VAR-reeks
134

# Staatssteun
# op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht

Preadviezen uitgebracht door

Prof. dr. B. Hessel
Mr. J.R. van Angeren en mr. drs. W. den Ouden
Mr. G.J. van Slooten

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 20 mei 2005

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2005

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 134

© 2005 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 90 5454 589 5
NUR 823
www.bju.nl

# Inhoud

**Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden** 7
Prof. dr. B. Hessel

**Subsidierecht en staatssteun** **75**
Mr. J.R. van Angeren en mr. drs. W. den Ouden

**Steunverlening en de Nederlandse bestuurspraktijk** **205**
Mr. G.J. van Slooten

**Bestuur en ereleden** **305**

**Overzicht van de preadviezen uitgebracht door de VAR** **307**

# Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden

## *Hoe werken de Europese regels in de decentrale praktijk?*

*Prof. dr. B. Hessel**


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding** | **9** |
| **2** | **Waarom communautair toezicht op staatssteun?** | **11** |
| **3** | **De meldingsprocedure, mogelijke fouten en consequenties** | **13** |
| 3.1 | Onrechtmatige en onverenigbare steun | 13 |
| 3.2 | De onderneming draait op voor de fouten | 15 |
| 3.3 | Een praktisch dilemma | 16 |
| **4** | **Een complex leerstuk dat vraagt om een systematische aanpak** | **18** |
| 4.1 | Enkele relevante ontwikkelingen rond het toezicht op staatssteun | 20 |
| **5** | **De systematiek van de staatssteun volgens het EG-Verdrag** | **22** |
| 5.1 | Een verbod met uitzonderingen | 22 |
| 5.2 | De uitzonderingen van artikel 87 lid 3 EG | 23 |
| 5.3 | De uitzondering van artikel 86 lid 2 EG | 25 |
| **6** | **Wanneer is sprake van staatssteun?** | **27** |
| 6.1 | De gekozen systematiek: staatssteun als aan de eerste drie criteria is voldaan | 27 |
| 6.1.1 | Door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd | 28 |
| 6.1.2 | Ten goede aan bepaalde ondernemingen | 28 |
| 6.1.3 | Een niet-marktconform voordeel | 29 |
| 6.2 | Gerede maar onpraktische kritiek | 31 |
| **7** | **Kan voorkomen worden dat we met staatssteun te maken krijgen?** | **34** |
| 7.1 | Decentrale gelden anders besteden dan aan 'bepaalde ondernemingen' | 34 |
| 7.2 | Markconforme financiering bij ondernemingen | 36 |
| 7.3 | Financiële compensatie bij diensten van algemeen economisch belang | 37 |


* Met dank aan collega Kamiel Mortelmans en Ilze Jozepa van EUROPA decentraal voor hun opmerkingen bij het concept. De inhoud van dit preadvies komt uiteraard volledig voor mijn rekening.

**8 Als er sprake is van staatssteun, kan dan worden voorkomen dat moet worden aangemeld? 41**
8.1 Toepassen van een van de vrijstellingsverordeningen 41
8.2 De gekozen systematiek: aanmelden tenzij … 45
8.3 Gerede twijfel maar onpraktische kritiek 46
8.4 Ook voorzichtigheid in andere handleidingen 49
8.5 Het gaat niet om het lokale of regionale karakter van een activiteit, maar om de positie van de betrokken ondernemingen 50

**9 Als de steun moet worden aangemeld, zijn er dan bepaalde beleidsregels die moeten worden toegepast? 51**
9.1 Steunarrangementen toesnijden op richtsnoeren en kaderregelingen 52
9.2 Richtsnoeren en kaderregelingen bieden ook voordelen 54

**10 Problemen rond ruime subsidieregelingen 55**
10.1 Integraal decentraal beleid geeft Europese complicaties 55
10.2 Complicaties bij 'drietrapssteun' 56

**11 Leidt de heroriëntatie van de Commissie tot meer ruimte voor decentrale overheden? 58**
11.1 LET en LASA bieden weinig extra ruimte 58
11.2 De recente beschikkingenpraktijk nader bezien 59
11.3 De Commissie gedraagt zich soms tweeslachtig jegens decentrale overheden 64

**12 Ontwikkelingen rond voetbalsteun 66**
12.1 Onwillige Commissie komt uiteindelijk over de brug 66
12.2 De Commissie van tegenstander tot medestander 68

**13 Afsluitende conclusies en aanbevelingen 70**

**Stellingen 74**

# 1 Inleiding

Met de kennis van de Europese regels van staatssteun bij de Nederlandse decentrale overheden is het op dit moment enigszins merkwaardig gesteld. Vijf jaar geleden kreeg ik van acht provincies de opdracht om een praktische handleiding te schrijven over de betekenis van het communautair toezicht op staatssteun voor de decentrale overheden. Het project, dat ik samen met Annelies Neven uitvoerde,[1] werd begeleid door een stuurgroep uit de praktijk.[2] Staatssteun werd daarmee een speerpunt om de decentrale overheden in het algemeen meer bekend te maken met het Europese recht. Dat was ook de tijd waarin door het ministerie van BZK, het IPO, de VNG en de Unie van Waterschappen het initiatief werd genomen tot de oprichting van het Kenniscentrum EUROPA decentraal.[3]

Inmiddels hebben de meeste provincies een grondig inzicht in de problematiek van de staatssteun verworven, 'Europa-proof'-trajecten doorlopen,[4] cursussen gevolgd en hun staatssteunarrangementen laten doorlichten of zelf doorgelicht. De gemeenten zijn in de regel nog niet zo ver. Afgezien van de gemeente Den Haag zijn mij althans geen gemeenten bekend die de problematiek van de staatssteun structureel en organisatiebreed hebben aangepakt en hun steunmaatregelen hebben doorgelicht op Europese houdbaarheid.[5] Dit opmerkelijke verschil tussen provincies en gemeenten vervult mij enerzijds met de vrees dat een preadvies over dit onderwerp voor een deel van de VAR-leden weinig nieuws kan brengen. Temeer daar in 2004 een beknopte maar uitstekende Informatiewijzer over staatssteun is verschenen van het ministerie van BZK en EUROPA decentraal.[6] Anderzijds geeft het mij hoop om via de VAR met name de gemeenten beter te bereiken dan kennelijk tot nu toe is gelukt.
Het zoeken naar een evenwicht tussen hoop en vrees heeft geresulteerd in de volgende opzet van mijn bijdrage.

---

1. Bart Hessel & Annelies Neven, Staatssteun en EG-recht, praktische handleiding en checklijsten, deel 1 in de serie Europees recht voor decentrale overheden, Deventer 2001.
2. Naast vertegenwoordigers van de opdrachtgevende provincies zaten daarin ook Peter Reimer van het Coördinatiepunt staatssteun van BZK en Laurens Kuijper die indertijd verbonden was aan de Permanente Vertegenwoordiging in Brussel.
3. Zie www.europadecentraal.nl.
4. De provincies Noord-Brabant, Utrecht en Fryslân hebben deze projecten laten uitvoeren onder leiding van Jacob Wiersma van Berenschot International Solutions. De aanpak van BIS heeft mij geleerd dat het goed organiseren van de kennisstromen binnen de organisatie minstens zo belangrijk is als het geven van een cursusje. 'Europa proof' maken is dus meer dan een juridisch probleem.
5. Overigens heeft Amsterdam het ontwikkelen van een 'Europa proof'-norm als prioriteit gesteld voor 2005, dus er zit wel beweging in. Zie Eurolink januari 2005, interview Linda Brasz, p. 16.
6. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, EUROPA decentraal, Europese regelgeving over staatssteun, Informatiewijzer voor de decentrale overheid, Den Haag 2004.

Hoewel uiteraard ook andere decentrale overheden met de communautaire regels van staatssteun te maken hebben,[7] richt ik mijn aandacht op de provincies en de gemeenten. In aansluiting op eerdere publicaties wil ik daarbij trachten de vertaalslag te maken tussen de Europese regels en de decentrale praktijk. De juristen uit Brussel en Luxemburg spreken nu eenmaal een andere taal dan de bestuurders en beleidsmakers uit Alkmaar, Leeuwarden, Maarheeze of Appingedam en de decentrale bestuursjuristen vormen de sandwichgeneratie van dit moment.

Na een korte beschrijving van de achtergrond van het communautair toezicht op staatssteun (hoofdstuk 2) en de wijzen waarop decentrale overheden daarmee in de problemen kunnen komen (hoofdstuk 3), volgt een uiteenzetting van de complexiteit en de systematiek van het toepasselijke EG-recht (hoofdstuk 4 en 5). Aan de hand daarvan behandel ik de verschillende logische stappen die decentrale overheden zouden moeten zetten om op de juiste wijze met de verschillende Europese regels van staatssteun om te gaan. Daarbij moeten zij achtereenvolgens de volgende vier vragen beantwoorden: (i) Wanneer is sprake van staatssteun? (hoofdstuk 6); (ii) Kan voorkomen worden dat we met staatssteun te maken krijgen? (hoofdstuk 7); (iii) Als sprake is van staatssteun, kan dan voorkomen worden dat moet worden aangemeld? (hoofdstuk 8); (iv) Als de steun moet worden aangemeld, zijn er dan bepaalde beleidsregels die moeten worden toegepast? (hoofdstuk 9).

Deze systematische benadering, die ik ontleen aan mijn eerdere boek, is de afgelopen jaren toegepast in de provinciale praktijk en heeft daar haar nut bewezen. Mijn 'provinciale ervaringen' worden verwerkt in verschillende praktische voorbeelden en vormen bovendien aanleiding om stil te staan bij een aantal mogelijke juridische punten van kritiek op mijn benadering (paragraaf 6.2 en 8.3). Ook sta ik afzonderlijk stil bij de problemen die ruime provinciale subsidieregelingen blijken op te leveren (hoofdstuk 10). Na de afronding van mijn boek hebben zich verschillende ontwikkelingen voorgedaan, onder meer op het terrein van steun aan diensten van algemeen economisch belang en een aantal daarvan zal worden besproken. Zo rijst de belangrijke vraag of de Commissie met haar recente heroriëntatie op 'de zware gevallen van staatssteun' meer speelruimte biedt aan decentrale overheden (hoofdstuk 11) en wil ik enige ervaringen kwijt met de voetbalsteun, voor menige gemeente een eerste kennismaking met het toezicht van de Europese Commissie (hoofdstuk 12). Deze voetbalervaringen illustreren de voor de bestuursjurist zo herkenbare spanning tussen de juridische regels en de politieke ambities, een spanning die ook ten volle aanwezig is op het terrein van de staatssteun. Zo blijft de opmerkzame jurist zonder bestuurlijke en politieke dekking een roepende in de woestijn van zijn organisatie.[8] Deze bijdrage wordt afgesloten met enige conclusies en aanbevelingen (hoofdstuk 13).

---

7. Ik refereer hier slechts aan de vrij recente Pearle-zaak waarbij de Nederlandse PBO's geconfronteerd werden met vragen rond staatssteun. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02, n.n.g.
8. Evenals bij sommige gemeenten nu het geval is, waren het aanvankelijk bij de provincies ook enkele juristen of beleidsmedewerkers die, veelal in het kader van de juridische kwaliteitszorg, aandacht besteedden aan de regels van staatssteun. Dat de provincies dit leerstuk nu organisatiebreed aanpakken, is te danken aan de bestuurlijke en politieke steun die deze pioniers binnen hun provincie voor hun initiatieven hebben gekregen.

# 2 Waarom communautair toezicht op staatssteun?

De Europese regels op het toezicht van staatssteun, zoals neergelegd in de artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag, maken deel uit van de Europese regels voor de gemeenschappelijke markt en die zijn alle van groot belang voor de decentrale overheden.[9] Tot deze regels behoren allereerst de verdragsbepalingen inzake de interne markt die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal waarborgen.[10] In aanvulling op deze discriminatieverboden hebben we te maken met harmonisatiewetgeving, zoals de Europese aanbestedingsregels, die noodzakelijk zijn voor de werking van de gemeenschappelijke markt. Op deze gemeenschappelijke markt moeten vervolgens regels gelden die de mededinging in goede banen leiden. Daarbij kan allereerst gedacht worden aan mededingingsregels voor ondernemingen die met hun afspraken of via misbruik van hun machtspositie de mededinging kunnen verstoren.[11] Naast verstoringen door ondernemingen – waaronder ook de decentrale overheden in hun rol van onderneming vallen[12] – kan de mededinging op de gemeenschappelijke markt eveneens verstoord worden door overheden die ondernemingen steunen met ontoelaatbare staatssteun. De laatste jaren is sprake van een toenemende aandacht voor staatssteun, niet alleen bij de Nederlandse decentrale overheden, maar ook bij de Europese Commissie.[13] Dat is wel

---

9. Deze artikelnummers zijn het resultaat van een grote vernummeringsoperatie bij de inwerkingtreding van het EU-Verdrag van Amsterdam (1 mei 1999). Voor die tijd waren de regels van staatssteun te vinden in art. 92-94 van het EG-Verdrag (sinds de invoering van het EU-Verdrag van Maastricht in november 1993) en oorspronkelijk in art. 92-94 van het EEG-Verdrag uit 1957.
10. Zie voor het belang van deze bepalingen voor decentrale overheden desgewenst B. Hessel & K.J.M. Mortelmans, Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland, Deventer 1997, de hoofdstukken 7-9. Thans wordt gewerkt aan een actualisering van deze hoofdstukken als deel 5 van de serie Europees recht voor decentrale overheden. Een diepgaande studie over de betekenis van het vrij personenverkeer voor de Nederlandse gemeenten vormt de dissertatie van J. Luijendijk, Nederlandse gemeenten en het Europese personenverkeer, een onderzoek naar de consequenties van het personenverkeer voor de beleidspraktijk van gemeenten, Europese Monografieën, Deventer 2005.
11. Zie art. 81, 82 en 86 EG-Verdrag, voorheen art. 85, 86 en 90 E(E)G-Verdrag.
12. Tegen de verwachting in kunnen decentrale overheden zeer wel met art. 81, 82 en 86 EG-Verdrag te maken krijgen in hun rol als overheid en in hun rol als onderneming. Door de invoering van de Nederlandse Mededingingswet in 1998 is ook het op EG-recht geënte Nederlandse mededingingsrecht van groot belang voor de decentrale overheden. Zie desgewenst: Anna Gerbrandy & Bart Hessel, Mededingingsrecht voor decentrale overheden, serie Europees recht voor decentrale overheden deel 4, Deventer 2004.
13. Dit heeft ook geleid tot een aanzienlijke uitbreiding van de staf van het Coördinatiepunt staatssteun van BZK.

enigszins verklaarbaar wanneer we ons bewust zijn van de plaats van de staatssteunregels in het EG-Verdrag. Immers, wanneer het lidstaten in toenemende mate onmogelijk wordt gemaakt hun eigen goederen, personen en diensten te bevoordelen en de mededingingsregels voor ondernemingen steeds beter worden gehandhaafd door de aanscherping van het Europese en het nationale mededingingsrecht, blijft er voor overheden uiteindelijk niet veel meer over om zich te onderscheiden dan het geven van staatssteun aan reeds in hun territoir gevestigde ondernemingen of aan ondernemingen die zij daartoe willen verleiden.[14]

14. Voor de goede orde: de regels van staatssteun maken samen met de mededingingsregels voor ondernemingen deel uit van het Europese mededingingsrecht. In het Nederlandse mededingingsrecht blijft de staatssteun echter buiten beschouwing.

# 3 De meldingsprocedure, mogelijke fouten en consequenties

Voorgenomen staatssteun aan een onderneming dient – behoudens nader te behandelen uitzonderingen – door de lidstaat te worden aangemeld bij de Commissie via de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging in Brussel (hierna: PV).[15] Provincies en gemeenten moeten hun voorgenomen steun aanmelden via het Coördinatiepunt Staatssteun van het ministerie van BZK.[16] Het contact met de Commissie loopt formeel via de lidstaat, tot wie de Commissie haar beslissing ook richt. Na de aanmelding beoordeelt de Commissie of de steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten. Als dat het geval is, hebben we te maken met verboden staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG. De Commissie kan die staatssteun dan alsnog toestaan door hem verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt op grond van artikel 87 lid 2 of lid 3 EG. Als deze weg wordt gevolgd, kan de gemeente of provincie de steun verlenen. Komt de Commissie tot het oordeel dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, dan mag de steun niet worden gegeven. Voor de lidstaat staat dan beroep open bij het Hof van Justitie van de EG, de decentrale overheid kan zich tot het Gerecht van eerste aanleg wenden.[17]

## 3.1 Onrechtmatige en onverenigbare steun

In de praktijk doen zich twee mogelijke fouten voor die, mede gezien de ruime interpretatie van het begrip staatssteun, niet zelden voorkomen.

---

15. De procedurele kanten van de staatssteun zijn te vinden in de Procedureverordening 659/1999 (PbEG 1999, L 83/1), alsmede in de omvangrijke Verordening 794/2004 ter uitvoering van Verordening 659/1999, (PbEU 2004, L 140/1). Alle in dit preadvies te noemen regelingen en beschikkingen van de Commissie zijn te vinden op de website van de Commissie: http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html. Zij die (nog) de voorkeur geven aan papieren informatie kunnen Verordening 659/1999 vinden in: Bart Hessel (red.), Dossier EG-recht, Mededinging, Staatssteun, Den Haag 2003, p. 343 e.v.
16. Zie Interdepartementale afspraken inzake steunzaken, Stcrt. 29 september 2003, nr. 187, p. 16. Zie ook Informatiewijzer BZK/EUROPA decentraal. Steunmaatregelen van PBO's en ZBO's worden via het beleidsverantwoordelijke ministerie doorgeleid naar de PV en voorstellen van de waterschappen gaan via het ministerie van V&W.
17. Zie voor de gevaren en mogelijkheden voor decentrale overheden bij de rechtsbescherming, Hessel & Neven, a.w., p. 298-321.

In de eerste plaats is het mogelijk dat een gemeente of provincie staatssteun verleent die ten onrechte niet is aangemeld. Dan is er sprake van *onrechtmatige* steun.[18] Het niet aangemeld zijn van de steun maakt hem op zich al onrechtmatig, omdat dat namelijk in strijd is met de zogenoemde '*stand-still*'- bepaling van artikel 88 lid 3 EG. Daarin is bepaald dat de lidstaat de voorgenomen steun niet tot uitvoering mag brengen voordat de Commissie daarover – uiteraard positief – heeft beslist. Omdat deze bepaling rechtstreekse werking heeft,[19] kan niet alleen de Commissie stopzetting van de onrechtmatige steun vorderen, maar kan dat ook via de nationale rechter worden afgedwongen door een belanghebbende. Na een op dit punt volstrekt onbegrijpelijke kortgedinguitspraak van de Alkmaarse rechtbank[20] in de door bedrijvenvereniging Huiswaard/Overstad en anderen tegen de gemeente Alkmaar aangespannen procedure wegens het verlenen van onrechtmatige steun aan AZ, heeft het Amsterdamse hof in zijn arrest van 1 april 2004 laten zien hoe dat werkt.[21] In zijn kortgedinguitspraak van 3 september 2004 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen op vordering van Essent op basis van artikel 88 lid 3 EG de gemeente Appingedam gelast alle werkzaamheden te stoppen met betrekking tot een breedbandglasvezelnetwerkproject waar zij met niet aangemelde staatssteun bij betrokken lijkt te zijn.[22]

In de tweede plaats is het mogelijk dat de Commissie bij de beoordeling van de onrechtmatige steun tot de conclusie komt dat hij bovendien *onverenigbaar* is met de gemeenschappelijke markt.[23] Dan komt de decentrale overheid in de problemen.

Als voorbeeld van een provinciale steunmaatregel die dit lot was beschoren, noem ik de ten onrechte niet aangemelde steun van – onder meer – de provincie Fryslân aan SCI die voor een bedrag van ƒ 3 miljoen onverenigbaar bleek met de gemeenschappelijke markt.[24] Een aardig voorbeeld van een gemeentelijke steunmaatregel die naar het oordeel van de Commissie aan deze dubbele kwalificatie bleek te voldoen, is de staatssteun van de gemeente Maarheeze aan Valmont Nederland.[25] Op de inhoud van deze zaken ga ik later in (zie paragraaf 6.1.3).

Als de Commissie van oordeel is dat de onrechtmatige staatssteun ook nog onverenigbaar is, krijgt de lidstaat de verplichting de steun van de onderneming terug te

---

18. Zie voor de procedure betreffende onrechtmatige steun Verordening 659/1999, hoofdstuk III.
19. Rechtstreekse werking van EG-rechtelijke bepalingen houdt in dat benadeelden de naleving van deze bepalingen via de nationale rechter kunnen afdwingen. EG-Verordeningen, zoals Verordening 659/1999 en de nog te bespreken vrijstellingsverordeningen, hebben naar hun aard rechtstreekse werking.
20. Uitspraak Vzr. Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407, zaak 338/2002 JJ.
21. Hof Amsterdam 1 april 2004, LJN AO6912, zaak 206/03 KG. Dit arrest geeft ook een goede indruk van de belanghebbendentoets die de rechter dan – uiteraard naar Nederlands recht – uitvoert.
22. Uitspraak Vzr. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920, reg.nr. 73875 KGZA 04-271 m.nt. Bart Hessel, Mediaforum, 2004-10, p. 327-330.
23. Het kan natuurlijk gebeuren dat de Commissie bij de beoordeling van de onrechtmatige steun als nog tot de conclusie komt dat hij verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en dan valt de schade voor de decentrale overheid mee.
24. Beschikking van de Commissie van 13 februari 2001 betreffende de door Nederland toegekende staatssteun ten gunste van SCI-systems, PbEG 2001, L 186/43. Zie ook Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 483 e.v.
25. Beschikking van de Commissie van 18 juli 2001 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van Valmont Nederland BV, PbEG 2002, L 48/20. Zie ook Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 523 e.v.

vorderen. De lidstaat (lees: de Nederlandse regering) zal dan uiteraard de bal doorspelen naar de decentrale overheid die de steun ten onrechte heeft gegeven. Dat werd duidelijk in de SCI-zaak. De toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken stuurde een brief aan het provinciale bestuur met het verzoek om binnen een maand te laten weten hoe de provincie de steun van SCI dacht terug te krijgen. De relaties tussen rijk, provincie en onderneming worden dan bepaald door het Nederlandse recht, met dien verstande dat één of meer van de betrokkenen binnen de daarvoor geldende beroepstermijn natuurlijk naar de Europese rechter kan stappen. Zo heeft Valmont zich in de zaak Maarheeze met enig succes tot het Gerecht van eerste aanleg gewend, die de beschikking van de Commissie heeft vernietigd.[26]

## 3.2 De onderneming draait op voor de fouten

Het terugvorderen van de onverenigbare staatssteun is erop gericht de ten onrechte bevoordeelde onderneming weer in de juiste concurrentiepositie te brengen en haar ongeoorloofde concurrentievoordeel weg te nemen. Dit verklaart allereerst dat de Commissie op grond van de Europese wetgeving[27] en de rechtspraak van het Hof[28] de plicht heeft de terugvordering te eisen en dat er in beginsel geen mogelijkheden zijn voor de bevoordeelde onderneming aan de terugvordering te ontkomen. Zelfs wanneer de overheid de verwachting wekt dat de steun geen problemen oplevert of de onderneming door de terugvordering failliet dreigt te gaan, ontslaat dat de onderneming niet van de verplichte terugbetaling. De enige die gerechtvaardigde verwachtingen kan wekken, is hier namelijk de Commissie zelve en het Hof verwacht dan ook van de ondernemingen dat zij zelf bij de Commissie informeren of de te ontvangen staatssteun wel is aangemeld en aan de Europese regels voldoet.[29]

In de tweede plaats kan hierdoor ook worden begrepen dat de onderneming die de steun moet terugbetalen zich niet met een actie tot schadevergoeding tot de provincie of gemeente kan wenden om daarmee het steunbedrag weer terug te krijgen.[30]

Hoewel mijn mededeling dat een gemeente bij onverenigbare staatssteun gevrijwaard is van een schadevergoedingsactie bij een wethouder eens de verzuchting heeft ontlokt, 'waar maken we ons dan druk om?', vind ik in het algemeen bij provincies en gemeenten instemming voor het standpunt dat zij extra zorgvuldig met de regels van staatssteun moeten omgaan, omdat de betrokken ondernemingen de dupe zijn van hun onjuiste optreden.

---

26. Zie GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01 (Valmont Nederland BV/Commissie), n.n.g. Ik zeg met *enig* succes, omdat de Commissie volgens het Gerecht de staatssteun niet goed had onderbouwd en berekend. Wanneer de Commissie haar huiswerk goed overdoet, is het dus zeer wel mogelijk dat Valmont alsnog een bedrag ongeoorloofde staatssteun moet terugbetalen. De gronden voor vernietiging komen later nog ter sprake.
27. Art. 14 Verordening 659/1999 biedt de Commissie geen andere keuze.
28. Zie o.a. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (BUG-Alutechnik), Jur. 1990, p. I-3437; HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan), Jur. 1997, p. I-1607.
29. Zie voor de uitwerking Hessel & Neven, a.w., p. 284-290.
30. Zie Hessel & Neven, a.w., p. 319-320. Het is overigens niet uitgesloten dat de onderneming bijkomende kosten wel op de overheid kan verhalen.

## 3.3 Een praktisch dilemma

Wanneer decentrale overheden – eerder dan de Commissie – tot de ontdekking komen dat zij onrechtmatige staatssteun hebben verleend die aangemeld had moeten worden, komen zij niet zelden voor een praktisch dilemma te staan. Alsnog aanmelden heeft op grond van de *stand still*-bepaling tot gevolg dat de steun moet worden gestopt totdat de Commissie positief heeft beslist en dat kan in de praktijk wel meer dan een jaar duren. Dan toch maar niet melden?

Bij deze risicoanalyse moeten de decentrale overheden zich realiseren dat het gevaar dat de Commissie ontdekt dat er sprake is van onrechtmatige steun bijna altijd van dichtbij komt: een concurrent van de gesteunde onderneming – zoals in de zaken Alkmaar en Appingedam –, oplettende journalisten, de politieke oppositie, een gefrustreerde (ex-)medewerker, zij zijn het veelal die de Commissie op de hoogte stellen en daarmee een onderzoek uitlokken.[31] Sinds vorig jaar is daar een – potentieel – belangrijk risico bijgekomen door de rechtmatigheidstoets bij de accountantscontrole.[32] Of die toets in de praktijk ook goed werkt, moet nog worden afgewacht.

De Commissie is namelijk verplicht om bij een klacht tot onderzoek over te gaan.[33] Overigens moet men de Commissie zelf ook niet onderschatten. Zij heeft een uitgebreide knipseldienst die kennisneemt van allerlei lokale en regionale publicaties waaruit zou kunnen blijken dat er sprake is van niet aangemelde staatssteun.

Een aardige variant om de Commissie van voorgenomen staatssteun op de hoogte te brengen, vinden we bij de voorgenomen steun aan de Container Terminal Lage Weide.[34] In dit geval, waar ik nog op terugkom (zie paragraaf 8.3), was sprake van een combinatie van Europese steun uit het KONVER-programma en steun van de nationale autoriteiten, te weten van het ministerie van V&W, de provincie Utrecht en de gemeente Utrecht. Toen een van de nationale autoriteiten de Commissie een bedankbriefje stuurde voor de verleende Europese steun, werd zij er tot haar verrassing op gewezen dat de additionele nationale steunmaatregelen wel moesten worden aangemeld. Gelukkig kon dat nog op tijd gebeuren, anders had Utrecht zich – zoals nog zal blijken – schuldig gemaakt aan onrechtmatige steun.

Sommige provincies hebben een praktische oplossing gevonden voor het dilemma. Zij hanteren de stelregel dat reeds verleende of toegezegde steun ook na de melding wordt gecontinueerd, wanneer verwacht kan worden dat de Commissie de steun zal goedkeuren. Zoals we zullen zien, kan daarvan in veel gevallen een goede inschatting worden gemaakt door het gebruik van de richtsnoeren en de kaderregelingen van de Commissie (zie hoofdstuk 9).

