet, de Gemeentewet of de Waterschapswet, belast met de terugvordering en invordering daarvan.

#### **4.4 Begunstigden**

De begunstigde is de onderneming die als begunstigde wordt aangemerkt in een Commissiebesluit. Het begrip omvat zowel de oorspronkelijke ontvanger(s) van de steun (direct begunstigten), als eventuele andere ondernemingen die aan de steun voordeel hebben ontleend (indirect begunstigten). Het is praktijk van de Commissie om in haar terugvorderingsbesluiten waar mogelijk de namen te geven van de ondernemingen waarvan de steun moet worden teruggevorderd. Het Commissiebesluit bevat echter niet altijd alle concrete gegevens over de identiteit van de begunstigde(n). In dat soort gevallen moet de uitvoerder van het Commissiebesluit onverwijld de concrete ondernemingen aanwijzen die op grond van het besluit als begunstigten moeten worden aangemerkt. Indien bij de uitvoering van een Commissiebesluit duidelijk wordt dat de steun aan andere ondernemingen is doorgegeven, is het mogelijk dat de terugvordering naar alle daadwerkelijke begunstigten moet worden uitgebreid om er zodoende voor te zorgen dat de terugvorderingsverplichting niet wordt omzeild (zie de Bekendmaking van de Commissie «Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de

Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en overeenigbare steun terug te vorderen», C 272/05, punt 32). Gelet op de in die Bekendmaking aangehaalde jurisprudentie van het Hof (Hof 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:238 [C-277/00, Duitsland tegen Commissie]) moet worden aangenomen dat de lidstaat hiertoe niet op eigen houtje beslist maar indien het Commissiebesluit beveelt ook terug te vorderen van (de in het Commissiebesluit in algemene termen omschreven) indirect begunstigten. In die zaak had de Commissie namelijk bevolen tot het terugvorderen van *iedere andere onderneming waaraan activa van direct begunstigten zijn of worden overgedragen* met het oog op het omzeilen van de gevolgen van het terugvorderingsbesluit (zie punt 9 van die uitspraak). Indien de lidstaat twijfelt of een onderneming gelet op de in het Commissiebesluit aangegeven lijnen als indirect begunstigde moet worden aangemerkt, treedt zij daarover in overleg met de Commissie. Datzelfde ligt voor de hand indien zij indirect begunstigten op het spoor komt die niet zijn onderkend in het Commissiebesluit.

#### **4.5. Termijnbepaling**

Artikel 17 van de procedureverordening bepaalt dat de bevoegdheden van de Commissie om staatssteun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar. Het artikel bepaalt voorts wanneer die termijn ingaat en wat gronden voor stuiting of schorsing van die termijn zijn.

Uit de jurisprudentie van het Hof vloeit voort dat nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen, die de volle werking van het Europeesrechtelijke staatssteunregime belemmeren, buiten toepassing moeten worden gelaten (Hof 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2193 [C-527/12, Commissie-Duitsland]). Dit brengt met zich dat een begunstigde zich niet kan beroepen op de geldende nationaalrechtelijke termijnen als hij informatie inzake hem verstrekte staatssteun niet gedurende de Europeesrechtelijk geldende verjaringstermijn heeft bewaard. Hij doet er daarom verstandig aan voor het bewaren van staatssteungegevens de verjaringstermijn uit de procedureverordening in acht te nemen.

De voorgestelde bepaling beoogt te bevorderen dat ondernemingen zich bij beslissingen over het bewaren en vernietigen van gegevens en bescheiden laten leiden door de verjaringstermijn van de procedureverordening en nagaan welke stukken gelet daarop, niettegenstaande korterduurende termijnen van nationaal recht, gedurende die termijn dienen te worden bewaard.

#### **4.6. Toepasselijkheid titel 4.4 van de Awb**

Titel 4.4 van de Awb bevat een regeling over bestuurlijke geldschulden. Uit artikel 4:85 van de Awb vloeit voort dat deze titel van toepassing is op ter uitvoering van een Commissiebesluit gegeven beschikkingen tot betaling. Deze toepasselijkheid brengt mee dat het wetsvoorstel niet zelf hoeft te voorzien in bepalingen over de inhoud van de beschikking, de wijze van betaling en over aanmaning en invordering.

De afdelingen 4.4.2 over verzuim en wettelijke rente en 4.4.3 over verjaring worden daarentegen van toepasselijkheid uitgezonderd (voorgesteld artikel 5, eerste lid). Bij de uitvoering van een Commissiebesluit is de regeling over rente in de procedureverordening (artikel 16, tweede lid) immers bepalend voor de terug te vorderen rente. Op grond daarvan loopt de periode waarover rente verschuldigd is door zolang de betrokken begunstigde niet heeft terugbetaald. Die periode omvat dus mede de periode waarin betrokkene volgens afdeling 4.4.2 van de Awb in

verzuim is en derhalve rente verschuldigd is. Een vergelijkbare redenering geldt voor verjaring. De terugvordering door een beschikking tot betaling op basis van artikel 3 van het wetsvoorstel ter uitvoering van een Commissiebesluit mag immers niet belemmerd worden door de in artikel 4:104 van de Awb opgenomen verjaringstermijn van vijf jaar geldend voor rechtsvorderingen tot betaling van een geldsom. Alleen artikel 4:97 van de Awb (onderdeel van afdeling 4.4.2), dat regelt dat een schuldenaar die niet binnen de voorgeschreven termijn betaalt in verzuim is, dient wel van toepassing te zijn in verband met bepalingen van afdeling 4.4.4 (aanmaning en invordering bij dwangbevel) die daarop aansluiten.

Met het oog op de effectiviteit van de terugvordering voorziet artikel 5, tweede lid, van het wetsvoorstel in een grondslag voor invordering bij dwangbevel (zie artikel 4:115 van de Awb). Deze bevoegdheid geeft het bestuursorgaan dat het aangaat de mogelijkheid zich zonder tussenkomst van de burgerlijke rechter een executoriale titel te verschaffen waarmee betaling kan worden afgedwongen. Het wetsvoorstel voorziet, opnieuw in verband met de door het Europese recht vereiste effectiviteit van de terugvordering, niet van rechtswege in de schorsende werking van een tegen een dwangbevel aangespannen executiegeschil, zoals verzet. Die schorsende werking kan op grond van artikel 438, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wel in een concrete zaak worden gevraagd aan de voorzieningenrechter.

#### **4.7 Bestemming teruggevorderde steun (algemene terugvorderingsregime)**

Het wetsvoorstel regelt ook de bestemming van teruggevorderde staatssteun. Een door het bestuursorgaan dat het aangaat geïnde geldsom komt toe aan de rechtspersoon die de desbetreffende staatssteun heeft verstrekt of waartoe het bestuursorgaan behoort dat die staatssteun heeft verstrekt. Als een bestuursorgaan van het Rijk de steun heeft verstrekt komt de geldsom dus toe aan de Staat. Dat is ook zo als de steun is verstrekt door een zelfstandig bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid op het niveau van de centrale overheid. Het ligt daarbij in de rede dat het teruggevorderde geld dat specifiek verstrekt is ook weer specifiek wordt (dus teruggaat naar het betrokken departement) en het teruggevorderde geld dat generaal verstrekt is ook weer generaal wordt (dus teruggaat naar de algemene middelen). Wanneer een zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid de steun heeft verstrekt, komt de geldsom toe aan dat zelfstandige bestuursorgaan. Indien de steun is verstrekt door een overheidsbedrijf, zoals bijvoorbeeld TenneT BV, komt de geïnde geldsom toe aan dat overheidsbedrijf. Op decentraal niveau gaat het op dezelfde wijze. Als een gemeente als rechtspersoon steun heeft verstrekt komt de geïnde geldsom toe aan die gemeente. Dit geldt ook als een bestuursorgaan van een gemeente de steun heeft verstrekt. Als een zelfstandig bestuursorgaan op gemeentelijk niveau met eigen rechtspersoonlijkheid of een gemeentelijk overheidsbedrijf met eigen rechtspersoonlijkheid de steun heeft verstrekt, komt de geïnde geldsom toe aan dat zelfstandige bestuursorgaan respectievelijk overheidsbedrijf.

#### **4.8 Doorwerking in bestaande rechtsverhouding (algemene terugvorderingsregime)**

Hierboven is aangegeven dat dit wetsvoorstel slechts de ongedaanmaking van de terug te vorderen staatssteun beoogt en bestaande rechtsverhoudingen waaruit de staatssteun is voortgekomen zoveel mogelijk in tact laat. Zoveel mogelijk wordt overgelaten aan de betrokken rechtssubjecten

zelf. Indien dat rechtssubject een bestuursorgaan is, dient dat orgaan wel te beschikken over een bevoegdheid om de bestaande rechtsverhouding desgewenst nader te regelen. Met het oog daarop voorziet het wetsvoorstel voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscaalrechtelijke aard in de bevoegdheid van een bestuursorgaan in een dergelijk geval ambtshalve de doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen (voorgesteld artikel 6).

Daarnaast bevat het wetsvoorstel de verplichting dat het bestuursorgaan dat het aangaat in de beschikking tot betaling regelt dat nog openstaande betalingsverplichtingen jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd (voorgesteld artikel 3, derde lid). Gedacht moet worden aan periodieke betalingsverplichtingen. Indien een dergelijke verplichting heeft geleid tot steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, moet voorkomen worden dat de nog openstaande betalingsverplichtingen kunnen leiden tot het opnieuw verstrekken van staatssteun als die op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Het ligt in de rede dat direct te regelen in de beschikking tot betaling van de terug te vorderen staatssteun om nieuwe terugvorderingszaken te voorkomen.

