

Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)

Werkgroep Trends in de rechtspraak, Terugvordering van staatssteun

Datum: 27 juli 2002

Samenvatting

Wanneer een instantie van een lidstaat in strijd met de EG-voorschriften staatssteun heeft verleend aan een of meer bepaalde ondernemingen, kan de Commissie op grond van haar toezichthoudende bevoegdheid in staatssteunkwesties bevelen dat deze steun wordt teruggevorderd.

In een groot aantal zaken hebben lidstaten tegen terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie beroep ingesteld bij het Hof van Justitie. Ook het Gerecht van Eerste Aanleg heeft zich vaak over de aspecten van terugvordering uitgesproken.

Een door de ICER ingestelde werkgroep heeft deze rechtspraak geanalyseerd op aspecten die voor de overheid relevant zijn, onder meer op het punt van de aard en functie van de terugvordering, de voorlopige maatregelen en definitieve beslissingen, de aard van de bevoegdheid van de Commissie, gevallen waarin de Commissie afziet van terugvordering, procedurevoorschriften voor terugvordering, verjaring, omvang van de terug te vorderen steun, rente, de verplichting tot handelen, en het beroep tegen terugvorderingsbeschikkingen.

Wat betreft het verweer van lidstaten tegen de verplichting tot terugvordering van steun blijkt uit de rechtspraak van de Luxemburgse gerechten dat een lidstaat zich in de fase van de uitvoering slechts kan beroepen op de 'volstrekte onmogelijkheid' om uitvoering te geven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie.

In de onderzochte procedures zijn uiteenlopende argumenten van lidstaten aan de orde gekomen die terugvordering zouden verhinderen. Deze argumenten zijn te verdelen in argumenten die voortvloeien uit juridische obstakels in het nationale recht en argumenten die zijn gebaseerd op feitelijke omstandigheden. Uit de beschikbare rechtspraak blijkt dat de aangevoerde argumenten tot nu toe slechts in een enkel geval tot succes hebben geleid, en wel door de gedragingen van de Commissie zelf.

De argumenten die het niet hebben gehaald in Luxemburg zijn te verdelen in een tweetal categorieën.

1. Er bestaan juridische obstakels die uit het nationale recht van een lidstaat voortvloeien:

- Er is geen nationale rechtsregel die terugvordering mogelijk maakt;
- Een nationale verjaringstermijn is verstreken waardoor terugvordering in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel zou zijn;
- Terugvordering is onmogelijk, want er is geen sprake van verrijking van de onderneming;
- De steunverlenende instantie is zelf verantwoordelijk geweest voor de onwettigheid, niet de onderneming;
- Een lidstaat beroept zich op het vertrouwensbeginsel zoals dat in het nationale recht staat geschreven;

- Terugvordering van fiscale voordelen is in strijd met de Grondwet

2. *Er bestaan feitelijke omstandigheden die terugvordering zouden verhinderen:*

- Het is onduidelijk van welke onderneming moet worden teruggevorderd;
- De betrokken onderneming heeft zijn activa en/of passiva overgedragen aan een andere onderneming;
- De ontvanger van de staatssteun verkeert in financiële problemen, of dreigt failliet te gaan;
- De begunstigde onderneming is inmiddels failliet;
- enkele van de betrokken ondernemingen zijn inmiddels failliet;
- De steunontvanger beroept zich op gewettigd vertrouwen wegens feitelijke omstandigheden, die niet voortvloeien uit het gedrag van de Commissie zelf;
- Terugvordering is ondoenlijk omdat het gaat om een groot aantal betrokken ondernemingen;
- Steun is veleend vanwege sociale omstandigheden, en terugvordering dreigt te leiden tot (oplaaiing van) een sociaal conflict.

In het algemeen geldt dat een lidstaat dergelijke problemen op tijd aan de Commissie moet voorleggen, voorzien van mogelijke oplossingen. De welwillendheid waarmee de Commissie dergelijke voorstellen beoordeelt, hangt van het realiteitsgehalte van de voorstellen af en de inspanningen die de lidstaat ten toon spreidt.

De werkgroep heeft ook summier onderzocht welke gevolgen deze rechtspraak kan hebben voor het Nederlandse recht. Problemen zijn daarbij gesignaleerd in de Algemene wet bestuursrecht, de fiscale wetgeving en het Burgerlijk Wetboek.

De werkgroep beveelt de ICER daarom aan te onderzoeken welk instrumentarium moet worden ontworpen om volledig recht te doen aan de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Algemeen
3. Draagwijdte van het begrip staatssteun
4. Aard en functie van de terugvordering
5. Voorlopige maatregelen en definitieve beslissingen
6. Geen discretionaire bevoegdheid van de Commissie
7. Gevallen waarin de Commissie afziet van terugvordering
8. Procedurevoorschriften voor terugvordering
9. Verjaring
10. Omvang van de terug te vorderen steun
11. Rente
12. Verplichting tot handelen
13. Beroep tegen Commissie-beschikking
14. Volstreekte onmogelijkheid uitvoering terugvorderingsbeschikking
15. Voorbeelden van de beoordeling door het Hof van Justitie van door de lidstaten aangevoerde nationale omstandigheden die terugvordering zouden verhinderen
16. Juridische obstakels in het nationale recht
 - 16.1. Geen nationale titel voor terugvordering
 - 16.2. Verjaringstermijn, rechtszekerheidsbeginsel
 - 16.3. Ontbreken van verrijking
 - 16.4. Bevoegde (steunverlenende) instantie is zelf verantwoordelijk voor de onwettigheid
 - 16.5. Beroep op het vertrouwensbeginsel in het nationale recht
 - 16.6. Fiscale complicaties: strijd met de Grondwet
17. Feitelijke omstandigheden
 - 17.1. Onduidelijkheid omtrent de identiteit van de begunstigde ondernemingen
 - 17.2. Overdracht van activa en passiva aan andere onderneming
 - 17.3. Financiële problemen ontvanger
 - 17.4. Faillissement van de begunstigde onderneming
 - 17.5. Faillissement van enkele van de betrokken ondernemingen
 - 17.6. Beroep lidstaat op gewettigd vertrouwen van de steunontvanger wegens feitelijke omstandigheden
 - 17.7. Vrees voor binnenlandse moeilijkheden
 - 17.8. Groot aantal betrokken ondernemingen
 - 17.9. Sociale omstandigheden, dreiging van een sociaal conflict
18. Nauwe samenwerking tussen lidstaat en Commissie bij terugvorderingsproblemen
19. Concurrenten van de begunstigde onderneming
20. Gevolgen voor het Nederlandse recht
 - 20.1. Nationale mogelijkheden voor terugvordering
 - 20.2. Awb algemeen
 - 20.3. Verjaringstermijn in de Awb
 - 20.4. Rente in de Awb
 - 20.5. Fiscale wetgeving
 - 20.6. Burgerlijk Wetboek
 - 20.7. Voorrang van het gemeenschapsrecht
21. Aanbeveling

Bijlage 1 Samenstelling van de werkgroep
Bijlage 2 Relevante communautaire bepalingen

1. Inleiding

De ICER heeft het wenselijk geacht dat een onderzoek werd verricht naar trends in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg over de diverse aspecten van door de Commissie bevolen terugvordering van verleende staatssteun. Dit onderzoek is verricht door een werkgroep, waarvan de samenstelling in bijlage 1 is weergegeven.

In dit onderzoek wordt slechts de terugvordering van nationale steun onderzocht. Het door het Hof van Justitie ontwikkelde regime ter zake van de terugvordering van gemeenschapssteun vormde geen voorwerp van onderzoek. Aangetekend wordt dat het door het Hof van Justitie ontwikkelde regime ter zake van de terugvordering van gemeenschapssteun kan afwijken van het regime dat van toepassing is van op terugvordering van nationale steun.

Het gebruikte bronnenmateriaal bestrijkt de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg gedurende de periode 1990 tot heden, waar nodig aangevuld met eerdere rechtspraak.

Aangetekend wordt voorts dat veel rechtspraak dateert van voor de inwerkingtreding in 1999 van de Verordening (EG) Nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 [thans artikel 88] van het EG-Verdrag¹ (hierna: Procedureverordening). Uitgangspunt bij de behandeling van de rechtspraak wordt gevormd door de voorschriften van de Procedureverordening. Om de uit de rechtspraak gedestilleerde trends te vervolledigen wordt incidenteel ook ingegaan op de beschikkingenpraktijk van de Commissie, waar deze op basis van recente ervaringen van de departementen raakvlakken vertoont met de behandelde onderwerpen.

2. Algemeen

De regels van het communautair toezicht op staatssteun maken deel uit van de bepalingen in het EG-Verdrag die gericht zijn op de instelling en werking van de gemeenschappelijke markt. Lidstaten kunnen immers de mededinging op de gemeenschappelijke markt vervalsen door het geven van steun aan bepaalde ondernemingen, waardoor de positie van deze ondernemingen versterkt wordt ten opzichte van andere ondernemingen, ook uit andere lidstaten. Door de Europese Commissie wordt dan ook een streng toezicht uitgeoefend op steunverlening door de lidstaten.

Steunmaatregelen zijn, volgens de definitie van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag, maatregelen van de staten [...] in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen [...] voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

In de zogenaamde 'Procedureverordening' wordt aan deze definitie nadere invulling gegeven door onder andere de introductie van de definities van 'onrechtmatige steun' en 'misbruik van steun'. Van onrechtmatige steun is sprake wanneer de steun verleend is in strijd met de bepalingen van artikel 88, lid 3 EG-Verdrag, meer specifiek:

- Steun die niet is aangemeld bij de Commissie en toch gegeven;

¹ Verordening (EG) Nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 [thans artikel 88] van het EG-Verdrag, PB 1999, L 83, blz. 1 van 27 maart 1999.

- Steun die wel is aangemeld bij de Commissie, maar al is gegeven voordat de Commissie een positieve beschikking heeft gegeven; of
- Steun die is gegeven in strijd met een negatieve beschikking van de Commissie; of
- In geval van misbruik van steun door de begunstigde onderneming: wanneer de ontvanger na onderzoek blijkt de steun te hebben gebruikt in strijd met de voorwaarden waaronder deze is goedgekeurd door de Commissie.²

Indien sprake is van onrechtmatige steun, dan wel misbruik van steun, dient de concurrentievervalsing te worden opgeheven en dient de situatie te worden hersteld die bestond voordat de steun werd gegeven. Volgens artikel 14 van de eerder genoemde Procedureverordening moet de Commissie (uiteindelijk) in beginsel de betreffende lidstaat per beschikking de plicht opleggen alle maatregelen te treffen om de steun van de begunstigde terug te vorderen. Deze terugvordering van de begunstigde onderneming dient plaats te vinden volgens het nationale recht van de lidstaat. Alleen wanneer de gevraagde terugvordering volstrekt onmogelijk is, hoeft deze niet plaats te vinden. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie volgt dat een dergelijke volgestrekte onmogelijkheid niet licht wordt aangenomen. Financiële problemen van de ontvanger (ook wanneer deze zullen ontstaan door de terugvordering), een beroep door de ontvanger op gerechtvaardigd vertrouwen dat hij mocht aannemen dat de overheid de steun in overeenstemming met de Europese regelgeving zou hebben verstrekt of een beroep op nationale juridische obstakels of administratieve problemen die terugvordering onmogelijk zouden maken, zijn tot op heden niet door het Hof gehonoreerd.

3. Draagwijdte van het begrip staatssteun

Het begrip steun heeft een algemenere strekking dan het begrip subsidie, omdat het niet alleen positieve prestaties omvat, zoals de subsidie zelf, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op de begroting van een onderneming drukken en daardoor - zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn - van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.³ Bovendien maakt artikel 87, lid 1, EG volgens vaste rechtspraak geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen, maar ziet het naar de gevolgen ervan.⁴

De term "steunmaatregelen" in de zin van artikel 87, lid 1, EG houdt volgens het Hof noodzakelijkerwijze voordelen in, die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd of die een extra last voor de staat of voor daartoe aangewezen of ingestelde instellingen meebrengen.⁵

Uit de rechtspraak van het Hof volgt voorts dat het in artikel 87, lid 1, EG gemaakte onderscheid tussen "steunmaatregelen van de staten" en steunmaatregelen "in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd" niet betekent dat alle door een staat verleende voordelen steunmaatregelen zijn, ongeacht of zij al dan niet met staatsmiddelen worden gefinancierd,

² Zie artikel 1, onder g, juncto artikel 4, lid 3 en artikel 7, leden 3 en 4 van de Procedureverordening.