---

31. Als voorbeeld wijs ik op de klacht van de D66-fractie van de gemeente Ede aan de Commissie dat de gemeente bij de verkoop van het notaris Fischerhuis de *de minimis*-drempel zou hebben overschreden. Zie ook Binnenlands Bestuur van 29 oktober 2004, p. 11.
32. Op grond van art. 213 Gemeentewet respectievelijk art. 217 Provinciewet en het Besluit accountantscontrole provincies en gemeenten (Stb. 2003, 362) moet de accountant toezien op de rechtmatigheid van de gemeentelijke en provinciale uitgaven. Daarbij moet ook gekeken worden naar de naleving van de Europese regels voor staatssteun.
33. Art. 10 lid 1 Verordening 659/1999.
34. Beschikking van de Commissie van 8 februari 2000, betreffende steunmaatregel N 617/98, Nederland-Container terminal Lage Weide Utrecht; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 413.

Tot slot nog een procedurele opmerking. Ook wanneer de voorgenomen steun is aangemeld en goedgekeurd, zijn de decentrale overheden niet van het communautair toezicht af. Bestaande steunmaatregelen zijn namelijk volgens artikel 88 lid 1 EG aan een permanent toezicht onderworpen van Commissie en lidstaat tezamen.[35]

35. Zie hfdst. V van Verordening 659/1999 en Hessel & Neven, a.w., p. 293-295.

# 4 Een complex leerstuk dat vraagt om een systematische aanpak

De artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag vormen de basis voor het communautair toezicht op staatssteun. Daarbij gaat artikel 87 over de inhoud en artikel 88 over de procedures.[36] Deze artikelen stonden al sinds 1957 met nagenoeg dezelfde inhoud in het toenmalige EEG-Verdrag,[37] dus nieuw kunnen we het leerstuk niet noemen. Zoals bekend, is het Europees recht jurisprudentierecht en in de loop der tijd hebben het Hof van Justitie van de EG en vanaf 1988 ook het Gerecht van eerste aanleg een omvangrijke hoeveelheid arresten gewezen die duidelijkheid (moeten) geven over de betekenis van de verdragsartikelen. Gedurende die lange periode heeft de Commissie bij de toepassing van het toezicht een stroom van beschikkingen gegeven die voor een goed begrip van het leerstuk van cruciaal belang zijn. Tevens heeft de Commissie bepaalde onderdelen van het beleid verduidelijkt door de publicatie van mededelingen, richtsnoeren en kaderregelingen. Bovendien publiceert de Commissie jaarlijks een Mededingingsverslag en komt zij regelmatig met notities als groenboeken en witboeken over bepaalde discussiepunten.[38] Sinds 2001 zijn daar diverse generieke vrijstellingsverordeningen van de Commissie bij gekomen die voor bepaalde soorten steun een vrijstelling geven op de aanmeldingsplicht (zie paragraaf 8.1). Ten slotte heeft de Commissie sinds enige tijd de gewoonte voorstellen voor nieuwe maatregelen vooraf op internet te publiceren en reacties daarop te vragen.[39] Uiteraard blijven de wetgeving, de rechtspraak en het beleid van de Commissie permanent in ontwikkeling en dat stelt hoge organisatorische eisen aan

36. Art. 89 geeft de Raad van Ministers een wetgevende bevoegdheid die hij bijvoorbeeld heeft gebruikt bij de vaststelling van de later te noemen Verordening 994/98.
37. Zoals gezegd als art. 92-94.
38. Denk bijvoorbeeld aan het Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, 25 mei 2003, COM 2003, 270. In de afrondende fase van dit preadvies verschenen bijvoorbeeld twee belangrijke publicaties van de Commissie over staatssteun: het Report State Aid Scoreboard – Autumn 2004 update – (Brussels, 16.11.2004 COM(2004) en het nieuwe vademecum van de Commissie voor innovatiesteun (Commission staff working document, 15.11.2004 SEC(2004) 1453).
39. Hierbij kan als voorbeeld gedacht worden aan de ontwerp-vrijstellingsbeschikking en ontwerp-kaderregeling voor diensten van algemeen economisch belang, aan de ontwerp-mededeling betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van steun met een beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer en de ontwerp-mededeling betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van geringe bedragen aan staatssteun. Deze ontwerp-besluiten komen verderop ter sprake.

de decentrale overheden, niet alleen om op de hoogte te komen, maar ook om dat te blijven.[40]

In dit verband wil ik nog eens benadrukken dat decentrale overheden die denken dat de Europese regels, zoals die van de staatssteun, regels zijn die uit het verre Brussel komen en waarmee ze het niet zou nauw hoeven te nemen, zich niet realiseren dat het Europese recht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde van de lidstaten.[41] De Europese regels voor staatssteun zijn een deel van de Nederlandse rechtsorde en decentrale overheden moeten daar dus op dezelfde wijze mee omgaan als met de Algemene wet bestuursrecht of de Wet op de Ruimtelijke Ordening.[42] Een consequentie daarvan is dat zij soms, zoals Alkmaar en Appingedam hebben ervaren, door de nationale rechter tot nakoming van de Europese regels gedwongen kunnen worden.

Dat de Europese regels voor staatssteun terug te vinden zijn in de nationale rechtsorde neemt niet weg dat er in het algemeen een grote kloof bestaat tussen de Europeesrechtelijke handboeken, geschreven door en voor ingewijden,[43] en de praktijk van de decentrale overheden. Het is van groot belang om de vertaalslag te maken van het Europese recht naar de decentrale praktijk (en natuurlijk ook andersom), en dat vraagt om een systematische aanpak van de problematiek.

Daarbij moet met name voorkomen worden dat beleidsmakers en bestuurders eerst allerlei mooie steunarrangementen bedenken en dan – in het gunstigste geval – op het laatste moment nog even aan de juristen vragen of het van 'Brussel' eigenlijk wel mag. Dat is vragen om problemen en om het omzeilen van 'het frustrerende en niet praktische' Europees recht. De enig juiste manier om met de Europese regels van staatssteun om te gaan, is wat tegenwoordig zo modieus wordt aangeduid als proactief. Dit betekent dat al in de fase waarin slechts gedacht wordt aan bepaalde steunarrangementen – hetzij voor een individueel geval hetzij in de vorm van een (subsidie)regeling – de juristen en de Europese regels worden geraadpleegd en wordt bezien welke logische stappen gezet moeten worden om met zo min mogelijk problemen in overeenstemming met het Europese recht te handelen. Bij die aanpak blijkt het Europees recht niet zelden ook praktische voordelen op te leveren (zie paragraaf 9.2).

Om die reden neem ik voor dit preadvies als vertrekpunt de gemeentelijke jurist of beleidsmedewerker die van haar wethouder de opdracht krijgt voor één of meer ondernemingen een aantrekkelijk financieel arrangement te ontwerpen dat de toets

---

40. Staatssteun is een van de onderwerpen die centraal in de organisatie moet worden aangepakt, omdat het voor veel diensten of afdelingen relevant is.
41. Dat bleek al uit het bekende Van Gend en Loos-arrest: zaak 26/62, Jur. 1963, 3.
42. Daarbij neem ik zonder meer aan dat de decentrale overheden deze nationale wetgeving in acht nemen, zoals in een rechtsstaat betaamt. Welnu, decentrale overheden die het Europese recht niet in acht nemen, handelen evenzeer in strijd met de eisen van de rechtsstaat als wanneer zij de Awb met voeten treden.
43. Op het terrein van staatssteun kunnen onder meer worden genoemd: L. Hancher, T. Ottervanger & P.J. Slot, EC State Aids, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 1999; C. Quigley & A. Collins, EC State Aid Law and Policy, Oxford-Portland, Oregon 2003.

van het Europese recht kan doorstaan.[44] Om duidelijkheid te krijgen over de logische stappen die daarbij achtereenvolgens gezet moeten worden, moet de systematiek van de staatssteun volgens het EG-Verdrag worden geschetst (hoofdstuk 5).

## 4.1 Enkele relevante ontwikkelingen rond het toezicht op staatssteun

Bij de uitwerking van de verschillende logische stappen komen op verschillende plaatsen veranderingen in de Europese regelgeving en het beleid aan de orde, die begrepen kunnen worden vanuit de heroriëntatie op de staatssteun en de activiteiten van de Commissie die vanaf het begin van dit millennium plaatsvinden. Om die reden wil ik hier kort twee punten aangeven.[45] De hamvraag of zij ook leiden tot een grotere speelruimte voor de decentrale overheden komt pas later en afzonderlijk aan de orde (hoofdstuk 11).

Allereerst werd tijdens de Europese Raad van Lissabon van maart 2000 de ambitie geformuleerd dat de Europese Unie rond 2010 de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie ter wereld zou moeten zijn, die in staat is tot betere groei met meer en betere werkgelegenheid en een hechtere sociale cohesie. In de Europese Raden van Stockholm (maart 2001) en Barcelona (maart 2002) werd bepaald dat de lidstaten het niveau van hun staatssteun moeten terugdringen en meer moeten ombuigen naar de horizontale doelstellingen van gemeenschappelijk belang met inbegrip van cohesie en stimulering van het midden- en kleinbedrijf (KMO's). Tegen die achtergrond kunnen de recente uitbreidingen van de mogelijkheid voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen en onderzoek en ontwikkelingssteun begrepen worden die we zullen tegenkomen.[46] Uit het in november 2004 verschenen State Aid Scoreboard blijkt dat die ombuiging naar de horizontale doelstellingen in veel van de oorspronkelijke vijftien lidstaten heeft plaatsgevonden en dat in Nederland bijna alle steun in 2002 al is verleend voor die horizontale doelstellingen.[47] Ik teken hierbij aan dat het daarbij uiteraard gaat om bij de Commissie bekende staatssteun.

In de tweede plaats wil de Commissie mede als gevolg van de uitbreiding van de Europese Unie haar aandacht vooral richten op de zware gevallen van staatssteun.[48]

Dit verklaart een aantal nog te vermelden initiatieven om de *de minimis*-vrijstelling te verruimen. Verder heeft voormalig commissaris Monti in dit verband twee ontwerpmededelingen gepubliceerd: de ontwerp-mededeling betreffende een nieuw kader

---

44. De keuze voor de *gemeentelijke* medewerker is ingegeven door het feit dat gemeenten de achterstand met de provincies op het gebied van staatssteun snel moeten inlopen. Voor juristen van andere (decentrale) overheden geldt uiteraard hetzelfde verhaal.
45. Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad, Voortgangsverslag betreffende de vermindering en heroriëntatie van staatssteun, Brussel 16 oktober 2002, COM(2002) 555 definitief.
46. De Europese Ster, nieuwsbrief nr. 331.
47. Zie Commission, Brussels, 16 november 2004, Report State Aid Scoreboard – Autumn 2004 update, COM (2004) 750 final, p. 30.
48. Een soortgelijke ontwikkeling heeft zich ook voorgedaan bij het mededingingsbeleid ten aanzien van ondernemingen (art. 81 en 82 EG), dat heeft geresulteerd in een verschuiving van activiteiten naar de kartelautoriteiten van de lidstaten en de nationale rechters. In Europese termen spreken we van de decentralisatie van het mededingingsrecht. Zie hiervoor nader Gerbrandy & Hessel, a.w., p. 93-95.

voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer (inmiddels bekend als LET, *limited effect on trade*) en de ontwerp-mededeling betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van geringe bedragen aan staatssteun (afgekort als LASA, *limited amount of state aid*).[49] Ook deze komen nog ter sprake.

Inmiddels is uit de op 3 november 2004 verschenen tussenevaluatie van het rapport Kok gebleken dat de Lissabonstrategie niet echt succesvol verloopt. In reactie daarop heeft de Regio Randstad laten weten mee te willen werken aan het slagen van deze strategie. Verder heeft de Commissie op 15 november een vademecum voor innovatiesteun gepubliceerd waar de decentrale overheden bij het alsnog nastreven van de Lissabonstrategie gebruik van kunnen maken.

49. Zie Informatiewijzer BZK/EUROPA decentraal, a.w., p. 31.

# 5 De systematiek van de staatssteun volgens het EG-Verdrag

Bij mijn contacten met decentrale overheden blijkt de mededeling dat op bepaalde steunactiviteiten de Europese regels van staatssteun van toepassing zijn niet zelden te leiden tot een grote schrikreactie en hevige verontwaardiging. Grote schrik, omdat men denkt dat activiteiten die onder een Europeesrechtelijk verbod vallen daarom ook geheel niet meer mogen en hevige verontwaardiging, omdat aan decentrale steunregelingen in het algemeen zeer nobele beleidsdoelstellingen ten grondslag liggen, zoals stedelijke vernieuwing, stimulering van economische ontwikkeling of verdrogingsbestrijding. Bij nader inzien blijken de effecten van het Europese recht dan wel enigszins mee te vallen, want naast een verbod vinden we in het EG-Verdrag een groot aantal uitzonderingsmogelijkheden daarop.[50] Die uitzonderingsmogelijkheden bieden dan niet zelden de mogelijkheid het gewenste beleid, na goedkeuring door de Commissie, toch uit te voeren. Daarbij behoeven de lokale of regionale steunmaatregelen veelal wel enige aanpassing, omdat de Commissie bij de toepassing van de uitzonderingsmogelijkheden kijkt naar de *Europese* legitimiteit van de beleidsdoelstellingen en niet naar de lokale of regionale wenselijkheid daarvan. Denk aan de hiervoor genoemde horizontale doelstellingen van gemeenschappelijk belang.

## 5.1 Een verbod met uitzonderingen

Het verbod van artikel 87 lid 1 EG luidt:

> '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.'

50. Bij de mededingingsregels voor ondernemingen en de vier vrijheden vinden we in het EG-Verdrag ook verboden met mogelijke uitzonderingen. Daar moeten de decentrale overheden het evenzeer veelal hebben van die uitzonderingen.

Op grond van dit artikel hebben we te maken met staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1, ofwel *verboden* staatssteun, indien aan de volgende vijf criteria is voldaan:

1. de steun wordt door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd;
2. hij komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties;
3. hij verschaft voordeel aan de onderneming(en) dat zij niet langs normale commerciële weg, via de markt, zou(den) hebben verkregen;
4. de steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de gemeenschappelijke markt;
5. de steun leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.

Dergelijke in eerste instantie verboden staatssteun kan toch worden toegestaan wanneer de Commissie – na aanmelding – een beroep op één van de uitzonderingen op dit verbod honoreert die in het EG-Verdrag zijn vermeld.

Het Verdrag kent drie groepen uitzonderingen, die worden genoemd in artikel 87 lid 2 en 3 en artikel 86 lid 2 EG.

Op grond van artikel 87 lid 2 EG verklaart de Commissie drie nader genoemde steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.[51] Voor de Nederlandse decentrale praktijk zijn alleen de onder (b) genoemde steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen van belang. Zo heeft de Commissie bijvoorbeeld na de vuurwerkramp in Enschede op grond van deze bepaling toestemming verleend voor het geven van steun aan de gedupeerde ondernemingen.[52] De twee andere uitzonderingsmogelijkheden van artikel 87 lid 3 EG en artikel 86 lid 2 EG vragen bijzondere aandacht.

## 5.2 De uitzonderingen van artikel 87 lid 3 EG

Zeer belangrijk voor de decentrale overheden zijn de uitzonderingsmogelijkheden die in artikel 87 lid 3 EG worden genoemd op grond waarvan de Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar *kan* verklaren met de gemeenschappelijke markt.[53]

---

51. Art. 87 lid 2 EG luidt: '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.'
52. Zie beschikking van de Commissie van 6 juni 2002, betreffende steunmaatregel N 217/2002, Nederland – Vuurwerkramp Enschede – Schadevergoeding aan ondernemers; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 545 e.v.
53. Art. 87 lid 3 EG luidt: '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, →

Hier ontmoeten wij de horizontale doelstellingen van gemeenschappelijk beleid.[54] De beleidsruimte die het verdrag de Commissie daarbij laat, heeft zij voor een groot deel nader ingekleurd door de publicatie van een omvangrijk aantal richtsnoeren en kaderregelingen, zoals richtsnoeren voor regionale steun en voor steun aan ondernemingen in moeilijkheden en communautaire kaderregelingen voor milieusteun en voor steun ten behoeve van onderzoek en ontwikkeling (O&O). Op deze richtsnoeren en kaderregelingen, die juridisch vergeleken kunnen worden met beleidsregels, ga ik later in, wanneer onze gemeentelijke jurist daar ook aan toe komt (hoofdstuk 9).

Afgezien van de uitzondering onder a)[55] blijkt de Commissie bij de toetsing van staatssteun door decentrale overheden gebruik te maken van alle mogelijkheden die lid 3 noemt. Niet zelden blijkt een beroep op een van de uitzonderingen ook de redding voor een decentrale steunmaatregel. Ter illustratie enkele voorbeelden.

De regionale steun ten behoeve van de Nederlandse steunkaartgemeenten is gebaseerd op artikel 87 lid 3 onder c EG en de daarvoor geldende richtsnoeren voor regionale steun.[56] De onder c) genoemde uitzondering om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid te vergemakkelijken, kon (mede) uitkomst bieden voor de goedkeuring van de steun door – onder andere – de stad en de provincie Utrecht aan de Container Terminal Lage Weide die verderop nog ter sprake komt.[57]

Voor de vrij recente fiscale steunregeling ten behoeve van het Project Offshore Windpark Q7 kon de Commissie eveneens op grond van de uitzondering onder c) en de daarop gebaseerde kaderregeling milieusteun tot verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt concluderen.[58] De bij het Verdrag van Maastricht ingevoerde cultuurexceptie onder d) vormde de redding voor de nog te bespreken staatssteun aan Aviodrome door de provincie Flevoland.[59] Bij het toestaan van O&O-steun wordt bijvoorbeeld mede gebruikgemaakt van de uitzondering onder b).

---

53. (vervolg)
    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, op voorstel van de Commissie.'
54. Zie ook Informatiewijzer BZK/EUROPA decentraal, a.w., hfdst. 3.
55. Nederland kent geen streken (meer) waarin de levensstandaard Europees gezien abnormaal laag is. Tot 2000 viel Flevoland hier met enig kunst- en vliegwerk onder.
56. Zie voor de uitwerking Hessel & Neven, a.w., p. 150-177.
57. Zie par. 8.3.
58. Zie de beschikking van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende steunmaatregel N 266/2003 – Nederland – Project Offshore Windpark Q7, C(2003)2513 fin.
59. Zie de beschikking van de Commissie van 15 oktober 2003 betreffende steunmaatregel N 221/2003 – Nederland – Aviodrome, C(2003)3521 fin.

## 5.3 De uitzondering van artikel 86 lid 2 EG

In artikel 86 lid 2 EG[60] worden de regels van het EG-Verdrag, met name de mededingingsregels, van toepassing verklaard op ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Deze verdragsexceptie heeft daarmee een ruimere strekking dan een uitzondering op het verbod van artikel 87 lid 1 EG, maar hier wil ik mij daartoe beperken.[61] Bij diensten van algemeen economisch belang hebben we te maken met activiteiten die openbare of private ondernemingen verrichten waartoe zij door de overheid op grond van het algemeen belang worden verplicht en die zij louter afgaande op de signalen van de markt niet zouden doen. Denk aan het hanteren van sociaal verantwoorde tarieven, het bieden van continuïteit en zekerheid of het mede verrichten van verliesgevende activiteiten. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het continu aanbieden van gas en elektriciteit, het verrichten van openbaar vervoer ook op verliesgevende plaatsen en tijden en met korting voor sociaal zwakke groepen, of het aanbieden van – regionale of lokale – publieke radio en televisie met programma's van bepaalde inhoud of niveau, waar geld bij moet.

Voor decentrale overheden die steun geven aan lokale en regionale publieke omroepen is het van belang te weten dat de Commissie ter concretisering van haar beleid ex artikel 86 lid 2 EG een Mededeling heeft gepubliceerd waarin strenge eisen worden gesteld om voor goedkeuring in aanmerking te komen.[62,63]

Juist in de sfeer van de staatssteun heeft zich nu een belangrijke ontwikkeling voorgedaan in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG die bij de andere toepassingen van artikel 86 lid 2 EG ontbreekt.

---

60. Art. 86 lid 2 EG luidt: 'De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.' In het derde lid lezen we nog: 'De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten.'
61. De decentrale overheden komen art. 86 lid 2 EG ook tegen als uitzondering op de mededingingsregels voor ondernemingen (art. 81 en 82 EG), op het voor hen als overheid geldende verbod van art. 86 lid 1 EG en ook als uitzondering op de regels van het vrij verkeer Zie Gerbrandy & Hessel, a.w., hfdst. 5.
62. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen (PbEG 2001, C 320/5).
63. Toen bleek dat meerdere provincies in Nederland naar hartelust niet-aangemelde steun gaven aan lokale en regionale publieke omroepen en zij zich niet bewust waren van de daarvoor geldende Mededeling, terwijl de Commissie aangemelde steun aan de Waalse lokale omroepen in strijd is met art. 87 lid 1 EG had geoordeeld – zie voor deze zaak par. 8.3 –, hebben Robert-Jan van Lotringen en ik in het voorjaar van 2003 met spoed een publicatie gewijd aan deze Mededeling. Met spoed, omdat op dat moment grote onduidelijkheid bestond over de vraag of financiering van diensten van algemeen economisch belang nu wel of niet onder de regels van de staatssteun valt en daarmee wel of niet moest worden aangemeld (B. Hessel & R.J.W.M.M. van Lotringen, Financiele ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen, Gst. 2003, 7188, p. 353-362). →

Zo heeft het Hof in het Altmark-arrest[64] de systematiek van het EG-Verdrag, althans voorzover het staatssteun betreft, omver gegooid door te bepalen dat een financiële compensatie door de overheid aan een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang geen staatssteun is in de zin van artikel 87 lid 1 EG, wanneer die financiering beperkt blijft tot een compensatie van de meerkosten die de onderneming maakt bij de openbare-dienstverplichtingen.[65] Het Hof volgt daarmee voor diensten van algemeen economisch belang de zogenoemde compensatiebenadering in afwijking van de traditionele staatssteunbenadering. Voor de decentrale overheden betekent dit dat financiële compensatie – in beginsel althans – geen staatssteun is en dus ook niet (meer) behoeft te worden aangemeld. Dat het echter niet zo eenvoudig is als het lijkt, mag blijken uit het feit dat de Commissie in haar reacties op Altmark weer teruggrijpt naar de systematiek van het EG-Verdrag en veronderstelt dat de (decentrale) overheden niet zelden financiële compensatie toch zullen (moeten) aanmelden, waarna de Commissie artikel 86 lid 2 EG toepast. Ik kom daar op terug (zie paragraaf 7.3).

63. (vervolg)
Met het Ferring-arrest (zaak C-53/00, Jur. 2001, I-9067), als voorloper van Altmark, kwam het Hof namelijk 'in conflict' met het Gerecht van eerste aanleg dat de traditionele staatssteunbenadering bleef volge: wel aanmelden en een beroep op art. 86 lid 2 EG. In de verwachting dat het Hof in de toen hangende Altmark-zaak, gezien de omvangrijke kritiek op Ferring, wel op Ferring terug zou komen, meenden wij dat de decentrale overheden de kans moesten grijpen om gebruikmakend van de onzekerheid hun niet aangemelde steun aan de omroepen inhoudelijk op orde te maken. Maar in juli 2003 bevestigde het Hof in Altmark de Ferring-benadering. In beginsel blijft daarmee de mogelijkheid gehandhaafd om financiering aan publieke omroepen niet aan te melden. Zoals nog zal blijken, zijn de problemen daarmee voor omroepsteun verre van opgelost.

64. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-07747.

65. Omver gegooid, want volgens de regels van de staatssteun is het voor de vraag of de steun onder art. 87 lid 1 EG valt niet relevant wat het doel is van de steun. Het doel komt pas aan de orde bij de toets aan de uitzonderingsmogelijkheden en kan dan aanleiding zijn tot het alsnog toestaan van de steun. Bij de Altmark-benadering is daarentegen het doel van de financiering al van belang voor de vraag of we met staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG te maken hebben. Verder wordt buiten het terrein van de staatssteun gewoon gewerkt met artikel 86 lid 2 als mogelijke uitzondering op de verboden van art. 81, 82, 86 lid 1 EG of die van de vier vrijheden.

# 6 Wanneer is sprake van staatssteun?

We hebben met staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG te maken wanneer aan alle vijf de genoemde criteria is voldaan. In dat geval is sprake van verboden staatssteun die alleen met een beroep op een van de uitzonderingsmogelijkheden alsnog kan worden toegestaan. In het boek Staatsteun en EG-recht hebben wij in samenspraak met de stuurgroep uit de praktijk ervoor gekozen al te spreken van staatssteun wanneer aan de eerste drie criteria wordt voldaan.[66] Die benadering heb ik ook in latere publicaties gevolgd. De keuze hiervoor houdt verband met de vraag wanneer voorgenomen staatssteun moet worden aangemeld. In de lijn van het ruime begrip staatssteun ligt namelijk een ruime opvatting over het moment van aanmelden. De aanhangers van deze benadering stellen dat voorgenomen staatssteun eerst behoeft te worden aangemeld wanneer aan alle vijf de criteria wordt voldaan, dus wanneer er tevens sprake is van (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Omdat het naar de ervaring van de PV en het Coördinatiepunt staatssteun veel te riskant werd geacht de beoordeling van de laatste twee criteria aan de decentrale overheden over te laten, hebben wij in ons boek gekozen voor de veilige benadering: in beginsel aanmelden wanneer aan de eerste drie criteria wordt voldaan.[67] Door de toenemende aandacht voor staatssteun zijn in decentrale kring inmiddels ook de ruime benaderingen van staatssteun en van aanmelden bekend geworden. Om die reden wil ik later afzonderlijk op die alternatieven ingaan (zie paragraaf 6.2 respectievelijk paragraaf 8.3). Omdat zij in de praktijk haar nut heeft bewezen, handhaaf ik echter in dit preadvies de eerder door mij gevolgde systematiek en behandel ik hier alleen de betekenis van de drie eerste criteria voor de decentrale praktijk. Aldus maak ik een onderscheid tussen staatssteun en verboden staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG.

## 6.1 De gekozen systematiek: staatssteun als aan de eerste drie criteria is voldaan

In het algemeen is het ook in decentrale kring wel duidelijk dat we te maken hebben met staatssteun in het op zich simpele geval dat een provincie of gemeente een flinke

66. Hessel & Neven, a.w., hfdst. 2.
67. Hessel & Neven, a.w., p. 93. Een dergelijke voorzichtige aanpak verdraagt zich alleen al om terminologische redenen niet met een ruime benadering van staatssteun. Immers, de consequentie daarvan zou zijn dat de decentrale overheden iets moeten aanmelden dat nog geen voorgenomen staatssteun is.

subsidie ter beschikking stelt om een op winst gericht commercieel bedrijf tot vestiging op het lokale of regionale bedrijventerreinen te verleiden. Wanneer onze gemeenteambtenaar van haar wethouder te horen krijgt dat hij daartoe subsidie wil geven aan de importeur van Mercedes Benz, zal ongetwijfeld bij beiden een lampje gaan branden. Dat het begrip staatssteun veel ruimer is dan subsidie aan 'bedrijven', blijkt echter veelal een grote, en niet zelden onaangename verrassing.

### 6.1.1 *Door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd*

Het mag duidelijk zijn dat de decentrale overheden ook onder het begrip staat vallen van artikel 87 lid 1 EG.[68] Aan het eerste criterium is niet alleen voldaan als een decentrale overheid geld ter beschikking stelt aan een onderneming, maar ook wanneer zij minder geld van een onderneming int, door bijvoorbeeld bepaalde belastingfaciliteiten te verstrekken.[69] De verhouding tussen belastingen en staatssteun wordt in het preadvies van Gooike van Slooten behandeld. Verder moet ook duidelijk zijn dat dit criterium geen ruimte laat voor te veel voor de hand liggende trucs om het geld van de decentrale overheid naar de onderneming door te sluizen via een aparte rechtspersoon, het liefst in de vorm van een nobele stichting. Commissie en Hof gaan in het mededingingsrecht functioneel te werk. Dat betekent dat zij door allerlei juridische constructies heen prikken en kijken naar de feitelijke uitwerking op de markt.