#### **4.9. Rechtsbescherming**

##### **4.9.1. Het algemene terugvorderingsregime**

Het wetsvoorstel voorziet in beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in eerste en enige aanleg tegen beschikkingen tot betaling op basis van artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel. Het gaat dus steeds om de beschikkingen tot betaling die erop zien dat het genoten voordeel wordt weggenomen en dus altijd zullen inhouden dat de ontvanger van de steun een in een dergelijke beschikking genoemd bedrag terug moet betalen. Een beschikking tot betaling ter uitvoering van een Commissiebesluit zal doorgaans een- op-een volgen uit dat besluit en soms nog een nadere invulling van elementen uit dat besluit bevatten binnen de in dat besluit aangegeven kaders (bijvoorbeeld de concrete bepaling van de indirect begunstigten of de concrete bepaling van de terug te vorderen rente). Die concrete invulling zal dan in overleg met de Commissie plaatsvinden. Gelet op het uitvoerende karakter van een dergelijke beschikking tot betaling en het feit dat tegen een Commissiebesluit zelf reeds kan worden opgekomen bij het Gerecht en het Hof, mag worden aangenomen dat rechtspraak in één instantie tegen een dergelijke beschikking volstaat, zeker nu de toetsing van het Commissiebesluit door het Gerecht een volle, materiële toetsing betreft en de eventuele vervolgttoetsing door het Hof zich beperkt tot rechtsvragen (artikel 256 VWEU). Dat de beschikking tot betaling mede het vervallen van soortgelijke, nog openstaande betalingsverplichtingen tot inhoud kan hebben (zie artikel 3, derde lid) doet aan het uitvoerende karakter van de beschikking tot betaling niet af.

Daarbij is ervoor gekozen dit beroep in één aanleg te concentreren bij één rechter. Een dergelijke concentratie bij één rechterlijke instantie garandeert immers de eenduidigheid van de beoordeling. Bovendien geeft de keuze voor één instantie een rechtzoekende onderneming snel duidelijkheid. Daar is de onderneming bij gebaat omdat bezwaar en beroep tegen de beschikking tot betaling geen schorsende werking hebben. Gekozen is voor een rechtsgang bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat met name beoordeeld dient te worden of de beschikking tot betaling op correcte wijze (nadere) uitvoering geeft aan het Commissiebesluit en het CBb deskundig is op het gebied van staatssteun, is dit een logische keuze. Dat geldt voor alle beschikkingen tot

betaling, dus ongeacht de aard van de rechtsverhouding die tot de staatssteun heeft geleid (bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk). Tegen besluiten en rechtshandelingen die, al dan niet gebruikmakend van de door artikel 6 van het wetsvoorstel geboden bevoegdheid, de doorwerking regelen voor de bestaande rechtsverhouding, blijft de rechtsbescherming openstaan die ten aanzien van die rechtsverhouding thans gebruikelijk is. Het wetsvoorstel wijzigt daaraan niets. Het gaat daarbij immers om een specifieke bestuursrechtelijke of privaatrechtelijke vertaalslag. Deze specifieke aanpassingen van de bestaande rechtsverhouding kunnen het beste beoordeeld worden door de op dat terrein deskundige rechter.

#### **4.9.2 Het fiscale terugvorderingsregime**

Indien de inspecteur of ontvanger is belast met de terugvordering of invordering van staatssteun, geldt voor de begunstigde de gebruikelijke fiscale rechtsbescherming. Dit betekent dat tegen een opgelegde navorderingsaanslag of naheffingsaanslag bezwaar, (hoger) beroep en cassatie openstaat. Indien op grond van het voorgestelde artikel 63aa van de IW 1990 door de ontvanger gebruik wordt gemaakt van de oorspronkelijke titel, bijvoorbeeld een eerder opgelegde aanslag, ter zake waarvan een te betalen bedrag was kwijtgescholden, staat daartegen tevens de gebruikelijke fiscale rechtsbescherming open.

#### **4.10 Nationaal toezicht ter naleving van de terugvorderingsverplichting**

In geval van een aanwijzing of ander besluit op grond van de Wet Nerpe in verband met het niet (voldoende) uitvoering geven aan de verplichting tot uitvoering van het Commissiebesluit op grond van de hier voorgestelde wet, gaat het om toezicht van een Minister op het «bestuursorgaan dat het aangaat» (algemene terugvorderingsregime) dan wel de inspecteur/ontvanger (fiscale terugvorderingsregime). Dat toezicht hoort naar zijn aard meer thuis bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit wetsvoorstel bevat daarom geen wijziging van de rechtsgang zoals die in de bijlagen van de Awb is geregeld met betrekking tot besluiten en aanwijzingen op grond van de Wet Nerpe.

Jegens bestuursorganen van provincies, gemeenten en gemeenschappelijke regelingen waaraan zij deelnemen is in artikel 2, vierde lid, van de Wet Nerpe bepaald dat de aanwijzing uit die wet niet wordt gebruikt als de instrumenten betreffende het generiek bestuurlijk toezicht uit de Gemeentewet, de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen toereikend zijn om «het niet naar behoren voldoen» aan een Europees-rechtelijke rechtsplicht door deze bestuursorganen te herstellen. De rechtsplichten waar het in dit geval om gaat zijn neergelegd in artikel 3 van dit wetsvoorstel. Aangezien het hier gaat om een andere wet dan de Gemeentewet, Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen, zijn de artikelen betreffende de indeplaatsstelling uit die wetten van toepassing en derhalve toereikend. Dat betekent dat wanneer een bestuursorgaan van provincie, gemeente of gemeenschappelijke regeling niet of niet naar behoren voldoet aan de terugvorderingsverplichting, bedoeld in artikel 3 van dit wetsvoorstel, niet het in de Wet Nerpe voorziene toezicht geldt, maar het toezichtsregime over de indeplaatsstelling zoals geregeld in de Provinciewet, Gemeentewet en Wet gemeenschappelijke regelingen. Dat is niet anders als de staatssteun waarop het Commissiebesluit betrekking heeft met gebruikmaking van een autonome bevoegdheid is verleend. Ook is voor de bevoegdheid om in de plaats te treden niet relevant of de steun een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk karakter heeft, van belang is slechts of het bestuursorgaan een in artikel 3 van dit wetsvoorstel neergelegde rechtsplicht niet nakomt.

Ten aanzien van het interbestuurlijk toezicht op gemeenten ten aanzien van de uitvoering van de hier voorgestelde wet, kan worden vastgesteld dat die taak niet primair tot het terrein van de provincies behoort. Daarom wordt voorgesteld om een verwijzing naar deze wet op te nemen in de bijlage, bedoeld in artikel 124b van de Gemeentewet, en het toezicht te beleggen bij een Minister. Omdat het gaat om een vorm van interbestuurlijk toezicht ligt het het meest voor de hand dit toezicht op te dragen aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Indien blijkt dat een orgaan van een gemeente, provincie of gemeenschappelijke regeling niet overgaat tot de uitvoering van een Commissiebesluit, zal de Minister in overleg treden met het bestuursorgaan. Hij doorloopt hierbij de interventieladder, zoals beschreven in de memorie van toelichting bij de Wet revitalisering generiek toezicht (Kamerstukken II 2009/10, 32 389, nr. 3, blz. 16 e.v.). Blijft het bestuursorgaan volharden, dan leidt dit tot een besluit tot indeplaatsstelling van de Minister. De bevoegdheid tot uitvoering van het Commissiebesluit, bedoeld in artikel 3 van dit wetsvoorstel gaat dan over op de Minister. Het bestuursorgaan kan tegen het besluit tot indeplaatsstelling rechtstreeks in beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

De begunstigde van de staatssteun kan niet in beroep tegen de indeplaatsstelling omdat zijn belang niet rechtstreeks is getroffen. Hij kan in bezwaar en beroep tegen de beschikking tot betaling die de Minister in de plaats van het bestuursorgaan dat het aangaat neemt ter uitvoering van het Commissiebesluit. De Minister is in dat geval degene die die beschikking eventueel bij het CBb moet verdedigen.

## **5. Voorbereiding en medebetrokkenheid wetsvoorstel**

Het wetsvoorstel is voorbereid door een interdepartementale werkgroep en in het bijzonder afgestemd met de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. In het wetsvoorstel is voorzien in mede-ondertekening door de Staatssecretaris van Financiën en deze toelichting wordt mede namens hem gegeven.

Gedurende de ambtelijke voorbereidingsfase is een aantal vooraanstaande deskundigen met expertise op het terrein van het fiscale recht, het subsidierecht, het Europese staatssteunrecht, het bestuursrecht of het privaatrecht gevraagd om een reactie op een concept van het wetsvoorstel. Dit heeft tot belangrijk gevolg gehad dat de keuze is gemaakt het terugvorderingssysteem zo in te richten dat fiscale steun *niet* met behulp van het algemene terugvorderingsregime van dit wetsvoorstel wordt teruggevorderd maar met behulp van de bestaande instrumenten van navordering en naheffing uit de AWR met inbegrip van de voor die instrumenten gebruikelijke fiscale rechtsgang. Een ander belangrijk gevolg is geweest dat voorgesteld wordt het algemene terugvorderingsregime exclusief voor te schrijven voor het terugvorderen van alle andere vormen van steun. Dit betekent dat staatssteun die op last van de Commissie moet worden teruggevorderd, met behulp van de Wet terugvordering staatssteun teruggevorderd *moet* worden. Tegen terugvorderingsbeschikkingen op basis van die wet staat beroep open bij het CBb in eerste en enige aanleg. Ten slotte is een belangrijk gevolg geweest dat bij privaatrechtelijke steun is besloten af te zien van het opnemen van een verplichting tot het regelen van de doorwerking van de terugvordering in de onderliggende privaatrechtelijke rechtsverhouding. Dit wordt nader gemotiveerd in de toelichting op artikel 6.

## **6. Adviezen en internetconsultatie**

Een ontwerp van dit wetsvoorstel is voorgelegd aan de Raad voor de Rechtspraak (onderdeel 6.1) en in het kader van de interbestuurlijke consultatie aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW) (onderdeel 6.2)<sup>2</sup>. Via de website [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl) is daarnaast eenieder de mogelijkheid geboden een reactie op het wetsvoorstel te geven (onderdeel 6.3).

### **6.1 Advies Raad voor de rechtspraak**

De Raad voor de rechtspraak geeft aan dat het wetsvoorstel naar verwachting niet leidt tot een substantiële toename van de werklast voor de gerechten. De raad adviseert te verduidelijken of onder het begrip «Commissiebesluit» ook een voorlopige terugvorderingsbevel als bedoeld in artikel 13, tweede lid, van de procedureverordening moet worden begrepen.