³ HvJEG 22 november 2001, Ferring, C-53/00, n.n.g., punt 15-16; HvJEG 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jur. 1994, blz. I-877, punt 13; HvJEG 17 juni 1999, Piaggio, C-295/97, Jur. 1999, blz. I-3735, punt 34.

⁴ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 61; HvJEG 2 juli 1974, Italië tegen Commissie, 173/73, Jur. 1974, blz. 709, punt 13; en HvJEG 26 september 1996, Frankrijk tegen Commissie, C-241/94, Jur. 1996, blz. I-4551, punt 20.

⁵ HvJEG 7 mei 1998, Viscido e.a., C-52/97-C-54/97, Jur. 1998, blz. I-2629, punt 13.

maar wil alleen zeggen, dat het begrip steunmaatregel zowel de voordelen betreft die rechtstreeks door de staat worden toegekend, als die welke worden toegekend door een van overheidswege ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam.⁶ Staatssteun heeft niet alleen betrekking op daadwerkelijk ‘ontvangen’ bedragen. Het kan bij steunverlening immers ook gaan om bijvoorbeeld gunstige belastingmaatregelen⁷ of verlaging van socialezekerheidsheffingen,⁸ dan wel het afzien van de inning van belastingen en socialezekerheidspremies.⁹

4. Aard en functie van de terugvordering

Ongedaanmaking van onrechtmatig toegekende staatssteun door middel van terugvordering is het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onwettig is, aldus het Hof van Justitie.¹⁰ De op de staat rustende verplichting om een door de Commissie als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt aangemerkte steun ongedaan te maken beoogt de vroegere toestand te herstellen.¹¹

Door terugbetaling verliest de begunstigde het marktvoordeel dat hij ten opzichte van zijn concurrenten genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld¹². Aangezien de terugbetaling enkel het herstel van de vroegere wettige toestand beoogt, kan zij in beginsel niet als een sanctie worden beschouwd.¹³

5. Voorlopige maatregelen en definitieve beslissingen

Indien een lidstaat een steunmaatregel al ten uitvoer heeft gelegd voordat de Commissie haar goedkeuring heeft verleend, kan de Commissie als voorlopige maatregel de terugvordering van de onrechtmatig (“onwettig”) uitgekeerde steun gelasten en de verdere tenuitvoerlegging op te schorten. De Commissie is hiertoe echter niet verplicht.¹⁴

Deze mogelijkheid is thans geregeld in artikel 11, tweede lid, van de Procedureverordening. Volgens deze bepaling kan de Commissie, na de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben gegeven zijn opmerkingen in te dienen, een beschikking geven waarbij de lidstaat wordt gelast alle onrechtmatige steun voorlopig terug te vorderen, totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt ("terugvorderingsbevel"). Wel moet volgens deze bepaling zijn voldaan aan onderstaande criteria:

⁶ HvJEG 24 januari 1978, Van Tiggele, 82/77, Jur. 1978, blz. 25, punten 24 en 25; HvJEG 17 maart 1993, Sloman Neptun, gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, Jur. 1993, blz. I-887, punt 19; HvJEG 30 november 1993, Kirsammer-Hack, C-189/91, Jur. 1993, blz. I-6185, punt 16; HvJEG 7 mei 1998, Viscido e.a., C-52/97 tot C-54/97, Jur. 1998, blz. I-2629, punt 13; HvJEG 1 december 1998, Ecotrade, C-200/97, Jur. 1998, blz. I-7907, punt 35; HvJEG 17 juni 1999, Piaggio, C-295/97, Jur. 1999, blz. I-3735, punt 35; HvJEG 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98, Jur. 2001, blz. I-2099, punt 58.

⁷ Zie bijv. HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259.

⁸ Zie bijv. HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671.

⁹ Zie bijv. HvJEG 12 oktober 2000, Spanje tegen Commissie, C-480/98, Jur. 2000, blz. I-8717.

¹⁰ HvJEG 21 maart 1990, België tegen Commissie, C-142/87, Jur. 1990, blz. I-959, punt 66.

¹¹ HvJEG 4 april 1995, Commissie tegen Italië, C-350/93, Jur. 1995, blz. I-699, punt 21.

¹² HvJEG 4 april 1995, Commissie tegen Italië, C-350/93, Jur. 1995, blz. I-699, punt 22.

¹³ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 65.

¹⁴ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 73-74; HvJEG 14 februari 1990, Frankrijk tegen Commissie, C-301/87, Jur. 1990, blz. I-307, punt 19; HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-303/88, Jur. 1991, blz. I-1433, punt 46.

- er bestaat volgens een gevestigde praktijk geen twijfel omtrent de steunverlenende aard van de maatregel,
- er moet dringend worden opgetreden en
- er bestaat een ernstig gevaar dat een mededinging aanzienlijke en onherstelbare schade oploopt.

Wanneer de Commissie geen voorlopige maatregel gelast, kan een lidstaat er niet vanuit gaan dat de Commissie haar recht voor een latere fase heeft verspeeld. Een dergelijke opvatting zou de rollen van de Commissie en een lidstaat omdraaien, aldus het Hof van Justitie.¹⁵

Wanneer de Commissie na onderzoek van de nationale steunmaatregel heeft vastgesteld dat deze geheel of gedeeltelijk onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, moet zij de definitieve terugvordering bevelen. De rechtspraak van het Hof waarin werd toegestaan dat de Commissie op dit punt een discretionaire bevoegdheid had, is niet meer van toepassing sinds de inwerkingtreding van de Procedureverordening. De gebondenheid van de Commissie om de terugvordering te bevelen, is daarin vastgelegd in art. 14.

6. Geen discretionaire bevoegdheid van de Commissie

Sinds de inwerkingtreding van de Procedureverordening is geen sprake meer van een discretionaire bevoegdheid van de Commissie, maar van een - in beginsel – gebonden beschikking. Krachtens art. 14 van de Procedureverordening is de Commissie thans verplicht de terugvordering te bevelen, tenzij het geven van dit bevel in strijd zou zijn met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.

Voorheen moest de bevoegdheid van de Commissie worden aangemerkt als discretionair, aldus het Hof van Justitie. Uit de hiervoor beschreven functie van de terugbetaling volgde volgens het Hof dat de Commissie, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, in de regel de discretionaire bevoegdheid die zij volgens de rechtspraak van het Hof bezat, niet overschreed wanneer zij een lidstaat verzocht de als onwettige steun toegekende bedragen in te vorderen, aangezien daarmee slechts de vroegere toestand werd hersteld.¹⁶

Een lidstaat kan zich niet verschuilen achter de stelling dat zij met de mogelijkheid van terugvordering geen rekening hoefde te houden. Een terugvorderingverplichting is gebaseerd op vaste rechtspraak van het Hof en gevestigde praktijk van de Commissie, zoals het Hof herhaaldelijk heeft overwogen.¹⁷ De beslissing van de Commissie om een onderzoeksprocedure in te leiden als bedoeld in artikel 88, lid 2, EG en de procedureverordening, brengt volgens het Hof reeds tot uitdrukking dat de Commissie twijfelt over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt. Een lidstaat kan zich vervolgens niet op het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel beroepen, wanneer de Commissie daarbij – zoals gebruikelijk – eraan herinnert dat onverenigbare steun zal moeten worden teruggevorderd.¹⁸

¹⁵ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 74; Gerecht van 18 september 1995, SIDE TEGEN Commissie, T-49/93, Jur. 1995, blz. II-2501, punt 83; HvJEG 21 maart 1990, België tegen Commissie, "Tubemeuse", C-142/87, Jur. blz. I-959, punt 66.

¹⁶ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 66, met verwijzing naar HvJEG 24 februari 1987, Deufil tegen Commissie, 310/85, Jur. blz. 901, punt 24..

¹⁷ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 78, waarin wordt gewezen op aan alle lidstaten gezonden Commissie-brieven van 4 maart 1991, 22 februari 1995 en 30 maart 1995 betreffende onrechtmatig toegekende steun, en op de mededeling van de Commissie aan de lidstaten over dat onderwerp (PB 1995, C 156, blz. 5).

¹⁸ In die zin ook: HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 94.

De terugvorderingsbeschikking van de Commissie moet, zoals ieder besluit van een gemeenschapsinstelling, voldoen aan het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Ter zake van staatssteun geldt echter, dat wanneer de voorgenomen steun in strijd met artikel 88, lid 3, EG reeds is uitbetaald, de Commissie niet verplicht is de specifieke redenen uiteen te zetten ter rechtvaardiging van de uitoefening van de bevoegdheid terugvordering te gelasten.¹⁹ Volgens de rechtspraak van het Hof kan de terugvordering van onwettige staatssteun teneinde de vroegere toestand te herstellen, in beginsel ook niet worden beschouwd als een maatregel die onevenredig is aan de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun.²⁰ De Commissie overschrijdt, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, derhalve haar bevoegdheid niet indien zij tot terugvordering gelast, ook niet indien de lidstaat betoogt dat de schade aan begunstigden ernstiger is dan de concurrentievervalsing en ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer die de verlening van de steun heeft veroorzaakt.²¹

Aangenomen kan worden dat deze rechtspraak thans ook nog opgeld doet onder de werking van de Procedureverordening.

In dit onderzoek is ook geen rechtspraak gevonden waarin de terugvorderingsbeschikking wegens gebrek aan motivering dan wel strijd met het evenredigheidsbeginsel werd vernietigd. Deze bevinding kan worden verklaard in het licht van de hiervoor beschreven rechtspraak van het Hof van Justitie.

7. Gevallen waarin de Commissie afziet van terugvordering

De Commissie mag geen terugvordering verlangen van steun indien dat in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht (tweede volzin artikel 14, eerste lid). Over de interpretatie van deze uitzonderingsgrond valt bij gebreke aan jurisprudentie over dit artikelonderdeel nog niet veel te zeggen. In ieder geval vallen fundamentele rechtsbeginselen hieronder. De eerbiediging van een redelijke termijn door de Commissie bij de vaststelling van beschikkingen na afloop van de administratieve procedures op het gebied van het mededingingsbeleid vormt een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.²² In de zaak RSV²³ overwoog het Hof, dat in de bijzondere omstandigheden van het geval de vertraging van 26 maanden waarmee de Commissie haar eindbeschikking had gegeven, bij de ontvanger van niet-aangemelde steun een gewettigd vertrouwen had gewekt, dat eraan in de weg stond dat de Commissie de Nederlandse overheid kon gelasten terugbetaling van de steun te vorderen. In de zaak betreffende Italiaanse wet nr. 95/79, waarbij een regeling werd ingesteld die afweek van de normale insolventieprocedure, heeft de Commissie afgezien van terugvordering vanwege de legitieme verwachtingen die de Commissie in het verleden door haar houding bij zowel de Italiaanse regering als de begunstigden had gewekt.²⁴ De steun in

¹⁹ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 82; HvJEG 14 september 1994, Spanje tegen Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jur. blz. I-4103, punt 78.

²⁰ HvJEG 14 september 1994, Spanje tegen Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jur. 1994, blz. I-4103, punt 75; HvJEG 21 maart 1990, zaak C-142/87, België tegen Commissie, Jur. 1990, blz. I-959, punt 66; GvEA 4 april 2001, Friuli-Venezia Giulia, T-288/97, Jur. 2001, blz. II-1169.

²¹ GvEA 29 september 2000, Spanje tegen Commissie, T-55/99, Jur. 2000, blz. II-3207, punt 164-165.

²² HvJEG 11 december 1973, Lorenz, 120/73, Jur. 1973, blz. 1471, punt 4.

²³ HvJEG 24 november 1987, RSV, 223/85, Jur. 1987, blz. 4617, punt 12-17.

²⁴ Beschikking 2001/212/EG van de Commissie van 16 mei 2000 betreffende de steunregeling die Italië ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van grote ondernemingen in moeilijkheden (Wet nr. 95/1979 tot omzetting van decreto-legge nr. 26/1979 houdende dringende maatregelen inzake de amministrazione straordinaria van

kwestie was gedurende twintig jaar onrechtmatig verleend. Blijkbaar kan het door de Commissie zelf opgeroepen vertrouwen dat steun rechtmatig was verleend casus quo niet als steun zou moeten worden aangemerkt, een uitzondering op de regel vormen.²⁵

8. Procedurevoorschriften voor terugvordering

In de beschikking waarin de onverenigbaarheid wordt vastgesteld, draagt de Commissie de lidstaat doorgaans op “alle nodige maatregelen te treffen” om de reeds onwettig toegekende steun die niet voldoet aan de door de Commissie geformuleerde voorwaarden, van de ontvangers terug te vorderen.