### 6.1.2 *Ten goede aan bepaalde ondernemingen*[70]

Het begrip 'bepaalde' is opgenomen om begunstigende maatregelen die ten goede komen aan alle ondernemingen binnen een lidstaat buiten het begrip staatssteun te houden. Een algemene verlaging van de vennootschapsbelasting is geen staatssteun. Bij decentrale overheden bestaat nogal eens het misverstand dat een algemene provinciale of gemeentelijke regeling geen staatssteun is. Zo dacht de provincie Fryslân in de SCI-zaak met een algemeen banenplan buiten de staatssteunregels te vallen. Provinciale en gemeentelijke algemene regelingen komen echter naar hun aard nooit ten goede aan alle ondernemingen binnen de lidstaat Nederland, hooguit aan alle ondernemingen binnen de provincie of de gemeente, maar dat zijn dan toch bepaalde ondernemingen in de zin van artikel 87 lid 1 EG.[71] Het zijn juist de algemene provinciale (subsidie)verordeningen die in eerste instantie onder de loep

68. Zie nader Hessel & Neven, a.w., p. 26.
69. Zie bijvoorbeeld het recente arrest van het Hof van 13 januari 2005, zaak C-174/02, betreffende een prejudiciële uitspraak in het bij de Hoge Raad voorliggende geschil tussen Streekgewest Westelijk Noord-Brabant tegen de Staatssecretaris van Financiën.
70. De bepaalde *producties* waar art. 87 lid 1 EG ook van spreekt, zijn voor de decentrale praktijk van ondergeschikt belang. Daar ga ik niet nader op in.
71. Uiteraard is het denkbaar bijvoorbeeld op basis van een gemeentelijke modelverordening een subsidieregeling op dezelfde wijze toe te passen op alle ondernemingen in Nederland. Daarmee is echter niet zonder meer gezegd dat we dan te maken hebben met een algemene regeling die zich aan de regels van staatssteun onttrekt. Als een ogenschijnlijk generieke maatregel selectief uit blijkt te werken, slaat de Commissie toe. Zie Hessel & Neven, a.w., p. 44.

worden genomen om de provinciale steunarrangementen voor de toekomst 'Europa proof' te maken.[72]

Het komt wel voor dat provincies denken bepaalde subsidieregelingen onttrokken te hebben aan de regels van de staatssteun door die subsidies expliciet uit te sluiten voor 'individuele bedrijven'. Deze uitsluiting is echter niet toereikend, want het begrip bedrijf is geen juridisch begrip dat bij staatssteun wordt gebruikt en het begrip onderneming in artikel 87 EG is veel ruimer dan (op winst gerichte) bedrijven.

Uit het Höfner-arrest[73] blijkt dat onder onderneming wordt verstaan 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'. Bij het uitoefenen van een economische activiteit moeten we denken aan het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Bovendien blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het voor het zijn van onderneming niet nodig is dat de desbetreffende eenheid op winst gericht is. Afhankelijk van de feitelijke activiteiten kan een stichting dus zeer wel een onderneming zijn, zoals blijkt uit de steun aan de stichting Aviodrome. Hetzelfde geldt voor een non-profit jachthaven (zie hoofdstuk 11).

Dit ruime ondernemingsbegrip slaat bij een presentatie meestal in als een bom. Het betekent namelijk dat ziekenhuizen, musea, bioscopen, muziektheaters, lokale of regionale publieke omroepen en dergelijke, die immers diensten aanbieden op de markt, ondernemingen zijn en dat overheden die daar geld in steken met de regels van staatssteun te maken kunnen krijgen. Hiermee ontstaat het eerste besef dat er in het verleden wellicht een lijk in de kast terecht is gekomen. Dat profvoetbalclubs ook ondernemingen zijn, komt later nog ter sprake (hoofdstuk 12).[74]

### *6.1.3 Een niet-marktconform voordeel*

Met dit derde criterium wordt duidelijk dat staatssteun veel meer omvat dan alleen subsidies aan ondernemingen. Van een voordeel van niet-marktconforme aard is sprake in alle gevallen dat de decentrale overheid zich in een financiële relatie met ondernemingen royaler gedraagt dan een normale marktpartij en daarmee niet het zogenoemde *market economy investor principle* in acht neemt. We kunnen ook zeggen: wanneer de decentrale overheid jegens een onderneming aardiger wil zijn dan de mensen van de ABN-AMRO-bank. Dat spreekt wel aan, want niet zelden zitten decentrale juristen met het probleem dat een wethouder of gedeputeerde juist wel aardiger wil zijn dan de mensen van de bank. Het is niet gezegd dat het Europese recht dat niet toestaat, maar wanneer een bestuurder dat wil, krijgt hij te maken met de regels van staatssteun.

Het gevolg is dat we onder andere met staatssteun te maken hebben in geval van subsidies, premies, financiële uitkeringen *à fonds perdu*; vrijstellingen, verlaging of

---

72. Voor het vinden van de lijken in de kast kan daar natuurlijk niet mee worden volstaan: de ad hoc-steunarrangementen zijn echter veel moeilijker te achterhalen.
73. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner), Jur. 1991, I-1979.
74. Zie Hessel & Neven, a.w., p. 38.

kwijtschelding van belastingen of sociale lasten; achtergestelde leningen, leningen tegen gunstige voorwaarden als lagere rente, langere looptijd, gunstige aflossingsvoorwaarden; kwijtschelding van schulden of spreiding daarvan in de tijd; verkoop of verhuur van grond of gebouwen tegen lagere prijzen dan de marktprijzen; het betalen van kunstmatig verhoogde prijzen door de overheid; niet-marktconforme kredietfaciliteiten, niet-marktconforme deelnemingen in ondernemingskapitaal of overheidsgaranties; niet-marktconforme leaseconstructies; omzetten van een lening in een subsidie; infrastructurele voorzieningen die alleen aan bepaalde ondernemingen ten goede komen.[75]

Het ruime begrip onderneming en het ruime begrip niet-marktconform voordeel hebben tot gevolg dat de regels van staatssteun veel dieper ingrijpen in de gemeentelijke en provinciale praktijk dan veelal wordt gedacht.

Illustratief voor de reikwijdte van het begrip staatssteun is de SCI-zaak, waarbij de provincie Fryslân ruim ƒ 3 miljoen onverenigbare staatssteun van SCI moest terugvorderen.[76] In deze zaak, die een schoolvoorbeeld vormt van wat er allemaal fout kan gaan, had een aantal overheden het internationale bedrijf SCI Systems Netherlands gesteund om een fabriek voor de assemblage van desktop-pc's voor Hewlett-Packard te vestigen op het Internationaal Bedrijvenpark Friesland (IBF) te Heerenveen. Het ministerie van EZ deed mee met een subsidie op grond van de Investeringspremieregeling, de provincie Fryslân gaf steun op grond van het reeds genoemde algemene banenplan, het IBF had grond verkocht beneden de taxatieprijs, de Noordelijke Ontwikkelingsmaatschappij (NOM) stak een flink bedrag in de renovatie van het bedrijfspand, zorgde voor de aanleg van een beveiligingssysteem en verhuurde het pand beneden de marktprijs. Ten slotte trok de gemeente Heerenveen ruim ƒ 200.000 uit voor de tijdelijke huisvesting van enkele medewerkers. Aanmelden bij de Commissie was voor de betrokken bestuurders niet opportuun, maar de Commissie werd hier vanuit de risicogroep van provinciale intimi geïnformeerd. Afgezien van de IPR-steun, die bestond uit goedgekeurde regionale steun en het bedrag van de gemeente Heerenveen dat onder de *de minimis*-regeling gebracht kon worden, werden het verschil tussen de koopprijs en de marktprijs, het verschil tussen de huurprijs en de marktprijs, de steun uit het banenplan, de kosten voor het opknappen en beveiligen van het bedrijfspand, die een onderneming normaal voor haar eigen rekening moet nemen, aangemerkt als onverenigbare staatssteun. De Commissie kon geen reden vinden om een van de uitzonderingen van artikel 87 lid 3 EG toe te passen en de onverenigbare staatssteun moest worden teruggevorderd. SCI die meer dan genoeg had van deze zaak betaalde het bedrag inderdaad terug, maar hief enige tijd daarna haar vestiging in Heerenveen op. Naar mijn oordeel heeft de provincie met dit doortastende optreden van SCI nog geluk gehad, want het is

75. Zie nader Hessel & Neven, a.w., p. 48-57.
76. Beschikking van de Commissie van 13 februari 2001 betreffende de door Nederland toegekende staatssteun ten gunste van SCI-systems, PbEG 2001, L 186/43; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 483.

maar de vraag of de Nederlandsrechtelijke instrumenten toereikend zouden zijn geweest om het geld van een weigerachtig SCI terug te krijgen.[77]

Overigens wil ik benadrukken dat de SCI-affaire uiteindelijk heeft bijgedragen tot een goed vervolg voor Fryslân. De ambtenaren die de toenmalige gedeputeerden al wezen op de noodzaak tot aanmelden, zitten er gelukkig nog en dankzij volledige bestuurlijke steun van het latere provinciebestuur vormt Fryslân nu juist een zeer positief schoolvoorbeeld hoe om te gaan met 'Europa'.[78]

In de zaak Valmont kwam de Commissie tot het oordeel dat de gemeente Maarheeze onverenigbare staatssteun had gegeven aan die onderneming.[79] Deze steun bestond uit het verschil tussen de op een taxatierapport gebaseerde marktprijs en de lagere verkoopprijs voor de grond en uit de helft van de bijdrage van de gemeente voor de aanleg van een semi-openbare parkeerplaats.[80] Zoals gezegd, heeft het Gerecht van eerste aanleg deze beschikking vernietigd.[81] Bij het vaststellen van de marktprijs was de Commissie uitgegaan van een onvoldoende objectief verifieerbaar taxatierapport en bij het vaststellen van het steunelement bij de parkeerplaats had de Commissie naar het oordeel van het Gerecht moeten bezien of de steun geen compensatie vormde van de op Valmont rustende last ook anderen op de parkeerplaats toe te laten. Ik kom daar nog op terug (zie paragraaf 7.2 en 7.3).

Dat de Commissie haar huiswerk moet overdoen, wil echter nog niet zeggen dat er in deze zaak geen sprake zou zijn van onverenigbare staatssteun.

## 6.2 Gerede maar onpraktische kritiek

Op de door mij gehanteerde benadering van het begrip staatssteun is gerede kritiek mogelijk. Zowel de Commissie als het Hof neemt namelijk aan dat er sprake is van staatssteun wanneer aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG is voldaan. Staatssteun is dan synoniem met verboden staatssteun. De Informatiewijzer van BZK en EUROPA decentraal volgt de Commissie en het Hof daarin en daarmee wordt mijn benadering ook in decentrale kring aanvechtbaar.[82] Naar aanleiding van die Informatiewijzer heb ik overwogen om mijn aanpak te herzien. Ik kom echter tot de conclusie dat

77. En dan zit de decentrale overheid pas echt klem: als niet wordt teruggevorderd, stapt de Commissie naar het Hof dat een dwangsom kan opleggen aan de lidstaat die deze dan weer doorspeelt naar de decentrale overheid.
78. Zie het met toestemming van de provincie verkrijgbare rapport 'Fryslân, van reactief naar proactief in de Europese Unie', J.M. de Bode, B. Hessel & J.D. Wiersma, Berenschot International Solutions, Utrecht, september 2003.
79. Beschikking van de Commissie van 18 juli 2001 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van Valmont Nederland BV, PbEG 2002, L 48/20. Zie ook Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 523 e.v.
80. Hoewel de Nederlandse autoriteiten beweerden dat het parkeerterrein openbaar toegankelijk was, kwam de Commissie na onderzoek tot de conclusie dat deze maar 'semi publiek' was, mede omdat er een hek omheen bleek te staan, maar het ook mocht worden gebruikt door enkele naburige ondernemingen. De Commissie beschouwde daarmee de subsidie van de gemeente Maarheeze voor de helft als staatssteun.
81. GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01 (Valmont).
82. Informatiewijzer BZK/EUROPA decentraal, a.w., p. 11.

mijn benadering voor de praktijk van de decentrale overheden de voorkeur verdient en dat het gehoor geven aan de kritiek onpraktische gevolgen zou hebben om de volgende twee redenen.

In de eerste plaats leidt de benadering van Commissie en Hof tot het terminologische probleem hoe we dan een activiteit moeten noemen die niet aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG voldoet. In de Informatiewijzer wordt daarvoor het begrip 'steun' gehanteerd ter onderscheiding van 'staatssteun'.[83] Dat zou een oplossing zijn geweest als de Commissie in haar generieke vrijstellingsverordeningen niet zelf het begrip 'steun' als synoniem met 'steunmaatregel' had omschreven als elke maatregel die aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG voldoet.[84] Daar komt nog bij dat de Commissie er ook niet in slaagt het begrip staatssteun consequent te reserveren voor activiteiten die aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG voldoen. In de *de minimis*-vrijstellingsverordening wordt in artikel 2 lid 1 namelijk de mogelijkheid genoemd dat 'steunmaatregelen' onder nadere voorwaarden geacht worden niet aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG te voldoen. Voorts vinden we in de preambule van die vrijstellingsverordening de – overigens terechte – opmerking van de Commissie dat zij verplicht is erop toe te zien dat met name bij *de minimis*-steun 'de staatssteunregels worden nageleefd'.[85] Maar als *de minimis*-steun geen staatssteun zou zijn, is het ook niet mogelijk de daarvoor geldende regels daarop toe te passen.[86]

Deze terminologische problemen zijn oplosbaar wanneer we naast verboden staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG voor de praktijk ook de mogelijkheid openlaten om van staatssteun te spreken wanneer niet aan alle criteria van dat artikel wordt voldaan, maar alleen aan de eerste drie.[87]

In de tweede plaats – en dat is voor de decentrale praktijk van groot belang – leidt de benadering van Commissie en Hof tot verlies van de door mij bepleite logische systematiek. Wanneer alleen van staatssteun gesproken wordt als aan alle criteria wordt voldaan, vervalt namelijk ieder terminologisch onderscheid tussen maatregelen die niet aan de eerste drie criteria voldoen en maatregelen die daar wel aan voldoen, maar die niet leiden tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Deze onwenselijke consequentie vinden we terug in de Informatiewijzer van BZK en EUROPA decentraal. In hoofdstuk 2 wordt onder de kop 'Steun die geen staatssteun is' namelijk *de minimis*-steun op één lijn behandeld met marktconforme transacties met grond en gebouwen en financiële compensatie van diensten van algemeen economisch belang. In de laatste twee gevallen hebben we niet met staatssteun te maken, omdat het niet-marktconforme voordeel ontbreekt. Bij *de minimis*-steun is dat voordeel er wel, maar

83. Informatiewijzer, hfdst. 2.
84. Zie bijvoorbeeld art. 2 van Verordening 70/2001, van Verordening 68/2001 en van Verordening 2204/2002.
85. Verordening 69/2001, preambule punt (7).
86. In de Procedureverordening 659/1999 is de Commissie overigens ook niet consequent. Aan de ene kant definieert zij in art. 1 'steun' als elke maatregel die aan alle criteria van art. 92 lid 1 van het Verdrag voldoet (het huidige art. 87 lid 1 EG), maar aan de andere kant spreekt zij in hoofdstuk III ook van de procedure betreffende onrechtmatige steun, en daarvan is het nu juist de vraag of aan alle criteria wordt voldaan.
87. Daarbij moeten we ons wel bewust blijven van de andere opvatting van Hof en Commissie. Overigens zie ik niet dat de tekst van art. 87 lid 1 EG mijn benadering uitsluit.

valt de steun niet onder het verbod van artikel 87 lid 1 EG, omdat hij geacht wordt door de geringe omvang de tussenstaatse handel niet ongunstig te beïnvloeden. Als we dat alles op één hoop gooien, gaat de logische volgorde verloren tussen de verschillende stappen die decentrale overheden bij het ontwerpen van een steunarrangement moeten zetten. Wanneer zij er bijvoorbeeld voor kiezen bij de verkoop van grond marktconform te handelen, voldoet hun activiteit niet aan de eerste drie criteria en kunnen zij hun gang gaan. Wanneer zij bij de verkoop van grond een lagere prijs rekenen dan de marktprijs, wordt wel aan de eerste drie criteria voldaan en op dat moment komt voor hen de *de minimis*-vrijstelling in het vizier, die voor een bedrag van € 100.000 lager dan de marktprijs soelaas zou kunnen bieden. Naar mijn ervaring blijkt juist die dubbele mogelijkheid voor de praktijk van groot belang.

Om deze logische systematiek te behouden houd ik dan ook vast aan de opvatting dat er sprake is van staatssteun wanneer aan de drie eerste criteria is voldaan. Dat betekent dat we bij de volgende vraag of voorkomen kan worden dat er sprake is van staatssteun ook alleen maar kijken naar die eerste drie criteria en niet naar de laatste twee.

# 7 Kan voorkomen worden dat we met staatssteun te maken krijgen?

De eerste stap die onze gemeentelijke jurist moet zetten bij het ontwerpen van een aantrekkelijk financieel arrangement voor haar wethouder is bezien of kan worden voorkomen dat de gemeente met staatssteun te maken krijgt.[88]

Daarbij is het ontsnappen aan het eerste criterium niet mogelijk en moet de oplossing gezocht worden in het ontlopen van het tweede of het derde criterium. Daarvoor zijn verschillende mogelijkheden aanwezig.

## 7.1 Decentrale gelden anders besteden dan aan 'bepaalde ondernemingen'

Een eerste mogelijkheid is om de gemeentelijke gelden niet te besteden aan *bepaalde* ondernemingen, maar deze ten goede te laten komen aan infrastructurele maatregelen die algemeen op niet-discriminatoire wijze toegankelijk zijn. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij de gemeentelijke maatregelen voor stedelijke vernieuwing, maar zoals we zullen zien biedt deze aanpak ook mogelijkheden voor een voetbalminnende wethouder (zie hoofdstuk 12).

Een tweede mogelijkheid is om de gemeentelijke gelden aan anderen ten goede te laten komen dan aan *ondernemingen*. Bij stedelijke vernieuwing kan dat bijvoorbeeld gerealiseerd worden door een subsidie te geven aan particuliere bewoners die geen onderneming zijn.[89] De gemeente kan ook een werkgelegenheidssubsidie geven aan de werkzoekenden zelf in plaats van aan ondernemingen voor het aantrekken van werkzoekenden.[90]

---

88. Dat is dus in afwijking van de Informatiewijzer bij mijn benadering niet het geval wanneer het financiële arrangement onder de *de minimis*-vrijstelling wordt gebracht. In dat geval is er geen *verboden* staatssteun.
89. Ter illustratie kan gewezen worden op de Subsidieverordening bodemsanering eigen woningen provincie Utrecht 2002. Subsidie is hier (onder meer) uitgesloten indien de grond voor de uitoefening van een beroep of bedrijf wordt gebruikt. Daarmee onderscheidt deze regeling zich van de Subsidieverordening bodemsanering bedrijfsterreinen provincie Utrecht 2002, waarin de provincie het door de Commissie goedgekeurde Convenant bodemsanering volgt. Zie besluit van de Commissie van 27 februari 2002, Steunmaatregel nr. N 520/2001, Hessel (red.), Dossier staatssteun, p. 539.
90. Deze voorbeelden maken duidelijk dat niet iedere subsidie staatssteun is.

Zoals gezegd, moet men bij staatssteun bedacht zijn op het ruime ondernemingsbegrip van het Höfnerarrest en daarvan is sprake wanneer een instantie diensten aanbiedt op de markt. In de praktijk is het niet altijd even duidelijk of dat – naar het oordeel van de Commissie – het geval is en de rechtspraak van het Hof over het ondernemingsbegrip is veel te ingewikkeld om hier nu op in te kunnen gaan.[91] Wel wil ik wijzen op het standpunt dat het Hof heeft ingenomen over onderwijsinstellingen en het aanbieden van diensten in de zin van het vrij verkeer van diensten.

In het arrest Humbel[92] kwam het Hof van Justitie van de EG tot het oordeel dat cursussen in het kader van het nationaal onderwijsstelsel, gegeven aan een technisch instituut behorende tot het secundair onderwijs, niet als diensten in de zin van het huidige artikel 49 EG kunnen worden aangemerkt. Op grond van artikel 50 EG moeten diensten 'gewoonlijk tegen vergoeding' worden verricht, waarbij de vergoeding de tegenprestatie vormt. De tegenprestatie is bij cursussen, gegeven in het kader van het nationale onderwijsstelsel, afwezig, 'aangezien enerzijds de staat bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk stelsel niet de bedoeling heeft tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten doch ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedende taak vervult, en anderzijds het betrokken stelsel in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door leerlingen of hun ouders.'[93]

In de zaak Wirth[94] vinden we deze benadering toegespitst op onderwijs aan hogescholen. Daarbij stelde het Hof dat onderwijs aan hogescholen dat voornamelijk met overheidsmiddelen wordt gefinancierd geen dienstverrichting is, omdat de veronderstelde vergoeding als tegenprestatie ontbreekt wanneer de school van de studenten alleen schoolgeld ontvangt. Dat ligt volgens het Hof anders bij cursussen 'gegeven aan hogescholen die een winstoogmerk nastreven en die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd, met name via vergoedingen betaald door studenten of hun ouders.'[95]

In de lijn van deze al enigszins gedateerde jurisprudentie kwam de Commissie in haar beschikking betreffende subsidiëring van het Ontwikkel en Expertise Centrum (OEC) van de Digitale Universiteit tot het oordeel dat deze geen staatssteun aan een onderneming is, maar wordt toegekend om het stelsel van hoger onderwijs veilig te stellen.[96] Het OEC is geen onderneming, omdat: (1) het een overheidstaak uit de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek uitvoert; (2) het een stichting zonder winstoogmerk is die voortkomt uit een publiekrechtelijke regeling en (3) alle deelnemende instellingen onder de toepassing van de wet vallen.

Deze standpunten van Hof en Commissie bieden onze gemeentelijke jurist dus mogelijkheden wanneer haar wethouder in de geest van Lissabon de kennisinfrastructuur in de gemeente wil vergroten en zijn geld ten goede wil laten komen aan hogescholen of universiteiten.[97] Daarbij dient de gemeente wel goed zicht te houden

---

91. Zie voor de uitwerking Gerbrandy & Hessel, a.w., p. 31-84.
92. HvJ EG 27 september 1988, zaak C-263/86 (Humbel), Jur. 1988, p. 05365.
93. Zaak Humbel, r.o. 17-19.
94. HvJ EG 7 december 1993, zaak C-109/92 (Wirth), Jur. 1993, p. I-06447.
95. Zaak Wirth, r.o. 15-17.
96. Beschikking van de Europese Commissie van 15 januari 2002, Steunmaatregelen van de Staten nr. NN 152/2001 (ex N 516/2001) Nederland Digitale Universiteit.
97. Zoals nog zal blijken, kan de wethouder ook denken aan bepaalde steun aan de plaatselijke voetbalclub (hfdst. 12), maar dat is natuurlijk geen alternatief.

op de ontwikkeling van de activiteiten van deze instellingen, want de situatie kan veranderen wanneer deze op de commerciële toer gaan door bijvoorbeeld bijzondere opleidingen aan te bieden tegen – meer – marktconforme tarieven.

Voor veel door decentrale overheden gesubsidieerde sectoren als jeugdzorg en gezondheidszorg biedt het vorenstaande wellicht enig aanknopingspunt. Ook daar is sprake van instellingen zonder winstoogmerk die een wettelijke taak vervullen met door de overheid vastgestelde vergoedingen. Maar voorzover mij bekend heeft de Commissie zich over deze sectoren, waar we nu juist het marktdenken zien oprukken, nog niet expliciet uitgesproken en bestaat er ook geen rechtspraak van het Hof die duidelijkheid geeft. In ieder geval heeft de Commissie na lange onzekerheid wel duidelijk gemaakt dat woningbouwverenigingen als ondernemingen moeten worden aangemerkt.[98]

## 7.2 Markconforme financiering bij ondernemingen

Gezien het ruime ondernemingsbegrip moet onze gemeentelijke jurist om staatssteun te voorkomen haar heil vooral zoeken in een marktconform financieringsarrangement. Daarbij staat een aantal belangrijke mededelingen van de Commissie de decentrale overheid ten dienste om er zeker van te zijn dat zij inderdaad marktconform opereert. Ik noem de Mededeling die betrekking heeft op staatssteun in de vorm van garanties,[99] de Mededeling die betrekking heeft op staatssteun en risicokapitaal,[100] de Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van directe belastingen op ondernemingen,[101] en de Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties.[102]

In die laatste Mededeling bijvoorbeeld staat precies aangegeven hoe de overheid bij verkoop van onroerend goed moet handelen om te voorkomen dat er sprake is van staatssteun. Er bestaat een keuze tussen een verkoop via een open, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure waarbij het hoogste of enige bod geldt en een verkoop tegen op zijn minst de marktwaarde die door een of meer onafhankelijke taxateurs totstandkwam.[103] Als de overheid anders te werk gaat bestaat er bij de Commissie een vermoeden van staatssteun en moeten de transacties volgens de

98. Dat de Commissie die opvatting was toegedaan kwam enigszins over de band naar voren bij haar ontwerp-vrijstellingsbeschikking voor steun aan diensten van algemeen economisch belang. Daarin zijn namelijk bepalingen opgenomen over sociale huisvestingsmaatschappijen. Zie B. Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het Altmark-arrest, Gst. 2004, 7211, p. 410.
99. PbEG 2000, C 71/07; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 19.
100. PbEG 2001, C 235/3.
101. PbEG 1998, C 384/3; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 9.
102. PbEG 1997, C 209/3; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 27.
103. Daarbij moet de decentrale overheid natuurlijk wel voorkomen dat er meerdere uiteenlopende taxatierapporten worden overgelegd of met een gedateerd taxatierapport wordt gewerkt. Toch schijnt dat nog wel eens voor te komen. Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie in de steun van Maarheeze aan Valmont, PbEG 2002, L 48/20 en het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure ex art. 88 lid 2 EG in de zaak AZ, besluit van 23 juli 2003 betreffende Steunmaatregel C49/2003 (ex NN 51/2003) – Nederland Verkoop van grond aan AZ en AZ Vastgoed BV.

Mededeling – onverminderd de *de minimis*-regeling – worden aangemeld, zodat de Commissie kan vaststellen dat er sprake is van staatssteun en als dat het geval is of de steun verenigbaar verklaard kan worden met de gemeenschappelijke markt.[104] Omdat de gemeente Alkmaar bij de vermeende staatssteun aan AZ de in de Mededeling genoemde procedures niet heeft gevolgd, waren de klachten van de bedrijfsvereniging Huiswaard/Overstad en een Duitse projectontwikkelaar voldoende om de Commissie de procedure van artikel 88 lid 2 EG te doen inleiden.[105]

Omdat de gemeente Appingedam bij het verlenen van een gemeentegarantie aan de bij het glasvezelproject betrokken Stichting GNA niet expliciet de voorschriften van de Commissie uit de Mededeling inzake garanties in acht heeft genomen, bestaat het vermoeden dat die garantstelling niet-marktconform is en dus staatssteun vormt.[106]

Overigens blijkt uit het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak Valmont dat niet alleen de decentrale overheden, maar ook de Commissie zelf zorgvuldig met taxatierapporten moet omgaan. Het werd de Commissie noodlottig dat zij bij het vaststellen van de marktprijs was uitgegaan van een onvoldoende objectief verifieerbaar taxatierapport.[107]

In de praktijk zien we dat wethouders (en gedeputeerden) veelal juist verder willen gaan dan marktconform handelen, tenzij ze om politieke of financiële redenen de boot willen afhouden.[108] Het lijkt dus reëel te veronderstellen dat onze gemeentelijke jurist door haar wethouder wordt aangespoord een ruimer financieel arrangement te bedenken en daarmee komt zij – behoudens de in de volgende paragraaf te noemen situatie – voor de logisch volgende vraag te staan of voorkomen kan worden dat de steun moet worden aangemeld (zie hoofdstuk 8).