Daarnaast vraagt de raad om een nadere onderbouwing van de keuze om af te wijken van het algemene uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties. De argumentatie dat die afwijking gerechtvaardigd is vanwege het uitvoerende karakter van de terugvorderingsbeschikking van het bestuursorgaan dat het aangaat en vanwege het feit dat betrokkenen het Commissiebesluit (hebben) kunnen aanvechten bij het Hof, vindt de raad te summier.

De raad wijst op een aantal punten die ook van belang zijn voor de keuze om al dan niet af te wijken van het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties. Het betreft het karakter van de toetsing van het Commissiebesluit door het Hof, de grote financiële belangen en de nadere invulling die het bestuursorgaan dat het aangaat soms aan het Commissiebesluit zal moeten geven in zijn terugvorderingsbeschikking, de vraag of een rechtzoekende belang heeft bij een korte procedure en de divergentie die in één en dezelfde zaak kan ontstaan. De raad heeft echter geen zwaarwegende bezwaren tegen de keuze voor één beroepsinstantie, te weten het CBB, en wijst erop dat vaststaat dat het CBB ruime ervaring heeft met het afdoen van zaken in eerste en enige aanleg, ook daar waar grote (financiële) belangen spelen.

Aan het advies van de raad is gevolg gegeven. Aan de begripsomschrijving van «Commissiebesluit» in artikel 1 is het voorlopige terugvorderingsbevel in de zin van artikel 13, tweede lid, toegevoegd. Door in de regeling van het fiscale terugvorderingsregime (voorgestelde artikelen 20a AWR en 63aa IW 1990) naar artikel 1 te verwijzen is dit punt voor dat regime eveneens geregeld. Daarnaast wordt in de motivering van de keuze van de rechtsgang nu ook aandacht besteed aan de door de raad genoemde punten. De uitwerking van die punten onderschrijft en versterkt de in het wetsvoorstel gemaakte keuze om tegen beschikkingen voor de terugvordering van niet-fiscale staatssteun alleen beroep open te stellen op het CBB.

### **6.2 Adviezen VNG, IPO en UvW**

De VNG, het IPO en de UvW onderschrijven in algemene zin de noodzaak van het wetsvoorstel en het voorschrijven van een eenduidige grondslag en regeling voor die terugvordering. Zij doen een aantal suggesties voor verbetering en vragen ook om verduidelijking van de memorie van

<sup>2</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

toelichting op een aantal punten. De adviezen van VNG en IPO zijn grotendeels gelijklopend. De UvW stemt in met de adviezen van VNG en IPO en heeft daarnaast een aantal eigen punten. Overgenomen is de suggestie van VNG en IPO om aan de memorie toe te voegen dat het Hof de werking van het Commissiebesluit kan opschorten hangende een tegen dat besluit bij het Hof ingesteld beroep.

In verband met de verplichting van een onverwijlde tenuitvoerlegging van het Commissiebesluit en het beginsel van loyale samenwerking is daarentegen niet overgenomen de suggestie van VNG en IPO om de terugvorderingsverplichting van het bestuursorgaan dat het aangaat op te schorten indien tegen het Commissiebesluit beroep is ingesteld bij het Hof.

Op verzoek van VNG en IPO is aan de memorie een passage toegevoegd over de gevolgen van een vernietiging van een Commissiebesluit door het Hof, indien de staatssteun ter uitvoering van het Commissiebesluit al is teruggevorderd door de lidstaat. Wel onder de vermelding dat dit geen vraag betreft die wordt opgeworpen door de regeling van dit wetsvoorstel, maar zich ook nu reeds kan voordoen.

VNG, IPO en UvW vragen aandacht voor het feit dat meerdere bestuursorganen tegelijk «bestuursorgaan dat het aangaat» kunnen zijn. Zij vrezen dat dit uitvoeringsproblemen kan opleveren en verzoeken te bezien of op dit punt aanpassing van het wetsvoorstel nodig is. Het wetsvoorstel is op dit punt niet aangepast. Belangrijk is dat het wetsvoorstel voor alle denkbare gevallen de terugvorderingsverplichting belegt. In de meeste gevallen is dat – eenduidig – het bestuursorgaan dat de steun heeft verstrekt of voor de verstrekking verantwoordelijk is (voorgesteld artikel 1, onderdelen a en b, onder 1°). In enkele gevallen, namelijk ingeval van verstrekking van staatssteun door een rechtspersoon naar privaatrecht, kan de verplichting op meerdere bestuursorganen komen te rusten. Die bestuursorganen waren dan echter ook allemaal betrokken bij de verstrekking van de terug te vorderen steun. Betrokken bestuursorganen dienen in onderling overleg te bepalen wie tot terugvordering overgaat en hoe eventuele kosten worden verdeeld. Een afwachter houding van de betrokken bestuursorganen is daarbij niet aan de orde, omdat de verplichting op een ieder van hen rust en ze allemaal via de Wet Nerpe tot terugvordering kunnen worden aangespoord.

Naar aanleiding van zowel het advies van de VNG als dat van de IPO als dat van de UvW is in de toelichting verduidelijkt hoe een bestuursorgaan dat het aangaat in voorkomende gevallen tot een nadere invulling van het Commissiebesluit komt, namelijk volgens de in het Commissiebesluit aangegeven lijnen en verder in overleg met de Commissie.

Ook op de andere door VNG en IPO aangedragen punten is de toelichting aangevuld. Het betreft de vindplaats van de in de uitvoeringsverordening neergelegde uitvoeringsbepalingen, bedoeld in artikel 33 van de procedureverordening en een verduidelijking in hoeverre de voorgestelde doorwerkingsbepalingen ook gelden indien de onderliggende rechtsverhouding een privaatrechtelijke is.

Het IPO vroeg daarnaast aandacht voor de gevolgen voor de steunregeling als op grond van die regeling verstrekte steun wordt teruggevorderd. De voorgestelde regeling heeft geen gevolgen voor een dergelijke steunregeling. De terugvordering kan echter uiteraard wel een aanleiding vormen voor de opsteller van de regeling om de regeling te herzien of om de regeling alsnog te melden bij de Commissie.

De UvW vroeg om een bevestiging van haar zienswijze dat uit het wetsvoorstel volgt dat staatssteun bestaande uit niet of te weinig afgedragen waterschapsbelastingen niet met behulp van het fiscale instrumentarium wordt teruggevorderd. Dit is niet het geval. Het is de bedoeling dat dergelijke steun met behulp van het fiscale instrumentarium wordt teruggevorderd. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn op dit punt verduidelijkt.

In reactie op het advies van de UvW is voorts op een enkel punt de terugvorderingsprocedure verduidelijkt in de memorie van toelichting (bijv hoe het eraan toegaat als een Commissiebesluit nadere invulling behoeft). Gecontroleerd is voorts of de memorie ingaat op de verhouding tussen het wetsvoorstel en de Wet Nerpe (zie hoofdstuk 3 en onderdeel 4.10 van deze memorie).

### **6.3 Internetconsultatie**

Het wetsvoorstel is in juni en juli 2016 gedurende een termijn van zes weken openbaar geconsulteerd. Er zijn 8 reacties ontvangen van burgers, wetenschappers, een advocatenkantoor, een branchevereniging en beroepsverenigingen. Vijf reacties zijn openbaar, drie niet. De openbare reacties zijn afkomstig van één burger, prof. mr. dr. R.H.C. Luja, hoogleraar Rechtsvergelijkend belastingrecht aan de Universiteit Maastricht, de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, het Register Belastingadviseur en Nysingh advocaten-notarissen.

De respondenten spreken in algemene zin hun waardering uit voor het wetsvoorstel. Noodzaak en hoofdlijnen van het wetsvoorstel worden onderschreven. De opmerkingen richten zich op onderdelen van het wetsvoorstel.

Een groot deel van de opmerkingen richt zich op de terugvordering van fiscale steun met behulp van het fiscale instrumentarium. Die opmerkingen betreffen de reikwijdte van de fiscale terugvordering (vallen decentrale belastingen en premieheffing daar ook onder?), suggesties om de afbakening tussen het algemene en het fiscale terugvorderingsregime te verbeteren, het op de fiscale terugvordering toepasselijke recht, de terugvorderingsprocedure (aanvangsmoment steun ivm renteberekening en verjaringstermijn, concrete bepaling indirect begunstigden, het voorzien in de mogelijkheid om de procedure op te schorten, de uitvoerbaarheid van een Commissiebesluit dat alleen noopt tot terugvordering van rente), de openstaande rechtsgang en vragen over internationale aspecten van terugvordering van fiscale steun (kwalificatie als belasting?, internationale verrekening).

Een aantal van deze opmerkingen heeft geleid tot aanpassing of aanvulling van het wetsvoorstel of de memorie van toelichting. In de voorgestelde wettekst is het volgende verduidelijkt. In artikel 2, tweede lid, van het wetsvoorstel is verduidelijkt dat het fiscale regime toepassing vindt voor zover het fiscale terugvorderingsregime daartoe de instrumenten bevat. Indien steun niet op grond van het fiscale regime kan worden teruggevorderd of ingevorderd, bijvoorbeeld wanneer sprake is van (een) indirect begunstigde(n) die niet via het fiscale regime kan worden bereikt, dan wordt bij die derde begunstigde door middel van het algemene regime teruggevorderd. Verder is aan genoemd artikel een derde lid toegevoegd, waarin wordt verduidelijkt dat uit de heffing van belastingen op grond van de Provinciewet, Gemeentewet of Waterschapswet voortvloeiende staatssteun tevens via het fiscale regime wordt teruggevorderd en ingevorderd. Daarnaast is in het voorgestelde artikel 63ab van de IW 1990 artikel 17, tweede lid, tweede volzin van de IW 1990 ten aanzien van de invordering van teruggevorderde staatssteun niet van toepassing verklaard. Hier is voor gekozen, omdat het bepaalde in dat artikel kan leiden tot strijdigheid met de uit het Unierecht voortvloeiende verplichting tot onverwijld en effectieve terugvordering. Ook is in lijn met de jurisprudentie van het Hof (o.a. Hof 11 december 2012, ECLI:EU:C:2012:781 [C-610/10, Magefesa]) over terugbetaling van staatssteun in situaties van insolventie een bepaling toegevoegd aan de Faillissementswet (Fw) die bewerkstelligt dat een akkoord als bedoeld in de Fw niet kan worden goedgekeurd (gehomologeerd) door de rechter

indien dat akkoord niet de volledige terugbetaling waarborgt van de staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit moet worden teruggevorderd.