Op Gemeenschapsniveau bestaan geen bijzondere procedurevoorschriften om de terugvordering in de nationale rechtsorde te effectueren. De terugvordering moet dus plaatsvinden overeenkomstig de procedures van het interne nationale recht.

Artikel 14, derde lid, van de Procedureverordening bepaalt dat terugvordering onverwijld en in overeenstemming met nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaten dient te geschieden, voorzover die procedures onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten. De lidstaten zijn verplicht alle nodige (voorlopige) maatregelen te nemen om dit doel te bereiken, onverminderd communautaire wetgeving.

Deze bepaling vormt een codificatie van vaste jurisprudentie ten aanzien van terugvordering van onrechtmatig verleende steun. Uit deze jurisprudentie volgt dat de nationale bepalingen aldus moeten worden toegepast, dat de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt.²⁶

Met andere woorden: een nationaalrechtelijke bepaling die terugvordering onmogelijk maakt, kan niet worden tegengeworpen. De toevoeging “onverminderd de communautaire wetgeving” lijkt dan ook in die zin te moeten worden gelezen.

9. Verjaring

Volgens de Procedureverordening verjaren de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen na een termijn van tien jaar (artikel 15, lid 1). Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend (artikel 15, lid 2).

Niet in alle gevallen zal deze dag eenvoudig zijn vast te stellen. Te denken valt aan steun die het karakter heeft van een belastingmaatregel waarbij het voordeel door een bepaalde aftrek wordt genoten. Is de steun genoten vanaf de eerste afschrijving, of eerst als het hele bedrag van een investering is afgeschreven of – fiscaalrechtelijk meer correct – op het moment waarop de belastingaanslag waarbij de aftrek is opgevoerd definitief is geworden? Of moet de dag van inwerkingtreding van de fiscale maatregelen worden aangehouden? Dat wil zeggen de dag waarop de regelgeving in werking trad waarin de mogelijkheid tot afschrijving is

grote ondernemingen in crisis) PB 2001, L 79, blz. 29; zie ook het XXXe verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid 2000, SEC(2001) 694 def., blz. 128.

²⁵ Andere voorbeelden: Beschikking 92/329/EEG, PB 1992, L 183, blz. 30, reden: lange duur van de procedure, t.w. vier jaar; Beschikking 2001/168/EGKS, PB 2001, L 60, blz. 57, reden: vergelijkbare Franse maatregel was niet als steunmaatregel aangemerkt.

²⁶ Zie o.a. HvJEG 21 maart 1990, België tegen Commissie, "Tubemeuse", C-142/87, Jur. 1990, blz. I-959, en HvJEG 20 september 1990, Commissie tegen Duitsland, C-5/89, Jur. 1990, blz. I-3437.

opgenomen. De laatste mogelijkheid biedt de meeste rechtszekerheid maar strookt het minst met de bewoordingen ‘verlenen aan de begunstigde’.

Door elke maatregel van de Commissie of van een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun wordt de verjaring gestuit. Na elke stuiting begint de termijn van voren af aan te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over de beschikking van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie van de EG (artikel 15, lid 2). Steun ten aanzien waarvan de verjaringstermijn is verstreken, wordt als bestaande steun beschouwd (artikel 15, lid 3).

Belangrijkste kenmerk van bestaande steun is immers dat deze ten uitvoer kan worden gelegd, zolang de Commissie deze niet onverenigbaar heeft verklaard met de gemeenschappelijke markt. De standstill-bepaling is derhalve niet op bestaande steun van toepassing.²⁷

Is de nationale rechter gebonden aan deze verjaringstermijn? Ook de nationale rechter kan, bijvoorbeeld op vordering van een concurrent van de steunontvangende onderneming, bevelen dat onrechtmatig uitgekeerde (onrechtmatige) steun moet worden terugbetaald. Hij is namelijk verplicht om de rechten van justitiabelen (meestijds concurrenten) te beschermen tegen eventuele miskennis door nationale autoriteiten van het in artikel 88 lid 3 EG neergelegde verbod (de standstill-verplichting voor de lidstaten, thans ook neergelegd in artikel 3 van de Procedureverordening). Volgens vaste jurisprudentie moet de terugvordering (bijvoorbeeld naar aanleiding van een procedure die door een concurrent van de steunontvangende onderneming is ingesteld) in beginsel volgens de relevante procesrechtelijke bepalingen van het nationale recht geschieden, onder voorbehoud evenwel dat die bepalingen aldus worden toegepast, dat de door het gemeenschaprecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Het toepassen van een verjaringstermijn kan terugvordering onmogelijk maken. Niet valt echter in te zien waarom de nationale rechter niet eenzelfde verjaringstermijn zou kunnen en misschien zelfs zou moeten hanteren als in de Procedureverordening opgenomen. Het hanteren van verschillende termijnen kan rechtsongelijkheid tot gevolg hebben; dat wil zeggen gelijke gevallen worden anders behandeld naargelang de behandeling van de zaak door de rechter of door de Commissie plaatsvindt. Zie hierover verder paragraaf 20.7.

10. Omvang van de terug te vorderen steun

De Commissie is niet verplicht in haar terugvorderingsbeschikking aan te geven welk nauwkeurig bedrag aan steun moet worden teruggevorderd van de individuele begunstigde. Vaak kan zij dat ook niet, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een algemene steunmaatregel die aan ondernemingen in een bepaalde sector ten goede is gekomen en afhankelijk was van variabele factoren als omzet of personeelssterkte. De Commissie kan in dergelijke gevallen volstaan met de aanduiding van de elementen waarmee de steun bepaalbaar is, veelal door verwijzing naar de oorspronkelijke nationale maatregel.²⁸ De steunverlenende lidstaat is vervolgens verplicht het precieze bedrag aan steun te berekenen die aan de individuele ondernemingen is verleend. Dit geldt in het bijzonder wanneer deze berekening afhankelijk is

²⁷ Zie ook artikel 1, onder b, iv, van de Procedureverordening: “bestaande steun: steun die overeenkomstig artikel 15 als bestaande steun wordt beschouwd”.

²⁸ Zie bij voorbeeld de aanpak in Beschikking van de Commissie van 2 mei 1990 betreffende de steun van de Griekse Regering aan een cementfabriek (Halkis Cement Company), onder punt VII, PB 1991, L 73, blz. 27. Vergelijk voor andere voorbeelden ook het overzicht in het XXXe verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid 2000, SEC(2001) 694 def., blz. 320-325.

van gegevens die niet in de fase voorafgaande aan de vaststelling van de terugvorderingsbeschikking door de lidstaat aan de Commissie zijn meegedeeld.²⁹

11. Rente

De op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun omvat rente tegen een door de Commissie vastgesteld passend 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, aldus artikel 14, lid 2, van de Procedureverordening.

De Commissie hanteert als grondslag voor de marktrentevoet het (jaarlijks bijgestelde) referentiepercentage dat wordt gebruikt voor de berekening van het subsidie-equivalent in het kader van regionale steun.³⁰

12. Verplichting tot handelen

De beschikking heeft tot gevolg dat de lidstaat zich actief moet opstellen ten aanzien van de terugvordering. De Commissie verlangt zichtbare inspanningen van de lidstaat, in voorkomend geval in de vorm van frequente voortgangsrapportages over de stand van zaken. Stilzitten heeft tot gevolg dat de Commissie of een andere lidstaat een procedure kan inleiden tot vaststelling door het Hof van Justitie dat de lidstaat in gebreke is gebleven bij de terugvordering (de bijzondere infractieprocedure op grond van artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG). Wanneer de lidstaat, na vaststelling door het Hof van Justitie dat de lidstaat in gebreke is gebleven, toch nog in gebreke blijft met de terugvordering, kan de Commissie die lidstaat een boete of een dwangsom laten opleggen door het Hof van Justitie (zie artikel 228 EG). Wat Nederland betreft zal een eventuele dwangsom volgens de richtsnoeren van de Commissie kunnen variëren van 3800 euro tot 228.000 euro per dag.³¹

13. Beroep tegen Commissie-beschikking

De lidstaat tot wie de terugvorderingsbeschikking is gericht en andere beroepsgerechtigden die het niet eens zijn met die beschikking (bijv. de steunverlenende decentrale overheid³² of de begunstigde onderneming), zullen tijdig tegen die beschikking beroep moeten instellen bij het Hof van Justitie.³³ Wanneer de termijn om tegen de beschikking beroep in te stellen is

²⁹ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 91.

³⁰ Zie het overzicht op <http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/reference_rates.html>.

³¹ Zie Mededeling van de Commissie inzake de tenuitvoerlegging van artikel 171 van het EG-Verdrag (thans art. 228 EG; PB 1996, C 242, blz. 6), alsmede de Mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de dwangsom van artikel 171 van het EG-Verdrag (thans art. 228 EG; PB 1997, C 63, blz. 2); Zie ook HvJEG 4 juli 2000, Commissie tegen Griekenland, C-387/97, Jur. 2000, blz. I-5047.

³² Mits zij kunnen worden aangemerkt als rechtstreeks en individueel geraakt en hun belang niet samenvalt met dat van de betrokken lidstaat: zie GvEA 15 december 1999, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG en Volkswagen Sachsen GmbH tegen Commissie, gevoegde zaken T-132/96 en T-143/96, Jur. 1999, blz. II-3663; GvEA 30 april 1998, Vlaams Gewest tegen Commissie, T-214/95, Jur. 1998, blz. II-717, en GvEA 15 juni 1999, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia tegen Commissie, T-288/97, Jur. 1999, blz. II-1871; zie echter ook GvEA 16 juni 1998, Comunidad Autónoma de Cantabria/Raad, T-238/97, Jur. 1998, blz. II-2271.

³³ Zie artikel 230, vijfde alinea, EG: het beroep tegen de beschikking waarbij de terugvordering wordt bevolen moet door de lidstaat-adressaat worden ingesteld binnen twee maanden te rekenen vanaf de dag van

verstrekken, wordt de beschikking van de Commissie definitief. Daarop kan dan niet meer worden teruggekomen, noch in een door een de Commissie aan te spannen infractieprocedure bij het Hof van Justitie wegens niet naleving van de beschikking, noch door beroepsgerechtigden in een geding voor een nationale rechter, of in een eventueel daaruit voortvloeiende prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie.³⁴ Ook de begunstigde van een steunmaatregel kan de onwettigheid van een - door de Commissie tot een lidstaat gerichte en door deze lidstaat aan de begunstigde meegedeelde - beschikking die deze lidstaat gelast de aan de begunstigde verleende steun terug te vorderen, niet inroepen in het kader van een procedure die voor de nationale rechterlijke instanties is ingeleid tegen de door de autoriteiten van die lidstaat vastgestelde uitvoeringsmaatregel, wanneer de begunstigde van de steun heeft verzuimd krachtens artikel 230 EG beroep tot nietigverklaring tegen de beschikking van de Commissie in te stellen en hij dit ‘ongetwijfeld’ had kunnen doen. Volgens het Hof zou de tegengestelde oplossing er immers op neerkomen, dat de begunstigde van de steun het onherroepelijke karakter dat een beschikking in het belang van de rechtszekerheid na het verstrijken van de beroepstermijn van artikel 230 EG dient te hebben, kan omzeilen.³⁵ In welke mate deze redenering ook geldt voor anderen dan de begunstigde onderneming is niet duidelijk.³⁶

14. Volstrekte onmogelijkheid uitvoering terugvorderingsbeschikking

Is een lidstaat niet in beroep gegaan tegen een op grond van artikel 88, tweede lid, eerste alinea EG juncto de artikelen 7, vijfde lid, en 14, eerste lid, van de Procedureverordening afgegeven negatieve beschikking, dan kan hij de geldigheid ervan niet meer betwisten, wanneer hij door de Commissie voor het Hof ‘in gebreke wordt gesteld’ wegens het niet binnen de door haar gestelde termijn uitvoeren van de beschikking. De betreffende lidstaat staat slechts een beroep open op de ‘volstrekte onmogelijkheid’ om de beschikking uit te voeren³⁷. Dit is het enige verweermiddel dat een lidstaat op dat moment nog kan aanvoeren.³⁸ Het Hof van Justitie heeft daaraan echter strikte voorwaarden gesteld. Opgemerkt wordt dat de absolute onmogelijkheid geen afbreuk doet aan de geldigheid van de bestreden beschikking, omdat de onmogelijkheid slechts bestaat in de fase van de uitvoering. Uit de rechtspraak van het Hof volgt immers, dat eventuele procesrechtelijke of andere

kennisgeving van de beschikking aan de lidstaat. Bij gebreke van kennisgeving aan de overige beroepsgerechtigden begint de termijn te lopen vanaf de bekendmaking van de beschikking, of eerder, vanaf de dag waarop de verzoeker van de beschikking kennis heeft gekregen (bijv. wanneer de lidstaat de beschikking heeft doorgestuurd naar de onderneming). Het hier onderzochte beroep tegen de terugvorderingsbeschikking moet worden onderscheiden van een eventueel beroep tegen andere Commissie-besluiten in de steunprocedure, zoals het besluit tot opening van het onderzoek, of een beroep gericht tegen het aanmerken van een maatregel als een steunmaatregel.