## 7.3 Financiële compensatie bij diensten van algemeen economisch belang

Sinds het Altmark-arrest bestaat er nog een andere manier om te voorkomen dat er sprake is van staatssteun, namelijk door het in acht nemen van de Altmark-criteria.

---

104. Zie Mededeling par. 3. Het mag overigens opvallen dat de Commissie direct verplicht tot aanmelden en de betrokken overheden geen ruimte laat om zelf te beoordelen of de voorgenomen steun wel leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Op dit punt kom ik terug.
105. Beschikking van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende Steunmaatregel C49/2003 (ex NN 51/2003) – Nederland Verkoop van grond aan AZ en AZ Vastgoed BV.
106. Zie par. 4 van deze Mededeling.
107. GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01 (Valmont), punt 90. Het Gerecht acht zich bevoegd de bewijswaarde van het rapport volledig te toetsen (punt 43) en verwerpt het argument van de Commissie dat zij over onvoldoende gegevens beschikte. Daartoe had de Commissie haar bevoegdheid om de lidstaat tot informatie te verplichten moeten gebruiken (punt 60).
108. Wanneer de betrokken onderneming dan in plaats van geld een gemeentegarantie probeert te krijgen, moet de overheid zich wel realiseren dat die ook onder de regels voor staatssteun kan vallen. Zie de genoemde Mededeling.

Zoals gezegd, heeft het Hof van Justitie van de EG in het Altmark-arrest bepaald dat overheidssubsidies die worden verleend als compensatie voor de openbaredienstverplichtingen die een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang verricht, geen staatssteun vormen in de zin van artikel 87 lid 1 EG en daarom niet behoeven te worden aangemeld.

Om te waarborgen dat de financiering inderdaad beperkt blijft tot compensatie heeft het Hof daarbij de volgende vier strenge, cumulatieve eisen gesteld:

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend.
2. De criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld.
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen.
4. Wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten ondernemingen in een concreet geval niet worden gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, belast met een openbaredienstverplichting, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Het zal duidelijk zijn dat de aanvankelijke euforie onder decentrale beleidsmakers en lobbyisten over het feit dat steun aan diensten van algemeen economisch belang 'niet meer behoeft te worden aangemeld', zeer snel verdween toen men zich van de consequenties van de vier eisen bewust werd: juridisch is het altijd net iets gecompliceerder dan het beleid of de politiek zou willen.

Door Willemien den Ouden en Jan Reinier van Angeren wordt de relatie tussen steun en diensten van algemeen economisch belang verder uitgewerkt. In deze algemene beschouwingen over staatssteun wil ik mij daarom beperken tot drie opmerkingen.

Allereerst blijken de Altmark-criteria – volkomen terecht overigens – een te grote hobbel om achteraf enige lijken uit de kast weg te werken.[109] Dat lijkt geïllustreerd te worden door de zaak Appingedam.[110] Afgezien van een hoge mate van transparantie van de geldstromen kunnen decentrale overheden zich niet op Altmark beroepen als niet vooraf sprake is van een duidelijke omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang en een expliciete opdracht aan de te steunen onderneming om die dienst ook te verrichten. Voor de toekomst biedt Altmark echter wel mogelijkheden, temeer daar ook de decentrale overheden de mogelijkheid hebben om – zij het

109. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest Enirisorce (HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01–C-38/01, n.n.g.). Zie nader Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun, p. 407.
110. De gemeente doet daar een beroep op de Altmark-benadering, maar uit de stukken meen ik te kunnen afleiden dat zij de activiteit niet vooraf heeft aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang en evenmin de betrokken onderneming een dergelijke taak heeft toegekend. Het is dan maar de vraag of de Commissie dat achteraf nog wil en kan recht breien. Dat lijkt mij in strijd met Altmark.

binnen een marginale toetsing door de Commissie – bepaalde activiteiten als diensten van algemeen economisch belang te kwalificeren.[111] Dat neemt niet weg dat de compensatiebenadering van Altmark voor decentrale overheden naar mijn oordeel geen verbetering is ten opzichte van de traditionele staatssteunbenadering. Bij Altmark moeten de decentrale overheden zelfstandig het werk doen waar zij vroeger na het aanmelden de hulp van de Commissie bij kregen. Bovendien is onzekerheid troef, omdat de Commissie achteraf altijd kan oordelen dat de overheid de vier criteria niet heeft nageleefd. Dan is er alsnog sprake van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG, die aangemeld had moeten worden.

In de tweede plaats wil ik erop wijzen dat de Commissie in reactie op Altmark weer in hoge mate heeft teruggegrepen naar de traditionele staatssteunbenadering voor financiële compensatie met de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG. In een eerdere publicatie heb ik aangegeven dat de Commissie er kennelijk op rekent dat het de (decentrale) overheden vaak niet zal lukken bij financiële compensatie aan de vier Altmark-criteria te voldoen en dan toch weer te maken zullen krijgen met de regels van staatssteun.[112] Aldus heeft de Commissie ter concretisering van haar beleid ten aanzien van artikel 86 lid 2 EG een ontwerp-vrijstellingsbeschikking gepubliceerd en een ontwerp-kaderregeling. Indien overheden in de toekomst de eisen van de vrijstellingsbeschikking in acht nemen, behoeft de steun niet te worden aangemeld. Als hen dat ook niet lukt, kunnen zij de kaderregeling hanteren om alsnog de goedkeuring van de Commissie te verkrijgen. Het is opmerkelijk dat de Commissie naast de beoogde kaderregeling de eerder genoemde Mededeling voor staatssteun aan openbare omroepen in stand laat. Een beter bewijs dat de Commissie weinig vertrouwen heeft in de praktische toepasbaarheid van Altmark is moeilijk te vinden, want de logische consequentie van Altmark zou immers zijn geweest dat de Commissie haar Mededeling intrekt.[113]

Voor steun aan lokale en regionale publieke omroepen is het er daarmee niet overzichtelijker op geworden. Als de financierende decentrale overheden erin slagen aan de strenge en niet altijd even heldere Altmark-criteria te voldoen, behoeven zij de compensatie niet aan te melden. Als hen dat niet lukt, kunnen ze op termijn hun heil zoeken in de eveneens strenge, maar iets duidelijker vrijstellingsbeschikking en als dat ook nog niet lukt, moeten ze toch weer terugvallen op de huidige Mededeling.[114]

In de derde plaats leidde het Altmark-arrest, waarin het Hof definitief tegen de traditionele staatssteunbenadering van het Gerecht inging, tot de vraag of en zo ja wanneer het Gerecht het Hof zal gaan volgen. Het reeds genoemde arrest van het

---

111. Het is natuurlijk ongewenst dat alle decentrale overheden daarbij hun eigen weg gaan.
112. Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun, p. 408 e.v.
113. Overigens heb ik in mijn artikel aangegeven dat er inhoudelijk gezien geen ruimte lijkt te bestaan voor de toepassing van de vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling als het niet lukt om aan de Altmark-criteria te voldoen. Ik zie namelijk geen verschil tussen de Altmark-criteria en de eisen die in de vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling worden gesteld. Inhoudelijk is dat ook niet verwonderlijk, want in alle gevallen moet voldaan worden aan de strikte omschrijving van art. 86 lid 2 EG en de daarin genoemde strenge criteria om voor die uitzondering op het verbod van art. 87 lid 1 EG in aanmerking te komen. Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun, p. 411.
114. Dit alles natuurlijk als gevolg van het standpunt dat de Commissie in de Waalse lokale omroepzaak heeft ingenomen dat steun aan die lokale omroepen de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloedt (zie voor deze zaak par. 8.3).

Gerecht in de zaak Valmont maakt duidelijk dat het Gerecht volledig is meegegaan met Altmark. Naar mijn oordeel is het daarbij wel erg hard van stapel gelopen. Het vernietigde namelijk de beschikking van de Commissie van 21 juli 2001 onder meer omdat de Commissie bij de berekening van het staatssteunelement van de semi-openbare parkeerplaats ten onrechte de Altmark-criteria uit 's Hofs arrest van 24 juli 2003 niet had toegepast.[115]

115. Zaak T-274/01 (Valmont), punten 130-138. Afgezien van deze vreemde verplichting voor de Commissie is het arrest inhoudelijk interessant voor de Altmark-criteria. Valmont draagt een last doordat zij derden toestaat om op verschillende gronden, regelmatig en kosteloos van haar parkeerplaats gebruik te maken, krachtens een mede in het algemeen belang en de belangen van derden met de gemeente gesloten overeenkomst. De Commissie kon niet zonder meer oordelen dat de helft van de financiering staatssteun is, maar had moeten onderzoeken of die financiering kon worden beschouwd als een tegenprestatie voor de op Valmont rustende last. Het is natuurlijk wel de vraag of de Commissie de feiten – vermoedelijk tegen haar zin – onder de Altmark-criteria kan brengen. Als dat niet wil lukken, hebben we toch met staatssteun te maken.

# 8 Als er sprake is van staatssteun, kan dan worden voorkomen dat moet worden aangemeld?

Wanneer de wethouder van onze gemeentelijke medewerker niet tevreden is met een marktconform financieringsarrangement, en ook andere mogelijkheden om staatssteun te voorkomen geen uitkomst bieden, komt de vraag aan de orde of voorkomen kan worden dat de voorgenomen staatssteun moet worden aangemeld. Dat komt de snelheid van het decentrale beleid uiteraard zeer ten goede. Hier doen zich verschillende mogelijkheden voor. Ik neem aan dat de jurist er – met mij – grote waarde aan hecht te voorkomen dat de gemeente door haar fout achteraf met een probleem van onrechtmatige steun wordt geconfronteerd. Dan is het in de praktijk aan te bevelen om eerst de mogelijkheid te bezien of het steunarrangement onder één of meer vrijstellingsverordeningen gebracht kan worden.[116] Als dat niet lukt, kan zij de vraag wanneer de steun moet worden aangemeld niet meer omzeilen en staat zij voor de keuze tussen de veilige en de ruime benadering van aanmelden. Hierna zal blijken waarom ik haar de veilige weg adviseer.

## 8.1 Toepassen van een van de vrijstellingsverordeningen

In 1998 heeft de Raad van Ministers Verordening 998/94 vastgesteld die de Commissie de bevoegdheid geeft voor een aantal genoemde vormen van horizontale staatssteun een generieke vrijstellingsverordening vast te stellen.[117] In 2001 kwam de Commissie met vrijstellingsverordeningen voor *de minimis*-steun,[118] steun voor kleine

116. Uiteraard kan tegen deze aanpak worden aangevoerd dat het niet nodig is een steunarrangement onder een vrijstellingsverordening te brengen, wanneer die steun niet leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.
117. Verordening 994/98 van de Raad betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, PbEG 1998, L 142/1; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 75.
118. Verordening 69/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op de *de minimis*-steun, PbEG 2001, L 10/30; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 81. Uit verordening 994/98 blijkt al dat de *de minimis*-vrijstelling een ander karakter heeft dan de andere vrijstellingen. De *de minimis*-steun is vrijgesteld omdat die niet onder het verbod van art. 87 lid 1 EG valt. De andere vrijstellingsverordeningen zijn algemene regelingen over de verenigbaarheid van bepaalde vormen van staatssteun met de gemeenschappelijke markt in de zin van art. 87 lid 3 EG, die om die reden van aanmelding zijn vrijgesteld.

en middelgrote ondernemingen[119] en voor opleidingssteun.[120] Een jaar later volgde een vrijstellingsverordening voor werkgelegenheidssteun.[121] In 2004 werd de bestaande KMO-vrijstellingsverordening uitgebreid met bepaalde vormen van onderzoek en ontwikkelingssteun[122] en kwam de Commissie met een vrijstellingsverordening voor bepaalde kleine en middelgrote ondernemingen in de landbouwsector.[123] Deze uitbreidingen voor KMO-steun en O&O-steun kunnen verklaard worden uit de eerder genoemde Europese Raden van Lissabon, Stockholm en Barcelona (zie paragraaf 4.1).

De betekenis van deze vrijstellingsverordeningen voor de decentrale staatssteunpraktijk kan moeilijk worden overschat. Wel dient men erop bedacht te zijn dat zij een beperkte levensduur hebben en regelmatig worden aangepast.

Bij het 'Europa-proof' maken van decentrale steunmaatregelen als subsidieverordeningen, kan met name de *de minimis*-vrijstelling uitkomst bieden.[124] Er zijn talrijke provinciale en gemeentelijke subsidieregelingen die mede[125] ten goede kunnen komen aan ondernemingen, waarbij het genoemde of feitelijke maximumsteunbedrag onder de *de minimis*-drempel ligt. Zonder zich nu te behoeven buigen over de vraag of de steun leidt tot dreigende vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, kunnen decentrale overheden dergelijke regelingen in overeenstemming brengen met het Europese recht door de eisen van de *de minimis*-vrijstelling in acht te nemen. Formeel is het niet eens nodig, maar ik pleit er wel voor in de regeling expliciet op te nemen dat de subsidie aan ondernemingen wordt toegekend volgens de voorwaarden van de *de minimis*-vrijstelling. Dat kan het voor de betrokken ondernemingen ook duidelijk maken dat niet iedere subsidie onder de € 100.000 mogelijk is.[126] Bij de toepassing van de steunregeling

---

119. Verordening 70/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, PbEG 2001, L 10/33; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 85; Hessel & Neven, a.w., p. 108-113.
120. Verordening 68/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op opleidingssteun, PbEG 2001, L 10/20; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 101; Hessel & Neven, a.w., p. 113-118.
121. Verordening 2204/2002 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun, PbEG 2002, L 337/3; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 115; Bart Hessel, De groepsvrijstellingsverordening voor werkgelegenheidssteun, De Europese Gemeente, 2003/2, p. 5-6.
122. Verordening 364/2004 van de Commissie tot wijziging van Verordening 70/2001 wat betreft de uitbreiding van het toepassingsgebied tot steun voor onderzoek en ontwikkeling, PbEU 2004, L 63/22.
123. Verordening 1/2004 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren, verwerken en afzetten, PbEU 2004, L 1/1.
124. Deze ervaring wordt gedeeld door Van den Tweel: R.J.M. van den Tweel, De Commissie introduceert nieuwe categorieën toelaatbare steun, Gst. 2004, 7211, p. 413. Zie voor de uitwerking van de *de minimis*-vrijstelling, Hessel & Neven, a.w., p. 100-107.
125. Niet zelden is de doelgroep van een subsidieregeling zo omschreven dat zij onder meer op ondernemingen betrekking kan hebben. Merkwaardigerwijs ontbreekt soms een duidelijke omschrijving van de doelgroep en dat lijkt mij uit een oogpunt van Nederlands recht al niet juist.
126. Hoewel ondernemingen volgens de eisen van het Europese recht zelf op de hoogte moeten zijn van de Europese regels, kan het natuurlijk geen kwaad hier enige toelichting bij te verstrekken. Het lijkt mij overigens niet gewenst een algemene *de minimis*-regel op te nemen in de Algemene subsidieverordening. Ik pleit ervoor per regeling duidelijk te maken dat daarop de *de minimis*-voorwaarden worden toegepast.

moet de overheid er namelijk op toezien dat de steunontvangende onderneming over een periode van drie jaar niet meer *de minimis*-steun heeft ontvangen. De ontvangende onderneming kan al eerder *de minimis*-steun ontvangen hebben en bij financiering door meerdere overheden tezamen moet men er uiteraard op letten dat het totaalbedrag niet boven de drempel uitkomt. Niet zelden zitten gemeente en provincie elkaar dan in de weg.

Dat een subsidie of een andere steunmaatregel onder de *de minimis*-vrijstelling kan worden gebracht, betekent niet dat de decentrale overheid daarmee van het Europese toezicht is verlost. Evenals alle andere vrijstellingsverordeningen bevat de *de minimis*-verordening een aantal belangrijke bijkomende eisen op het gebied van informatie en registratie, die de decentrale overheid in acht moet nemen.[127]

Naar mijn ervaring wordt het bij 'Europa proof'-trajecten als hinderlijk ervaren dat de *de minimis*-vrijstelling niet van toepassing is op de landbouw en vervoersector.[128] Dat betekent bijvoorbeeld dat een beperkte subsidie op grond van een provinciale subsidieregeling voor verdrogingsbestrijding al problematisch wordt wanneer zij ten goede komt aan landbouwbedrijven.[129] Een gemeente die een beperkte subsidie wil geven aan een taxionderneming moet zich al direct verdiepen in de aparte Verdragsbepalingen (artikel 73 e.v. EG) en de specifieke EG-verordeningen die voor de vervoersector gelden.[130]

Omdat de landbouw- en vervoersector van de aanvang van de EEG af voorwerp zijn van gemeenschappelijk beleid, heeft altijd het adagium gegolden dat iedere steun, hoe gering ook, de mededinging verstoort. Het is dan ook onlogisch, maar vanuit haar streven om meer aandacht te hebben voor 'het zware werk' wel begrijpelijk, dat de Commissie daar in 2004 enigszins van is teruggekomen. Zo is er een afzonderlijke *de minimis*-vrijstelling voor landbouw en visserij vastgesteld, die een drempel kent van € 3000 over drie jaar[131] en heeft de Commissie plannen om de *de minimis*-vrijstellingsverordening uit te breiden tot de vervoersector.[132]

Voor onze jurist en haar wethouder heeft de *de minimis*-vrijstelling het voordeel dat deze binnen het drempelbedrag volledige vrijheid laat om de te steunen activiteiten, de te vergoeden kosten en de daarvoor geldende steunpercentages te kiezen. Dat wordt anders wanneer zij te rade gaan bij de andere vrijstellingsverordeningen.

Bij het ontwerpen van een nieuw steunarrangement verdient het uiteraard de voorkeur deze direct af te stemmen op de activiteiten, de te vergoeden kosten en de maximale steunpercentages die in de vrijstellingsverordening worden vermeld.

---

127. Art. 3 Verordening 69/2001.
128. Art. 1 Verordening 69/2001.
129. De provincie moet haar heil dan proberen te zoeken in de communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector, PbEG 2000, C 28/2.
130. De ruimte ontbreekt mij hier nader op in te gaan. Zie desgewenst Hessel & Neven, a.w., p. 244-248.
131. Verordening 1860/2004 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op de *de minimis*-steun in de landbouwsector en visserijsector, PbEU 2004, L 325/4.
132. Vgl. Van den Tweel, a.w., p. 414. Ook hij vindt de argumenten van de Commissie om nu met deze vrijstellingen voor landbouw en vervoer te komen weinig overtuigend.

Onze medewerker kan haar wethouder vermoedelijk in belangrijke mate tegemoetkomen door het toenemend aantal mogelijkheden te benutten die het Europese recht kent voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen. Deze inmiddels uitgebreide KMO-vrijstellingen bieden naar mijn ervaring ook goede mogelijkheden om bestaande subsidieregelingen 'Europa proof' te maken. Denk bijvoorbeeld aan een subsidieregeling die in het kader van de stimulering van de economische ontwikkeling startende ondernemers wil steunen.

Bij dat 'Europa proof' maken, stuiten we op het probleem dat er in de regel aanzienlijke verschillen bestaan tussen de subsidieregeling en de vrijstellingsverordeningen op het vlak van de te subsidiëren activiteiten, de te vergoeden kosten en de steunpercentages. De decentrale overheid moet dan in ieder geval de concrete subsidie toesnijden op de omschrijvingen van de vrijstellingsverordening,[133] maar het verdient uiteraard de voorkeur en soms is dat ook niet te vermijden[134] om de bestaande subsidieregeling aan de vrijstellingsverordening aan te passen.

Zoals gezegd, dienen de decentrale overheden daarnaast de bijkomende eisen van anticumulatie, informatie en registratie in acht te nemen.[135]

Uiteraard is het lang niet altijd mogelijk een bestaande subsidieregeling toe te snijden op een vrijstellingsverordening. Hoewel de vrij recente vrijstellingsverordening voor bepaalde KMO's in de landbouw voor decentrale overheden interessante mogelijkheden biedt, ik noem slechts steun voor instandhouding van traditionele landschappen en gebouwen en steun voor verplaatsing van landbouwbedrijfsgebouwen in het algemeen belang, zie ik bijvoorbeeld geen mogelijkheid om subsidie voor verdrogingsbestrijding onder de eisen voor investeringssteun in landbouwbedrijven te brengen. Afgezien van dergelijke afstemmingsproblemen zijn veel decentrale subsidieregelingen gewoonweg gericht op andere doelgroepen en andere activiteiten waarbij ook andere subsidiepercentages of hogere bedragen worden gehanteerd dan binnen de vrijstellingsverordeningen mogelijk is. Om die reden moeten decentrale overheden bij het 'Europa proof' maken van hun bestaande steunarrangementen nog enkele volgende logische stappen zetten. Daarom neem ik aan dat onze gemeentelijke jurist de wensen van haar wethouder niet volledig heeft vervuld met de vrijstellingsverordeningen en volgen we haar bij de volgende stap: het al of niet aanmelden van het steunarrangement *in statu nascendi*.

---

133. Een startende onderneming kan op grond van de KMO-vrijstellingsverordening dan onder meer geholpen worden met een subsidie van maximaal 15% voor investeringen in vaste materiële activa in verband met de oprichting van een nieuwe vestiging (zie art. 2 jo. art. 4).
134. De KMO-vrijstellingsverordening schrijft bijvoorbeeld voor dat de steunregeling een uitdrukkelijke verwijzing naar de verordening bevat, onder vermelding van de titel en vindplaats in het Publicatieblad (art. 3 lid 2). Wanneer decentrale overheden gebruik willen maken van de vrijstellingsverordening voor werkgelegenheidssteun stuiten ze op het punt dat die alleen van toepassing is op algemene wettelijke regelingen.
135. Zie voor de KMO-vrijstellingsverordening Hessel & Neven, a.w., p. 108-113.

## 8.2 De gekozen systematiek: aanmelden tenzij ...

Bij de opzet van ons boek Staatssteun en EG-recht werden Annelies Neven en ik geconfronteerd met het probleem dat er twee antwoorden bestaan op de vraag wanneer voorgenomen staatssteun moet worden aangemeld. In de beperkte context van het Nederlandse openbaar bestuur voor ons indertijd sterk gepersonifieerd als de ruime opvatting van Slot en de voorzichtige opvatting van Kohll. De ruime opvatting die nog steeds wordt aangehangen door mijn Leidse collega Piet-Jan Slot houdt in dat voorgenomen staatssteun pas behoeft te worden aangemeld wanneer aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG is voldaan.[136] Sterke tekstuele argumenten hiervoor zijn te vinden in de omschrijving van het begrip steunmaatregel als elke maatregel die aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG voldoet. Wij vinden die omschrijving in de procedureverordening en in de verschillende generieke vrijstellingsverordeningen van de Commissie.[137] Uit haar Mededeling betreffende staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen blijkt overigens wel dat ook de Commissie daarin niet volledig consequent is.[138] Daarnaast is er de voorzichtige benadering die indertijd op het ministerie van V&W werd gehanteerd door Nadine Kohll en nog steeds is terug te vinden in haar staatssteunwijzer voor VROM.[139] Volgens die benadering moet de voorgenomen steunmaatregel worden aangemeld wanneer aan de eerste drie criteria wordt voldaan – en deze uiteraard niet onder een van de vrijstellingsverordeningen kan worden gebracht. De reden voor die keuze is dat het uiteindelijk de Commissie is die toetst of een maatregel leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In de praktijk is het onderscheid tussen beide criteria niet scherp. Waar het met name om gaat is of de steun ontvangende onderneming met de steun een concurrentievoordeel verwerft ten opzichte van andere ondernemingen waarmee zij op de gemeenschappelijke markt concurreert.[140] Zoals ik hierna nog zal aangeven, komt de Commissie zeer snel tot het oordeel dat dit het geval is. Daardoor is het dus uiterst riskant voor de decentrale overheid om niet aan te melden wanneer zij van oordeel is dat er geen sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Als de Commissie daar later anders over blijkt te denken, heeft zij zich immers schuldig gemaakt aan het verlenen van onrechtmatige steun. Omdat het ons niet wenselijk

---

136. Zie Nadine E.M. Kohll, Toezicht op overheidssteun in procedureverordening vervat, meer rechtszekerheid voor overheid en bedrijfsleven, NTER 1998, nr. 7/8, p. 142 en P.J. Slot, De Verordening procedureregels voor staatssteun, MM 2000, nr. 1, p. 12.
137. Zie art. 1 Verordening 659/1999 en bijvoorbeeld artikel 2 Verordening 70/2001, art. 2 Verordening 68/2001 en art. 2 Verordening 2204/2002.
138. We hebben al gezien dat de Commissie in par. 3 van deze Mededeling veronderstelt dat niet-marktconforme arrangementen moeten worden aangemeld en geen ruimte laat voor de betrokken overheid om zelf te toetsen aan de invloed op de gemeenschappelijke markt. De voorzichtige aanpak derhalve.
139. N.E.M. Kohll, VROM Staatssteunwijzer, directie juridische zaken, november 2003, Inleiding deel I.
140. Zie verder Hessel & Neven, a.w., p. 120-133 en de ontwerp-mededeling van de Commissie betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer, par. 2. Daaruit blijkt dat we ook te maken kunnen hebben met ongunstige beïnvloeding als de steunontvangende onderneming niet zelf op de gemeenschappelijke markt opereert, maar door de steun haar positie versterkt ten opzichte van internationale concurrenten die ook haar activiteiten zouden willen verrichten. Dit komt nog ter sprake in par. 8.5.

leek de praktijkjuristen op te zadelen met verschillen in opvatting tussen ingewijden, besloten wij, in overeenstemming met Peter Reimer van het Coördinatiepunt staatssteun en Laurens Kuijper van de PV, die het gelukkig met elkaar eens waren, te kiezen voor de voorzichtige benadering. Voor de decentrale praktijk lijkt dat nog belangrijker dan voor de departementen, omdat in decentrale kring het hardnekkige misverstand leefde en nog steeds leeft dat lokale steunarrangementen niet leiden tot verstoring van de tussenstaatse handel.[141] Die opvatting lijkt zelfs nog in kringen van IPO en VNG te leven, zoals hierna nog zal blijken (zie paragraaf 8.5). Tegen de academische gebruiken in werd in het boek met opzet geen melding gemaakt van het ruime alternatief, want dat zou afbreuk hebben gedaan aan de praktische behoefte aan eenduidigheid en het risico inhouden dat dan toch gekozen zou worden voor de ruime, dus – op het eerste gezicht – minst lastige benadering.

Na enige jaren ervaring met de praktische toepassing van het boek heb ik mijn uitgangspunt wel enigszins genuanceerd. Ook in dit preadvies kies ik voor die genuanceerde versie, die inhoudt dat de steun moet worden aangemeld wanneer aan de drie eisen is voldaan, *tenzij* het voor de decentrale overheid zeker is dat de steun naar het oordeel van de Commissie niet leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.[142] Maar zoals hierna uit enkele praktijkvoorbeelden zal blijken, is het probleem nu juist dat deze zekerheid zelden bestaat en dat de Commissie het fileermes blijkt te hanteren bij het vaststellen van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.