Naast deze toevoegingen aan de wettekst is een aantal verduidelijkingen aangebracht in de memorie van toelichting. In paragraaf 4.3.2 van het algemeen deel van deze toelichting is de verantwoordelijkheid voor terugvordering en invordering van fiscale steun op landelijk en decentraal niveau toegelicht. In paragraaf 4.9.2. is verduidelijkt dat bij terugvordering en invordering vanwege staatssteun door de inspecteur of ontvanger de gebruikelijke fiscale rechtsbescherming openstaat.

In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2 is toegelicht dat de terugvordering van premies werknemersverzekeringen vanwege verstrekte staatssteun geschiedt volgens het algemene regime. In de toelichting bij artikel 10 is verduidelijkt dat het buiten toepassing blijven van voorwaarden en verjaringstermijnen alleen geschiedt voor zover het de terugvordering van de staatssteun en de doorwerking daarvan betreft. Verder is aangevuld dat de verschuldigde rente bij beschikking wordt vastgesteld. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 11 is verduidelijkt dat het voorgestelde artikel 63ab van de IW 1990 geen toepassing vindt ter zake van een lopend of toekomstig boekjaar, omdat de ontvanger in die gevallen conform de Unierechtelijke regelgeving zal handelen en voor die (boek)jaren geen staatssteunvoordeel zal verlenen. Voor zover al een voordeel is verleend zal dat conform de voorgestelde artikelen 10 en 11 van deze wet worden teruggevorderd of ingevorderd. Daarnaast zijn de hiervoor omschreven toevoegingen aan artikel 11, vanwege de geboden effectieve terugvordering, toegelicht.

Overigens laten sommige reacties uit fiscale hoek zien dat het algemene en het fiscale terugvorderingsregime nog niet altijd scherp van elkaar worden onderscheiden. Waar mogelijk is in verband daarmee de toelichting verduidelijkt.

De opmerkingen die betrekking hebben op het algemene terugvorderingsregime gaan over de reikwijdte van het begrip «Commissiebesluit» (moeten voorlopige terugvorderingsbevelen van de Commissie daar niet ook onder vallen?), de eventuele situatie dat wordt teruggevorderd op grond van een Commissiebesluit terwijl er tegen dat Commissiebesluit beroep is ingesteld bij het Hof of het Hof dat Commissiebesluit heeft vernietigd, een suggestie om de grondslag van een terugvordering die alleen betrekking heeft op rente te baseren op artikel 108 van het VWEU, vragen over de doorwerking die een terugvordering van privaatrechtelijke steun moet hebben voor de onderliggende privaatrechtelijke rechtsverhouding en over de reikwijdte van voorgesteld artikel 7.

De vraag of een voorlopig terugvorderingsbevel van de Commissie niet ook onder het begrip «Commissiebesluit» zou moeten vallen is ook gesteld door de Raad voor de Rechtspraak. In navolging daarvan zijn de voorlopige terugvorderingsbevelen van de Commissie onder het begrip «Commissiebesluit» gebracht. Bovendien is aan die begripsomschrijving toegevoegd dat een Commissiebesluit ook rechtstreeks gebaseerd kan zijn op het VWEU. In het geval van op zichzelf verenigbare, maar te vroeg verstrekte steun kan de Commissie immers besluiten tot het terugvorderen van rente over de periode dat de steun nog niet had mogen worden verstrekt en vindt die terugvordering van uitsluitend rente niet plaats op basis van de procedureverordening maar rechtstreeks op basis van het VWEU.

Aan de memorie is een passage toegevoegd over de gevolgen van een vernietiging van een Commissiebesluit door het Hof, indien de staatssteun ter uitvoering van het Commissiebesluit al is teruggevorderd door de lidstaat. Niet alleen omdat verschillende respondenten op de internetconsultatie daarover vragen hebben gesteld, maar ook in reactie op de

adviezen van VNG en IPO. Daarbij is wel aangegeven dat het hierbij niet gaat om een vraag die wordt geïntroduceerd door het wetsvoorstel. Ook in de huidige constellatie kan zich immers een dergelijke situatie voordoen. Aangegeven is voorts dat een bij het Hof aanhangig beroep tegen een Commissiebesluit geen aanleiding kan vormen voor het opschorten van de terugvordering door de lidstaat. Ook niet als door de terugvordering een faillissement dreigt. Dat betekent dat aan het wetsvoorstel geen bepalingen kunnen worden toegevoegd die een dergelijke opschorting of een matiging van de terugvordering anderszins beogen. Het beginsel van loyale samenwerking en de daarmee samenhangende eis van een onverwijld, effectieve tenuitvoerlegging van Commissiebesluiten, staan daaraan in de weg.

In reactie op vragen over de doorwerking die een terugvordering van privaatrechtelijke steun heeft of dient te hebben voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding is de memorie op een aantal punten aangevuld. Zo is aangegeven dat artikel 3, derde lid, ook van toepassing is in een dergelijke rechtsverhouding en is aan de toelichting op artikel 6 een passage toegevoegd die uitlegt waarom een bepaling die de doorwerking regelt van de terugvordering voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding, niet wenselijk is. Om dezelfde reden is een artikel 7-achtige bepaling voor het privaatrecht eveneens onwenselijk, wat heeft geleid tot de toevoeging van een soortgelijke passage aan de toelichting op artikel 7. Partijen beschikken over voldoende mogelijkheden om hun privaatrechtelijke rechtsverhouding te wijzigen of de civiele rechter daarover om een oordeel te vragen. Een voorziening in het wetsvoorstel die partijen in een voorkomend geval dwingt tot (her)onderhandelen en het aanpassen van hun rechtsverhouding is daarom niet wenselijk.

## **7. Regeldruk en uitvoering door de Belastingdienst**

### **7.1 Regeldruk**

Het wetsvoorstel brengt geen lasten voor burgers, bedrijven of het milieu met zich, aangezien de terugvorderingsverplichting al uit het Europese recht voortvloeit en dit wetsvoorstel slechts beoogt het bestaande nationaalrechtelijk instrumentarium, dat zich tot de overheid richt, sluitend te maken en eenvoudiger. Het instrumentarium richt zich niet tot ondernemers en legt hen geen verplichtingen op. Ook voorgesteld artikel 4 inzake het beroep op nationale termijnen brengt geen lasten voor ondernemers met zich. De voorrang van de Europeesrechtelijke verjaaringstermijn op de nationale bewaar- en vernietigingstermijnen geldt al op grond van het Unierecht en de voorgestelde bepaling heeft derhalve slechts een signalerende functie.

### **7.2 Uitvoering door de Belastingdienst**

Sinds de Unierechtelijke verplichting tot terugvordering van staatssteun bestaat, is het slechts een aantal keer en ten aanzien van specifieke staatssteunontvangers voorgekomen dat tot terugvordering moest worden overgegaan. Omdat automatisering van de regeling zeer complex zou zijn, zal de Belastingdienst de terugvordering van fiscale steun bij wijze van een handmatig proces (blijven) uitvoeren. Dit zal dan geschieden met de huidige beschikbare capaciteit.

## II. ARTIKELN

### Artikel 1

Op de belangrijkste begrippen is in hoofdstuk vier van het algemeen deel van deze memorie van toelichting al ingegaan. In aanvulling daarop wordt hier nog ingegaan op andere begrippen die in voorgesteld artikel 1 worden gedefinieerd.

#### *Beschikking tot betaling*

Een beschikking tot betaling is omschreven als een beschikking die verplicht tot betaling van een geldsom. Het gaat om een beschikking als bedoeld in art 4:86, eerste lid, van de Awb. Ingevolge dat artikel dient de beschikking in elk geval de te betalen geldsom te vermelden en de termijn waarbinnen de betaling moet plaatsvinden.

#### *Procedureverordening*

Omdat de oude procedureverordening (Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEG 1999, L83)) herhaaldelijk en ingrijpend is gewijzigd, is ter wille van de duidelijkheid en een rationele ordening van de tekst overgegaan tot codificatie van die verordening. Dit heeft geleid tot de nieuwe procedureverordening: Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2015, L 248). Deze verordening is op 14 oktober 2015 in werking getreden. In het wetsvoorstel wordt een aantal malen naar de procedureverordening verwezen, waarbij een dynamische verwijzing is beoogd. In dat geval volstaat het noemen van de titel van de verordening. Toevoegingen als «zoals deze verordening nader is of zal worden gewijzigd» zijn overbodig.