³⁴ Een nationale rechter kan het Hof van Justitie verzoeken uitspraak te doen over de geldigheid of uitleg van de Commissie-beschikking (zie artikel 234 EG).

³⁵ Zie HvJEG 9 maart 1994, zaak C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Jur. 1994, blz. I-833; HvJEG 30 januari 1997, Wiljo NV tegen Belgische Staat, C-178/95, Jur. 1997, blz. I-0585, punt 21.

³⁶ Zie ook de aanhangige zaken C-261/01 Belgische Staat tegen I. E. van Calster en 2. F. Cleeren en C-262/01 Belgische Staat tegen N.V. Openbaar Slachthuis.

³⁷ Zie HvJEG 15 januari 1986, Commissie tegen België, 52/84, Jur. 1986, blz. 89, punten 13 en 14; HvJEG 2 februari 1989, Commissie tegen Duitsland, 94/87, Jur. 1989, blz. 175, punt 8; HvJEG 10 juni 1993, Commissie tegen Griekenland, C-183/91, Jur. blz. I-3131, punt 10; HvJEG 4 april 1995, Commissie tegen Italië, C-348/93, Jur. 1995, blz. I-673, punt 16; HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259, punt 13; HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 87.

³⁸ HvJEG 3 juli 2001, Commissie tegen België, C-378/98, Jur. 0000, blz. I-0000, punt 31.

moelijkheden met betrekking tot de uitvoering van de bestreden beschikking de wettigheid ervan niet kunnen beïnvloeden³⁹. De Commissie mag daarentegen geen verplichting opleggen waarvan de uitvoering van meet af aan objectief en absoluut onmogelijk is, op straffe van ongeldigheid van die verplichting. Beroep tegen een terugvorderingsbeschikking kan daarom alleen slagen voor zover de invordering objectief onmogelijk is. Daaraan moet worden toegevoegd, dat na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring van een beschikking waarbij de Commissie een lidstaat gelast onwettige steun terug te vorderen, het argument inzake de absolute onmogelijkheid van uitvoering van een dergelijk gebod het enige verweer is dat de betrokken lidstaat tegen het door de Commissie krachtens artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG ingestelde beroep kan aanvoeren.⁴⁰ Aangezien het vaste jurisprudentie van het Hof is dat een lidstaat zich niet kan beroepen op bepalingen, gedragingen of situaties in eigen land, om de niet nakoming van uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te rechtvaardigen, blijft er weinig ruimte over voor een kansrijk verweer.

15. Voorbeelden van de beoordeling door het Hof van Justitie van door de lidstaten aangevoerde nationale omstandigheden die terugvordering zouden verhinderen

Tot nog toe zijn er geen voorbeelden in jurisprudentie van het Hof en Gerecht waar een verweer van een lidstaat is geslaagd. De voorbeelden hieronder zijn dan ook illustratief voor de argumenten die het in ieder geval niet halen.

16. Juridische obstakels in het nationale recht

16.1. Geen nationale titel voor terugvordering

Het ontbreken van een titel voor terugvordering naar nationaal recht kan niet in de weg staan aan de volledige toepassing van het gemeenschapsrecht en kan volgens het Hof derhalve geen invloed hebben op de verplichting om de betrokken steun terug te vorderen.⁴¹

16.2. Verjaringstermijn, rechtszekerheidsbeginsel

Een verjaringstermijn voor terugvordering naar nationaal recht kan niet worden tegengeworpen aan een bevel tot terugvordering.

Een nationale bepaling die voorziet in een termijn voor de intrekking van een administratieve handeling die rechten doet ontstaan, net als alle andere relevante bepalingen van nationaal recht, aldus worden toegepast dat de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt en dat het belang van de gemeenschap ten volle in aanmerking wordt genomen, aldus het Hof.⁴² In een later arrest bevestigde het Hof dat een nationale verjaringstermijn in beginsel niet kan worden tegengeworpen aan de verplichting tot nakoming van communautaire verplichtingen. Op grond van het gemeenschapsrecht is een lidstaat verplicht, onrechtmatige steun in te trekken of terug te vorderen, ook indien zij de

³⁹ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 86; HvJEG 14 september 1994, Spanje tegen Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jur. blz. I-4103, punt 80.

⁴⁰ HvJEG 15 januari 1986, Commissie tegen België, 52/84, Jur. blz. 89, punten 13 en 14; HvJEG 2 februari 1989, Commissie tegen Duitsland, 94/87, Jur. blz. 175, punt 8; Commissie tegen Griekenland, reeds aangehaald, punt 10; en HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259, punt 13; HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 87.

⁴¹ HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-303/88, Jur. 1991, blz. I-1433.

⁴² HvJEG 20 september 1990, Commissie tegen Duitsland, C-5/89, Jur. 1990, blz. I-3437.

termijn waarna intrekking naar nationaal recht in verband met de rechtszekerheid is uitgesloten, heeft laten verstrijken⁴³. De rol van de nationale autoriteiten bij onverenigbaar verklaarde steunmaatregelen is namelijk beperkt tot het uitvoeren van de beschikking van de Commissie. Die autoriteiten hebben dus geen enkele beoordelingsbevoegdheid inzake de intrekking van een toekenningsbesluit.⁴⁴ Wanneer de Commissie bij een niet in rechte betwiste beschikking de terugvordering van ten onrechte uitgekeerde steun gelast, mag de nationale autoriteit derhalve niet anders beslissen. Wanneer de nationale autoriteit niettemin de in het nationale recht gestelde termijn waarna intrekking van het toekenningsbesluit is uitgesloten, laat verstrijken, kan dit niet worden gelijkgesteld met de situatie waarin een marktdeelnemer niet weet of de bevoegde instantie een beslissing zal nemen, en waarin het rechtszekerheidsbeginsel vereist, dat na het verstrijken van een bepaalde termijn aan die onzekerheid een einde komt. Aangezien de nationale autoriteit geen beoordelingsbevoegdheid heeft, verkeert de ontvanger van onrechtmatige steun niet langer in onzekerheid, wanneer de Commissie een beschikking heeft gegeven waarbij deze steun onverenigbaar wordt verklaard en terugvordering wordt gelast. Het rechtszekerheidsbeginsel kan derhalve niet in de weg staan aan de terugbetaling van de steun, op grond dat de nationale autoriteiten zich met vertraging hebben gevoegd naar de beschikking waarbij die terugbetaling wordt gelast. Anders zou de terugvordering van ten onrechte betaalde steun nagenoeg onmogelijk worden en zouden de gemeenschapsbepalingen inzake steunmaatregelen van de staten elk nuttig effect verliezen, aldus het Hof.⁴⁵

16.3. *Ontbreken van verrijking*

De bevoegde autoriteit is op grond van het gemeenschapsrecht verplicht, het besluit tot toekenning van steun, die onrechtmatig is toegekend, in te trekken, ook indien dit naar nationaal recht wegens het ontbreken van verrijking in verband met de afwezigheid van kwade trouw bij de steunontvanger, uitgesloten is. Volgens het Hof kan ook een onderneming die na de toekenning van steun verlies lijdt, toch voordeel blijven halen uit haar tijdelijk voortbestaan, met name in termen van de handhaving van haar plaats op de markt, haar goede naam en haar cliënteel. Het bestaan van verrijking kan dan ook niet worden ontkend op de enkele grond, dat het uit de overheidssteun voortvloeiende voordeel niet meer in de balans van de steunontvanger te vinden is, aldus het Hof.⁴⁶

16.4. *Bevoegde (steunverlenende) instantie is zelf verantwoordelijk voor de onwettigheid*

Ook in het geval de bevoegde autoriteit in zodanige mate voor de onwettigheid van het besluit tot toekenning van steun verantwoordelijk is, dat de intrekking jegens de begunstigde een schending van de goede trouw lijkt, is deze autoriteit verplicht het besluit in te trekken.⁴⁷

16.5. *Beroep op het vertrouwensbeginsel in het nationale recht*

Een beroep op het vertrouwensbeginsel omdat volgens nationaal recht geen terugvordering mogelijk is vanwege het vertrouwensbeginsel, is door het Hof telkens afgewezen. Als voorbeeld kan hier dienen de Duitse situatie. Artikel 48 van het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz* zou, zo werd door de Duitse regering aangevoerd, de intrekking van een besluit waarbij recht op steun is ontstaan verbieden na afloop van een jaar nadat het

⁴³ HvJEG 20 maart 1997, Alcan, C-24/95, Jur. 1997, blz. 1591, punt 34-37.

⁴⁴ Zie echter ook paragraaf 18, betreffende de samenwerking met de Commissie in geval van volstreekte onmogelijkheid van terugvordering van uitvoering van de Commissie-beschikking tot terugvordering.

⁴⁵ HvJEG 20 maart 1997, Alcan, C-24/95, Jur. 1997, blz. 1591, punt 37.

⁴⁶ HvJEG 20 maart 1997, Alcan, C-24/95, Jur. 1997, blz. 1591, punt 52.

⁴⁷ HvJEG 20 maart 1997, Alcan, C-24/95, Jur. 1997, blz. 1591, punt 41-43.

betrokken overheidsorgaan kennis heeft genomen van de omstandigheden die een dergelijke intrekking rechtvaardigen. Volgens deze bepaling en beginselen van Duits constitutioneel recht mag een overheidsinstantie een onrechtmatige begunstigde administratieve rechtshandeling slechts intrekken na afweging van de betrokken belangen.

Volgens het Hof kan weliswaar geen strijdigheid met de communautaire rechtsorde worden aangenomen indien een nationale regeling het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid beschermt op het gebied van de terugvordering, maar gelet op het dwingend karakter van het door de Commissie krachtens artikel 88 EG uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, kunnen ondernemingen die steun genieten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben, wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoedzame ondernemer zal immers normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd, aldus het Hof.⁴⁸

16.6. Fiscale complicaties: strijd met de Grondwet

In zaak C-183/91 beweerde de Griekse regering dat uitvoering volstrekt onmogelijk was, omdat terugvordering zou neerkomen op het opleggen van een belasting/heffing met terugwerkende kracht, hetgeen in strijd is met artikel 78, tweede lid, van de Griekse grondwet. Daarenboven betoogde zij dat de administratieve rompslomp ('identificatie van de begunstigde ondernemingen') en de kosten van terugvordering het tot een oneconomisch en onredelijke vordering maken. Het Hof overwoog dat de beschikking er niet toe verplichtte om een dergelijke belastingmaatregel te nemen, doch slechts om van de begunstigten die bedragen te vorderen die overeenkomen met de fiscale vrijstelling die hen werd verleend⁴⁹. De beoordeling over de weerslag van de belastingen op het door de steunontvanger verkregen voordeel vindt slechts plaats bij de terugvordering van de steun volgens de regels van het nationale recht en behoort dus tot de uitsluitende bevoegdheid van de autoriteiten van de betrokken lidstaat, aldus het Gerecht.⁵⁰

17. Feitelijke omstandigheden

17.1. Onduidelijkheid omtrent de identiteit van de begunstigde ondernemingen

Steun moet worden teruggevorderd van de ondernemingen die de werkelijke begunstigten zijn geweest van de maatregel⁵¹, d.w.z. die de steun feitelijk hebben genoten.⁵² In de Nederlandse tankstations-zaak was subsidie aan individuele pomphouders in de grensstreek ter compensatie van een landelijke verhoging van de accijns, uiteindelijk ten gunste gekomen van oliemaatschappijen die zich contractueel verbonden hadden tot prijssteun aan de pomphouders. Deze prijssteun werd namelijk evenredig verlaagd als gevolg van het ontvangen van de subsidie. Echter, de Nederlandse overheid beschikte niet over de precieze inhoud van de individuele contracten tussen de pomphouders en de oliemaatschappijen en had

⁴⁸ HvJEG 20 maart 1997, Alcan, C-24/95, Jur. 1997, blz. 1591, punt 52; HvJEG 20 september 1990, Commissie tegen Duitsland, C-5/89, Jur. 1990, blz. I-3437, punt 13 en 14, HvJEG 14 januari 1997, zaak C-169/95, Spanje tegen Commissie, Jur. 1997, blz. I-0135, punt 51; HvJEG 2 februari 1989, Commissie tegen Duitsland, 94/87, Jur. blz. 175.