## 8.3 Gerede twijfel maar onpraktische kritiek

Inmiddels is het toch in decentrale kring bekend geworden dat er naast de door ons gekozen voorzichtige benadering ook een ruimere bestaat.[143] Dat was gezien de aantrekkingskracht daarvan natuurlijk ook niet tegen te houden. Zo krijg ik in mijn contacten met provincies een enkele keer het signaal dat ik met mijn benadering van aanmelden veel te voorzichtig ben. Voorzover dat signaal wordt afgegeven na een

---

141. Het kan natuurlijk zijn dat de gemeente Alkmaar in de kortgedingprocedure over de vermeende staatssteun aan AZ hier een noodsprong heeft gemaakt tegen beter weten in, maar ik ben bang dat Alkmaar serieus van mening was dat door het plaatselijke karakter van de steunmaatregel er geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. Dit standpunt wordt door de voorzieningenrechter terecht verworpen. Zie uitspraak Vzr. Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407, zaak 338/2002 JJ, punt 3.5.
Als de gemeente art. 87 lid 1 EG buiten de deur had willen houden, had zij hooguit een poging kunnen doen de Stichting AZ en AZ Vastgoed B.V. als onbeduidend voor de verschillende gemeenschappelijke markten te kwalificeren. Gezien de positie van de voetbalclub AZ en het optreden van AZ Vastgoed op de onroerendgoedmarkt was dat overigens een nutteloze exercitie geweest. Bij de gemeente Appingedam leefde deze onjuiste opvatting kennelijk ook. Zie uitspraak Vzr. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920 m.nt. Bart Hessel, Mediaforum 2004-10, p. 327-33.

142. Zie Hessel & Van Lotringen, a.w., p. 356. Mijn bezorgdheid voor onrechtmatige steun van de decentrale overheden is er daarmee niet minder om, maar het lijkt wel minder.

143. Gemeenten hebben met name via de voetbalsteun kennis kunnen nemen van deze opvatting. Zie M. Balhuizen & E. Janssen, Sport en staatssteun: it's all in the game, Gst. 2003, 7182, p. 163 en Marjan Olfers, Overheidssteun aan betaaldvoetbalclubs, (On)geoorloofde staatssteun of 'legitieme ondersteuning publieke zaak'?, NJB, afl. 14, 4 april 2003, p. 721.

consultatie van collega Slot is dat geen verrassing en 'onder professoren' ook voorspelbaar. Tegen de achtergrond van de totstandkoming van ons boek, was het echter wel een verrassing dat door de inmiddels bij het IPO werkzame Kuijper, soms een soortgelijke kwalificatie aan mijn benadering wordt gegeven.[144] Deze kritiek heeft er overigens wel toe geleid dat ik mijn adviezen aan decentrale overheden inmiddels altijd relativeer door te benadrukken dat het ergste wat *mij als adviseur* kan overkomen, is dat ik aanmelden niet nodig vind, terwijl de Commissie daar later anders over blijkt te denken. Als de betrokken overheid daar minder zwaar aan tilt, kan zij dus altijd te rade gaan bij deskundigen die daar ook minder moeite mee hebben.

Nu de geest dan toch uit de fles is, wil ik hier nader stilstaan bij de vraag wat nu wijsheid is. Dat er, merkwaardigerwijs, gerede twijfel kan bestaan over zo'n belangrijke kwestie als het juiste moment van aanmelden, mag wel blijken uit het feit dat de Hoge Raad in de prejudiciële procedure bij de Pearle-zaak hierover vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de EG. Het met grote belangstelling verwachte antwoord is echter zeer kort door de bocht en niet verhelderend.[145] Zo stelt het Hof dat de aanmeldingsplicht betrekking heeft op elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen in de zin van artikel 87 lid 1 EG. Aansluitend begint het dan de aangevochten maatregel te toetsen aan de criteria voor staatssteun met de op zich niet verrassende opmerking dat voorts volgens vaste rechtspraak voor de kwalificatie als steun vereist is dat voldaan is aan alle in artikel 87 lid 1 EG bedoelde voorwaarden.[146]

Voorstanders van de ruime benadering zullen in deze uitspraak zeker een bevestiging van hun standpunt willen lezen. Maar ook wanneer de Europese regelgeving en rechtspraak de mogelijkheid laten om de ruime benadering te kiezen, blijven we in de decentrale praktijk zitten met het probleem hoe te voorkomen dat decentrale overheden, zoals Alkmaar en Appingedam, zich schuldig maken aan onrechtmatige steun.

Ik zie in de Paerle-uitspraak dan ook geen reden om mijn standpunt over het moment van aanmelden te verlaten. Het probleem is en blijft namelijk dat sterk betwijfeld moet worden of die decentrale overheden bij het beoordelen van de invloed op de tussenstaatse handel uit zichzelf net zo ver gaan als de Commissie. Dat mag duidelijk worden aan de hand van de volgende twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld waaruit blijkt dat de Commissie bij haar oordeel over ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel erg ver gaat, vinden we in de reeds

144. Zo zie je maar weer: als wetenschapper moet je je nooit laten verleiden bepaalde zaken op verzoek en ten behoeve van de praktijk simpeler voor te stellen dan ze zijn.
145. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02, n.n.g.
146. Pearle-zaak de punten 32 en 33. De aangevochten maatregel was een PBO-verordening om een ten behoeve van de leden georganiseerde en door hen vastgestelde reclamecampagne te financieren door middel van bij die leden geïnde middelen die verplicht worden aangewend voor de financiering van de campagne. Volgens het Hof is hier geen sprake van staatssteun 'wanneer vaststaat dat deze financiering heeft plaatsgevonden met middelen waarover dit publiekrechtelijk lichaam op geen enkel moment vrijelijk heeft kunnen beschikken' (punt 42). Laten we maar aannemen dat de Hoge Raad het met dit korte antwoord van het Hof moet doen, omdat er in deze zaak geen sprake bleek te zijn van staatssteun.

genoemde steun aan de Container Terminal Lage Weide.[147] Het is niet ondenkbaar dat de betrokken gemeente en provincie Utrecht de vraag of er sprake is van ongunstige beïnvloeding ontkennend zouden hebben beantwoord met als argument dat het door de te subsidiëren terminal bestreken gebied niet overlapt met dat van terminals in andere lidstaten. Een binnenschipper op het Amsterdam-Rijnkanaal zal er immers niet over twijfelen in Utrecht of in Antwerpen aan te leggen. De Commissie gaat echter nog twee stappen verder: ook wanneer er geen overlap van gebieden is, kan er bij subsidiëring van de betrokken terminal toch sprake zijn van ongunstige beïnvloeding, namelijk wanneer de gesubsidieerde onderneming andere terminalactiviteiten in andere lidstaten heeft. Dat blijkt hier (nog) niet het geval te zijn, maar de betrokken ondernemingen maken op de Commissie kennelijk een erg ondernemende indruk, want: omdat redelijkerwijs te verwachten is dat dergelijke activiteiten zullen worden ontwikkeld, komt de Commissie tot de conclusie dat de voorgenomen steun onder artikel 87 lid 1 EG valt. Overigens is het wel goed gekomen met de steun, want de Commissie heeft deze verenigbaar verklaard op grond van artikel 73 (vervoersteun) en artikel 87 lid 3 onder c EG.

Het tweede vergaande voorbeeld betreft de reeds gememoreerde staatssteun aan de Waalse lokale televisiestations.[148] Het lijkt me zeer wel mogelijk dat in decentrale kring de indruk bestaat dat lokale televisiestations lokale activiteiten verrichten en dat steun aan die activiteiten geen invloed heeft op de gemeenschappelijke markt. De Belgische autoriteiten, die de omroepsteun wél keurig hadden aangemeld,[149] namen in ieder geval dat standpunt in. Zo echter niet de Commissie. Lokale televisiestations opereren op twee markten: de markt voor programma's en de markt voor reclame. Wat betreft de markt voor programmarechten kwam de Commissie inderdaad tot het oordeel dat de gevolgen voor het handelsverkeer te verwaarlozen zijn, 'omdat lokale televisiestations een lokale doelstelling nastreven en derhalve overwegend programma's van lokaal belang uitzenden'. Wat de reclamemarkt betreft, lijkt het aanvankelijk ook de goede kant op te gaan: 'Omdat lokale televisiestations alleen een lokale dekking en een beperkt kijkerspubliek te bieden hebben, is de markt voor de verkoop van reclamezendtijd verschillend van die van ondernemingen die op nationaal of internationaal niveau programma's uitzenden.' Desalniettemin komt de Commissie uiteindelijk tot de conclusie dat de voorgenomen staatssteun kan leiden tot verstoring van het handelsverkeer tussen de lidstaten, omdat zij *indirect* van invloed is op de reclamemarkt. De steun aan de lokale omroepen versterkt hun positie ten opzichte van andere televisiestations die met elkaar concurreren op de internationale reclamemarkt, doordat kijkers bij hen worden weggelokt. Met andere woorden: als je naar de lokale televisie kijkt, mis je de internationale reclames.

147. Beschikking van de Commissie van 8 februari 2000, betreffende steunmaatregel N 617/98, Nederland-Container terminal Lage Weide Utrecht; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 413.
148. Beschikking van de Commissie van 13 februari 2002, betreffende steunmaatregel nr. 548/2001, België, Steun aan lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap.
149. De in decentrale kring veel voorkomende gedachte dat Nederland het beste jongetje van de Europese klas wil zijn, wordt echt regelmatig door de feiten weersproken. Zo ook in de omroepsfeer.

De Nederlandse decentrale jurist die dit zelf ook al had bedacht, kan wat mij betreft gerust kiezen voor de ruime opvatting van Slot, Balhuizen, Janssen en Olfers.

Overigens is het met deze Belgische staatssteun ook goed gekomen, want de Commissie heeft de verboden staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG uiteindelijk op grond van artikel 86 lid 2 EG verenigbaar beschouwd met het EG-Verdrag. Dit was nog voor de komst van het Altmark-arrest.

## 8.4 Ook voorzichtigheid in andere handleidingen

Dergelijke voorbeelden mogen verklaren dat uiteindelijk niet alleen in mijn boek maar ook in andere praktische handleidingen voor staatssteun de ruime opvatting niet wordt gehanteerd, maar wordt gekozen voor voorzichtigheid.

Ik wees al op de staatssteunwijzer van Nadine Kohll voor VROM, maar ook in de recente Informatiewijzer van BZK/EUROPA decentraal is de vergaande benadering van de Commissie aanleiding voor het advies om bij het voldoen aan de eerste drie criteria al aan te melden, 'tenzij er evident sprake is van een activiteit met slechts lokaal bereik'.[150] Uit het 'Nationaal referentiekader steun aan betaald voetbal' maak ik op dat IPO en VNG inmiddels evenzeer het standpunt huldigen dat bij twijfel of aan de vijf criteria van staatssteun wordt voldaan, moet worden aangemeld.[151] Het is dan natuurlijk wel zaak dat die twijfel op het juiste moment ontstaat.

In dat verband wil ik benadrukken dat in de Informatiewijzer van BZK en EUROPA decentraal terecht wordt gesproken van een activiteit met slechts lokaal *bereik* en niet van een lokale activiteit. Decentrale overheden dienen zich er namelijk goed van bewust te zijn dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG voor ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel niet relevant is of de te steunen activiteit een lokaal of regionaal karakter heeft, maar dat gekeken moet worden naar de positie die de te steunen onderneming inneemt op de gemeenschappelijke markt. Zo werd de subsidie voor de aanleg van een lokale parkeerplaats voor Valmont, de gemeente Maarheeze, naar het oordeel van de Commissie, fataal, omdat de betrokken onderneming Valmont Nederland BV een dochter was van een groot Amerikaans concern met allerlei vestigingen binnen de Gemeenschap.[152] Als de gemeente een parkeerplaats had aangelegd voor een plaatselijk café, was dat anders geweest. Het gevolg daarvan is dat het voor de Commissie niet mogelijk is algemene standpunten in te nemen over lokale of regionale steun, maar dat altijd in concreto de positie van de betrokken ondernemingen moet worden meegenomen.

---

150. Informatiewijzer BZK/EUROPA decentraal, p. 14. Na de overstap van Nadine Kohll naar VROM is V&W trouw gebleven aan haar voorzichtige benadering. Zie Checklist Staatssteun 2004, Ministerie van V&W, p. 10 en 33. Ook de gemeente Den Haag heeft expliciet voor deze benadering gekozen getuige haar handleiding staatssteun. Zie Gemeente Den Haag, Bestuursdienst Afdeling Juridische Zaken, Europees Recht, Staatssteun, oktober 2003, p. 10.
151. Nationaal referentiekader steun aan betaald voetbal, p. 7.
152. Zoals gebleken, moet de Commissie van het Gerecht haar huiswerk overdoen voor de berekening van de staatssteun. Dat doet niets af aan de positie van Valmont. Het tweede middel van Valmont dat er geen sprake zou zijn van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel en geen vervalsing van de mededinging wordt door het Gerecht verder buiten beschouwing gelaten. Maar als Valmont gelijk zou hebben, was het niet nodig geweest de Commissie opnieuw aan het werk te zetten.

## 8.5 Het gaat niet om het lokale of regionale karakter van een activiteit, maar om de positie van de betrokken ondernemingen

Om die reden heb ik ook kritiek geuit op het pleidooi van IPO en VNG die in reactie op het Groenboek over diensten van algemeen belang en het Altmark-arrest hebben gepleit voor een groepsvrijstellingsverordening voor lokale en regionale diensten van algemeen belang, omdat deze, naar hun oordeel, door hun lokale of regionale karakter niet of nauwelijks verstorend zijn voor het Europese handelsverkeer.[153] Het is niet relevant of het openbaar busvervoer beperkt blijft tot een gemeente of een regio, het gaat om de vraag welke onderneming dat vervoer verzorgt of zou *willen* verzorgen en dan hebben we te maken met Connexxion, Arriva en andere op de gemeenschappelijke vervoermarkt met elkaar concurrerende ondernemingen. Uitgerekend in datzelfde Altmark-arrest heeft het Hof dat weer eens benadrukt. Daarbij herhaalt het Hof met verwijzing naar het Tubemeuse-arrest[154] ook nog eens dat er geen drempel of percentage is 'waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein sluit immers niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (...)'.[155]

Voor de goede orde: we hebben hier met een ander element van de ongunstige invloed op de tussenstaatse handel van doen dan in de steun aan de Container Terminal Lage Weide. Daar werd bekeken of de steunontvangende onderneming zelf de gemeenschappelijke markt betreedt of dat waarschijnlijk gaat doen. Hier moeten we denken aan de situatie waarin de steunontvangende onderneming niet op de Europese toer gaat, maar door het ontvangen van steun haar positie versterkt ten opzichte van andere ondernemingen uit andere lidstaten die de lokale activiteit willen gaan verrichten. Dat in dergelijke gevallen ook sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel maakt het er voor decentrale overheden niet gemakkelijker op.[156] Met dergelijke rechtspraak wordt het wel extra interessant om te bezien of de recente heroriëntatie van de Commissie op de zware gevallen van staatssteun inderdaad de grotere ruimte biedt aan decentrale overheden die we ervan verwachten (zie hoofdstuk 11). Maar eerst wil ik met onze gemeentelijke medewerker de laatste logische stap zetten.

Overigens wil ik over het genoemde pleidooi van IPO en VNG voor de groepsvrijstellingsverordening nog wel opmerken dat hier sprake is geweest van een uitstekende samenwerking en afstemming met de Raad van Europese Gemeenten en Regio's en het Comité van de Regio's. Procedureel vormt deze aanpak een schoolvoorbeeld voor de wijze waarop de koepelorganisaties van de Nederlandse decentrale overheden in Brussel met gebruikmaking van de Europese decentrale netwerken een krachtige decentrale stem kunnen laten horen.[157]

---

153. Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun, p. 409.
154. HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87 (Tubemeuse), Jur. 1990, p. I-959. Dit arrest komen we straks ook tegen bij de Commissiebeschikking inzake steun aan de jachthavens in Enkhuizen en Nijkerk (zie hfdst. 11).
155. Altmark-arrest de punten 80 en 81.
156. Van den Tweel spreekt hier van een extensieve uitleg van het criterium van de beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer. Van den Tweel, a.w., p. 413.
157. Zie eerder al Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun, noot 18.

# 9 Als de steun moet worden aangemeld, zijn er dan bepaalde beleidsregels die moeten worden toegepast?

Dat we te maken hebben met verboden staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG, betekent nog niet dat de steun niet mag worden gegeven. Het kan zijn dat de Commissie de voorgenomen steun na aanmelding met een beroep op een van de uitzonderingen toch toestaat. Dat houdt in dat naar het oordeel van de Commissie uit communautair oogpunt de voordelen van bepaalde steun opwegen tegen de nadelen van de ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In het navolgende beperk ik mij tot de belangrijke en omvangrijke uitzonderingen van artikel 87 lid 3 EG.

Voordat onze gemeentelijke medewerker verdergaat met het concretiseren van het aan te melden steunarrangement, moet zij bezien of de Commissie op het door de gemeente te kiezen beleidsterrein bepaalde richtsnoeren of kaderregelingen heeft vastgesteld. Als die er zijn, moet het steunarrangement namelijk toegesneden worden op de activiteiten, de te vergoeden kosten en de steunpercentages die de Commissie in haar beleidsregels hanteert. Wanneer dat is gebeurd, kunnen de decentrale overheden erop rekenen dat de Commissie de voorgenomen staatssteun ook zal goedkeuren. Menen zij te moeten afwijken van de bestaande beleidsregels, dan leidt dat in ieder geval tot forse vertraging van de procedure, maar in de regel ook tot een afwijzend oordeel.[158] Er is meer plaats voor decentrale beleidsruimte wanneer de Commissie geen beleidsregels heeft vastgesteld, zoals bij de cultuurexceptie. Maar in dat geval bestaat er grote onzekerheid over de wijze waarop het steunarrangement er uiteindelijk uit moet gaan zien.

In de loop der tijd heeft de Commissie een groot aantal horizontale richtsnoeren en kaderregelingen vastgesteld alsmede een aantal dat voor specifieke sectoren geldt. De meeste daarvan blijken van belang voor de decentrale praktijk. Ook deze beleidsregels kennen een beperkte geldigheidsduur en zijn regelmatig aan verandering onderhevig. Wat betreft de horizontale regelingen denk ik voor de decentrale over-

158. Wanneer de Commissie voor bepaalde milieu-investeringen gekozen heeft voor een maximumsteun van 15%, heeft het geen zin een steunmaatregel aan te melden die voor dezelfde activiteiten een maximum van 40% kent.

heden met name aan de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen,[159] de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu,[160] de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek en ontwikkeling[161] en de Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden.[162] Op het gebied van de sectoren zijn met name van belang de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector.[163] Voor de vervoersector gelden aparte verdragsbepalingen (artikel 73 e.v. EG) en verordeningen, die ik verder onbesproken laat.[164]

## 9.1 Steunarrangementen toesnijden op richtsnoeren en kaderregelingen

Nieuwe steunarrangementen kunnen direct worden afgestemd op de toepasselijke richtsnoeren, maar bij het 'Europa proof' maken van bestaande steunregelingen ontmoeten we hier hetzelfde probleem als bij de vrijstellingsverordeningen: de bestaande decentrale regeling verschilt meestal met de beleidsregels op het punt van de te subsidiëren activiteiten, de te vergoeden kosten en/of de steunpercentages. Als die verschillen substantieel zijn heeft het geen zin de decentrale regeling alsnog aan te melden. Hoewel de lijken in de kast daar natuurlijk niet mee worden weggewerkt,[165] kan men zich in dat geval voor de toekomst veiligstellen door een nieuwe subsidieregeling te maken naar Commissionaire snit en die aan te melden.

Ter illustratie enkele voorbeelden van de talrijke mogelijkheden die de decentrale overheden kunnen benutten. Een gemeente die in het kader van de stedelijke vernieuwing subsidie wil geven voor de sanering van vervuilde industrieterreinen moet – afgezien van de *de minimis*-vrijstelling – daarvoor de regels hanteren die de Commissie heeft neergelegd in de kaderregeling voor milieusteun.[166] De inhoudelijk daarop afgestemde gemeentelijke verordening moet uiteraard eerst worden aangemeld, voordat zij kan worden toegepast. De Commissie heeft al een aantal

159. PbEG 1998, C 74/9, gewijzigd bij PbEG 2000, C 258/06; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 141; Hessel & Neven, a.w., p. 147-177.
160. PbEG 2001, C 37/3; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 191; Hessel & Neven, a.w., p. 183-201.
161. PbEG 1996, C 45/5. Deze is verlengd tot eind 2005 (PbEG 2002, C 111); Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 215; Hessel & Neven, a.w., p. 177-183.
162. PbEU 2004, C 244/2. Deze zijn in oktober 2004 in de plaats gekomen van de communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden uit 1999.
163. PbEG 2000, C 28/2; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 267; Hessel & Neven, a.w., p. 216-231.
164. Hessel & Neven, a.w., p. 244-257.
165. Voor de Commissie geldt een verjaringstermijn van tien jaar.
166. Zie punt E.1.8 van de Kaderregeling. Uitgangspunt daarbij is dat de vervuiler betaalt. Als die niet bekend is of niet aansprakelijk gesteld kan worden, kan de persoon die belast is met de sanering van het terrein daarvoor steun krijgen. De steun kan 100% van de in aanmerking komende kosten bedragen met een opslag van 15%. De in aanmerking komende kosten zijn de kosten van de werkzaamheden verminderd met de waardestijging van het terrein.

Nederlandse steunmaatregelen op dit terrein goedgekeurd.[167] De Kaderregeling voor milieusteun biedt allerlei mogelijkheden voor milieuvriendelijke investeringssteun, maar dwingt de overheid wel haar steun exact af te stemmen op en te beperken tot de extra investeringskosten voor het milieu. Derhalve geen milieusteun meer uit de losse pols.[168]

Een provincie die, ondanks het rapport Kok, in de geest van Lissabon de kenniseconomie in haar regio wil versterken, kan baat hebben bij de communautaire kaderregeling voor O&O-steun. Als de *de minimis*-vrijstellingsverordening onvoldoende soelaas biedt en er geen sprake is van een kleine of middelgrote onderneming in de zin van de uitgebreide KMO-vrijstellingsverordening, kan die provincie aan ondernemingen bijvoorbeeld in het algemeen maximaal 50% subsidie geven voor industrieel onderzoek en maximaal 25% subsidie voor preconcurrentiële ontwikkeling in de zin van de kaderregeling.[169] Ook dan dient de voorgenomen steunmaatregel – hetzij een regeling, hetzij een concrete subsidie – eerst te worden aangemeld en goedgekeurd.

Een provincie die bij het subsidiëren van de economische ontwikkelingen in de regio niet alleen subsidie wil geven aan startende ondernemingen, maar ook aan doorstartende ondernemingen, dient zich er rekenschap van te geven dat zij met 'doorstartende ondernemingen' in de buurt komt van steun aan bedrijven in moeilijkheden en daardoor enorm in haar mogelijkheden wordt beperkt. Omdat bij die steun de kans op vervalsing van de mededinging aanzienlijk is, hanteert de Commissie daarvoor strenge maatstaven die met de nieuwe richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun vorig jaar nog eens zijn aangescherpt.[170] Om te beginnen staat de Commissie niet toe om maar iedere onderneming in problemen om die reden steun te geven. Er moet sprake zijn van 'ondernemingen in moeilijkheden' in de zin van de communautaire richtsnoeren.[171] Verder dient de provincie te bedenken dat deze richtsnoeren geen subsidie toestaan in de vorm van noodsteun. Deze kan alleen het karakter hebben van leninggaranties of leningen, tegen normale rentepercentages en door de Commissie vastgestelde referentiepercentages, kan maar voor zes maanden worden gegeven, moet gerechtvaardigd worden door ernstige sociale moeilijkheden en mag bovendien maar één keer worden gegeven.[172] Bovendien moet de lidstaat binnen zes maanden een herstructurerings- of liquidatieplan voor-

---

167. Zie de beschikkingen van de Commissie inzake steunmaatregelen nr. N 520/2001 – Nederland – Convenant bodemsanering; N 414/2002 – Nederland – provincie Zuid-Holland, bodemsanering van voormalige gasfabrieksterreinen; N 187/2003 – Nederland – alle provincies, bodemsanering van voormalige gasfabrieken. De beschikking inzake het Convenant bodemsanering is opgenomen in: Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 539 e.v.
168. De staatssteunwijzer van VROM bevat allerlei interessante uitwerkingen van milieusteun.
169. Zie punt 5.3 en punt 5.5 Communautaire kaderregeling voor O&O-steun; Hessel (red.), Dossier Staatssteun, p. 215.
170. PbEU 2004, C 244/2.
171. Daarvan is in ieder geval sprake wanneer de onderneming volgens nationaal recht aan de voorwaarden voldoet om aan een collectieve insolventieprocedure te worden onderworpen (zie nader punt 10 van de richtsnoeren). Als de provincie subsidie wil geven aan een onderneming die nog niet zo ver in de problemen zit, moet zij een ander aanknopingspunt voor die steun vinden, het liefst op basis van een andere beleidsregel van de Commissie (en de concrete subsidie dus geen doorstartsubsidie noemen).
172. Zie de punten 15 en 25 van de richtsnoeren.

leggen. Dat plan moet door de Commissie worden goedgekeurd behalve wanneer het om KMO's gaat. In dat geval moet de lidstaat het plan meedelen aan de Commissie en zelf uitvoeren.[173]

## 9.2 Richtsnoeren en kaderregelingen bieden ook voordelen

Met deze communautaire richtsnoeren voor steun aan ondernemingen in moeilijkheden hebben we een voor decentrale overheden zeer nuttige beleidsregel te pakken. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat de wethouder van onze gemeentelijke jurist bereid is een flink bedrag aan gemeenschapsgeld uit te trekken voor de versterking van de gemeentelijke goodwill bij de lokale ondernemingen. Maar nu het de laatste jaren zo slecht gaat met de economie en de overheidsfinanciën, is de kans groter dat hij die gemeenschapsgelden zorgvuldig wil besteden en voor alles wil voorkomen dat zij in de bodemloze put verdwijnen van behoeftige ondernemingen. Welnu, de Commissie is hem daarbij behulpzaam.

Het lastige is wel dat mede door die slechte economie een toenemend aantal behoeftige ondernemingen de weg naar de decentrale overheden zoekt. Ik denk aan professionele voetbalclubs op de rand van het faillissement, aan regionale omroepen in nood of aan congres- en tentoonstellingscentra die zonder hulp van de overheid moeten saneren of sluiten. Voor al dergelijke gevallen kunnen en moeten deze richtsnoeren voorkomen dat geld in een bodemloze put verdwijnt.[174]

Overigens denk ik dat decentrale overheden die proactief met de Europese regels omgaan in het algemeen hun voordeel kunnen doen met de beleidsregels van de Commissie. Zij leiden tot vergroting van de efficiëntie en de bewustwording van de staatssteun.

---

173. Par. 3.2.5 van de richtsnoeren.
174. Voor de goede orde: de richtsnoeren gelden natuurlijk alleen voor steun die leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. De steunvragende ondernemingen in moeilijkheden zullen de decentrale overheden in de praktijk trachten te overreden, en ook alleen maar kunnen overreden door hun grote belang voor de territoriale gemeenschap te benadrukken. Als dat belang er inderdaad is, is het moeilijk denkbaar dat de steun niet tevens communautair relevant is. Zodra een gemeente of provincie trots is op een onderneming, wordt het oppassen geblazen met de staatssteun.

# 10 Problemen rond ruime subsidieregelingen

De complexiteit van de Europese staatssteunregels leidt tot problemen wanneer decentrale overheden vanuit hun streven naar integraal beleid ruime subsidieregelingen willen ontwerpen of dergelijke bestaande subsidieregelingen 'Europa proof' willen maken. Bij een ruime subsidieregeling krijgt de decentrale overheid namelijk met een heel scala aan Europese regels te maken die elk hun eigen aanpak vragen.

## 10.1 Integraal decentraal beleid geeft Europese complicaties

Ter illustratie wijs ik op een subsidieregeling ter bevordering van de sociaal- economische ontwikkeling, zoals we die bij provincies veelvuldig tegenkomen. Uit een oogpunt van provinciaal beleid ligt het voor de hand in een dergelijke regeling subsidiemogelijkheden op te nemen voor uiteenlopende activiteiten, zoals het starten van ondernemingen, het doorstarten van andere, het ontwikkelen van kennisinfrastructuur, het revitaliseren van bedrijfsterreinen, het verplaatsen van bedrijven, het verbeteren van de milieutechnologie, het verbeteren van de bereikbaarheid, het verlenen van garanties, de verbetering van het vervoer enzovoort.