### Artikel 2

Dit artikel is een kernartikel van het wetsvoorstel en regelt twee zaken. Allereerst bepaalt het dat bij terugvordering vanwege een Commissiebesluit gebruikgemaakt *moet* worden van de grondslag en regeling van de Wet terugvordering staatssteun. Dat wordt aangegeven met «deze wet» in het eerste lid. Omdat de bepalingen ter wijziging van andere wetten op het moment van inwerkingtreding opgaan in die wetten en terstond zijn uitgewerkt heeft «deze wet» na inwerkingtreding materieel immers alleen betrekking op de niet-wijzigingsbepalingen. Daarmee omvat «deze wet» wel het algemene terugvorderingsregime maar niet (ook) de door de wijzigingsbepalingen aangebrachte wijzigingen van de AWR en Invoeringswet 1990 (IW 1990) (fiscale terugvorderingsregime). Andere terugvorderingsinstrumenten worden met andere woorden opzij gezet. In de tweede plaats wordt *fiscale* steun die ingevolge een Commissiebesluit teruggevorderd moet worden, van die exclusief toe te passen terugvorderingsregeling uitgezonderd voor zover de staatssteun volgens dat terugvorderingsregime kan worden teruggevorderd. Onder fiscale steun wordt verstaan staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet of de IW 1990. Indien niet op basis van de belastingwet of de IW 1990 kan worden teruggevorderd of ingevorderd geschiedt dat op grond van het algemene regime van het eerste lid. Het derde lid dient ertoe te verzekeren dat ook staatssteun die voortvloeit uit belastingen die worden geheven op grond van de Provinciewet, de Gemeentewet of de Waterschapswet onverwijld kan worden teruggevorderd. Daartoe wordt

bepaald dat onder staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet tevens staatssteun wordt verstaan die voortvloeit uit belastingen die worden geheven op grond van de voornoemde wetten. Voornoemde steun zal worden teruggevorderd door de inspecteur, indien de staatssteun voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet of uit belastingen die worden geheven op grond van de voornoemde wetten, of door de ontvanger, indien de staatssteun voortvloeit uit de toepassing van de IW 1990. Op de regeling in de AWR en IW 1990 wordt ingegaan in de toelichting op de voorgestelde artikelen 10 en 11.

In de sfeer van de werknemersverzekeringen kan een onderneming staatssteun ontvangen indien een onderneming bijvoorbeeld wordt toegestaan minder te betalen dan een andere onderneming (werkgeversdeel). Dergelijke staatssteun wordt niet begrepen onder fiscale steun als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van dit wetsvoorstel vanwege het feit dat de werknemersverzekeringen niet onder de reikwijdte vallen van de in artikel 2, eerste lid, onder a, van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen genoemde belastingwetten. De Belastingdienst is weliswaar op grond van artikel 57 van de Wet financiering sociale verzekeringen belast met de heffing van de premies werknemersverzekeringen, maar is niet het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de verstrekking van de ingevolge een Commissiebesluit als staatssteun terug te vorderen steun. Voor het terugvorderen van staatssteun in de sfeer van werknemersverzekeringen is derhalve de hoofdregel van het eerste lid van toepassing.

### **Artikel 3**

Het eerste lid bevat de grondslag voor de terugvordering van staatssteun ter uitvoering van een Commissiebesluit. De verplichting tot terugvordering wordt gelegd bij het bestuursorgaan dat het aangaat. De terug te vorderen steun omvat ook rente. Terug te vorderen steun die alleen uit rente bestaat wordt derhalve ook op basis van het eerste lid teruggevorderd. Van terug te vorderen steun die uitsluitend uit rente bestaat kan sprake zijn als de steun op zichzelf verenigbaar is met de interne markt maar te vroeg is verleend, dus voor afloop van de standstill-termijn. De Commissie kan de lidstaat dan gelet op artikel 108, derde lid, van het VWEU opdracht geven tot terugvordering van de rente over het tijdvak tussen verlening en het einde van de standstilltermijn.

Het tweede lid geeft aan dat het bestuursorgaan dat het aangaat de rente bepaalt overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van de procedureverordening, voor zover de hoogte van de rente niet reeds concreet is bepaald in het desbetreffende Commissiebesluit. Deze bepaling is ook van toepassing indien de door de Commissie bevolen terugvordering uitsluitend betrekking heeft op rente, namelijk in het geval er sprake is van met de interne markt verenigbare, maar te vroeg verleende steun.

De rente is verschuldigd over de periode tussen de datum waarop de steun voor de begunstigde beschikbaar kwam tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. Omdat op het moment van het geven van de beschikking tot betaling (uiteeraard) nog niet bekend is wanneer de begunstigde zal terugbetalen zal de beschikking tot betaling moeten aangeven hoe de begunstigde het rentebedrag gedurende de feitelijke invorderingsperiode dient te bepalen.

Het derde lid bevat de verplichting voor het bestuursorgaan dat het aangaat om in de beschikking tot betaling op te nemen dat nog openstaande betalingsverplichtingen jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Te denken valt aan periodieke betalingsverplichtingen. Indien een dergelijke verplichting heeft geleid tot steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, moet voorkomen

worden dat nog openstaande betalingsverplichtingen kunnen leiden tot het opnieuw verstrekken van vormen van staatssteun als die op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Dit wordt in het artikelonderdeel omschreven als «gelijksoortige staatssteun». Het gaat daarbij naar zijn aard om dezelfde staatssteun als de staatssteun die moet worden teruggevorderd. Het enige verschil betreft het verstrekkingsmoment. Het ligt in de rede direct in de beschikking tot betaling van de terug te vorderen staatssteun te regelen dat dergelijke openstaande betalingsverplichtingen, die zowel een bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk karakter kunnen hebben, vervallen om nieuwe terugvorderingszaken te voorkomen.

#### **Artikel 4**

Nationaalrechtelijke bepalingen die de uitoefening van door het unierecht verleende rechten onmogelijk of uiterst moeilijk maken moeten buiten toepassing worden gelaten (doeltreffendheidsbeginsel, zie Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationaal rechterlijke instanties (2009/C 85/01). Dit volgt ook uit de rechtspraak van het Hof (zie bijv. Hof 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2193 [C-527/12, Commissie-Duitsland]). Ook nationaalrechtelijke vernietigings- of bewaartermijnen die de verjaringstermijn van tien jaar, geldend voor de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen (zie artikel 17 van de procedureverordening), doorkruisen dienen dus buiten toepassing te worden gelaten. Een begunstigde kan zich dus in beginsel niet beroepen op de geldende nationaalrechtelijke termijnen als hij informatie inzake hem verstrekte staatssteun niet gedurende de Europeesrechtelijk geldende verjaringsstermijn heeft bewaard en doet er daarom verstandig aan voor het bewaren van staatssteungegevens de verjaringstermijn uit de procedureverordening in acht te nemen.

Voorgesteld artikel 4 strekt er toe de verhouding tussen nationale termijnbepalingen en de Europeesrechtelijke verjaringstermijn aan te geven en zo de strijdigheid daartussen op te heffen. Die verhouding is dat Europeesrechtelijke bepalingen nationaalrechtelijke bepalingen opzij zetten die de werking van die Europeesrechtelijke bepalingen belemmeren of doorkruisen. Het is van belang dat ten behoeve van ondernemers te signaleren en de verhouding tussen de Europeesrechtelijke verjaringsstermijn en nationaalrechtelijke bewaar- en vernietigingstermijnen met het oog op de rechtsbescherming van begunstigden duidelijk te regelen.

Onder omstandigheden is het niet uitgesloten dat uit het Unierecht zelf voortvloeit dat in een concrete terugvorderingscasus bepaalde Unierechtelijke bepalingen toch niet kunnen worden toegepast. Een voorbeeld dat ging over het al dan niet terugvorderen van steun biedt het arrest van het Hof inzake de Stichting ROM-projecten (Hof 21 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:370 [C-158/06]). Het arrest laat zien dat het rechtszekerheidsbeginsel van het Unierecht zich onder omstandigheden tegen onverkorte toepassing van de verplichting tot terugbetaling kan verzetten. In die casus moest een eindbegunstigde steun, te weten een bijdrage uit een tweetal Europese structuurfondsen, terugbetalen terwijl de Europeesrechtelijke steuntoekenningsvoorwaarden door Nederland niet waren gepubliceerd en ook niet door Nederland aan de begunstigde waren meegedeeld. Het Hof oordeelde dat in een dergelijk geval het Unierecht zich er niet tegen verzet dat het rechtszekerheidsbeginsel wordt toegepast teneinde terugbetaling door de begunstigde van de ten onrechte betaalde bedragen uit te sluiten, mits de goede trouw van de begunstigde is aangetoond.

Deze jurisprudentie is echter te weinig toegespitst op de situatie van artikel 4 om te kunnen worden verwerkt in een algemene bepaling die de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht voor die situatie beoogt te regelen met het oog op de rechtsbescherming van begunstigden. Daarvan is dan ook afgezien. In feite gaat het in genoemd arrest ook niet om de *verhouding* tussen het Europese en nationale recht (op een specifiek punt), maar om de vraag wat in een concreet geval uit het Europese recht voortvloeit. Het ligt in de rede dat een nationale rechter die zich afvraagt of het Unierecht zelf in een concrete casus niet met zich moet brengen dat aan een specifieke Unierechtelijke bepaling geen toepassing wordt gegeven, daarover prejudiciële vragen stelt aan het Hof, net als in de zaak van de Stichting ROM-projecten het geval was.

## **Artikel 5**

Een Commissiebesluit zal altijd nopen tot het terughalen van de verstrekte staatssteun. Het bestuursorgaan dat het aangaat zal hieraan vorm geven door een beschikking als bedoeld in artikel 4:86, eerste lid, van de Awb, dat wil zeggen door een beschikking die verplicht tot betaling van een geldsom. Op dergelijke beschikkingen, vatbaar voor bezwaar en beroep (zie daarover paragraaf 4.9 van het algemeen deel van deze memorie), is titel 4.4 van de Awb van toepassing (zie artikel 4:85, eerste lid, onderdeel b, van de Awb). In die toepasselijkheid behoeft dit wetsvoorstel derhalve niet te voorzien. Wel wordt de toepasselijkheid van de afdelingen 4.4.2 (verzuim en wettelijke rente) en 4.4.3 (verjaring) uitgezonderd, omdat de bepalingen opgenomen in die afdelingen op gespannen voet staan met de regels voor terugvordering zoals die gelden ingevolge het recht van de Europese Unie. In paragraaf 4.6 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is daarop nader ingegaan.