⁴⁹ HvJEG 10 juni 1993, Commissie tegen Griekenland, C-183/91, Jur. 1993, blz. I-3131.

⁵⁰ GvEA 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a., T-298/97 t/m 23/98, Jur. 2000, blz. II-2319; GvEA 8 juni 1995, Siemens tegen Commissie, T-459/93, Jur. 1995, blz. II-1675.

⁵¹ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 92.

⁵² HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-303/88, Jur. 1991, blz. I-1433, punt 57.

dus onvoldoende inzicht in de precieze effecten van de subsidieverlening.⁵³ De Commissie stelde dat in dergelijke gevallen van haar niet kan worden verlangd dat zij in haar beschikking met dezelfde nauwkeurigheid de begunstigden aangeeft als in het geval van individuele steunmaatregelen. Het Hof stemde hiermee in. Als een lidstaat de Commissie niet de verlangde gegevens verstrekt of haar slechts gedeeltelijke gegevens verstrekt, moet de wettigheid van de door de Commissie gegeven beschikking, met name gelet op de motiveringsplicht, dan ook worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie beschikte op het ogenblik waarop zij haar beschikking gaf, aldus het Hof.⁵⁴ Volgens het Hof moet de lidstaat, indien twijfel bestaat omtrent de identiteit van degenen tot wie het bevel tot terugvordering is gericht, zoals iedere lidstaat die op onverwachte problemen stuit bij de uitvoering van een bevel tot terugvordering, die problemen aan het oordeel van de Commissie voorleggen. Overeenkomstig het met name in artikel 10 EG tot uitdrukking gebrachte beginsel van loyale samenwerking moeten de Commissie en de lidstaat in een dergelijk geval te goeder trouw samenwerken om met volledige inachtneming van de verdragsbepalingen, in het bijzonder die betreffende steunmaatregelen, de moeilijkheden te overwinnen.⁵⁵ Een dergelijke handelwijze is volgens het Hof des te meer gerechtvaardigd wanneer de onzekerheid over de identiteit van (een groot aantal van) degenen tot wie de bevelen tot terugbetaling zijn gericht, verband houdt met de onvolledigheid van de door de lidstaat aan de Commissie verstrekte informatie.⁵⁶

17.2. Overdracht van activa en passiva aan andere onderneming

De terugvordering kan worden bemoeilijkt ingeval op het moment van de terugvordering alle of een deel van de activa van de begunstigde onderneming zijn overgedragen. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat het loutere feit dat de onderneming is verkocht of is vereffend, de terugbetalingsvordering niet zonder voorwerp maakt, aangezien dit afbreuk zou doen aan de nuttige werking van het verbod op staatssteun.⁵⁷ De terugbetalingsplicht lijkt derhalve te worden behandeld als een civielrechtelijke schuldvordering die aan derden kan worden overgedragen. Partijen kunnen overeenkomen dat de overnemer niet zal instaan voor de passiva van de overgenomen onderneming, zoals de vordering tot terugbetaling van onrechtmatige steun. Echter, ook indien de overdragende onderneming of de lidstaat naar nationaal recht van de overnemende onderneming geen bedragen kan terugvorderen die niet in aanmerking zijn genomen in de voorwaarden waaronder de onderneming is verkocht, kan dit niet in de weg staan aan de volledige toepassing van het gemeenschapsrecht en derhalve geen invloed hebben op de verplichting om de betrokken steun terug te vorderen, aldus het Hof.⁵⁸

Het is ook mogelijk dat de terugvordering van steun moet worden geëffectueerd bij de moederonderneming na de verkoop van de dochter die ten onrechte steun heeft ontvangen aan een derde onderneming. In de zaak *Finmeccanica/Alfa Romeo* was een kapitaalinjectie gegeven aan Alfa Romeo. Het kapitaal moest echter worden teruggevorderd. In de tussentijd waren de kapitaalgoederen overgedragen aan Fiat en was Alfa Romeo, een dochter van *Finmeccanica* verkocht en geliquideerd. Omdat de overgebleven activa waren overgedragen

⁵³ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g.

⁵⁴ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punten 46 en 49; HvJEG 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jur. 1986, blz. 2263, punten 16 en 22.

⁵⁵ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 92; HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-303/88, Jur. 1991, blz. I-1433, punt 57-58; HvJEG 2 februari 1989, zaak 94/87, Commissie tegen Duitsland, Jur. 1989, blz. 175, punt 9.

⁵⁶ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 92.

⁵⁷ HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-303/88, Jur. 1991, blz. I-1433, punt 60.

⁵⁸ HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-303/88, Jur. 1991, blz. I-1433, punt 60.

aan Finmeccanica moest de steun bij Finmeccanica, ondanks dat deze andere economische activiteiten verrichte, worden teruggevorderd. Dit werd door het Hof bevestigd. Finmeccanica was namelijk aansprakelijk is voor de schulden van Alfa Romeo voor zover deze de door Fiat overgenomen passiva te boven gingen, en begunstigde van de opbrengst uit de verkoop van haar activa. Finmeccanica moest, als holding waarvan de onderneming Alfa Romeo ten tijde van de betwiste feiten deel uitmaakte, als begunstigde van de betwiste steun worden beschouwd. De Commissie kon daarom volgens het Hof in haar terugvorderingsbeschikking Finmeccanica aanwijzen als de onderneming die verplicht was de steun terug te betalen.⁵⁹ Blijkens de recente beschikkingenpraktijk van de Commissie⁶⁰ concentreert zij zich thans op de vraag of de economische activiteiten van de steunontvanger worden voortgezet door de nieuwe onderneming. Zelfs de strikte formulering van de overname-overeenkomst kan worden doorbroken in het belang van het herstel van de eerlijke concurrentie. Met name zal de nieuwe onderneming de steun moeten terugbetalen wanneer uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de beperking van de overdracht tot alleen de activa van de steunontvangende onderneming is gericht op omzeiling van de Commissiebeschikking.⁶¹

17.3. Financiële problemen ontvanger

Het Hof heeft bepaald dat financiële moeilijkheden die ondernemingen die onwettig steun ontvangen zouden kunnen ondervinden als gevolg van de intrekking van die steun, niet kunnen worden beschouwd als een geval van volstreckte onmogelijkheid tot uitvoering van de beschikking van de Commissie. Zelfs een dreigend of onvermijdelijk faillissement is geen reden om van terugvordering af te zien.⁶²

Dit geldt eveneens voor het argument dat het risico bestaat dat de lidstaat door de betrokken onderneming aansprakelijk wordt gesteld.⁶³

17.4. Faillissement van de begunstigde onderneming

Ook het argument dat de onderneming aan wie de steun is verleend inmiddels failliet is, is volgens het Hof onvoldoende om te spreken van volstreckte onmogelijkheid van de terugvordering. Volgens nationaal recht zal er een vordering op de boedel moeten worden gelegd om te voldoen aan de verplichting die op de lidstaat rust. Het is niet noodzakelijk dat de steun als bevoorrechte steun wordt teruggevorderd. De verplichting die op de lidstaat rust, is de verplichting om terug te vorderen, het gemeenschapsrecht schrijft niet dwingend voor hoe dat moet gebeuren. Als het volgens nationaal recht niet mogelijk is een vordering te plaatsen op de boedel als preferente schuldeiser, maar enkel als “gewoon” schuldeiser, is het plaatsen van de vordering als “gewoon” schuldeiser in principe voldoende.⁶⁴

⁵⁹ HvJEG 21 maart 1991, Italië tegen Commissie, C-305/89, Jur. 1991, blz. I-1603, punt 39-40.

⁶⁰ Zie het XXXe verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid 2000, SEC(2001) 694 def., blz. 126-127. Zie hierover ook Slocock, Who can be the beneficiary of state aid, in: Competition policy Newsletter, 2000, no. 1, blz. 7-13.

⁶¹ Beschikking van de Commissie van 11 april 2000 betreffende steunmaatregelen van Duitsland ten behoeve van System Microelectronic Innovation GmbH, Frankfurt/Oder (Brandenburg), PB 2000, L 238, blz. 50; zie uitgebreid hierover Coppieters, “Overnames en de terugvordering van onrechtmatige steun”, in SEW 6 (2001) juni, blz. 203-210. Zie ook: Beschikking van de Commissie van 8 juli 1999 betreffende de door Duitsland aan Gröditzter Stahlwerke GmbH en haar dochteronderneming Walzwerk Burg GmbH verleende overheidssteun, PB 1999, L 292, blz. 27, en Beschikking van de Commissie van 2 juni 1999 betreffende de door de Italiaanse Republiek aan Seleco verleende overheidssteun, PB 2000, L 227, blz. 24.

⁶² HvJEG 15 januari 1986, Commissie tegen België, 52/84, Jur 1986, blz. 89.

⁶³ HvJEG 27 juni 2000, Commissie tegen Portugal, C-404/97, Jur. 2000, blz. I-4897.

⁶⁴ Zie HvJEG 21 maart 1990, België tegen Commissie, "Tubemeuse", C-142/87, Jur. 1990, blz. I-959.

17.5. *Faillissement van enkele van de betrokken ondernemingen*

Wanneer bij een algemene maatregel steun is verleend aan meerdere ondernemingen, waarvan een aantal ondernemingen na de bestreden beschikking failliet is gegaan, kan de lidstaat niet om deze reden afzien van de terugvordering van het bedrag van de steun bij de overige ondernemingen die hun werkzaamheden wel voortzetten.⁶⁵

17.6. *Beroep lidstaat op gewettigd vertrouwen van de steunontvanger wegens feitelijke omstandigheden*

Een lidstaat wiens instanties in strijd met de regels van artikel 88 EG steun hebben toegekend, kan zich zelfs niet met een beroep op het 'gewettigd vertrouwen van de ontvanger(s) van steun' onttrekken aan de verplichting om de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking, waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen⁶⁶. Zou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 87 en 88 EG volgens het Hof elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag zouden kunnen beroepen om door de Commissie op grond van deze verdragsartikelen gegeven beschikkingen elke werking te ontnemen.⁶⁷

Beroep door een lidstaat op het gewettigd vertrouwen van de begunstigde onderneming wordt derhalve door het Hof niet gehonoreerd.

Alleen de steunontvanger kan zich in een procedure voor de (nationale) rechter op uitzonderlijke omstandigheden beroepen op grond waarvan de betrokken onderneming niet gehouden zou zijn de ontvangen steun terug te betalen. Het Hof sluit niet uit, dat de ontvanger van onrechtmatig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen.

Volgens het Hof kunnen de ondernemingen die steun genieten, gelet op het dwingend karakter van het door de Commissie krachtens artikel 88 EG uitgeoefende toezicht op steunmaatregelen van de staten, in beginsel evenwel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoedzame ondernemer zal normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.⁶⁸ Een particulier kan zich slechts op het beginsel van gewettigd vertrouwen beroepen, voorzover het bestuur van de Gemeenschap door hem precieze toezeggingen te doen, bij hem gegronde verwachtingen heeft opgewekt.⁶⁹ In de zaak RSV⁷⁰ overwoog het Hof, dat in de bijzondere omstandigheden van het geval de vertraging van 26 maanden waarmee de Commissie haar eindbeschikking had gegeven, bij de ontvanger van niet-aangemelde steun een gewettigd vertrouwen had gewekt, dat eraan in de weg stond dat de Commissie de Nederlandse overheid kon gelasten terugbetaling van de steun te vorderen. De steun in kwestie betrof een sector waaraan de Nederlandse overheid reeds een aantal jaren steun had verleend en was bedoeld om de extra kosten te dekken van een operatie waarvoor de Commissie reeds voordien steun had goedgekeurd. De Commissie had geen excuus voor de vertraging, daar zij op de hoogte was van de situatie en de redenen voor de

⁶⁵ Zie HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 89; HvJEG 14 september 1994, Spanje tegen Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jur. 1994, blz. I-4103, punt 80.