Afgezien van het feit dat bepaalde subsidies wellicht onder de *de minimis*-vrijstelling gebracht kunnen worden, krijgt de provincie bij de verschillende subsidiemogelijkheden ook met verschillende Europese regels te maken. Bij steun aan startende ondernemingen kan gekeken worden naar de vrijstellingsverordening voor KMO's; bij steun aan doorstartende ondernemingen stuiten we op de richtsnoeren voor bedrijven in moeilijkheden; de ontwikkeling van kennisinfrastructuur wordt geraakt door arresten als Humbel en Wirth, door de vrijstellingsverordening voor O&O-steun aan KMO's en aansluitend door de communautaire kaderregeling voor O&O-steun; bij het revitaliseren van bedrijfsterreinen, het verplaatsen van ondernemingen en het verbeteren van milieutechnologie moet de provincie zich oriënteren op de kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu; bij het verbeteren van de bereikbaarheid komt het verschil tussen algemene infrastructuur en infrastructuur voor bepaalde ondernemingen in het vizier; bij het geven van garanties moet de provincie kijken naar de daarvoor geldende mededeling en expliciet de vraag beantwoorden of zij verder wil gaan dan de marktconforme mogelijkheden en ten slotte krijgen we bij vervoersteun te maken met de afzonderlijke verdragsbepalingen en verordeningen.

De consequentie is dat de Commissie geen genoegen zal nemen met het aanmelden van de regeling alleen. De regeling is zo vaag en open dat zij wil weten hoe de regeling in concrete gevallen wordt toegepast. Dit betekent dat de provincie bij de uitvoering van deze ruime subsidieregeling zich bijna alle aspecten van de Europese staatssteunregels eigen moet maken. Bovendien moet de provincie met zo'n breedspectrumregeling ook over een breed front bijhouden welke regelingen worden veranderd.

Voor het goed inspelen op de Europese regels van staatssteun zou het juist te overwegen zijn om – afgezien van de *de minimis*-vrijstelling – in aansluiting op iedere afzonderlijke Europese regeling (vrijstellingsverordening, richtsnoeren of kaderregeling) een daarop afgestemde decentrale subsidieregeling vast te stellen. Maar dat is dan de dood in de pot voor integraal beleid. Aan de decentrale overheid derhalve de opdracht het werkbare evenwicht te vinden.

## 10.2 Complicaties bij 'drietrapssteun'

Naast de subsidieregeling voor sociaal-economische ontwikkeling wil ik wijzen op de subsidieverordening voor stedelijke vernieuwing die we ook bij veel provincies tegenkomen. Uit een eerdere publicatie over stedelijke vernieuwing en staatssteun van Ilze Jozepa en mij,[175] blijkt dat de decentrale overheden ook daar met nagenoeg alle aspecten van Europese staatssteun te maken krijgen, maar hier speelt nog een ander probleem. Steun voor stedelijke vernieuwing is een van de gevallen waarbij drie nationale bestuurslagen betrokken zijn. Bij dergelijke 'drietrapssteun' stelt het Rijk geld ter beschikking aan de provincies die dat doorgeven aan gemeenten. Voor de provincies heeft dat tot gevolg dat hun provinciale subsidieverordening op zich veel te abstract is om de Commissie voldoende duidelijkheid te geven en bovendien zijn de subsidies die zij aan de gemeente doorgeven in de regel geen staatssteun.[176] Er is pas sprake van staatssteun wanneer de gemeente de subsidie ten goede laat komen aan bepaalde ondernemingen. Bij mijn contacten met de provincies kwam de vraag op naar hun positie als schakel in de subsidieketen. Toen ik bij een onderzoek voor de provincie Gelderland voor het eerst met deze regeling geconfronteerd werd, stelde ik mij op het standpunt dat de provincies zich op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) niet formeel moeten opstellen en mede verantwoordelijkheid moeten nemen voor het aanmelden van de staatssteun.[177] Toen bleek dat meerdere provincies met dat probleem geconfronteerd worden, hebben we via EUROPA decentraal met VROM het initiatief genomen om de problematiek gezamenlijk met het departement, de provincies en enkele gemeenten aan te pakken. Er is binnen het IPO in samenwerking met VROM een aparte werkgroep opgericht en

175. B. Hessel & I. Jozepa, Stedelijke vernieuwing en de Europese regels van staatssteun, Gst. 2004, 7212, p. 441-452.
176. Dat is anders wanneer de gemeente zelf als onderneming optreedt. Zie Gerbrandy & Hessel, a.w., hfdst. 2 en 3.
177. De reden hiervoor was dat het voor de Commissie niet uitmaakt welke nationale overheden allemaal bij de steun betrokken zijn, maar dat de lidstaat als een eenheid wordt beschouwd.

met medewerking van EUROPA decentraal een voorlichtingscampagne gestart voor de betrokken gemeenten. Nu de andere overheden zich de problemen voor de gemeenten op deze wijze hebben aangetrokken, lijkt het mij bij nader inzien toch beter de gezamenlijke aanpak op het gebied van voorlichting duidelijk te onderscheiden van de formele verantwoordelijkheid om de voorgenomen steun aan te melden. Die ligt – wat de interne verhoudingen tussen onze drie bestuurslagen betreft – bij de betrokken gemeenten en dient ook alleen daar te liggen.[178]

178. Dat de lidstaat Nederland naar Europees recht verantwoordelijk is voor het (niet-)aanmelden van decentrale staatssteun, behoeft bij nader inzien niet in de weg te staan aan een duidelijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de drie nationale bestuurslagen naar nationaal recht.

# 11 Leidt de heroriëntatie van de Commissie tot meer ruimte voor decentrale overheden?

We hebben gezien dat de Commissie meer aandacht wil besteden aan de zware gevallen van staatssteun en dat zij de intentie heeft om meer ruimte te geven aan steunmaatregelen van decentrale overheden.

In de genoemde publicatie met Ilze Jozepa over stedelijke vernieuwing hebben wij ter illustratie van die intentie gewezen op de recente beschikkingen van de Commissie inzake de Ierse ziekenhuizen en de Nederlandse jachthavens van Nijkerk en Enkhuizen.[179] Daarnaast noemden wij de twee ontwerp-mededelingen van voormalig commissaris Monti: de mededeling betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer (LET) en de mededeling betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van geringe bedragen aan staatssteun (LASA). Het is de vraag of deze inderdaad de verwachte ruimte bieden.

## 11.1 LET en LASA bieden weinig extra ruimte

Onze hoop dat deze LET- en LASA-mededelingen de decentrale overheden inderdaad meer ruimte gaan bieden, is inmiddels vervlogen door de analyse die Ronald van den Tweel van beide ontwerp-mededelingen heeft gemaakt.[180] Terecht merkt Van den Tweel op dat het enige initiatief dat echt zou leiden tot meer manoeuvreerruimte voor decentrale overheden de verhoging van de *de minimis*-drempel is. Maar de rechtspraak van het Hof sluit die mogelijkheid uit.[181] De LASA-mededeling, die ziet op bedragen van minder dan € 1 miljoen over drie jaar, maakt aanmelden dan ook niet onnodig, maar moet leiden tot een eenvoudiger goedkeuringsprocedure. Voor de steunverlenende overheden gaat dat wel met veel extra werk, uitgebreide registratie en informatieverplichtingen gepaard.[182] Bij de LET-mededeling wijst Van

179. Hessel & Jozepa, a.w., p. 446.
180. R.J.M. van den Tweel, De Commissie introduceert nieuwe categorieën toelaatbare steun. Biedt nieuwe aanpak decentrale overheden meer ruimte voor steunverlening?, Gst. 2004, 7211, p. 412-418.
181. Van den Tweel, a.w., p. 413. Van den Tweel wijst hier met name op het Altmark-arrest (noot 10).
182. Zie Van den Tweel, a.w., p. 415.

den Tweel eveneens op de beperkingen van met name het Altmark-arrest.[183] Hoewel de Commissie met haar bijlage van activiteiten die onder de LET-mededeling kunnen vallen wel enige duidelijkheid geeft,[184] kunnen we met Van den Tweel vaststellen dat ook deze ontwerp-mededeling niet de ruimte geeft die decentrale overheden hadden verwacht. Hier ontkomen zij evenmin aan een aanmelding en de voorziene eenvoudige procedure gaat opnieuw ten koste van vergaande administratieve verplichtingen.[185] Bij het afronden van dit preadvies (januari 2005) heeft de nieuwe commissaris Kroes nog geen formele uitspraak gedaan over het al of niet doorzetten van deze aanpak. Uit de wandelgangen is mij echter gebleken dat het zeer aannemelijk is dat de LET- en LASA-plannen voortijdig sneuvelen. Uit het State Aid Scoreboard van november 2004 zou men kunnen opmaken dat de Commissie meer heil ziet in de uitbreiding van de vrijstellingsverordeningen en de vereenvoudiging van de horizontale steunregelingen.[186] Ik kom daar bij de conclusies en aanbevelingen op terug (hoofdstuk 13).

## 11.2 De recente beschikkingenpraktijk nader bezien

Nu LET en LASA ons weinig hoop geven, wordt het extra interessant om te bezien of de recente beschikkingenpraktijk van de Commissie de decentrale overheden dan wel die extra ruimte biedt die wij daarin meenden de vinden. Alvorens dat te doen wil ik wijzen op de zaak Dorsten die al in het boek Staatssteun en EG-recht wordt besproken.[187] In deze zaak was sprake van een jaarlijkse subsidie van DM 2 miljoen van de gemeente Dorsten in Rijnland–Westfalen aan een particuliere onderneming die het plaatselijke verliesgevende zwembad wilde openhouden. Dorsten ligt niet ver van de Nederlandse grens.[188]

Na de aanmelding door de Duitse regering kwam de Commissie tot het standpunt dat hier geen sprake was van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG omdat de tussenstaatse handel in casu niet ongunstig wordt beïnvloed. Deze uitspraak was

---

183. 'De Commissie lijkt hier', aldus Van den Tweel, 'aan te haken bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat bij de beoordeling van dit criterium van artikel 87 lid 1, EG de mate van (grensoverschrijdende) concurrentie op de betrokken markt en de positie van de begunstigde onderneming op deze markt, en niet zozeer het grensoverschrijdende karakter van de activiteiten van de begunstigde onderneming zelf, van belang zijn' (Van den Tweel, a.w., p. 416).
184. Genoemd worden onder meer: distributie van stoom en warm water, bouwrijp maken van terreinen, bouwinstallatie, afwerking van gebouwen, onderhoud en reparatie van auto's en motorrijwielen, kleinhandel in motorbrandstoffen en niet-gespecialiseerde winkels, hotels en restaurants, projectontwikkeling en handel in onroerend goed, consultancy, onderwijs, gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening, inzameling en verwerking van afval(water), bibliotheken, openbare archieven, musea en overige culturele activiteiten.
185. Bovendien stelt de ontwerp-mededeling de eis dat er sprake is van een generieke niet-discriminerende regeling dan wel van een tenderprocedure. Zie Van den Tweel, a.w., p. 416.
186. State Aid Scoreboard, a.w., p. 36 e.v.
187. Beschikking van de Commissie van 21 december 2000, N 258/2000 – Duitsland (Recreatiezwembad Dorsten), PbEG 2001, C 172/16. Zie Hessel & Neven, a.w., p. 131-132.
188. Voor de goede orde: deze zaak toont aan dat een zwembad een onderneming is in de zin van het Höfner-arrest. Omdat de activiteit bepalend is – in casu het aanbieden van diensten op de markt – en niet de rechtsvorm of de wijze van financiering, geldt deze kwalificatie ook voor een gemeentelijk zwembad.

aanleiding voor een publicatie in B&G onder de pakkende titel: 'Gemeentelijke steun aan zwembad is geen staatssteun.'[189] In ons boek wijzen Annelies Neven en ik erop dat de conclusie in B&G, die een algemeen karakter heeft, veel te snel door de bocht is en voorbij ziet aan het casuïstische karakter van de beschikking.

De Commissie komt hier tot haar oordeel na een zorgvuldige analyse van de concrete situatie. Het bleek dat het zwembad werd gebruikt door de inwoners van de stad en de omgeving en het verzorgingsgebied strekte zich niet uit tot het nabij gelegen Nederland. Het was met andere woorden dus een kwestie van Nederlandse badmutsen tellen, voordat de gunstige beslissing werd genomen. In aansluiting op deze beschikking van de Commissie wijs ik er in mijn contacten met decentrale overheden altijd op dat de situatie geheel anders komt te liggen wanneer het gaat om een voorziening waar een gemeente trots op kan zijn, zoals een tropisch zwemparadijs. Het gaat dan om een voorziening waar tot buiten de lokale grenzen reclame voor wordt gemaakt en die ook concurreert met vergelijkbare attracties in andere lidstaten bij het aantrekken van internationale bezoekers.

De eerste beschikking die, naar mijn aanvankelijke indruk althans, de neiging van de Commissie illustreert om meer ruimte te geven voor lokale en regionale steunmaatregelen is die jegens Ierland over fiscale voordelen aan personen die investeren in vooral lokale ziekenhuizen met een capaciteitstekort.[190] In deze zaak kwam de Commissie tot het oordeel dat er geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG omdat er geen ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel plaatsvond. De steun zou volgens de Commissie namelijk onder meer niet leiden tot de oprichting van ziekenhuizen die patiënten uit andere lidstaten zouden kunnen aantrekken.

Bij nader inzien kom ik echter tot de conclusie dat deze zaak de decentrale overheden niet meer speelruimte oplevert dan de zaak Dorsten. We kunnen vaststellen dat de Commissie hier op uit de rechtspraak van het Hof volstrekt herkenbare gronden tot de conclusie komt dat er geen sprake is van verboden staatssteun. Decentrale overheden mogen daardoor niet in de B&G-fout vervallen door te denken dat steun aan ziekenhuizen geen staatssteun is. Wat bijvoorbeeld te denken van een situatie waarin de provincie Gelderland steun zou geven aan het ziekenhuis in Velp of de gemeente Enschede die steun zou geven aan het ziekenhuis aldaar?[191] De zorgvuldige casuïstiek in de beschikkingen van de Commissie maakt duidelijk dat het niet zonder risico is om die steun niet aan te melden.

---

189. B&G, februari 2001, p. 3-4.
190. European Commission, Brussel, 27 februari 2002, State Aid No 543/2001 – Ireland – Capital Allowances for Hospitals. Uit deze zaak blijkt overigens dat een ziekenhuis een onderneming is in de zin van het Höfner-arrest.
191. Voor de goede orde: deze voorbeelden zijn slechts aan mijn fantasie ontsproten, maar beogen aan te geven dat bij steun aan ondernemingen langs de grens het gevaar voor ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel extra groot is. Het lijkt mij dan ook zeer onverstandig als provincies en gemeenten langs de grens hoop putten uit de Ierse zaak.

De tweede zaak die aanleiding gaf tot enige hoop voor de toekomst, is de steun aan de non-profitjachthavens in Nijkerk en Enkhuizen.[192] Hoewel ik noch een bezoeker ben van het zwembad te Dorsten, noch van de jachthaven van Nijkerk en slechts sporadisch in Enkhuizen kom, had ik naar aanleiding van de Dorstenzaak de indruk dat het tellen van de Duitse scheepspetten zeker Enkhuizen wel noodlottig zou worden. Dat de Commissie voor beide jachthavens tot het oordeel komt dat de steun geen staatssteun vormt in de zin van artikel 87 lid 1 EG is echter niet te danken aan een nieuwe benadering van de Commissie, maar aan het feit dat het met die Duitse scheepspetten alleszins bleek mee te vallen.

Wat de jachthaven van Nijkerk betreft, heeft de Commissie vastgesteld dat deze tweehonderd liplaatsen telt, 'waarvan gemiddeld slechts 0,25% wordt gebruikt door buitenlandse toeristen, wat onbetekenend is op de nationale ligplaatsenmarkt. De Commissie concludeert dan ook dat de jachthaven van Nijkerk wordt gebruikt door de inwoners van het dorp en omstreken en dat deze er niet naar streeft internationale bezoekers aan te trekken. De steun belet de inwoners van Nijkerk evenmin jachthavens te gebruiken die buiten Nederland zijn gelegen.'[193]

Ten aanzien van Enkhuizen merkt de Commissie op dat gemiddeld 14% van de ligplaatsen door internationale toeristen wordt gebruikt. Maar dan gaat de Commissie verder: 'De 235 ligplaatsen in Enkhuizen maken slechts 0,15% uit van de Nederlandse ligplaatsenmarkt en slechts 0,016% van de ligplaatsenmarkt van de Gemeenschap. De invloed van de jachthaven van Enkhuizen op de jachthavenmarkt is derhalve zeer beperkt.'[194]

Op de vraag of deze beschikking nu inderdaad getuigt van een royalere houding van de Commissie ten aan zien van decentrale overheden moet allereerst worden geantwoord dat deze overheden ook hier niet in de B&G-fout moeten vervallen door aan deze zaak de algemene conclusie te verbinden dat steun aan non-profitjachthavens geen staatssteun is. De Commissie onderstreept het casuïstische karakter van haar oordeel zelf door er met klem op te wijzen dat zij in de Italiaanse zaak over steun aan Marina di Stabia wel degelijk tot de conclusie kwam dat er sprake was van versterking van de positie van die jachthaven ten opzichte van andere concurrerende

192. Beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, PbEU 2004, L 34/63. Deze zaak maakt duidelijk dat ook een non-profitinstelling een onderneming kan zijn in de zin van het Höfner-arrest.

193. Punt 50.

194. Punt 51. Aldus komt de Commissie ten aanzien van Nijkerk en Enkhuizen 'tot de slotsom dat ofschoon een zekere vervalsing van de (plaatselijke) mededinging niet kan worden uitgesloten, de steun, voorzover er al steun is, het handelsverkeer niet ongunstig beïnvloedt in de zin van art. 87 lid 1 van het EG-Verdrag. In het bijzonder in deze zaken, kan, mede als gevolg van de geografische ligging van de jachthavens, hun relatief geringe omvang en het relatief lage bedrag aan overheidssteun in verhouding tot het aantal in de jachthaven aangeboden ligplaatsen, redelijkerwijs niet worden verwacht dat deze steun de eigenaren van recreatievaartuigen uit andere lidstaten ertoe zal brengen gebruik te maken van vaste- of dagligplaatsen in deze jachthavens in plaats van in jachthavens in andere lidstaten' (punt 55).

jachthavens in andere lidstaten, maar dat die jachthaven veel groter was en de omvang van de steun evenzeer.[195] Ook hier blijft dus sprake van casuïstiek.

In de tweede plaats moeten we vaststellen dat de Commissie er geen enkel misverstand over laat bestaan dat zij in deze zaak volledig in de lijn oordeelt van haar eerdere besluiten en de rechtspraak van het Hof. Daarbij refereert zij aan de zaak Dorsten, aan het standpunt van het Hof in de zaak Tubemeuse dat we nog eens herhaald zagen in het arrest Altmark[196] en aan het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak Vlaams Gewest.[197] Dat de Commissie hier zo uitgebreid op de rechtspraak ingaat, zou kunnen betekenen dat ze hier de grens van haar mogelijkheden heeft opgezocht.

Tot slot wil ik nog stilstaan bij een voor decentrale overheden belangrijke beslissing van de Commissie betreffende de aangemelde staatssteun door de provincie Flevoland voor het nationale luchtvaarterfgoedproject Aviodrome. In deze zaak is sprake van een totale overheidssubsidie van ruim € 7 miljoen voor de museale activiteiten van de Stichting Aviodrome. Daarvan komt € 3 miljoen van het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling maar de provincie Flevoland heeft goed begrepen dat de eigen additionele subsidie toch moet worden aangemeld (tenzij ...).

De beschikking van de Commissie is interessant, omdat daarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de museale activiteiten van Aviodrome en haar commerciële bezigheden.

Tot deze uitspraak worstelden veel decentrale overheden die steun geven aan musea met de vraag of die steun moet worden aangemeld. Er bestaat geen misverstand over dat musea diensten aanbieden op de markt en op grond van de Dorstenbenadering heb ik altijd het standpunt ingenomen dat steun aan musea die internationale bekendheid hebben en internationale bezoekers trekken, moet worden aangemeld. Denk aan steun aan het Rijksmuseum, het Van Goghmuseum, het Mauritshuis, het Haags Gemeente Museum.

Ik moet echter vaststellen dat de Commissie in deze zaak weliswaar een slag om de arm houdt, maar zich toch opmerkelijk ruimhartig uitdrukt wanneer zij ten aanzien van museale activiteiten stelt:

---

195. Zie de punten 16 en 58. Bij Marina di Stabia ging het om steun op basis van de Multisectorale kaderregeling betreffende regionale steun voor grote investeringsprojecten, die terecht was aangemeld. Beschikking van de Commissie van 7 januari 2000, N 582/99, Italië – Marina di Stabia Spa, PbEG 2000, C 40/2; Hessel & Neven, a.w., p. 132.

196. De beschikking is volgens de Commissie niet in tegenspraak met huidige rechtspraak van het Hof. 'In de zaak Tubemeuse heeft het Hof van Justitie geoordeeld "dat (...) de betrekkelijk geringe omvang van de betrokken onderneming niet a priori de mogelijkheid uit(sluit) dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed." Dit betekent niet dat de onbetekenende omvang van een onderneming samen met de andere kenmerken van de zaak niet tot de conclusie kan leiden dat aan de aan deze onderneming verleende staatssteun het intercommunautaire handelsverkeer niet ongunstig beïnvloedt.' (punt 56)

197. Ook het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in de zaak Vlaams Gewest geoordeeld dat 'het verbod van artikel 92 lid 1 van het Verdrag geldt voor elke steunmaatregel, ongeacht het ermee gemoeide bedrag, die de mededinging verstoort of dreigt te verstoren, voorzover de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten beïnvloedt'. Zie zaak T-214/95 (Vlaams Gewest/Commissie), Jur. 1998, p. II-717; Hessel & Neven, a.w., p. 13.

> 'Normaalgesproken worden museale activiteiten niet beschouwd als economische activiteiten in een sector waar er concurrentie en handelsverkeer tussen de lidstaten bestaat. Daardoor wordt overheidssteun voor musea doorgaans vrijgesteld van de regels inzake aanmelding en goedkeuring van staatssteun.'

De Commissie verwijst daarbij onder meer naar haar beschikking inzake het 'Ecomusée d'Alsace'.[198]

Het lijkt erop dat de gemeenten Amsterdam en Den Haag op grond van deze uitspraak de voorgenoemde musea dus naar hartelust mogen steunen. Toch ben ik er niet zeker van dat we die conclusie mogen trekken. Immers, in de beschikking over de Cultuurbeleggingsfondsen stelt de Commissie – mijns inziens volkomen terecht – dat er voor de aanschaf van schilderijen ongetwijfeld een sterke internationale concurrentie tussen musea bestaat.[199] Dan zal steun aan musea die met elkaar wedijveren om de aanschaf van een Van Gogh, een Mondriaan of een oude meester toch niet anders kunnen zijn dan staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG, die dan, na aanmelding, wellicht met een beroep op de cultuurexceptie toch kan worden toegestaan.[200]

Uit deze nadere analyse van de recente beschikkingenpraktijk van de Commissie kan ik helaas niet anders concluderen dan dat mijn aanvankelijke indruk over een royalere houding van de Commissie niet juist is. Evenals bij de LET- en LASA-mededelingen blijft de Commissie ook hier gebonden aan de rechtspraak van Hof en Gerecht en gaat zij casuïstisch te werk. Aan de hand van die casuïstiek kunnen de decentrale overheden wel meer duidelijkheid krijgen over de opvattingen van de Commissie over bijvoorbeeld musea, de toelaatbare omvang van het aantal buitenlandse bezoekers en dergelijke. Zij mogen daaraan echter per se geen algemene conclusies verbinden dat steun aan zwembaden, ziekenhuizen, jachthavens en musea geen staatssteun is in de zin van artikel 87 lid 1 EG en dus niet behoeft te worden aangemeld.

---

198. Besluit van de Commissie van 21 januari 2003, Ecomusée d'Alsace (Frankrijk), PbEG 2003, C 97/10.
199. Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003, N 68/2003 – Nederland Cultuurbeleggingsfondsen, punt 3.1.3.
200. Ten aanzien van de commerciële activiteiten volgt de Commissie de bekende lijn: 'Naar verwachting zullen de meeste commerciële activiteiten het intracommunautaire handelsverkeer niet beïnvloeden, gezien het sterk lokale karakter van de activiteiten (lokaal restaurant, filmtheater enz.). De Commissie kan evenwel niet uitsluiten dat Aviodrome actief wordt of zou kunnen worden in sectoren waar er concurrentie en handelsverkeer tussen lidstaten bestaat, zoals de commerciële organisatie van internationale airshows en luchtvaartbeurzen en het aanbieden van diensten voor internationale congressen. Bovendien zou, in het onderhavige geval, het bundelen van activiteiten in het project internationale toeristen kunnen aantrekken, zelfs voor de activiteiten die in beginsel een lokaal karakter hebben.' Omdat er een zeker spill-over effect kan ontstaan van de museale steun naar de commerciële activiteiten, komt de Commissie ten aanzien van de aangemelde regeling tot de conclusie dat er sprake is van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. Uiteindelijk acht de Commissie een beroep op de cultuurexceptie mogelijk, omdat de steun niet hoger is dan noodzakelijk om de culturele doelstelling te verwezenlijken. De Commissie twijfelt er daarbij niet aan dat, gezien de geringe economische levensvatbaarheid van museale activiteiten, geen enkele particuliere investeerder bereid zou zijn geweest het gehele project te financieren zonder enige vorm van overheidssteun.

## 11.3 De Commissie gedraagt zich soms tweeslachtig jegens decentrale overheden

Waarschijnlijk moet het verklaard worden uit het feit dat de Commissie door de rechtspraak weinig formele speelruimte heeft ten opzichte van decentrale overheden, maar in de praktijk blijkt zij zich soms tweeslachtig jegens die overheden te gedragen. Aan de ene kant blijkt zij bij een formele procedure, niet zelden naar aanleiding van een klacht en wellicht door de rechtspraak gedwongen, het fileermes te hanteren. Aan de andere kant zien we dat de Commissie soms de boot afhoudt wanneer een provincie na een 'Europa proof'-traject doorlopen te hebben bepaalde voorgenomen staatssteunregels wil aanmelden. De Commissie wil zich dan kennelijk de moeite besparen om de formele weg te bewandelen en volstaat, bij monde van een welwillende medewerker, met de informele mededeling dat de voorgenomen steun geen problemen oplevert. Uiteraard wordt die informele mededeling niet op schrift gesteld. Ik acht het niet op mijn weg gelegen hier de gevallen te noemen waarin de Commissie zo te werk is gegaan, maar één voorbeeld wil ik de lezers – met toestemming van de betrokken overheid – niet onthouden, omdat daarover openbare stukken beschikbaar zijn. Toen de provincie Zuid-Holland, die een uitgebreid 'Europa proof'-traject heeft doorlopen, werd geconfronteerd met de financiële problemen rond RTV Rijnmond en RTV West, adviseerde de huisadvocaat De Brauw, Blackstone en Westbroek, mijns inziens volstrekt terecht, dat voorgenomen reddingssteun snel moest worden aangemeld bij de Europese Commissie. Uit het verslag van de vergadering van provinciale staten (PS) over het reddingsplan kunnen we echter opmaken dat de provincie na informeel overleg met de betrokken instanties heeft begrepen dat zij wat de Commissie betreft haar gang kon gaan, omdat die steun niet leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.[201] Een dergelijk informeel standpunt is volstrekt onverklaarbaar, en mijns inziens ook volstrekt onaanvaardbaar, tegen de achtergrond van de hiervoor besproken zeer vergaande beschikking over de steun aan de Waalse lokale omroepen. Als de Commissie het niet opportuun vindt om haar energie te steken in voorgenomen lokale en

---

201. In het verslag van de vergadering van PS van februari 2004, nr. 5403, lezen we bij het onderwerp: Reddingsplan Regionale Omroepen Zuid-Holland:
*'Staatssteun*
De invoering van een reddingsplan met provinciale middelen zou door de Europese Commissie (EC) kunnen worden aangemerkt als een vorm van ongeoorloofde staatssteun. Op grond van ingewonnen juridisch advies bij De Brauw, Blackstone en Westbroek is in de toelichting bij onze voordracht van december 2003 opgemerkt dat de kans op goedkeuring weliswaar groot wordt geacht, doch dat de voornemens ter zake van een reddings- en saneringsoperatie ten spoedigste bij de EC aangemeld zouden moeten worden. In verband daarmee is contact opgenomen met het coördinatiepunt bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Na overleg met dit ministerie, de permanente vertegenwoordiging van de EC van Nederland en de betrokken directie van de EC in Brussel is ons thans gebleken dat zowel de overbruggingsperiode tot en met februari 2004 als de mogelijke voortzetting van een reddingsplan (inclusief mogelijke bijdragen vanuit diverse overheden aan de herstel- en saneringsplannen) worden beschouwd als lokaal van aard en daarom geen interstatelijke effecten hebben. Derhalve zal hierbij geen sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun, zal vanuit de EC niet uit eigener beweging een onderzoek ter zake worden ingesteld en is aanmelding niet noodzakelijk.'
(www.zuid-holland.nl/service/pzhsis/sisdocs/551HTM)

regionale omroepsteun, en daar kan ik mij iets bij voorstellen, dan had zij dat bij de Waalse omroepzaak formeel duidelijk moeten en ook kunnen maken. Ik zie namelijk niet dat de rechtspraak van Hof en Gerecht de Commissie dwingt tot de wel erg vergezochte indirecte invloed op de tussenstaatse handel waartoe zij in deze zaak komt. Uit het verslag van de PS-vergadering blijkt overigens dat het informele groene licht van de Commissie voor Zuid-Holland geen reden is geweest om ten opzichte van de betrokken omroepen de remmen los te gooien en dat zij gekozen heeft voor een strenge en eenmalige reddingsoperatie. Dat is terecht. Een decentrale overheid die alleen maar informeel groen licht krijgt van de Commissie doet er Europeesrechtelijk gezien goed aan daar koelbloedig en professioneel op te reageren door 'vrijwillig' toch de achterliggende Europese regels te hanteren. Daarmee dekt zij zich namelijk in tegen het risico waar de Commissie haar informeel mee opzadelt, namelijk het alsnog starten van een formele procedure naar aanleiding van een klacht van derden. Uit de stukken blijkt dat de provincie Zuid-Holland dat goed heeft begrepen.