De begunstigde onderneming waarvan wordt teruggevorderd dient te betalen binnen de betalingstermijn die wordt vermeld in de beschikking tot betaling (zie artikel 4:86, tweede lid, onderdeel b, van de Awb). Indien hij niet binnen de voorgeschreven termijn betaalt, is hij in verzuim (zie artikel 4:97 van de Awb). Indien hij na het verstrijken van de aanmanings-termijn (artikel 4:112 van de Awb) nog steeds niet heeft betaald, kan het bestuursorgaan dat het aangaat de door de onderneming te betalen geldsom invorderen bij dwangbevel. Dit wordt geregeld in het tweede lid van voorgesteld artikel 5. Een executiegeschil (zoals verzet) gericht tegen een dwangbevel heeft niet automatisch schorsende werking. Schorsende werking kan ingevolge artikel 438, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wel worden gevraagd aan de voorzieningen-rechter. Dit wetsvoorstel voorziet nadrukkelijk *niet* in de schorsende werking van verzet van rechtswege in verband met de noodzaak van een onverwijlde en daadwerkelijke uitvoering van terugvorderingsbesluiten van de Commissie. Illustratief daarbij is dat de Commissie heeft besloten Frankrijk voor het Hof te dagen (beslissing van 23 juli 2014, IP/15/5442) omdat het Franse recht wel voorziet in een dergelijke schorsende werking van rechtswege.

Het derde lid regelt de bestemming van geldsommen die als gevolg van de terugvordering van steun, worden ontvangen. Bepaald wordt dat een dergelijke geldsom toekomt aan de rechtspersoon die de steun heeft verstrekt of waartoe het bestuursorgaan behoort dat de steun heeft verstrekt. In paragraaf 4.7 van het algemeen deel van deze memorie is dat nader toegelicht.

## **Artikel 6**

Afgezien van de beschikking tot betaling die strekt tot het terughalen van de ten onrechte verstrekte steun en het laten vervallen van openstaande betalingsverplichtingen die leiden tot gelijksoortige staatssteun als die

moet worden teruggevorderd, kan de uitvoering van het Commissiebesluit ertoe leiden dat betrokkenen het nodig of wenselijk vinden de bestaande rechtsverhouding aan te passen. Dit wordt zoveel mogelijk (zie artikel 3, derde lid, van dit wetsvoorstel) aan de betrokken rechtssubjecten zelf overgelaten. Indien dat rechtssubject een bestuursorgaan is (bestuursrechtelijke steun), dient dat orgaan echter wel te beschikken over een bevoegdheid om de bestaande rechtsverhouding desgewenst nader te regelen. Met het oog daarop voorziet het wetsvoorstel voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscaalrechtelijke aard zekerheidshalve in de bevoegdheid van een bestuursorgaan in een dergelijk geval ambtshalve de doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen. De bevoegdheid wordt neergelegd bij het bestuursorgaan dat het besluit tot verstrekking van de (teruggevorderde) staatssteun heeft genomen. Dit zal vrijwel steeds hetzelfde bestuursorgaan zijn als het bestuursorgaan dat in de hoedanigheid van «het bestuursorgaan dat het aangaat» op basis van artikel 2, tweede lid, van het wetsvoorstel de beschikking tot betaling heeft gegeven. Ingeval er sprake is van rechtstreeks uit een wettelijk voorschrift voortvloeiende steun (zie onderdeel c van de in artikel 1 van het wetsvoorstel opgenomen definitie van bestuursorgaan dat het aangaat) en er geen beschikking is die kan worden gewijzigd of ingetrokken, is geregeld dat het bestuursorgaan dat de desbetreffende wet- of regelgeving uitvoert de bevoegdheid heeft een beschikking te geven om de gewenste rechtsgevolgen voor de bestaande rechtsverhouding te regelen. Een voorziening zoals voorgesteld in artikel 6 is voor de regeling van privaatrechtelijke aspecten van de doorwerking niet nodig omdat het privaatrecht een partij mogelijkheden biedt om aangegane overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen of daarover een uitspraak van de civiele rechter te vragen. Gelet op deze mogelijkheden zou het opnemen van een verplichting tot (her)onderhandeling te ver voeren. Zo zullen partijen soms zelf een wijziging van de overeenkomst bereiken door het invoeren van een wijzigingsbeding in de overeenkomst of door wijziging van de overeenkomst met wederzijdse instemming. Het is ook mogelijk dat partijen geen overeenstemming bereiken over het wijzigen van de overeenkomst. Denkbaar is dat de partij die de overeenkomst wil aanpassen zich ten overstaan van de rechter bijvoorbeeld beroept op artikel 6:248 van het BW, als hij meent dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De partij die geen baat heeft bij wijziging van de overeenkomst zal daarentegen nakoming van de overeenkomst vorderen. Het is vervolgens aan de civiele rechter over de verschillende vorderingen te oordelen.

De voorziening van artikel 6 betreft alleen een grondslag om een bestuursorgaan in staat te stellen iets te *kunnen* regelen inzake de doorwerking van de terugvordering.

Een verdergaande regeling zou niet alleen doel en bestek van dit wetsvoorstel te buiten gaan, maar is ook niet mogelijk omdat de invulling van die doorwerking er van geval tot geval anders uit zal zien. Voor zover de invulling van de doorwerking wordt bemoeilijkt door knelpunten en lacunes in het nationale recht zelf (al dan niet samenhangend met het feit dat het nationale recht niet altijd voldoende is toegesneden op het Unierecht), is die problematiek bovendien op dit moment onvoldoende uitgekristalliseerd om door middel van wetgeving te kunnen worden opgelost. Dat kan uiteraard in de toekomst (op onderdelen) anders komen te liggen, bijvoorbeeld door ontwikkelingen in de jurisprudentie. Wat een rechter naar aanleiding van een terugvordering oordeelt ter regeling van de doorwerking staat overigens los van de verplichting tot een dergelijke terugvordering op grond van een Commissiebesluit.

## Artikel 7

Soms is duidelijk op grond van een advies van de Commissie dat een gegeven beschikking heeft geleid tot onrechtmatige staatssteun, maar ontbreekt in de wettelijke regeling waar de beschikking op is gebaseerd een grondslag om de beschikking in verband met die onrechtmatige staatssteun te herzien. Dit deed zich voor in de zaak Zorg en Zekerheid (ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152). Denkbaar is dat een dergelijke casus waarin naderhand blijkt dat een beschikking heeft geleid tot onrechtmatige staatssteun, zich niet alleen naar aanleiding van een advies van de Commissie kan voordoen maar bijvoorbeeld ook naar aanleiding van Europese of nationale jurisprudentie. Voor dergelijke gevallen, waarin (nog) geen sprake is van een Commissiebesluit, maar waarin wel duidelijk is dat er in strijd met artikel 108, derde lid, van het VWEU een beschikking is vastgesteld en er in de wettelijke regeling een bevoegdheidsgrondslag ontbreekt voor wijziging of herziening van die beschikking, biedt voorgesteld artikel 7 een voorziening. Het artikel voorziet namelijk in de grondslag om in een dergelijk geval de beschikking te wijzigen en bepaalt dat het bestuursorgaan dat de beschikking heeft gegeven dan ook verplicht is dat te doen. Die verplichting komt tot uitdrukking in de term «gehouden» in het eerste lid en vloeit voort uit het beginsel van loyale samenwerking dat is neergelegd in artikel 4, derde lid, van VEU. Gelet op dit beginsel moet de beschikking worden «teruggedraaid» ook al is er nog geen besluit van de Commissie dat daartoe strekt maar «alleen» een advies van de Commissie of een gerechtelijke uitspraak in een andere zaak. Dit geldt voor alle bestuursrechtelijke steun dus met inbegrip van fiscale steun. Daarbij kan fiscale steun desgewenst ook langs fiscale weg worden teruggevorderd (zie het derde lid, laatste zin). Op deze wijze is verzekerd dat er steeds een adequate terugvorderingsgrondslag is indien terugvordering aangewezen is zonder dat er sprake is van een Commissiebesluit.

Een voorziening zoals voorgesteld artikel 7, eerste lid, is voor privaatrechtelijk verstrekte steun niet nodig omdat het privaatrecht reeds voldoende mogelijkheden bevat voor een dergelijke terugvordering. Het gaat om dezelfde mogelijkheden als die hierboven zijn genoemd in de laatste alinea van de toelichting op artikel 6. Dat is anders als het gaat om een grondslag voor het terugvorderen van – overeenkomstig de procedureverordening berekende – rente. Artikel 7 voorziet voor de situatie dat er geen sprake is van een Commissiebesluit niet alleen voor bestuursrechtelijke (fiscale) steun (lid 2) in een renteterugvorderings- en berekeningsgrondslag, maar ook voor privaatrechtelijke steun (lid 4). Beide leden hebben uiteraard allereerst betekenis voor het bestuursorgaan dat gehouden is tot terugvordering (lid 2) en partijen die nadere afspraken willen maken strekkend tot ongedaanmaking van eerder overeengekomen steun (lid 4), maar in een gerechtelijke procedure zal de rechter daarbij moeten aansluiten. Zonder een dergelijke grondslag zou men zijn aangewezen op de regeling van de wettelijke rente in het BW.

## Artikel 8

Voorgesteld artikel 8 voorziet in overgangsrecht om te bereiken dat reeds in gang gezette terugvorderingen «gewoon» voortgezet kunnen worden. Het gaat om terugvorderingen in het kader waarvan voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet al rechtshandelingen zijn verricht. De verplichting van voorgesteld artikel 2, eerste lid, om terug te vorderen op basis van de regeling in dit wetsvoorstel, is op die terugvorderingen niet van toepassing zodat dergelijke terugvorderingen kunnen worden vervolgd en afgerond op basis van het recht zoals dat onmiddellijk voorafgaand aan de inwerkingtreding van de regeling van dit wetsvoorstel gold. In dergelijke gevallen kan echter wel alsnog voor

terugvordering op basis van de regeling van dit wetsvoorstel worden gekozen. Immers alleen de «verplichting» om terug te vorderen op basis van de regeling van dit wetsvoorstel vervalt.

Vanwege de gedifferentieerde inwerkingtredingsbepaling (zie artikel 13) wordt in artikel 8 overigens niet gesproken over «inwerkingtreding van deze wet» als scharniermoment, maar is gekozen voor de inwerkingtreding van het kernartikel van het wetsvoorstel, te weten artikel 2.