⁶⁶ GvEA 27 januari 1998, Ladbroke Racing Ltd tegen Commissie, T-67/94, Jur. 1998 blz. II-1, punt 181-183; GvEA 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a., T-298/97 t/m 23/98, Jur. 2000, blz. II-2319.

⁶⁷ HvJEG 14 januari 1997, Spanje tegen Commissie, C-169/95, Jur. 1997 blz. I-135, punt 48; HvJEG 20 september 1990, Commissie tegen Duitsland, C-5/89, Jur. 1990, blz. I-3437, punt 17.

⁶⁸ Zie HvJEG 20 september 1990, Commissie tegen Duitsland, C-5/89, Jur. 1990, blz. I-3437, GvEA 15 september 1998, BFM, T-126/96 en 127/96, Jur. 1998, blz. II-3437; GvEA 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a., T-298/97 t/m 23/98, Jur. 2000, blz. II-2319.

⁶⁹ GvEA 15 december 1994, Unifruit Hellas, T-489/93, Jur. 1994, II-1201, punt 15.

⁷⁰ HvJEG 24 november 1987, RSV, 223/85, Jur. 1987, blz. 4617, punt 12-17.

overschrijding van de kosten die door voordien goedgekeurde steun werden gedekt, geen diepgaand onderzoek vereisten.

De ontvanger zal er dus in het algemeen op moeten toezien dat de procedure wordt gevolgd. Ook de stelling dat het gaat om kleine ondernemingen rechtvaardigt niet dat zij een gewettigd vertrouwen mochten hebben in de rechtmatigheid van betrokken steunmaatregelen zonder zich ervan te hebben vergewist dat de procedure ex art. 88 lid 3 EG was gevolgd.⁷¹

17.7. Vrees voor binnenlandse moeilijkheden

De enkele vrees voor binnenlandse, zelfs onoverwinnelijke moeilijkheden kan niet rechtvaardigen dat een lidstaat de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet nakomt.⁷² Onder verwijzing naar deze rechtspraak verwierp het Hof onder meer met betrekking tot een werkgelegenheidsbevorderende maatregel op grond waarvan gedurende meer dan vijftien jaar verlaging van sociale zekerheidspremies voor bepaalde categorieën werknemers van een bepaalde leeftijd werd toegekend, de argumenten dat terugvordering complex en moeilijk controleerbaar zou zijn, en dat het stelsel van de steun de nationale productiestructuur had doordrongen.

17.8. Groot aantal betrokken ondernemingen

Ook de omstandigheid dat een groot aantal ondernemingen onrechtmatige steun heeft gekregen, levert geen absolute onmogelijkheid tot terugvordering op. De administratieve en praktische moeilijkheden die het grote aantal betrokken ondernemingen zal meebrengen, betekent niet dat de invordering op grond van die moeilijkheden als technisch niet-uitvoerbaar kan worden aangemerkt.⁷³ Dat bepaalde moeilijkheden op het ogenblik waarop het bestreden gebod is gegeven, zich wellicht of zelfs ontegenzeggelijk zullen voordoen, bewijst immers nog niet dat invordering absoluut onmogelijk is en dat deze absolute onmogelijkheid reeds bestond op het ogenblik waarop de Commissie de bestreden beschikking gaf. Door in die omstandigheden te erkennen dat invordering onmogelijk is, zou de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht inzake staatssteun in gevaar worden gebracht, hetgeen niet kan worden toegestaan, aldus het Hof.⁷⁴

In zaak C-280/95, betreffende de terugvordering van bepaalde belastingkredieten aan het beroepsgoederenvervoer, beriep de Italiaanse regering zich op de onmogelijkheid om de steun terug te vorderen. Volgens de Italiaanse regering zou het terugvorderen op administratieve problemen stuiten (150.000 belastingaangiften) en tot politieke en sociale onrust leiden. Hierin ziet het Hof geen absolute onmogelijkheid. Al kunnen onoverwinnelijke moeilijkheden een lidstaat beletten de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te leven, de enkele vrees voor dergelijke moeilijkheden kan geen rechtvaardiging zijn om dit recht niet correct toe te passen, aldus het Hof.⁷⁵

In de Maribel bis/ter-zaak, waarin de verlaging van socialezekerheidspremies voor bepaalde sectoren als steun werd aangemerkt, voerden de Belgische autoriteiten aan dat terugvordering van de steun absoluut onmogelijk was door te wijzen op technische en administratieve

⁷¹ GvEA 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a., T-298/97 t/m 23/98, Jur. 2000, blz. II-2319.

⁷² HvJEG 7 maart 2002, Italië tegen Commissie, C-310-/99, n.n.g., punt 105; HvJEG 27 juni 2000, Commissie tegen Portugal, C-404/97, Jur. 2000, blz. I-4897, punt 52; HvJEG 7 december 1995, Commissie tegen Frankrijk, C-52/95, Jur. 1995, blz. I-4443, punt 38; HvJEG 9 december 1997, Commissie tegen Frankrijk, C-265/95, Jur. 1997, blz. I-6959, punt 55, en HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259, punt 16.

⁷³ HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. blz. I-259; HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 90.

⁷⁴ HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 90.

⁷⁵ HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259.

moeilijkheden in verband met die terugvordering, voornamelijk wegens het grote aantal betrokken ondernemingen (circa 1 200) en de noodzaak het bedrag van de steun - per trimester - vast te stellen aan de hand van het daadwerkelijke aantal per onderneming tewerkgestelde arbeiders. Ook dit verweer werd door het Hof afgewezen.⁷⁶

17.9. Sociale omstandigheden, dreiging van een sociaal conflict

Ernstige gevolgen van de verplichting tot terugvordering voor de schuldeisers, schade voor de werknemers, sluimerende sociale conflicten, werkloosheid en het abnormaal lage ontwikkelingsniveau in de betrokken regio's, zijn geen van alle argumenten die baten tegen een terugvorderingsbeschikking.⁷⁷ In dit verband merkte het Hof op dat de terugvordering van onwettige staatssteun teneinde de vroegere toestand te herstellen, in beginsel niet kan worden beschouwd als een maatregel die, in vergelijking met de hiervoor genoemde gevolgen, onevenredig is aan de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun.⁷⁸

Wanneer een overheid onrechtmatige steun heeft verleend om een bijdrage te leveren aan de oplossing van een sociaal conflict in een bepaalde sector, kan de enkele vrees voor het weer opklaaien van het conflict geen reden vormen om af te zien van de terugvordering.⁷⁹

18. Nauwe samenwerking tussen lidstaat en Commissie bij terugvorderingsproblemen

In beginsel moet de lidstaat de ten onrechte toegekende steun onverwijld terugvorderen. Daarbij kan een redelijke termijn worden gehanteerd. Een lidstaat die bij de uitvoering van een beschikking van de Commissie inzake steunmaatregelen op niet-voorzienbare moeilijkheden stuit, of zich bewust wordt van gevolgen die de Commissie niet voor ogen heeft gehad, dient deze problemen aan de Commissie voor te leggen en daarbij passende wijzigingen van de betrokken beschikking voor te stellen. Op grond van het met name in artikel 10 EG tot uitdrukking gebrachte beginsel dat de lidstaten en de gemeenschapsinstellingen over en weer tot loyale samenwerking verplicht zijn, moeten in een dergelijk geval de Commissie en de lidstaat te goeder trouw samenwerken om met volledige inachtneming van de verdragsbepalingen betreffende steunmaatregelen, de moeilijkheden te overwinnen, aldus het Hof van Justitie.⁸⁰

Aan de voorwaarde van volstrekte onmogelijkheid van uitvoering wordt niet voldaan wanneer de verwerende regering zich ertoe beperkt de Commissie in kennis te stellen van de juridische, politieke of praktische problemen die de uitvoering van de beschikking meebrengt. Het beroep op de onmogelijkheid kan niet berusten op louter veronderstelde problemen. Het dient, integendeel te worden gestaafd met de aantoonbare mislukking van te goeder trouw

⁷⁶ HvJEG 3 juli 2001, Commissie tegen België, C-378/98, Jur. 2001, blz. I-0000, alsmede punt 25 van de conclusie van A-G Tizzano.

⁷⁷ HvJEG 14 september 1994, Spanje tegen Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jur. 1994, blz. I-4103, punt 74-77.

⁷⁸ HvJEG 14 september 1994, Spanje tegen Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jur. 1994, blz. I-4103, punt 75; HvJEG 21 maart 1990, zaak C-142/87, België tegen Commissie, Jur. 1990, blz. I-959, punt 66.

⁷⁹ HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259.

⁸⁰ HvJEG 13 juni 2002, Nederland tegen Commissie, C-382/99, n.n.g., punt 92; HvJEG 4 april 1995, Commissie tegen Italië, C-348/93, Jur. 1995, blz. I-673, punt 17, HvJEG 17 juni 1999, België tegen Commissie, C-75/97, Jur. 1999, blz. I-3671, punt 88.

uitgevoerde pogingen tot terugverkrijging van de steun.⁸¹ Zonodig moeten de Commissie alternatieven voor de uitvoering van de beschikking voorgesteld waardoor de moeilijkheden kunnen worden overwonnen.⁸²

Hoe gedetailleerd en uitgewerkt de voorstellen van de lidstaat aan de Commissie moeten zijn, valt slechts incidenteel uit de beschikbare gegevens af te leiden. Een reëel voorstel voor terugvordering van forfaitaire bedragen in gevallen waarin de steun moeilijk bepaalbaar is (zoals bij steun in de vorm van een vermindering van sociale premies) lijkt kans van slagen te hebben.⁸³ Daarbij moet de lidstaat volgens het Hof aan de Commissie aanwijzingen verstrekken waardoor de aard en de precieze inhoud van deze berekeningswijze duidelijk kunnen worden, en in het bijzonder moet worden aangegeven welke elementen als "forfaitair" moeten worden beschouwd.

Uit het Commissie-verslag over het mededingingsbeleid over het jaar 2000 valt op te maken dat een voorstel voor een over meerdere jaren gespreide terugbetaling van steun die was verleend in de vorm van vermindering van sociale premies door de Commissie gehonoreerd is.⁸⁴

⁸¹ Zie conclusie van A-G Geelhoed van 7 maart 2002, in zaak C-404/00, Commissie tegen Spanje, n.n.g., punt 24, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Fennely bij HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259, punt 13.

⁸² HvJEG 3 juli 2001, Commissie tegen België, C-378/98, Jur. 2001, blz. I-0000, punt 32; HvJEG10 juni 1993, Commissie tegen Griekenland, C-183/91, Jur. 1993, blz. I-3131, punt 20; HvJEG 29 januari 1998, Commissie tegen Italië, C-280/95, Jur. 1998, blz. I-259, punt 14.

⁸³ HvJEG 3 juli 2001, Commissie tegen België, C-378/98, Jur. 2001, blz. I-0000, punt 45-49.

⁸⁴ Zie het XXXe verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid 2000, SEC(2001) 694 def., blz. 321 (Plan Borotra).

19. Concurrenten van de begunstigde onderneming

Afzonderlijke aandacht verdient de positie van concurrenten van de begunstigde onderneming. In deze paragraaf wordt onderzocht welke acties zij kunnen ondernemen tegen de Commissie, de begunstigde onderneming en de steunverlenende lidstaat, wanneer de Commissie de terugvordering heeft bevolen of wanneer een lidstaat in de fase voorafgaand aan een Commissie-beschikking een steunmaatregel ten uitvoer heeft gelegd in strijd met artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG.

Concurrent-Commissie

Een concurrent kan de Commissie, wanneer zij geen actie onderneemt tegen een lidstaat die een terugvorderingsbeschikking niet uitvoert, niet dwingen een procedure bij het Hof van Justitie in te leiden tegen die lidstaat.