Zelfs wanneer we alleen maar zouden kijken naar de toepassing van de staatssteunregels, ligt de conclusie voor de hand dat de Commissie met dergelijk tweeslachtig gedrag de grenzen van voorspelbaarheid en betrouwbaarheid heeft overschreden, maar er staat meer op het spel.

De Commissie zou zich moeten realiseren dat de decentrale overheden met de staatssteunregels een belangrijke en moeizame ontwikkeling doormaken: met name via dit speerpunt worden zij zich bewust van hun rol in het proces van de Europese integratie. Binnen de decentrale organisatie is veelal door enkele pioniers met geduld en moeite de politieke weerstand overwonnen tegen de Europese regelgeving. Voor degenen die daarin geslaagd zijn, is het dan uitermate frustrerend aan het eind van het traject te bemerken dat zij bij de Commissie opnieuw op politieke weerstand stuiten. Verder is het gevaar levensgroot dat deze houding van de Commissie bij die decentrale politici en bestuurders die nog vertrouwd moeten raken met de regels van staatssteun, de reactie oproept om daar dan maar niet eens aan te beginnen. Kortom: de Commissie zet met dit gedrag de geloofwaardigheid van de Europese integratie op het spel. Wanneer zij ernaar streeft om Europa dichter bij de burgers te brengen, is het goed te bedenken dat decentrale bestuurders en ambtenaren ook burgers zijn.

De ruimte die de Commissie wil hebben voor 'het zware werk', zou wat mij betreft desgewenst gezocht kunnen worden door, naar analogie van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG, het communautair toezicht op staatssteun te 'decentraliseren' en (deels) in handen te leggen van nationale toezichtinstanties als de NMa.

# 12 Ontwikkelingen rond voetbalsteun

Een van de terreinen waardoor staatssteun bij decentrale overheden de laatste jaren meer aandacht heeft gekregen en dan met name in gemeentelijke kring, is steun aan professionele voetbalclubs en voetbalstadions.[202] Het mag inmiddels duidelijk zijn dat die steun maar het topje van de ijsberg vormt, maar het is toch zinvol nader stil te staan bij de ontwikkelingen rond steun aan voetbalclubs, omdat zij een goed beeld geven van de spanning die bij staatssteun kan ontstaan tussen juridische regels en politieke ambities, zowel op decentraal niveau als bij de Commissie.

## 12.1 Onwillige Commissie komt uiteindelijk over de brug

Bij de totstandkoming van ons boek Staatssteun en EG-recht werd begin 2001 in de stuurgroep de vraag opgeworpen of steun aan een voetbalclub, in casu MVV, ook staatssteun is. Op grond van het reeds genoemde Höfner-arrest en het Bosman-arrest[203] kwamen Annelies Neven en ik tot het oordeel dat een professionele voetbalclub een onderneming is en steun aan een dergelijke club dus staatssteun.[204] Na die expliciete vermelding in ons boek, bleef het enige tijd opvallend stil rond voetbalsteun. In die periode beschikten de decentrale overheden nog over de nodige financiële middelen en steunambities en het bleek dat de Commissie niet stond te popelen om voorgenomen steun aan voetbalclubs aan een toetsing te onderwerpen, met als gevolg dat er rustig doorgegaan kon worden met steunen. Dit gedogen door de Commissie bracht mij met anderen tot het oordeel dat er bij de Commissie sprake was van een Berlusconi-effect. Het leek erop dat de Commissie zich niet wilde inlaten met Nederlandse clubs als MVV, omdat zij daarmee een eerste stap zou zetten naar een confrontatie met de zwaar gesteunde grote Spaanse en Italiaanse voetbalclubs, met hun vertakkingen in de politiek. In gemeentelijke kring voedde de terughoudendheid van de Commissie het oordeel dat wij met onze verwijzing naar het Höfner-arrest de plank volledig hadden misgeslagen. Het zal de lezer dan ook niet verbazen dat ik het als een goede zaak beschouw dat de schimmige situatie rond voetbalsteun voor de Nederlandse autoriteiten aanleiding was om via de Permanente

202. Zie M. Balhuizen & E. Janssen, Sport en staatssteun: it's all in the game, Gst. 2003, 7182, p. 157-166 en Marjan Olfers, Overheidssteun aan betaaldvoetbalclubs, (On)geoorloofde staatssteun of 'legitieme ondersteuning publieke zaak'?, NJB, afl. 14, 4 april 2003, p. 717-726.
203. HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (Bosman), Jur. 1995, I-4921.
204. Hessel & Neven, a.w., p. 38.

Vertegenwoordiging (PV) om opheldering te vragen bij de Commissie.[205] De PV zond de Commissie daarom een brief waarin werd medegedeeld dat de Nederlandse autoriteiten van mening zijn dat financiële steun aan professionele voetbalclubs geen staatssteun vormt.[206] In haar antwoord daarop gaf de Commissie te kennen dat de Nederlandse autoriteiten die conclusie toch niet mochten trekken.[207] Om te beginnen benadrukt de Commissie met verwijzing naar de arresten Höfner en Bosman dat volgens constante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG professionele voetbalclubs als ondernemingen moeten worden beschouwd. Vervolgens laat de Commissie in haar brief ruimte voor twee vormen van financiering die geen problemen met de regels van de staatssteun opleveren.

In de eerste plaats wijst zij erop dat subsidies aan professionele sportclubs voor het geven van schoolonderwijs aan jongeren gecombineerd met sporttraining geen staatssteun vormt. In de tweede plaats kan volgens de Commissie de financiering van een stadion worden beschouwd als financiering voor infrastructuur die niet valt onder de bepalingen van artikel 87 lid 1 EG op voorwaarde dat geen selectieve bevoordeling van één of meer ondernemingen of producties plaatsvindt.[208] Uit deze uitzonderingen mag blijken dat volgens de brief de gewone regels van staatssteun ook op steun aan professionele voetbalclubs van toepassing zijn.

De uitzonderingen voor schoolonderwijs en op niet discriminatoire wijze toegankelijke infrastructuur zijn immers de 'gewone' mogelijkheden die overheden hebben om te voorkomen dat zij met staatssteun te maken krijgen (zie paragraaf 7.1).[209]

Het is zeer te betreuren dat de Commissie eerst een stellige brief van de Nederlandse regering moest krijgen voordat zij haar politieke terughoudendheid opgaf en de juridische duidelijkheid verschafte waar de betrokken overheden recht op hebben. Het feit dat de Commissie, althans onder de vorige Eurocommissaris Monti, in november 2003 initiatieven heeft genomen om Italië om opheldering te vragen over het

---

205. Er is op deze brief ook zeer kritisch gereageerd. Met een dergelijk optreden neem je alle ruimte weg die de Commissie kennelijk wilde laten. Er staat echter meer op het spel dan voetbalsteun en dat heeft de Nederlandse regering in de brief duidelijk laten blijken. Een ontwijkende Commissie is funest voor de goede omgang van decentrale overheden met de regels van staatssteun en staat op gespannen voet met de wens van de regering om de decentrale overheden meer bekend te maken met de verplichtingen van het Europese recht.
206. Gezien de grote deskundigheid van de betrokkenen moeten we aannemen dat de regering dat zelf ook niet geloofde, maar zich tot deze brief genoodzaakt achtte om de Commissie tot helderheid te bewegen. Ik volg hier de prudente verwijzing van Marjan Olfers, a.w., noot 27: 'Brief van de Permanente Vertegenwoordiging van het Koninkrijk der Nederlanden aan de Europese Commissie, juni 2002. Volgens krantenberichten: 'Kabinet: hulp clubs geen staatssteun.'
207. Ook hier volg ik de prudente verwijzing van Marjan Olfers, a.w., noot 28: 'Europese Commissie, DG Concurrentie, Alexander Schaub, juli 2002.'
208. Aan die eis wordt voldaan indien het stadion niet uitsluitend bestemd is voor een specifiek economisch gebruik, maar faciliteiten biedt voor verschillende activiteiten en gebruikers. Wanneer de gemeente de eigendom bezit van het stadion, dan dient het stadion op niet-discriminatoire wijze beschikbaar te worden gesteld aan verschillende gebruikers, terwijl bij verhuur marktconforme huurprijzen moeten worden betaald.
209. Zo verwijst de Commissie in haar brief bij schoolonderwijs naar de eerder door mij besproken arresten Humbel en Wirth. De voetbalclubs doen er overigens goed aan te bedenken dat een eenvoudig etiketje 'schoolonderwijs' volgens deze arresten niet voldoende is om aan het begrip dienstverlening te ontkomen en daarmee aan de regels voor staatssteun. De Commissie is hier wat snel door de bocht gegaan.

Italiaanse 'salva calcio'-decreet, dat naar verluidt Berlusconi's AC Milan een financieel voordeel oplevert van € 242 miljoen en de lopende zaak tegen AZ wijzen erop dat uiteindelijk voetbalclubs en stadions toch volgens de regels van het Europese recht worden behandeld, en zo hoort het ook.[210]

## 12.2 De Commissie van tegenstander tot medestander

Gegeven deze brief van de Commissie, is het mij opgevallen dat in de latere discussies over steun aan professionele voetbalclubs, althans voorzover die in het openbaar zijn gevoerd, toch zo weinig aandacht is besteed aan de Europeesrechtelijke dimensie. Een uitzondering hierop vormt natuurlijk de steun aan AZ, nadat deze via een klacht onder de aandacht van de Commissie is gebracht. Voor het overige heb ik echter de indruk dat de hele strijd over wel of geen steun door de betrokken gemeenten zo niet volledig dan toch primair op het nationale politieke speelveld is gevoerd. Ik denk bijvoorbeeld aan de heftige discussies in de Utrechtse gemeenteraad over steun aan FC Utrecht, waarbij voetbalfans waren toegestroomd om de politieke besluitvorming in de naar hun mening goede richting te leiden. Dit is des te opmerkelijker, omdat de discussies gaandeweg een andere invalshoek kregen. Door de teruglopende economie zagen we in 2004 regelmatig wethouders in de media verschijnen die worstelden met de vraag of het steeds schaarsere gemeenschapsgeld nu wel besteed moet worden aan nooddruftige voetbalclubs. Ik kan niet geheel overzien welke gemeenten heldhaftig stand hebben gehouden tegen de grote druk van de voetbalclubs en -supporters, maar als niet-voetbaldeskundige ben ik erg onder de indruk gekomen van burgemeester Leers van Maastricht. Leers en de zijnen hadden echter minder heldhaftig behoeven te zijn als zij de Europese regels hadden ingeroepen die decentrale overheden aan hun kant vinden wanneer zij bij steun goed op de centen willen letten. Zeker vanuit Maastricht was een *non possumus* om de hoek verkrijgbaar. Immers, zoals hiervoor (hoofdstuk 9) al aan de orde kwam, ziet de Commissie er met haar aangescherpte communautaire richtsnoeren voor steun aan ondernemingen in moeilijkheden op toe dat overheden ondernemingen in moeilijkheden niet steeds maar blijven steunen.

Gelukkig kunnen de decentrale overheden sinds enige tijd gebruikmaken van het Nationaal referentiekader steun aan betaald voetbal, een gezamenlijke wegwijzer van de ministeries van BZK, VWS, de VNG, het IPO en de KNVB.[211] In dat referentiekader worden de verschillende mogelijkheden uitgewerkt om te voorkomen dat sprake is van staatssteun en wordt tevens verwezen naar de richtsnoeren voor steun aan ondernemingen in moeilijkheden. Zoals gezegd, gelden sinds oktober 2004 de aangescherpte Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden.[212] Verwijzing naar deze richtsnoeren past bij het huidige moeilijke financiële klimaat, waarin de Commissie een mede-

210. Zie B. Hessel, Voetbalsteun vormt maar het topje van de ijsberg, Stcrt. 1 december 2003, p. 3.
211. Zie www.minbzk.nl en www.europadecentraal.nl.
212. PbEU 2004, C 244/2.

stander kan zijn. Uit dit preadvies mag overigens blijken dat de inhoud van het referentiekader enigszins beperkt is: met uitzondering van de richtsnoeren voor ondernemingen in moeilijkheden wordt slechts aangegeven hoe voorkomen kan worden dat we met staatssteun te maken hebben.[213] De samenstellers van het referentiekader blijven daarmee goeddeels steken in hoofdstuk 7 van mijn verhaal. Dat is overigens wel begrijpelijk als we bedenken dat de Commissie tot nu toe nog geen inzicht heeft gegeven in de wijze waarop zij oordeelt over financiële arrangementen voor voetbalclubs en stadions die wel staatssteun zijn. Voorlopig ben ik het met Balhuizen en Janssen eens dat de restrictieve interpretatie van de cultuurexceptie er niet snel toe zal leiden dat professionele sportclubs een geslaagd beroep zouden kunnen doen op artikel 87 lid 3 onder d EG, maar de Commissie zorgt wel meer voor verrassingen.[214]

213. Van den Tweel wijst er ook op dat het Nationaal referentiekader zich beperkt tot de 'veilige zones' waarbinnen aanmelding achterwege kan blijven en geen aandacht besteedt aan de LASA- en LET-mededelingen. Van den Tweel, a.w., p. 417, noot 20.

214. Zie Balhuizen & Janssen, a.w., p. 166. Bij steun aan publieke omroepen wordt een beroep op de cultuurexceptie in ieder geval door de Commissie verworpen. Zie Mededeling inzake staatssteun op openbare omroepen PbEG 2001, C 320/5.

# 13 Afsluitende conclusies en aanbevelingen

Ter afsluiting van deze bijdrage kom ik tot de volgende conclusies en aanbevelingen.

1. Staatssteun heeft nog steeds een belangrijke speerpuntfunctie voor de omgang van de decentrale overheden met het Europese recht. De provincies hebben een belangrijke inhaalslag gemaakt, maar de gemeenten moeten die taak snel oppakken. Daarbij moeten zij systematisch en organisatiebreed te werk gaan.

2. De decentrale overheden en met name de gemeenten moeten leren proactief met de Europese regels van staatssteun om te gaan. Dat betekent dat zij zich de verschillende regels en rechtspraak eigen moeten maken en deze ook moeten bijhouden (deels met behulp van EUROPA decentraal).
   Bij het ontwerpen van steunarrangementen moeten zij logisch systematisch te werk gaan. Zij kunnen dat doen door achtereenvolgens de door mij onderscheiden vragen te beantwoorden. De decentrale steunarrangementen moeten worden toegesneden op de toepasselijke Europese regels – vrijstellingsverordeningen, richtsnoeren, kaderregelingen – voor de te steunen activiteiten, de te vergoeden kosten en de (maximale) steunpercentages. Meer aandacht voor de Europese regels kan leiden tot een meer bewuste en efficiëntere besteding van decentrale gelden.

3. Voorzover de steunmaatregelen bij de Commissie bekend zijn, blijkt er in Nederland, maar ook in de andere 'oude' vijftien lidstaten sprake te zijn van een vermindering van staatssteun en een verschuiving in de richting van de horizontale doelstellingen. De ten onrechte niet aangemelde steunmaatregelen van decentrale overheden zijn bij die conclusie – uiteraard – niet meegenomen. Bij het aanpassen van de bestaande onrechtmatige steunarrangementen en bij het ontwerpen van nieuwe dienen de decentrale overheden rekening te houden met de door de Commissie gewenste vermindering en ombuiging. Het kan niet de bedoeling zijn dat de decentrale overheden de ruimte gaan opvullen die de centrale overheid maakt door in navolging van de Commissie minder staatssteun te verlenen.

4. De ambities van de Commissie om de decentrale overheden meer ruimte te geven bij lokale of regionale steunarrangementen worden sterk beperkt door de

vergaande rechtspraak van Hof en Gerecht op het punt van de ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Deze rechtspraak dwingt tot een casuïstische aanpak. De door mij met de decentrale overheden gedeelde verwachtingen dat zij substantieel meer ruimte krijgen om zonder aanmelden staatssteun te kunnen geven, blijkt dan ook niet reëel. Afgezien van de mogelijkheden die Verordening 994/98 nog biedt, lijkt de Commissie binnen de bestaande wetgeving en rechtspraak niet veel meer te kunnen dan wat zij met de ontwerp LET- en LASA-mededelingen beoogt: versoepeling van de aanmeldingsprocedure voor bepaalde soorten steun. Aan welke versoepeling we dan moeten denken is overigens nog duister. Mede gezien de zware administratieve lasten die de LET- en LASA-mededelingen voor decentrale overheden met zich meebrengen, is het voor hen te hopen dat de verwachtingen juist zijn dat de huidige commissaris Kroes deze plannen van haar voorganger Monti niet overneemt.

5. De ruimte die de decentrale overheden hebben gekregen op het terrein van diensten van algemeen economisch belang en de versoepeling die voorzien wordt in de LET- en LASA-mededelingen brengen voor hen aanzienlijk meer werk mee. De decentrale overheden moeten er dan ook op rekenen dat de beoogde vermindering van de werklast van de Commissie er toe zal leiden dat van hen meer voorwerk op het terrein van staatssteun wordt verwacht.

6. De Europese wetgeving en rechtspraak mogen de mogelijkheid bieden voor een ruime visie op het moment van aanmelden, voor de decentrale praktijk is deze visie te riskant.

7. Tijdig aanmelden heeft ook voordelen, want uit de recente beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat decentrale overheden door de voorgenomen staatssteun aan te melden langs casuïstische weg meer duidelijkheid kunnen krijgen over de gezichtspunten van de Commissie. De decentrale overheden mogen aan deze praktijk echter per se geen algemene conclusies verbinden over steun aan ziekenhuizen, jachthavens, musea en dergelijke.

8. De Commissie vertoont soms tweeslachtig gedrag. Enerzijds hanteert zij bij een formele (klacht)procedure – deels noodgedwongen – het fileermes, anderzijds stuurt zij goedwillende decentrale overheden soms het bos in met een informele mededeling dat de voorgenomen steun geen problemen oplevert. De Commissie dient deze informele terughoudendheid te beëindigen. Zoals de Nederlandse regering bij de voetbalsteun heeft laten zien, staat er voor de decentrale overheden meer op het spel dan het afhandelen van incidentele steunmaatregelen, namelijk hun bereidheid deel te nemen aan het proces van Europese integratie.
   Binnen de bestaande procedures zou de Commissie in gevallen als steun aan RTV Rijnmond en RTV West de decentrale overheden niet moeten opzadelen met het risico van een klachtprocedure, maar als dergelijke steun voor haar niet (meer) interessant is na een eerste onderzoek ‘gewoon’ een formele beschikking moeten geven dat er geen sprake is van staatssteun (zie artikel 4 lid 2 Pro-

cedureverordening 659/1999).[215] Wanneer de Commissie vindt dat in dergelijke gevallen een formele beschikking te ver gaat, kan zij er ook nog voor kiezen na de aanmelding niet te reageren binnen de termijn van twee maanden die genoemd wordt in artikel 4 lid 5 van Verordening 659/1999 en evenmin op de daaropvolgende mededeling van de lidstaat dat deze de steunmaatregel ten uitvoer gaat leggen, zoals genoemd in artikel 4 lid 6 van deze verordening. Op termijn zou bij aanpassing van de Procedureverordening de verplichting van de Commissie om iedere klacht in behandeling te nemen, geschrapt kunnen worden.

9. In het Europa van de 25 lidstaten zou overwogen kunnen worden de Commissie meer ruimte te geven door – in aansluiting op het Europese mededingingsrecht van de artikelen 81 en 82 EG – het communautair toezicht op staatssteun te decentraliseren en deels in handen te geven van een nationale toezichtautoriteit als de NMa. In dat verband is het opmerkelijk dat de tien nieuwe lidstaten voor hun toetreding verplicht werden een nationale toezichtautoriteit voor staatssteun in het leven te roepen.
   Wanneer we toch naar dat andere onderdeel van het Europese mededingingsrecht kijken, wekt het wel verbazing dat een gemeente die een voetbalstadion wil neerzetten in de praktijk zeer lang moet wachten op het oordeel van de Commissie, terwijl over een fusie tussen Air France en KLM binnen enkele maanden moet zijn beslist.[216] Artikel 4 lid 5 van de Procedureverordening noemt wel een termijn van twee maanden na ontvangst van een volledige aanmelding waarbinnen de Commissie het eerste onderzoek met een beschikking moet afsluiten, maar in de praktijk wordt dat gefrustreerd doordat de Commissie steeds weer aanvullende informatie vraagt.[217] Bovendien geldt voor de daaropvolgende formele onderzoeksprocedure geen harde wettelijke termijn, maar slechts een aanmoediging aan de Commissie er zo veel mogelijk naar te streven om binnen achttien maanden een beschikking te geven (artikel 7 lid 6 Procedureverordening). De vorige Commissie was geen voorstander van de aanscherping van de termijnen voor staatssteunbeschikkingen, maar wellicht is commissaris Kroes, met haar grote affiniteit met de vervoersector, wel gevoelig voor dit opmerkelijke verschil tussen KLM en AZ.

10. Uitwisseling van decentrale ervaringen met de Europese staatssteunregels kan binnen Nederland leiden tot een gemeenschappelijke aanpak, analyse en voor-

---

215. Dat de Commissie daarmee dan niet slechts informeel maar ook formeel afwijkt van de Waalse beschikking, kan dan tenminste begrepen worden als een gevolg van voortschrijdend inzicht.
216. Zie art. 10 van de Concentratiecontroleverordening 139/2004, PbEU 2004, L 21/1. In dit artikel worden termijnen genoemd, variërend van 25 tot 105 dagen waarbinnen de Commissie een beschikking moet geven. Wanneer zij dat niet doet, wordt de concentratie geacht verenigbaar te zijn verklaard.
217. Art. 4 lid 5 Procedureverordening bepaalt namelijk dat de bedoelde beschikkingen binnen twee maanden na de ontvangst van een volledige aanmelding moeten worden gegeven. 'De aanmelding wordt als volledig beschouwd als de Commissie binnen twee maanden na ontvangst van de aanmelding of van aanvullende informatie waarom was gevraagd niet om verdere informatie heeft verzocht.'

lichting door EUROPA decentraal. De aanpak van de steun in het kader van de stedelijke vernieuwing is een van de geslaagde voorbeelden.
Proactief omgaan met de Europese regels houdt ook in dat de decentrale overheden meer gebruik gaan maken van de mogelijkheden die de Commissie tegenwoordig biedt om te reageren op haar voorstellen. Uit het Scorebord van november 2004 blijkt dat de Commissie voornemens is om in aansluiting op de herziening van de structuurfondsen voor de periode vanaf 2006 de richtsnoeren voor regionale steun en andere regels voor horizontale steun onder de loep te nemen en te vereenvoudigen. Daarbij komen ook de vrijstellingsverordeningen aan bod. Op korte termijn kunnen we dan ook de nodige voorstellen van de Commissie tegemoet zien die voor decentrale overheden van groot belang zijn.[218] Onder de voorwaarde dat daarbij de concrete ervaringen van de decentrale 'werkvloer' worden meegenomen, zou de reactie op die voorstellen primair moeten plaatsvinden via de koepelorganisaties IPO en VNG,[219] desgewenst in goede samenspraak met de decentrale vertegenwoordigers van de provincies en de vier grote gemeenten in Brussel.[220]

11. Omdat de lidstaten op het gebied van staatssteun met elkaar concurreren is dat vanouds niet het meest voor de hand liggende beleidsterrein om bij de beïnvloeding van de communautaire besluitvorming gezamenlijk op te trekken. Voor een succesvolle beïnvloeding is afstemming en samenwerking met decentrale overheden van andere lidstaten echter onontbeerlijk. Zoals gezegd, vormt het gezamenlijk optreden van IPO en VNG met de Raad van Europese Gemeenten en Regio's en het Comité van de Regio's bij het voorstel voor een vrijstellingsverordening voor diensten van algemeen economisch belang een schoolvoorbeeld om een krachtige decentrale stem te laten horen in Brussel. Deze gecoördineerde aanpak verdient navolging bij de voorstellen die we nog kunnen verwachten. Nu er door de ombuiging van het staatssteunbeleid in de richting van de horizontale doelstellingen meer inhoudelijke overeenstemming ontstaat tussen de verschillende lidstaten, lijkt het precaire evenwicht tussen concurrentie en coördinatie verlegd te kunnen worden in de richting van coördinatie.

---

218. Het is voor de decentrale overheden te hopen dat de nieuwe Commissie en commissaris Kroes de tijd nemen om met weloverwogen voorstellen te komen. In de laatste periode van commissaris Monti heeft de Commissie kennelijk een sprintje willen trekken op het gebied van staatssteun en dat heeft geleid tot een aantal veelal ingewikkelde voorstellen waar de decentrale overheden naar mijn mening meer lasten dan lusten van hebben. Naast de LET- en LASA-voorstellen denk ik daarbij ook aan de voorstellen rond diensten van algemeen economisch belang.
219. Wanneer we verder kijken dan de provincies en de gemeenten, moeten we natuurlijk ook een plaats toekennen aan de Unie van Waterschappen. In dit preadvies heb ik mij, zoals gezegd, beperkt tot provincies en gemeenten. Dat de Unie hierin niet wordt genoemd, moet dan ook verklaard worden uit mijn beperkingen en niet uit de betekenis die aan de Unie toekomt.
220. Op centraal niveau wordt niet zelden het standpunt gehuldigd dat decentrale overheden niets in Brussel te zoeken hebben. Ik ben het daar volstrekt mee oneens en juich het toe dat de (vorige) Commissie in het kader van 'Europese Governance' directe toenadering zoekt met de – koepels van – decentrale overheden. Zie desgewenst: B. Hessel, De rol van de Nederlandse decentrale overheden in het Europese wetgevingsproces, RegelMaat 2003/2, p. 46-68.