## **Artikel 9**

### *Onderdelen A en B*

Mede naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 13 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 [Ridderstee]), wordt voorgesteld aan de Awb een extra bepaling voor de weigering van een aanvraag tot subsidieverlening toe te voegen. Onderdeel A voorziet hierin. De bepaling regelt dat de subsidieverlening kan worden geweigerd indien de verstrekking van subsidie onverenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 van het VWEU. Te denken valt bijvoorbeeld aan subsidies waarvan het zonder meer duidelijk is dat het gaat om met de interne markt onverenigbare staatssteun in de zin van artikel 107 van het VWEU. Dat doet zich bijvoorbeeld voor in de situatie dat een onderneming om subsidie vraagt terwijl de Commissie een soortgelijke subsidie van dezelfde of een andere onderneming als onverenigbaar met de interne markt beschouwde. De bepaling voorkomt dat Nederland later onnodig wordt geconfronteerd met terugvorderingszaken en bewerkstelligt ook dat de Commissie niet behoeft te worden benaderd in gevallen waarin evident sprake is van verboden staatssteun. Onderdeel B van artikel 9 voorziet erin dat deze weigeringsgrond ook van toepassing is op de subsidievaststelling indien voorafgaand aan de subsidievaststelling geen subsidieverlening plaatsvindt.

### *Onderdeel C*

Dit wetsvoorstel wijzigt het huidige systeem van rechtsbescherming niet. Dat betekent dat tegen rechtshandelingen ter nadere regeling van de bestaande rechtsverhouding de rechtsbescherming openstaat die ten aanzien van die rechtsverhouding in de toepasselijke wetgeving is voorzien.

Het betekent ook dat tegen een aanwijzing of ander besluit op basis van de Wet Nerpe in verband met het niet (voldoende) uitvoering geven aan in dit wetsvoorstel neergelegde verplichtingen de inzake de Wet Nerpe al geregelde rechtsgang van toepassing is (zie bijlage 1 en de artikelen 1 en 2 van bijlage 2 van de Awb).

Alleen ten aanzien van de op grond van artikel 3 van dit wetsvoorstel gegeven beschikkingen tot betaling die strekken tot terugvordering van de onterecht verstrekte staatssteun voorziet dit wetsvoorstel in een eigen regeling van de rechtsbescherming. Gekozen is om voor die beschikkingen te voorzien in beroep op het CBb in eerste en enige aanleg. Voor een toelichting op die keuze wordt verwezen naar paragraaf 4.9 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Opgemerkt zij verder nog dat een eventueel verzoek om schorsing van een beschikking tot betaling, gegeven op basis van artikel 3 van dit wetsvoorstel, naar verwachting niet vaak zal voorkomen omdat het doorgaans weinig kans van slagen heeft (zie Hof 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:812, blz. I-13903, punten 45–47 [C-304/09, Commissie/Italië]).

## **Artikel 10 (artikelen 20a en 20b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen)**

In het voorgestelde artikel 20a, eerste lid, van de AWR wordt bepaald dat indien staatssteun voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet en deze op basis van een Commissiebesluit als bedoeld in artikel 1 van de Wet terugvordering staatssteun moet worden teruggevorderd, de inspecteur de staatssteun als belasting terugvordert met toepassing van de voor de uitvoering van die belastingwet geldende regels. Dit impliceert ook de toepassing van de IW 1990, met uitzondering van de in het voorgestelde artikel 63ab, eerste lid, onderdeel a, van die wet genoemde artikelen. De terugvordering van fiscale staatssteun door middel van het bestaande fiscale instrumentarium betekent dat, voor zover pas na het moment van het vaststellen van de belastingaanslag of voldoening of afdracht op aangifte duidelijk wordt dat sprake was van staatssteun, de staatssteun door middel van (een) navorderingsaanslag(en) of naheffingsaanslag(en) over de (boek)jaren waarin de staatssteun is verleend zal worden teruggevorderd. Daarbij wordt in het tweede lid van genoemd artikel 20a bepaald dat de voorwaarden en de verjaringstermijnen die gelden voor navordering en naheffing bij de terugvordering van fiscale staatssteun opzij worden gezet. Deze voorwaarden en verjaringstermijnen vormen immers een belemmering voor de onverwijde en effectieve terugvordering van staatssteun. Omdat het Unierecht daartoe verplicht, blijven deze voorwaarden en verjaringstermijnen – vanzelfsprekend alleen voor zover het de terugvordering van de staatssteun betreft en de doorwerking daarvan – buiten toepassing. Het voorgaande laat onverlet dat de inspecteur, indien de begunstigde daarmee instemt, de terugvordering met toepassing van artikel 64 van de AWR op praktische wijze, bij voorbeeld via één navorderingsaanslag voor verschillende jaren, kan vormgeven.

Indachtig het uitgangspunt dat een begunstigde door terugvordering van staatssteun in de (financiële en fiscale) positie dient te worden gebracht waarin hij zonder de staatssteun zou hebben verkeerd, kan het voorkomen dat de inspecteur, naast de correctie van de aangifte of de oplegging van een navorderings- of naheffingsaanslag, andere handelingen moet verrichten om tot deze uitkomst te komen. De inspecteur vordert in dat geval de staatssteun terug en kan de fiscale doorwerking corrigeren, voor zover die de begunstigde in een andere (gunstigere of ongunstigere) positie brengt dan waarin hij zou hebben verkeerd zonder de staatssteun. De correctie in de winstsfeer als gevolg van terugvordering van staatssteun geschiedt op de voor de fiscaliteit gebruikelijke wijze. Dit betekent dat de inspecteur in de vennootschapsbelasting door middel van (een) navorderingsaanslag(en) de winst van de relevante boekjaren corrigeert. Het voorgestelde artikel 20a, eerste lid, van de AWR biedt hiertoe de ruimte. Dit stelt de inspecteur verder in staat om bijvoorbeeld een ingevolge artikel 20 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genomen verliesverrekeningsbeschikking te herzien op grond van artikel 20b van die wet. Ook bij herziening van die verliesverrekeningsbeschikking geldt niet de beperking dat herziening uitsluitend mag plaatsvinden indien sprake is van een nieuw feit (het voorgestelde artikel 20a, tweede lid, van de AWR). Terugvordering van staatssteun kan, bijvoorbeeld indien een door de belastingplichtige gekozen afschrijvingsregime staatssteun zou blijken te zijn, leiden tot een herleving van reguliere afschrijvingsregimes in de winstsfeer. Herleving van een keuzeregime zou ook kunnen leiden tot een correctie van de onderlinge verdeling van aftrekposten bij een ondernemer in de inkomstenbelasting en zijn partner. Het kan voorkomen dat aan een belastingplichtige een niet-fiscale subsidie is verstrekt ten gevolge waarvan diegene de kosten niet fiscaal kon aftrekken, omdat deze niet op de belastingplichtige drukten. Indien die niet-fiscale subsidie moet worden teruggevorderd kan het recht op aftrek

van kosten bij de belastingplichtige herleven. Bij de terugvordering van de niet-fiscale subsidie is het toegestaan om in het oudste openstaande boekjaar een voorziening te vormen ter hoogte van de terug te betalen staatssteun.

Op welke wijze een als gevolg van een terugvordering in Nederland hoger uitgevallen winst internationaal doorwerkt als het gaat om het alsnog benutten van een belastingcredit hangt van de concrete situatie af. De volgende twee voorbeelden illustreren dit.

- i. Indien als gevolg van een besluit van de Commissie in Nederland alsnog dividendbelasting ingehouden moet worden op naar het buitenland betaald dividend, dan zou ook die dividendbelasting onder de werking van een bilateraal verdrag kunnen vallen en zou de verdragspartner mogelijk een hogere verrekening moeten geven op de in het buitenland over dat dividend verschuldigde belasting.
- ii. Indien als gevolg van een besluit van de Commissie in Nederland belasting geheven moet worden over een grotere grondslag, dan kan dat de ruimte voor verrekening van bronbelasting in Nederland vergroten. Een hoger bedrag aan in Nederland verschuldigde belasting maakt verrekening van een hoger bedrag aan buitenlandse bronbelasting mogelijk. Een verrekening gaat immers nooit verder dan het bedrag van de in Nederland verschuldigde belasting.

Of binnen een internationaal concern gehanteerde onderlinge verrekenprijzen op basis van een besluit van de Commissie in het buitenland corresponderend gecorrigeerd worden is nog niet volledig uitgekristalliseerd. In relatie met niet-EU-verdragspartners lijkt dat uitgesloten omdat de verdeling van heffingsrechten dan gebaseerd is op het bilaterale belastingverdrag.

Een besluit van de Commissie is gericht tot één lidstaat en dwingt daarmee in beginsel geen rechtsgevolgen/corresponderende correcties af in andere landen. Het is dus in beginsel aan die andere landen om al dan niet tot corresponderende correcties over te gaan. Dat zou men ook kunnen afleiden uit het besluit van de Commissie inzake de staatssteun van Ierland aan Apple. In dat besluit heeft de Commissie aangegeven dat het in Ierland terug te vorderen bedrag minder groot moet worden als Apple in andere landen meer winst zou moeten verantwoorden. Volgens het persbericht van de Commissie kan dit het geval zijn als die andere landen, op basis van de informatie die uit het onderzoek van de Commissie naar voren is gekomen, van mening zijn dat de winst in hun jurisdictie had moeten worden geboekt. De Commissie heeft in het besluit zelf dus nog niet de in Ierland belastbare winst bepaald, maar laat nog ruimte over om de winstverdeling tussen de landen te corrigeren op initiatief van de landen zelf. Of ook in de gevallen waarin de Commissie in het besluit zelf wel winst bepaald heeft, bij de terugvordering van staatssteun rekening gehouden moet worden met reeds in het buitenland over dezelfde winst betaalde belasting, zal de Commissie naar verwachting nog verder verduidelijken en uitwerken. Een corresponderende correctie van binnen een internationaal concern gehanteerde onderlinge verrekenprijzen zou wellicht bewerkstelligd kunnen worden in het kader van bilaterale belastingverdragen of binnen het EU-arbitrageverdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing. In het derde lid van het voorgestelde artikel 20a van de AWR wordt artikel 4 van de Wet terugvordering staatssteun van overeenkomstige toepassing verklaard ter zake van de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 4 van de Wet terugvordering staatssteun wordt genoemde bepaling toegelicht.