Als voorwaarde voor een beroep wegens nalaten ingevolge artikel 232 EG is namelijk vereist dat op de Commissie een verplichting tot handelen rust, zodat het gestelde verzuim in strijd is met het Verdrag. Uit de opzet van artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG volgt, dat de Commissie (en de andere lidstaten) worden belast met het toezicht op de naleving door de lidstaten van de door de Commissie ingevolge artikel 88, lid 2, eerste alinea, EG gegeven beschikkingen, en dat deze bepaling de bevoegdheid toekent om zich zonder contradictoire precontentieuze procedure rechtstreeks tot het Hof van Justitie te wenden.⁸⁵ De beroepsgang waarin artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG voorziet, is niet meer dan een variant van het beroep wegens niet-nakoming in de zin van artikel 226 EG, specifiek aangepast aan de bijzondere problemen die steunmaatregelen van staten meebrengen voor de mededinging in de gemeenschappelijke markt. Volgens vaste rechtspraak beschikt de Commissie, wat de vraag betreft of bij het Hof al dan niet beroep wegens nalaten moet worden ingesteld, over een beoordelingsbevoegdheid. Deze beoordelingsbevoegdheid is geenszins afhankelijk van verzoeken van particulieren aan de Commissie om in een bepaalde zin te handelen, hetzij in het kader van artikel 226 EG, hetzij in dat van artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG.⁸⁶

Uit het bepaalde in artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG, en meer algemeen uit het geheel van de bepalingen van dit artikel, volgt, aldus het Gerecht van Eerste Aanleg, dat de controlebevoegdheid van de Commissie ten opzichte van de lidstaten die niet binnen de gestelde termijn voldoen aan haar beschikking, voor de Commissie een ruime discretionaire bevoegdheid inhoudt. Op de Commissie rust dus niet de verplichting een procedure in de zin van deze bepaling in te leiden.⁸⁷ Zij beschikt integendeel over een discretionaire bevoegdheid, waardoor het is uitgesloten, dat particulieren het recht zouden hebben om van die instelling te eisen, dat zij een bepaald standpunt inneemt.

Concurrent-begunstigde onderneming

De begunstigde onderneming moet er wel rekening mee houden dat een concurrent de nationale rechter kan verzoeken de begunstigde onderneming de teruggave van niet aangemelde steun te gelasten. Een eindbeslissing van de Commissie betreffende de verenigbaarheid van een steunmaatregel heeft namelijk niet tot gevolg dat de ongeldigheid van de tenuitvoerlegging van die maatregel achteraf wordt gedekt.⁸⁸

⁸⁵ HvJEG 14 februari 1990, Frankrijk tegen Commissie, C-301/87, Jur. 1990, blz. I-307, punt 23.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld beschikking GvEA 4 juli 1994, Century Oils Hellas, T-13/94, Jur. 1994, blz. II-431, punt 14, en GvEA 9 januari 1996, zaak T-575/93, Koelman, Jurispr. 1996, blz. II-1, punt 71

⁸⁷ GvEA 22 mei 1996, AITEC tegen Commissie, T-277/94, Jur. 1996, blz. II-0351, punt 65-67.

⁸⁸ HvJEG 21 november 1991, FNCE, C-354/90, Jur. 1991, blz. I-5505, punt 16.

Volgens het Hof moet de nationale rechter het verzoek om teruggave van steun toewijzen indien hij vaststelt dat de steunmaatregelen niet bij de Commissie zijn aangemeld, behoudens wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin de teruggave niet aangewezen is.⁸⁹ Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarin sprake is van een gewettigd vertrouwen bij de ontvanger van de steun als gevolg van een ongerechtvaardigde vertraging bij de vaststelling van de Commissie-beschikking.⁹⁰

Indien de Commissie in een positieve of voorwaardelijke beschikking mocht oordelen dat de reeds uitgevoerde steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, is een bevel van de nationale rechter om de uitbetaalde steun terug te betalen niet meer opportuun, aangezien de steun in dat geval direct weer kan worden uitgekeerd. Wel kan de nationale rechter maatregelen treffen om het concurrentievoordeel van de steunontvangende onderneming teniet te doen. Te denken valt aan het genoten rentevoordeel over de periode tot het moment waarop de Commissie-beschikking is genomen.

Concurrent-steunverlenende lidstaat

Tot slot moet worden gewezen op de mogelijkheid dat een concurrent een schadevergoedingsprocedure instelt tegen de steunverlenende overheid. Terugbetaling van reeds verleende steun is immers niet steeds een afdoende antwoord op een schending van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG, betreffende het verbod tot voortijdige tenuitvoerlegging van de steunmaatregel, met name wanneer de steunmaatregelen voor de concurrenten tot winstderving en verlies van marktaandelen hebben geleid. Terugbetaling is niet het enige middel om de doeltreffendheid van dat verbod te verzekeren. Van de steunverlenende staat kan – los van enige verplichting tot terugvordering van de steun – door concurrenten die schade of verlies hebben geleden tengevolge van de onrechtmatige tenuitvoerlegging van steunmaatregelen, ook voor de nationale rechter krachtens het gemeenschapsrecht schadevergoeding worden gevorderd.⁹¹

Het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, is volgens het Hof inherent aan het systeem van het EG-Verdrag.⁹² De Hof-rechtspraak stelt drie voorwaarden waaronder een lidstaat de betrokken schade moet vergoeden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht, en dat een direct causaal verband bestaat tussen deze schending van de op de staat rustende verplichting en de door de particulieren geleden schade.⁹³

Wat de tweede voorwaarde betreft, heeft het Hof geoordeeld dat, wanneer de betrokken lidstaat op het moment van de inbreuk niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer

⁸⁹ HvJEG 11 juli 1996, SFEI, C-39/94, Jur. 1996, blz. I-3547, punt 67-71.

⁹⁰ Zie ook de conclusie van A-G Jacobs bij HvJEG 11 juli 1996, SFEI, C-39/94, Jur. 1996, blz. I-3547, punten 73-76; HvJEG 24 november 1987, RSV, 223/85, Jur. 1987, blz. 4617, punt 12-17.

⁹¹ Zie A-G Jacobs in zijn conclusie bij HvJEG 11 juli 1996, SFEI, C-39/94, Jur. 1996, blz. I-3547, punt 77.

⁹² HvJEG 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, blz. I-5357, punt 35; HvJEG 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, Jur. 1996, blz. I-1029, punt 31; HvJEG 26 maart 1996, British Telecommunications, C-392/93, Jur. 1996, blz. I-1631, punt 38; HvJEG 23 mei 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Jur. 1996, blz. I-2553, punt 24, en HvJEG 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jur. 1996, blz. I-4845, punt 20.

⁹³ HvJEG 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, Jur. 1996, blz. I-1029, punt 51; HvJEG 23 mei 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Jur. 1996, blz. I-2553, punt 25, en HvJEG 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jur. 1996, blz. I-4845, punt 21.

beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had, de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaat om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan.⁹⁴ Wanneer aan de drie bovengenoemde voorwaarden is voldaan, vindt het recht op schadevergoeding zijn grondslag rechtstreeks in het gemeenschapsrecht, en moet de lidstaat in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan maken, aldus het Hof.⁹⁵

Concurrenten van de steunontvanger/begunstigde onderneming, die kunnen aantonen dat zij schade hebben geleden ten gevolge van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende steun kunnen derhalve tegen de Staat een vordering tot schadevergoeding instellen op grond van onrechtmatige overheidsdaad. De Staat zal namelijk in zo'n geval de rechtstreeks werkende *standstill*-verplichting in artikel 88, derde lid, EG en artikel 3 van de Procedureverordening hebben geschonden en, in voorkomend geval, de rechtstreeks werkende beschikking op grond van artikel 88, tweede lid, EG juncto artikel 7, vierde lid Procedureverordening (negatieve beschikking) niet zijn nagekomen. In dat geval kan er nimmer sprake zijn van een materie waarbij een lidstaat over enige beoordelingsmarge beschikt. De enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaat in dat geval om een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht aan te nemen.

⁹⁴ HvJEG 23 mei 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Jur. 1996, blz. I-2553, punt 28, en HvJEG 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jur. 1996, blz. I-4845, punt 25.

⁹⁵ Vaste rechtspraak sinds HvJEG 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, blz. I-5357, punt 41-43.

20. Gevolgen voor het Nederlandse recht

20.1. *Nationale mogelijkheden voor terugvordering*

De terugvordering van steun moet in beginsel volgens de relevante bepalingen van het nationale recht geschieden. Die bepalingen moeten volgens het Hof evenwel zo worden toegepast dat de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt.⁹⁶ In het bijzonder moet het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking worden genomen bij de toepassing van een bepaling die de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling afhankelijk maakt van de beoordeling van de verschillende in geding zijnde belangen.⁹⁷

In Nederland bestaat daarvoor in beginsel een aantal alternatieven. Soms bevat de desbetreffende kaderwetgeving inzake subsidies⁹⁸ een passende regeling voor de hier bedoelde terugvordering.

Een summiere verkenning leert echter dat in de Nederlandse rechtsorde geen sluitende regels bestaan die in alle gevallen de mogelijkheid bieden te voldoen aan de verplichting tot terugvordering van steun.⁹⁹ Deze lacunes hebben onder meer betrekking op de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), de fiscale wetgeving en het Burgerlijk Wetboek.

20.2. *Awb algemeen*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS stelt zich op het standpunt dat zowel onverschuldigde betaling¹⁰⁰ als ongerechtvaardigde verrijking¹⁰¹ geaccepteerde leerstukken zijn in het bestuursrecht. Een beslissing tot terugvordering van staatssteun kan in veel gevallen worden beschouwd als een besluit in de zin van de Awb.¹⁰²

Echter, de Awb voorziet niet in een sluitende regeling die voldoet aan de eisen van het Hof van Justitie, en is overigens niet toepasselijk ten aanzien van terugvorderingen van steun van fiscale of privaatrechtelijke aard. Bij wijze van voorbeeld wordt hierna ingegaan op problemen in verband met verjaring en rente als het gaat om subsidies.

20.3. *Verjaringstermijn in de Awb*

Op grond van artikel 4:48 lid 1, onderdeel d of 4:49, lid 1, onderdeel b, Awb kan een subsidieverlening worden ingetrokken als de subsidievaststelling onjuist was en ontvanger dit wist of behoorde te weten. De vraag is echter of een terugvorderingsactie naar aanleiding van een beschikking van de Commissie hierop gebaseerd kan worden. Immers, in de MvT is opgenomen dat genoemde artikelen voor een andere situatie – zoals verschrijvingen - zijn bedoeld.

In artikel 4:57 van de Awb wordt bepaald dat onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kunnen worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld, dan wel de handeling als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, onder c ('voorschotten'), heeft plaatsgevonden, nog geen vijf jaar zijn verstreken. Aansluiting is

⁹⁶ HvJEG 21 maart 1990, België tegen Commissie, "Tubemeuse", C-142/87, Jur. 1990, blz. I-959, punt 61, en HvJEG 20 september 1990, Commissie tegen Duitsland, C-5/89, Jur. 1990, blz. I-3437, punt 12.

⁹⁷ HvJEG 20 maart 1997, Alcan, C-24/95, Jur. 1997, blz. 1591, punt 24.

⁹⁸ Zie bij voorbeeld artikel 6 van de Kaderwet LNV-subsidies, artikel 7 van de Kaderwet EZ-subsidies, artikel 5 van de Kaderwet subsidies Ministerie van Buitenlandse Zaken en artikel 5 van de Kaderwet subsidies Ministerie van Verkeer en Waterstaat.

⁹⁹ Zie ook R.H.C. Luja, De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht, NTER 2000, blz. 243-255.

¹⁰⁰ Zie Afdeling bestuursrechtspraak RvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496.

¹⁰¹ Zie Afdeling bestuursrechtspraak RvS 26 augustus 1997, AB 1997, 461.

¹⁰² Zie Afdeling bestuursrechtspraak RvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496.

gezocht bij de verjaringstermijn voor intrekking of wijziging van de subsidievaststelling ex art. 4:49 lid 3. De samenhang houdt in dat de intrekking of wijziging van een subsidievaststelling en de terugvordering binnen hetzelfde tijdvak van vijf jaar moeten plaatsvinden.

Hieruit volgt dat terugvordering volgens de Awb niet meer mogelijk lijkt als vijf jaar zijn verstreken sinds de vaststelling van de subsidie dan wel sinds het tijdstip waarop de subsidieontvanger een verplichting niet is gaan naleven.

Opgemerkt wordt voorts dat art. 4:57 Awb slechts ziet op subsidies; terugvordering van privaatrechtelijke kapitaalstortingen en fiscale of sociale afdrachtskortingen vallen daar niet onder.

20.4. Rente in de Awb

De op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun omvat rente die betaalbaar is vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun, aldus artikel 14, lid 2, van de Procedureverordening.

In de Awb wordt als moment waarop rente verschuldigd wordt aangehouden het moment van aanzegging tot terugbetaling. De Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS stelt zich op het standpunt dat zowel onverschuldigde betaling als ongerechtvaardigde verrijking geaccepteerde leerstukken zijn in het bestuursrecht en heeft daarbij in overweging genomen dat ook op grond van 6:212 en 6:203 BW rente kan worden gevorderd. Echter, aangezien een intrekkingbeschikking geen terugwerkende kracht heeft, is pas onverschuldigd betaald of verrijkt vanaf het moment dat de subsidie is ingetrokken. Er kan derhalve niet eerder rente worden gevorderd dan nadat is ingetrokken.¹⁰³ Dit moment loopt niet synchroon met het moment als bedoeld in de Procedureverordening.

Hier kan nog aan worden toegevoegd dat naar Nederlands recht de wettelijke rente wordt gevorderd, terwijl het rentepercentage dat de Procedureverordening voorschrijft van een andere grootte is.

20.5. Fiscale wetgeving

Als sprake is van fiscale steun, (bijv. door middel van fiscale vrijstellingen, gunstige tarieven, belastingkredieten, verlaagde berekeningsgrondslagen) zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

Volgens artikel 16 AWR moet een terugvordering van fiscale voordelen die als onrechtmatige staatssteun moeten worden aangemerkt gebaseerd worden op een naheffingsbevoegdheid met betrekking tot belastingen die bij wege van aanslag worden geheven (inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, recht van successie). Deze naheffingsbevoegdheid ontstaat echter alleen door een 'nieuw feit'. Of een negatieve beschikking van de Commissie als een nieuw feit in de zin van de AWR is te kwalificeren is nog niet in de jurisprudentie uitgemaakt.

De bevoegdheid tot naheffing vervalt door het verloop van vijf jaren na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan (art. 16, lid 3 AWR). Deze termijn wordt echter twaalf jaar indien sprake is van in het buitenland gehouden of opgekomen bestanddelen van het betreffende belastingobject (art. 16, lid 4).

Opmerking verdient dat niet altijd valt vast te stellen vanaf welk moment gesproken kan worden van 'ontvangen van steun'.

Art. 20 AWR regelt de naheffingsbevoegdheid met betrekking tot belastingen die bij wege van voldoening of afdracht op aangifte worden geheven (omzetbelasting, loonbelasting). De bevoegdheid vervalt door verloop van vijf jaren na het einde van van het kalenderjaar waarin

¹⁰³ Afdeling Bestuursrechtspraak RvS 26 augustus 1997, AB 1997/461.

de belastingschuld is ontstaan of de teruggaaf is verleend (art. 20, lid 3, AWR). Indien sprake is van verkrijging van de economische eigendom van onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen zoals bedoeld in art. 2, lid, 2 BRV, vervalt de bevoegdheid tot naheffing eerst na verloop van twaalf jaren na het einde van het kalenderjaar waarop de belasting betrekking heeft.

Ten overvloede wordt het volgende opgemerkt. Aan de Invorderingswet komt men niet toe bij terugvordering van onrechtmatig verleende (fiscale) staatssteun, omdat de Invorderingswet veronderstelt dat er een fiscale schuld is. In het geval van (ongeoorloofde) steun gaat het niet om een schuld, maar om een voordeel dat achteraf onrechtmatig verleend is.

20.6. Burgerlijk Wetboek

In het geval geen van de bovenstaande terugvorderingstrajecten kan worden gevolgd, zou op basis van het Burgerlijk Wetboek teruggevorderd kunnen worden. Het meest voor de hand liggend zijn dan artikel 6:203 BW (onverschuldigde betaling) of artikel 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking). Een civielrechtelijke vordering kan echter afstuiten op de omstandigheid dat de steun terecht is gekomen bij een begunstigde van wie niet kan worden gesteld dat hem 'onverschuldigd' is 'betaald' of dat hij 'ongerechtvaardigd' is 'verrijkt' in de zin van deze bepalingen.

20.7. Voorrang van het gemeenschapsrecht

Terugvordering van onrechtmatige steun is het logische sequel van een inbreuk op de rechtstreeks werkende staatssteunbepalingen van het EG-Verdrag, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. In geval van juridische obstakels in het nationale recht dient de nationale rechter krachtens de voorrang van het gemeenschapsrecht de bepalingen van het Verdrag en de Procedureverordening rechtstreeks toepasselijk te achten in het nationale recht. Dit ondanks het feit dat sommige van deze bepalingen zich slechts tot de Commissie lijken te richten. Daarbij moet immers worden bedacht dat de Procedureverordening in dergelijke gevallen veelal een beperking hebben aangebracht in de ruimere bevoegdheid van de Commissie die deze tevoren rechtstreeks had op basis van de verdragsbepalingen, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Gesteld kan voorts worden dat deze bepalingen uitwerking vinden in de Commissie-beschikking tot terugvordering, die door de lidstaat, met inbegrip van de nationale rechterlijke instanties, ten uitvoer moet worden gelegd. Deze beschikking is weliswaar gericht tot de lidstaat en zijn organen, waaronder de rechterlijke instanties, maar werkt rechtstreeks in de nationale rechtsorde. Ook concurrenten kunnen immers op basis van de Commissie-beschikking de begunstigde onderneming aanspreken. Zij kunnen dit zelfs doen in de fase voorafgaand aan de vaststelling van de beschikking, waarbij de rechter de rechten van concurrenten volledig moet waarborgen en de teruggave van de steun moet gelasten.¹⁰⁴ Het ligt dan ook in de rede dat de beschikking verplichtingen voor de begunstigde onderneming kan inhouden.¹⁰⁵ De beschikking is bindend voor de nationale rechter wanneer de begunstigde onderneming geen beroep daartegen heeft ingesteld, of wanneer dit beroep is verworpen.

Echter, om voor alle betrokkenen volledig helderheid en zekerheid te verschaffen over de communautaire verplichtingen verdient het de voorkeur een ondubbelzinnige en adequate grondslag in het nationale recht op te nemen om een uit communautair oogpunt effectieve terugvordering te regelen.

¹⁰⁴ HvJEG 11 juli 1996, SFEL, C-39/94, Jur. 1996, blz. I-3547, punt 67-71.

¹⁰⁵ Zie HvJEG 19 juni 1973, Capolongo, 77/72, Jur. 1973, blz. 611, punt 6, en, op het punt van het vereiste van kenbaarheid van de beschikking, HvJEG 20 september 1990, Sevince, C-192/89, Jur. 1990, blz. I-3497, punt 24.

21. Aanbeveling

De hiervoor bij wijze van illustratie gesignaleerde lacunes, in combinatie met de rigide rechtspraak van het Hof van Justitie, brengen de werkgroep ertoe te pleiten voor de ontwikkeling van een passend nationaal instrumentarium om te voldoen aan de eisen die door het communautaire recht aan terugvordering van steun, ongeacht de aard ervan, worden gesteld. Daarbij zou, telkens toegesneden op de specifieke aard van de steun (subsidies, gunstige heffingen, garanties, etc.), inspiratie kunnen worden gezocht bij de reeds bestaande bepalingen in de kaderwetten betreffende subsidies. Hierbij zou mede moeten worden betrokken de verhouding tussen de centrale overheid en de decentrale overheden, onder meer in geval van cumulatie van steun verleend in de vorm van rijksbijdragen en provinciale of gemeentelijke bijdragen.

De ICER zou daartoe een ad hoc werkgroep kunnen formeren om hierover een advies voor te bereiden.

Bijlage 1 Samenstelling van de werkgroep

I. van der Steen	Buitenlandse Zaken (voorzitter en secretaris)
N. Kohll	VROM
J.-K. Sluys	VROM (tot 2001)
M. Roelofsen	V&W
M. Muijlwijk	V&W
J.G. Westerhof	Financiën (vanaf 2001)
F. Grondman	Financiën (vanaf 2001)
S. de Rijk	Financiën (vanaf 2001)
N. Tigchelaar	Financiën (tot 2001)
M. Maas	EZ
P. Reimer	BZK
G. Wessels	BZK (tot 2001)
M. Beuker	SZW (tot 2001) (agendalid)
C.M.A. Lindeman	SZW (agendalid)
P.R. van den Berghe	LNV (agendalid)
L.J. Vester	LNV (tot 2001)
F. van Zomeren	Jus (secretaris, tot 2001)

Bijlage 2 Relevante communautaire bepalingen

EG-Verdrag

Steunmaatregelen van de staten

Artikel 87 (ex artikel 92)

1. Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
2. Met de gemeenschappelijke markt zijn verenigbaar:
 - a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten,
 - b) steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen,
 - c) steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voorzover deze steunmaatregelen noodzakelijk zijn om de door deze deling berokkende economische nadelen te compenseren.
3. Als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd:
 - a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst,
 - b) steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen,
 - c) 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,
 - d) 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 Gemeenschap niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad,
 - e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, genomen met gekwalificeerde meerderheid van stemmen, op voorstel van de Commissie.

Artikel 88 (ex artikel 93)

1. De Commissie onderwerpt te zamen met de lidstaten de in die staten bestaande steunregelingen aan een voortdurend onderzoek. Zij stelt de dienstige maatregelen voor, welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist.
2. Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 87 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn.

Indien deze staat dat besluit niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de Commissie of iedere andere belanghebbende staat zich in afwijking van de artikelen 226 en 227 rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden.

Op verzoek van een lidstaat kan de Raad met eenparigheid van stemmen beslissen dat een door die staat genomen of te nemen steunmaatregel in afwijking van de bepalingen van artikel 87 of van de in artikel 89 bedoelde verordeningen als verenigbaar moet worden beschouwd met de gemeenschappelijke markt, indien buitengewone omstandigheden een dergelijke beslissing rechtvaardigen. Als de Commissie met betrekking tot deze steunmaatregel de in de eerste alinea van dit lid vermelde procedure heeft aangevangen wordt deze door het verzoek van de betrokken staat aan de Raad geschorst, totdat de Raad zijn standpunt heeft bepaald.

Evenwel, indien de Raad binnen een termijn van drie maanden te rekenen van het verzoek zijn standpunt niet heeft bepaald, beslist de Commissie.

3. De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Artikel 89 (ex artikel 94)

De Raad kan op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement met gekwalificeerde meerderheid van stemmen alle verordeningen vaststellen, dienstig voor de toepassing van de artikelen 87 en 88, en met name de voorwaarden voor de toepassing van artikel 88, lid 3, bepalen alsmede de van die procedure vrijgestelde soorten van steunmaatregelen.

Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 [thans artikel 88) van het EG-Verdrag

PB 1999, L 83, blz. 1

Artikel 11

Bevel tot opschorting van steun of tot voorlopige terugvordering van steun

1. Na de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben gegeven zijn opmerkingen in te dienen, kan de Commissie een beschikking geven waarbij de lidstaat wordt gelast alle onrechtmatige steun op te schorten, totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt ("opschortingsbevel").
2. Na de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben gegeven zijn opmerkingen in te dienen, kan de Commissie een beschikking geven waarbij de lidstaat wordt gelast alle onrechtmatige steun voorlopig terug te vorderen, totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt ("terugvorderingsbevel"), indien wordt voldaan aan onderstaande criteria:
 - er bestaat volgens een gevestigde praktijk geen twijfel omtrent de steunverlenende aard van de maatregel,
 - er moet dringend worden opgetreden en
 - er bestaat een ernstig gevaar dat een mededinger aanzienlijke en onherstelbare schade oploopt.

Terugvordering dient volgens de procedure van artikel 14, leden 2 en 3, te geschieden. Nadat de steun daadwerkelijk is teruggevorderd, geeft de Commissie binnen de voor aangemelde steun geldende termijn een beschikking.

De Commissie kan de lidstaat machtigen de terugbetaling van de steun vergezeld te doen gaan van reddingssteun voor de betrokken onderneming.

Het bepaalde in deze alinea is slechts van toepassing op onrechtmatige steun die ten uitvoer is gelegd na de inwerkingtreding van deze verordening.

Artikel 14

Terugvordering van steun

1. Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen ("terugvorderingsbeschikking"). De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht.
2. De op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun omvat rente tegen een door de Commissie vastgesteld passend 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.
3. Onverminderd een beschikking van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen overeenkomstig artikel 185 van het Verdrag, dient terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden, voorzover die procedures een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten. Daartoe nemen de betrokken lidstaten in geval van een procedure voor een nationale rechtbank alle nodige maatregelen, met inbegrip van voorlopige maatregelen, waarover zij binnen hun nationale rechtsstelsel beschikken om dit doel te bereiken, onverminderd de communautaire wetgeving.

Artikel 15

Verjaring

1. De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar.
2. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend. Door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun wordt de verjaring gestuit. Na elke stuiting begint de termijn van voren af aan te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over de beschikking van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.
3. Steun ten aanzien waarvan de verjaringstermijn is verstreken, wordt als bestaande steun beschouwd.