In het voorgestelde artikel 20b van de AWR wordt verduidelijkt dat, in afwijking van de regeling van de belastingrente, bij de terugvordering van fiscale staatssteun de uit het Unierecht voortvloeiende renteregeling van toepassing is. Dit houdt in dat weliswaar de wijze waarop de verschuldigde rente wordt berekend verschilt, maar dat deze – net zoals bij de «gewone» belastingrente het geval is – bij beschikking wordt vastgesteld. In de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het VWEU is voorgescreven op welke manier lidstaten – voor zover dit nog niet door de Commissie is bepaald – het bedrag aan te betalen rente ter zake van terug te vorderen staatssteun dienen te bepalen. In genoemde artikelen is onder andere bepaald dat de Commissie het rentepercentage bepaalt en dat de rente betaalbaar is vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. In genoemd artikel 33 is bepaald dat de Commissie bevoegd is om uitvoeringsbepalingen vast te stellen met betrekking tot het rentepercentage.

#### **Artikel 11 (artikelen 63aa en 63ab van de Invorderingswet 1990)**

Het voorgestelde artikel 63aa van de IW 1990 bepaalt dat indien een Commissiebesluit als bedoeld in artikel 1 van de Wet terugvordering staatssteun verplicht tot terugvordering van staatssteun en die staatssteun voortvloeit uit de toepassing van die wet, die staatssteun voor de toepassing van die wet wordt aangemerkt als in te vorderen belasting. Dit geeft de ontvanger de bevoegdheid om bijvoorbeeld een in het verleden kwijtgescholden bedrag dat naderhand als staatssteun is aangemerkt, terug te vorderen. Door het kwijtgescholden bedrag als in te vorderen belasting aan te merken, kan de ontvanger het bedrag op de gebruikelijke wijze invorderen. Hiertoe maakt de ontvanger gebruik van de oorspronkelijke titel, bijvoorbeeld een eerder opgelegde aanslag, ter zake waarvan een te betalen bedrag was kwijtgescholden. Ter zake van deze terugvordering zijn de ingevolge andere bepalingen van de IW 1990 ter zake geldende verjaringstermijnen en voorwaarden niet van toepassing. Ingevolge het tweede lid, onderdeel b, van genoemd artikel 63aa worden artikel 20b van de AWR (renteberekening) evenals artikel 4 (termijnen) van de Wet terugvordering staatssteun van overeenkomstige toepassing verklaard ter zake van de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van de IW 1990. In de toelichting op artikel 10 (wijzigingen AWR) onderscheidenlijk artikel 4 van dit wetsvoorstel worden genoemde bepalingen toegelicht.

De invordering van teruggevorderde staatssteun die uit de toepassing van de belastingwet voortvloeit als bedoeld in het voorgestelde artikel 20a van de AWR en van staatsteun als bedoeld in het voorgestelde artikel 63aa van de IW 1990, geschiedt overeenkomstig de bepalingen van de IW 1990, voor zover deze niet op basis van het voorgestelde artikel 63ab van de IW 1990 zijn uitgezonderd. De inspecteur stelt, op de gebruikelijke wijze, de aanslag, navorderingsaanslag of naheffingsaanslag vast en de door de ontvanger verleende staatssteun wordt als in te vorderen belasting aangemerkt. De invordering van deze vormen van staatssteun geschiedt door de ontvanger. Het Unierecht verplicht lidstaten ertoe om begunstigden, door de terugvordering van staatssteun, in dezelfde positie te brengen als waarin zij zonder die steun zouden hebben verkeerd. Deze verplichting kan conflicteren met de bevoegdheden van de ontvanger ingevolge de IW 1990. In het eerste lid van genoemd artikel 63ab worden daarom enkele bepalingen van de IW 1990 niet van toepassing verklaard ter zake van de invordering van de terugvordering van staatssteun. Dit betreft de bepalingen over schorsing van de tenuitvoerlegging van het

dwangbevel, uitstel van betaling, kwijtschelding en stuiting van de verjaring van een rechtsvordering tot betaling. De ontvanger kan ter zake van een in te vorderen bedrag aan staatssteun noch uitstel van betaling noch gehele of gedeeltelijke kwijtschelding verlenen. In verband met de in artikel 17 van de procedureverordening genoemde verjaringstermijn ter zake van de bevoegdheden van de Commissie om terug te vorderen is eveneens geregeld dat de in de IW 1990 opgenomen verjaringstermijnen niet van toepassing zijn. Artikel 63ab van de IW 1990 vindt geen toepassing ter zake van een lopend of toekomstig boekjaar, omdat de ontvanger in die gevallen conform de Unierechtelijke regelgeving zal handelen en voor die (boek)jaren geen staatssteunvoordeel zal verlenen. Indien zo'n voordeel per abuis toch al blijkt te zijn verleend, dan zal dat in de fase van het vaststellen van de aanslag worden hersteld of op een later moment conform de artikelen 10 en 11 van dit wetsvoorstel worden teruggevorderd of ingevorderd.

Omdat in de procedureverordening verjaringstermijnen en een regeling omtrent in rekening te brengen rente zijn voorgeschreven ter zake van de terugvordering van staatssteun wordt tevens geregeld dat de afdelingen 4.4.2 en 4.4.3 van de Algemene wet bestuursrecht, met uitzondering van artikel 4:97 van die wet, niet van toepassing zijn. Dit betekent dat de regeling van de wettelijke rente en die omtrent verjaring van een rechtsvordering tot betaling van een geldsom niet van toepassing zijn. Ingevolge het tweede lid van genoemd artikel 63ab wordt geen invorderingsrente in rekening gebracht voor zover de belastingaanslag is opgelegd vanwege de terugvordering van staatssteun en ter zake van staatssteun die is aangemerkt als in te vorderen belasting. Zoals reeds is toegelicht in de artikelsgewijze toelichting bij artikel 10, schrijft het Unierecht namelijk voor onder welke voorwaarden rente in rekening dient te worden gebracht.

In verband met de invorderingsregels die van toepassing zijn ter zake van de terug te vorderen staatssteun wordt het volgende opgemerkt. Indien voor de invordering gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van *verrekening* (hoofdstuk IV, afdeling 2, van de IW 1990), worden de door het Hof ter zake geformuleerde randvoorwaarden in acht genomen (Hof 7 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:428 [C-369/07, Commissie tegen Griekenland]). Dit betekent dat de verrekening voldoende doorzichtig moet zijn, zodat niet alleen de Commissie zich ervan kan vergewissen dat de verrekening geschikt is om met volledige eerbiediging van het gemeenschapsrecht de door die steun veroorzaakte verstoring van de mededinging ongedaan te maken, maar ook dat de andere belanghebbenden de verrekening als een zodanige maatregel kunnen identificeren. Ten slotte is van belang op te merken dat voor het verhaal van steun op begunstigten teruggegrepen dient te worden op het algemene regime van artikel 2, eerste lid, van dit wetsvoorstel, voor zover door de Commissie in het Commissiebesluit is bepaald dat bij een (derde-)begunstigde dient te worden teruggevorderd en de *aansprakelijkheidsregels* van de IW 1990 (hoofdstuk VI) niet de mogelijkheid bieden om de steun bij die derde terug te vorderen door middel van voornoemde aansprakelijkheidsregels.

## **Artikel 12**

Deze bepaling wijzigt de Fw en verduidelijkt dat de rechtbank homologatie van het akkoord weigert indien het akkoord de terugbetaling van staatssteun niet volledig waarborgt. De aard en omvang van de betalingsverplichting wordt gegeven door het Commissiebesluit, bedoeld in artikel 1 van de Wet terugvordering staatssteun. Het gaat hierbij onder meer om homologatie van een akkoord in faillissement (artikel 153 Fw), in surseance (artikel 272 Fw) en schuldsanering (artikel 338 Fw). Er is gekozen voor plaatsing in een algemene bepaling van de Fw, omdat

hierdoor de bepaling op alle gevallen van toepassing is waarbij een akkoord door de rechter kan worden gehomologeerd, ook op basis van eventuele toekomstige regelingen.

### **Artikelen 13, 14, onderdeel A, en 15**

In de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet is bepaald dat provinciale belastingen, gemeentelijke belastingen, onderscheidenlijk waterschapsbelastingen, worden geheven en ingevorderd met toepassing van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de IW 1990 als waren die belastingen rijksbelastingen. Deze toepasselijkheid van het fiscale regime wordt door de onderhavige bepalingen ook geregeld voor de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de *heffing* van decentrale belastingen. Geregeld wordt dat terugvordering van staatssteun die uit toepassing van de Provinciewet, de Gemeentewet of de Waterschapswet voortvloeit voor zover mogelijk plaatsvindt met gebruikmaking van het regime dat op grond van het voorgestelde artikel 20a van de Algemene wet inzake rijksbelastingen geldt voor de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet. Dat staatssteun voortvloeiend uit de *invordering* van decentrale belastingen met behulp van het fiscale terugvorderingsregime wordt teruggevorderd vloeit reeds voort uit voorgesteld artikel 63aa, eerste lid, van de IW 1990 («en die staatssteun voortvloeit uit de toepassing van deze wet»).

### **Artikel 14, onderdeel B**

Voor een toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar paragraaf 4.10 van het algemeen deel van deze toelichting.

### **Artikel 16**

De inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal bij koninklijk besluit worden geregeld. Gelet op het oogmerk van het wetsvoorstel om te voorzien in een sluitende set terugvorderingsregels ter uitvoering van de uit het Europese recht voortvloeiende verplichting dat staatssteun die is verstrekt in strijd met het Europese recht moet worden teruggevorderd, is dat idealiter een en hetzelfde tijdstip voor het gehele wetsvoorstel. Gekozen is voor de mogelijkheid van gefaseerde inwerkingtreding om al zoveel mogelijk aan dat oogmerk te kunnen voldoen indien uitvoeringsaspecten onverhoopt zouden nopen tot latere inwerkingtreding van een deel van de wet.

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