# Stellingen

1. Provinciale en gemeentebesturen kunnen veel zinloos politiek gekrakeel in Staten en Raad voorkomen en de efficiënte besteding van gemeenschapsgeld bevorderen door bij discussies over steun aan noodlijdende voetbalclubs, omroepen en andere 'onmisbare' ondernemingen vooraf de grenzen van het gemeenschapsrecht aan te geven en deze na te leven.

2. De Commissie dient zich in het algemeen te onthouden van informele, louter mondelinge uitspraken jegens decentrale overheden dat voorgenomen staatssteun geen problemen oplevert. Dat geldt temeer wanneer haar informele standpunt niet te rijmen is met haar formele. In dat geval doet de (decentrale) overheid er goed aan de Europese regels zo veel mogelijk 'vrijwillig' na te leven.

3. De ruimte interpretatie van de begrippen (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel door Hof en Gerecht biedt weinig ruimte voor de wens van de Commissie om af te komen van de beoordeling van minder belangrijke gevallen van staatssteun.

4. Het feit dat ondernemingen bij het terugvorderen van onverenigbare staatssteun de schade in het algemeen niet kunnen verhalen op de onjuist handelende overheid, moet voor de decentrale overheden aanleiding zijn extra zorgvuldig met de Europese regels voor staatssteun om te gaan.

5. Bestuursjuristen die de Algemene wet bestuursrecht kunnen begrijpen, moeten niet klagen dat de Europese regels voor staatssteun zo ingewikkeld zijn.

# Subsidierecht en staatssteun

*Mr. J.R. van Angeren en mr. drs. W. den Ouden**


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding** | **79** |
| 1.1 | Praktijkgevallen | 79 |
| 1.2 | Subsidierecht en Europese bepalingen over steunmaatregelen | 80 |
| **Deel I** | **Raakvlakken tussen het subsidierecht en het EG-recht inzake staatssteun**<br>*Mr. J.R. van Angeren* | **83** |
| **2** | **Subsidieverstrekking en steunmaatregelen** | **83** |
| 2.1 | Begrippen staatssteun en subsidie | 83 |
| 2.2 | Subsidie | 84 |
| 2.3 | Staatssteun | 90 |
| 2.4 | Overlap tussen de begrippen subsidie en staatssteun | 99 |
| 2.4.1 | Subsidie die geen staatssteun inhoudt | 100 |
| 2.4.2 | Subsidie vormt staatssteun en moet worden gemeld | 101 |
| 2.4.3 | Subsidie vormt staatssteun, maar behoeft niet te worden gemeld | 105 |
| 2.4.4 | Geen subsidie, wel staatssteun | 106 |
| 2.5 | Conclusies | 107 |
| **3** | **Subsidies voor diensten van algemeen belang** | **108** |
| 3.1 | Algemeen | 108 |
| 3.2 | Diensten van algemeen (economisch) belang en openbare-dienstverplichtingen | 109 |
| 3.2.1 | Algemeen | 109 |
| 3.2.2 | Omschrijving van de begrippen | 110 |
| 3.2.3 | Diensten van algemeen niet-economisch belang | 113 |
| 3.2.4 | Diensten van algemeen economisch belang | 114 |
| 3.2.5 | Financiering van diensten van algemeen economisch belang en staatssteun | 117 |
| 3.2.6 | Conclusies | 119 |
| 3.3 | Subsidiëring van diensten van algemeen belang in Nederland | 119 |


* Jan Reinier van Angeren is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Willemien den Ouden is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zij danken Tom Barkhuysen, Rianne Jacobs, Olaf van Loon, Jaap Polak en Joost Schuurmans voor hun opmerkingen bij het concept van dit preadvies. De tekst van dit preadvies – dat mede is geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the Rule of Law in Multilevel Jurisdictions' – is afgerond op 15 februari 2005.

3.3.1 Algemeen 119
3.3.2 Financiering waarbij wordt aangenomen dat er geen twijfel bestaat dat titel 4.2 Awb daarop rechtstreeks van toepassing is omdat het subsidies betreft 121
3.3.3 Financiering waarbij in een wet in formele zin titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard 124
3.3.4 Financiering waarbij het onduidelijk is of titel 4.2 Awb daarop van toepassing is, omdat er twijfel mogelijk is of de financiering een subsidie is 125
3.3.5 Bijdragen waarop titel 4.2 Awb niet van toepassing is 127
3.4 Financiering van diensten van algemeen economisch belang en openbare-dienstverplichtingen 127
3.4.1 Algemeen 127
3.4.2 De eerste voorwaarde van het Altmark-arrest 128
3.4.3 De tweede voorwaarde van het Altmark-arrest 130
3.4.4 De derde voorwaarde van het Altmark-arrest 131
3.4.5 De vierde voorwaarde van het Altmark-arrest 134
3.5 Aan Altmark-criteria wordt niet voldaan 135
3.5.1 Algemeen 135
3.5.2 Officieel besluit en uitsluitend recht 135
3.5.3 Compensatie openbare-dienstverplichting 136
3.5.4 Transparantiebepaling 137
3.5.5 Informatieverstrekking 138
3.6 Conclusies 138

**Deel II Subsidierecht en staatssteun: wetgever en rechter 141**
*Mr. drs. W. den Ouden*

**4 Titel 4.2 Awb en staatssteun 141**
4.1 Inleiding 141
4.2 Bijzondere subsidieregelingen en staatssteun 142
4.2.1 De meldplicht 142
4.2.2 Overige bijzondere bepalingen 144
4.3 Subsidieverstrekking zonder wettelijke grondslag; subsidiëring op basis van Europese programma's 147
4.4 Tussenstand 152
4.5 Onrechtmatige staatssteun: het lager vaststellen van de subsidie 153
4.6 Intrekking en wijziging subsidiebeschikkingen 155
4.7 Terugvordering 158
4.8 Een casus 161
4.9 Conclusies: naar een Europeesrechtelijk georiënteerde subsidietitel 165

**5 De rol van de Nederlandse rechter 167**
5.1 Inleiding 167
5.2 Handhaving van Europese bepalingen inzake staatssteun en de nationale rechter 168

5.2.1 Verzaking van plichten volgend uit artikel 88 lid 3 EG 169
5.2.2 Terugvorderingprocedures 174
5.3 Procedures voor de Nederlandse rechter 178
5.4 Acties van concurrenten 180
5.4.1 Opkomen tegen een subsidiebesluit 180
5.4.2 Verzoek om een voorlopige voorziening 187
5.4.3 Schadevergoeding 188
5.5 Acties van de ontvanger van de onrechtmatige steun 189
5.6 Conclusies 195

**6 Slotbeschouwing 198**

**Stellingen 204**

# 1 Inleiding

## 1.1 Praktijkgevallen

Een kleine gemeente in het noorden van het land vroeg juridisch advies bij het opstellen van een overeenkomst met een projectontwikkelaar. De gemeente zou om niet een oude pastorie met bijbehorende gronden overdragen en een bestemmingswijziging bewerkstelligen, waardoor de exploitatie van een restaurant in de voormalige pastorie mogelijk zou zijn. De projectontwikkelaar nam in ruil daarvoor de verplichting op zich om de pastorie te restaureren. De overeenkomst hield mede in dat de gemeente aan de projectontwikkelaar een financiële bijdrage zou verstrekken voor de restauratiewerkzaamheden. In eerste instantie had de adviesaanvraag geen betrekking op vragen als (i) levert de financiële bijdrage een subsidie op of (ii) spelen er aspecten van staatssteun. De gemeente stelde algemenere vragen, bijvoorbeeld of de rechten en verplichtingen in de overeenkomst wel goed waren geformuleerd. Op het moment dat de Europese regels met betrekking tot het verstrekken van steunmaatregelen onder de aandacht werden gebracht, reageerde men ten gemeentehuize laconiek: 'Ach, de Europese Commissie weet niet eens waar onze gemeente ligt. Wij verwachten daarmee geen problemen.'

Deze laconieke houding ten opzichte van de vraag of het verstrekken van financiele bijdragen aan ondernemingen staatssteun kan opleveren en wat daarvan de consequenties zijn, mag anno 2005 wel wat verbazing wekken. In de afgelopen jaren is namelijk meermalen gebleken dat de Europese Commissie toezicht houdt op de naleving van de artikelen 87 en verder van het EG-Verdrag inzake staatssteun en dat zij zich daarbij niet alleen richt op de grote spelers in het veld. Uit het preadvies van Hessel is al gebleken dat ook decentrale overheden in de gaten worden gehouden en zonodig gecorrigeerd. Spraakmakende voorbeelden zijn natuurlijk de door hem uitgebreid besproken procedure rond de financiering van het voetbalstadion van AZ en de zaak Valmont. Maar niet alleen via de Europese Commissie worden decentrale overheden geconfronteerd met de handhaving van Europese bepalingen inzake staatssteun; concurrenten van de steunontvanger proberen steeds vaker naleving van die regels rechtstreeks voor de nationale rechter af te dwingen. Recente voorbeelden zijn de procedure die Essent Kabelcom B.V. aanspande tegen de gemeente Appingedam om zo de aanleg van een gesubsidieerd glasvezelnetwerk te voorkomen en de actie tegen de provinciale subsidiëring van de verbouwing van de Martinihal te Groningen.[1] In het laatste geval was de aangevochten steunmaatregel een subsidie-

1. Beide zaken zullen in hfdst. 4 en 5 van dit preadvies uitgebreid aan de orde komen.

besluit. In de procedure tussen Essent en de gemeente Appingedam speelde de vraag of de aangevochten steunmaatregel een subsidiebesluit was, een belangrijke rol. Zo blijkt dat het Nederlandse bestuursrecht – en in het bijzonder het subsidierecht – en het Europese recht met betrekking tot steunmaatregelen binnen concrete casus met elkaar verweven raken. Daarom valt het toe te juichen dat de Vereniging voor bestuursrecht het onderwerp 'steunverlening' heeft gekozen voor de jaarvergadering van 2005.

## 1.2 Subsidierecht en Europese bepalingen over steunmaatregelen

In dit preadvies zullen wij in het bijzonder aandacht besteden aan steunverlening door middel van subsidiëring. Wordt in het preadvies van Hessel de gemeentelijke jurist of beleidsmedewerker die de opdracht krijgt voor één of meer ondernemingen een aantrekkelijk financieel arrangement te ontwerpen als uitgangspunt genomen,[2] in ons preadvies nemen wij één (bestuursrechtelijk) beleidsterrein in ogenschouw waarbinnen het staatssteunrecht vaak relevant blijkt te zijn: het subsidierecht. Sinds 1 januari 1998 is in de Awb een subsidietitel (titel 4.2) opgenomen. Daarin zijn geen bepalingen geplaatst die rechtstreeks verwijzen naar steunmaatregelen als bedoeld in artikel 87 EG. Hoewel – met het oog op de inwerkingtreding van de subsidietitel – de laatste jaren veel is geschreven over het subsidierecht, is er tot nu toe ook in de literatuur weinig aandacht besteed aan de relatie tussen het Nederlandse subsidierecht en de Europese regels voor steunmaatregelen. In dit preadvies zal die relatie centraal staan.

Dit preadvies bestaat uit twee delen. In het eerste deel – dat bestaat uit de hoofdstukken 2 en 3 van de hand van Van Angeren – wordt de reikwijdte van het subsidierecht afgezet tegen de reikwijdte van het EG-recht inzake staatssteun. Eerst zal (in hoofdstuk 2) worden ingegaan op de vraag in welke gevallen een verstrekking van subsidie door een bestuursorgaan staatssteun inhoudt. Het antwoord op deze vraag is van groot belang. In de eerste plaats omdat, wanneer een verstrekking van subsidie als steunmaatregel kan worden gekwalificeerd, deze niet mag worden verstrekt voordat de subsidie is gemeld bij de Europese Commissie en zij de verstrekking van de subsidie bij beschikking heeft goedgekeurd. Dit wordt wel de 'standstill-bepaling' genoemd, naar het opschrift van artikel 3 van de Procedureverordening (EG) 659/1999. De Europese Commissie is namelijk de instelling die beoordeelt of steunverlening verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Wanneer een subsidie, die staatssteun inhoudt, in strijd met de 'standstill-bepaling' wordt verstrekt, kan dat ertoe leiden dat de Commissie de lidstaat Nederland per beschikking beveelt tot het terugvorderen daarvan bij degenen die de steun hebben genoten. Dit is voor Nederland vaak een ingewikkelde en tijdrovende aangelegenheid. Hoewel een terugvorderingsbeschikking van de Commissie gericht is tot de lidstaat Nederland, betekent dit niet dat (decentrale) overheden daardoor niet kunnen worden geraakt. Het zijn namelijk

2. Preadvies B. Hessel, par. 4.

de subsidieverstrekkende bestuursorganen die daadwerkelijk intrekkings- en terugvorderingsbesluiten zullen moeten nemen. Zoals uit de hiervoor genoemde procedures bleek, kunnen ook derden, doorgaans concurrenten van de subsidieontvanger, zich via een procedure voor de Nederlandse rechter verzetten tegen steunmaatregelen in de vorm van subsidies. Wanneer dan blijkt dat subsidiebesluiten zijn genomen in strijd met de Europese regels, kan dit leiden tot vernietiging van die besluiten door de bestuursrechter. In beide gevallen wordt de subsidieontvanger met een onaangename verrassing geconfronteerd. Een verantwoordelijke subsidieverlener gaat dus na of een voorgenomen subsidieverstrekking een steunmaatregel kan inhouden en moet worden gemeld bij de Europese Commissie.

In het derde hoofdstuk wordt aandacht besteed aan een onderwerp dat recentelijk flink in de belangstelling is komen te staan: de compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen (economisch) belang en openbare-dienstverplichtingen. In het arrest Altmark[3] oordeelde het Hof van Justitie van de EG dat een compensatie voor het verrichten van openbare-dienstverplichtingen geen staatssteun inhoudt, indien aan vier voorwaarden, die het Hof in het arrest formuleert, wordt voldaan. Uit het daarna door het Hof gewezen arrest inzake Enirisorse[4] kan worden afgeleid dat het Hof de voorwaarden geformuleerd in het arrest Altmark ook van belang acht voor de vraag of sprake is van een compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen belang. Voor dit preadvies zijn deze arresten van groot belang. Immers, wanneer subsidies een compensatie zijn voor het verrichten van diensten van algemeen belang of openbare-dienstverplichtingen, is er, wanneer aan strikte voorwaarden is voldaan, geen sprake van staatssteun en behoeft de standstill-bepaling dus niet in acht te worden genomen. In hoofdstuk 3 worden daarom de Europese begrippen 'diensten van algemeen belang', 'diensten van algemeen economisch belang', 'diensten van algemeen niet-economisch belang' en 'openbare-dienstverplichtingen' besproken en tegen het licht van de Nederlandse subsidiepraktijk gehouden. Ook wordt nagegaan of titel 4.2 Awb voldoende mogelijkheden biedt om te verzekeren dat bij subsidieverstrekking kan worden voldaan aan de criteria van het Altmark-arrest.

Nadat op deze manier is aangetoond dat Nederlandse subsidieverstrekkers en ontvangers rekening moeten houden met het EG-recht inzake staatssteun, gaat in het tweede deel van dit preadvies de aandacht uit naar de wetgever en de Nederlandse rechter. In dit deel – dat bestaat uit de hoofdstukken 4 en 5 die zijn geschreven door Den Ouden – wordt eerst nagegaan of in de subsidietitel van de Awb voldoende rekening wordt gehouden met het feit dat subsidies steunmaatregelen in de zin van het EG-Verdrag kunnen vormen. Daarbij is van belang dat de Awb in beginsel een grondslag eist voor subsidieverstrekking in bijzondere subsidieregelgeving en over die bijzondere subsidieregelgeving nadere bepalingen geeft. Nagegaan wordt of de bijzondere subsidieregelgever binnen het Awb-kader voldoende rekening kan houden met het eventuele staatssteunkarakter van de subsidies die op de regeling

3. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747 (Altmark).
4. HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 t/m C-38/01, NJ 2004, 545 m.nt. MRM (Enirisorse).

berusten. Ook bekijken we de situatie waarin subsidie zonder wettelijke grondslag wordt verstrekt; bieden de subsidieregels van de Awb ook in dat geval voldoende waarborgen voor het inachtnemen van het EG-recht inzake staatssteun? In het tweede deel van het vierde hoofdstuk gaat de aandacht uit naar situaties waarin er iets fout is gegaan; er is subsidie verstrekt in strijd met het staatssteunrecht. Dan zal blijken dat het huidige Nederlandse subsidierecht onvoldoende aanknopingspunten biedt om aan communautaire verplichtingen inzake terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun te kunnen voldoen.

In hoofdstuk 5 komt vervolgens aan de orde welke rol de Nederlandse rechter (en in het bijzonder de bestuursrechter) speelt bij de handhaving van het Europese recht inzake staatssteun. Daarbij wordt onder meer de bekendmaking van de Europese Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten besproken. Daaruit blijkt dat nationale rechters een belangrijke functie hebben, met name op het gebied van het beschermen van belangen van derden bij schending van de standstill-bepaling. Aan de hand van de jurisprudentie zullen wij nagaan hoe de Nederlandse rechter in concrete (subsidie)casus omgaat met die opdracht. Ook staan wij stil bij het communautaire kader waarbinnen nationale rechters terugvorderingsbesluiten van nationale autoriteiten moeten beoordelen op rechtmatigheid en de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter binnen dat kader opereert. Zo proberen wij te komen tot een antwoord op de vraag of de Nederlandse rechter doet wat van hem wordt verwacht; voldoet hij aan zijn communautaire verplichtingen bij de handhaving van het EG-recht inzake staatssteun?

Vanuit de twee delen waaruit dit preadvies bestaat, komen wij gezamenlijk tot enkele slotbeschouwingen en stellingen over de relatie tussen het Nederlandse subsidierecht en het communautaire recht inzake staatssteun. Zij zijn neergelegd in hoofdstuk 6.

# Deel I Raakvlakken tussen het subsidierecht en het EG-recht inzake staatssteun

*Mr. J.R. van Angeren*

# 2 Subsidieverstrekking en steunmaatregelen

## 2.1 Begrippen staatssteun en subsidie

In hoofdstuk 1 is duidelijk geworden dat één van de eerste vragen die overheden zich moeten stellen op het moment dat zij voornemens zijn subsidies te verstrekken, luidt: kunnen deze subsidies als 'steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd', als bedoeld in artikel 87 EG worden aangemerkt?[5] Dergelijke steunmaatregelen worden kortheidshalve vaak aangeduid met 'staatssteun'. Wij achten de term 'staatssteun' in zoverre verwarrend, dat dat begrip suggereert dat het alleen zou gaan om steun die door (bestuursorganen van) de Staat wordt verstrekt, maar dat is niet juist. Het begrip omvat ook steunmaatregelen van (bestuursorganen van) decentrale overheden, zoals gemeenten, provincies, kaderwetgebieden, gemeenschappelijke regelingen, waterschappen enzovoort.[6] Eigenlijk zou het dus juister zijn om te spreken van 'overheidssteun', omdat dit begrip beter aangeeft dat het steunmaatregelen van alle overheden kan betreffen. Maar aangezien de term staatssteun nu eenmaal is ingeburgerd, zullen wij in dit preadvies daarvan

5. Dit geldt ook voor de wetgever. De Raad van State heeft in twee recente adviezen naar aanleiding van wetsvoorstellen overwegingen gewijd aan de vraag of het introduceren van een regeling die subsidie in het vooruitzicht stelt staatssteun oplevert. Zie Advies RvS 16 september 2004, nr. W02.04.0417/II n.a.v. het voorstel van wet tot goedkeuring van de wijziging van de statuten van het IRC en intrekking van de machtigingswet IRC en Advies RvS 21 september 2004, nr. W10.04.0350/II n.a.v. het ontwerp-Besluit subsidies Topprojecten herstructurering bedrijventerreinen. In beide gevallen raadde de RvS aan om de voorstellen te notificeren bij de Commissie. In dat laatste geval heeft de regering dat niet gedaan. Zie daarvoor de nota van toelichting bij het Besluit subsidies Topprojecten herstructurering bedrijventerreinen, Stb. 2004, 629, p. 9-10.
6. Zie hierover uitvoerig: B. Hessel & A. Neven, Staatssteun en EG-Recht, Kluwer 2001, p. 26-27.

spreken. Om aan te kunnen geven welke subsidies als staatssteun kunnen worden gekwalificeerd, zal hierna allereerst worden ingegaan op het subsidiebegrip van de Awb, waarna vervolgens op het EG-rechtelijke begrip 'staatssteun' zal worden ingegaan.[7]

## 2.2 Subsidie

Over de vraag wat precies als een subsidie moet worden beschouwd is, al voordat er een wettelijke definitie was, veel geschreven.[8] Sinds 1998 is in artikel 4:21 Awb het begrip subsidie gedefinieerd. Ook na de totstandkoming van deze definitie is er omvangrijke literatuur over (de reikwijdte van) de subsidiedefinitie verschenen.[9] Wij kunnen dat alles hier zelfs niet verkort weergeven en zullen ons moeten beperken tot een bespreking van het subsidiebegrip van artikel 4:21 Awb in relatie tot het Europeesrechtelijke staatssteunbegrip.

Artikel 4:21 Awb verstaat onder subsidie 'de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'. De regering benadrukt in de memorie van toelichting[10] dat het een *materieel* subsidiebegrip betreft. Dat betekent dat steunverlening die voldoet aan de elementen van de subsidiedefinitie van de Awb, ook een subsidie in de zin van de Awb ís. Het maakt dus niet uit of deze subsidie in de vorm van een 'bijdrage', 'garantie', 'bekostiging' of welke andere benaming ook, wordt verstrekt. Hetzelfde geldt overigens voor 'steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd', als bedoeld in artikel 87 EG: het gaat er niet om hoe een steun-

---

7. Zie hierover voorts: I.C. van der Vlies, IX Subsidiëring, in: N.S.J. Koeman & J.E.M. Polak (red.), Praktijkboek Bestuursrecht (losbl.), Kluwer, par. 6.4, W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, Subsidierecht, Deventer 2004, p. 236-263, J.R. van Angeren, Overheidsoptreden in de markt voor het openbaar stads- en streekvervoer, in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen & J.R. van Angeren (red.), Overheid en Markt (Samkalden-bundel), Kluwer 2004, p. 184 e.v.
8. Zie wat de VAR-literatuur betreft allereerst de preadviezen van R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, De overheidssubsidie, VAR Reeks XLIV (1961), F.J.P.M. Hoefnagel & A. Reijnders, Kunst, kunstbeleid en administratief recht, VAR Reeks XC (1983), p. 118 e.v., E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, VAR Reeks XCIX (1988). J.H. van Kreveld signaleerde in dit preadvies voor onze vereniging in 1988 al dat artikel 87 EG in algemene zin subsidieverlening aan banden legt, a.w., p. 100. Zie voorts: F. Hartog & S.O. Van Poelje, Bestuur door middel van subsidiëring, preadvies uitgebracht voor de 'administratieve dag' van de Belgische en Nederlandse Instituten voor Bestuurswetenschappen, R. Winter, Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht (diss. Leiden), Deventer 1981, p. 71-93 en L.J. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur (diss. Groningen), Deventer 1987, p. 70-71.
9. M.J. Jacobs, Subsidieovereenkomsten (diss. Amsterdam VU) 1998, Den Haag 1999, p. 7-43, W. den Ouden, De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? (diss. Leiden), Deventer 2002, A.J. Bok, Subsidies, Deventer 2002, p. 13-30, W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, a.w., p. 11-23. G.A.C.M. van Ballegooij, Wat is een subsidie?, in: A.J. Bok, D.H. Cramer Bornemann & C.S. Valkenburg, Praktijkboek Subsidierecht (losbl.), Den Haag, p. A 2-1 e.v.
10. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 30.

maatregel wordt genoemd, maar of aan de objectieve elementen van het staatssteunbegrip is voldaan.[11]

*Financiële middelen*

De materiële omschrijving van het begrip 'subsidie' beperkt dat begrip tot 'financiële middelen'. In de memorie van toelichting benadrukt de regering dat subsidies *in natura* uitdrukkelijk van het subsidiebegrip zijn uitgesloten.[12] Zoals hierna nog aan de orde zal komen, kan dat in relatie tot het begrip staatssteun verwarring opleveren, omdat bijdragen in natura *wel* staatssteun kunnen opleveren. Van subsidie in natura wordt gesproken, indien de overheid stoffelijke goederen om niet ter beschikking stelt, bijvoorbeeld de overdracht van grond om niet, het ter beschikking stellen van onroerend goed om niet, voorkeursverlening bij overheidsopdrachten en dergelijke. Uiteraard zijn de voordelen die de overheid dan verstrekt wel 'op geld waardeerbaar', maar het is geen 'klinkende munt', zodat niet van financiële middelen, en dus niet van subsidie, kan worden gesproken.[13]

*Aanspraak*

Het feit dat in de subsidiedefinitie van de Awb gesproken wordt over een '*aanspraak*' op financiële middelen, maakt het begrip weer iets ruimer dan verwacht zou worden bij het begrip 'financiële middelen'. De enkele aanspraak op financiële middelen levert al een subsidie op; een definitieve overdracht van gelden is dus geen noodzakelijke voorwaarde. Van een 'aanspraak op' subsidiegelden is, zo volgt uit de memorie van toelichting, in elk geval sprake bij 'garanties en kredieten'.[14] Bij een garantieverstrekking is niet zeker dat daadwerkelijk financiële middelen zullen worden verstrekt: het kan immers voorkomen dat de garantie niet behoeft te worden ingeroepen, zodat er ook geen *overdracht* van financiële middelen zal plaatsvinden; er wordt dus niet daadwerkelijk geld uitgekeerd. Desalniettemin is er toch sprake van een subsidie, omdat er een aanspraak bestaat op financiële middelen. Dit gegeven is voor de relatie met het begrip staatssteun van belang: garanties kunnen immers een voordeel verstrekken aan bedrijven, hetgeen staatssteun kan opleveren. Of een garantie daadwerkelijk als staatssteun kan worden gekwalificeerd, is een vraag die moet worden beantwoord aan de hand van de criteria, zoals neergelegd in de Mede-

---

11. HvJ EG 16 mei 2000, zaak C-83/98, Jur. 2000, p. I-03271 (Ladbroke), r.o. 25: 'In dit verband volstaat de opmerking, dat het begrip staatssteun, zoals omschreven in het EG-Verdrag, een juridisch begrip is en moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen', GvEA 13 januari 2004, zaak T-158/99 (Thermenhotel Stoiser), r.o. 106. Ook het doel waarvoor de steunmaatregel wordt verstrekt is niet relevant: HvJ EG 29 april 2004, zaak C-159/01 (Nederland/Commissie), r.o. 51: 'Vervolgens zij opgemerkt dat het argument van de Nederlandse regering dat het MINAS niet dient om belastinginkomsten te genereren, niet volstaat om de litigieuze vrijstelling onmiddellijk van de kwalificatie als steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG uit te sluiten. Artikel 87 lid 1, maakt immers geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, doch ziet naar hun gevolgen.'
12. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 30.
13. Met Hartog en Van Poelje, a.w., p. 119 kan ermee worden ingestemd dat weliswaar verstrekkingen in natura economisch gezien niet van geldelijke subsidies kunnen worden onderscheiden, maar dat indien deze in het subsidiebegrip zouden moeten worden opgenomen, het subsidiebegrip zeer ruim zou worden en ver buiten het gewone spraakgebruik wordt uitgestrekt.
14. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 31.

deling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG op staatssteun in de vorm van garanties.[15]

Uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 mei 2001 volgt dat het begrip subsidie (en in de terminologie van artikel 4:21 Awb het begrip 'aanspraak') ruim wordt uitgelegd.[16] In deze uitspraak werd een besluit van de gemeenteraad van Zwolle om (i) bereid te zijn tot gefaseerde verkoop van grond aan een vastgoedmaatschappij (ii) een terrein te verkopen aan deze vastgoedmaatschappij voor ƒ 533.391 incl. BTW en (iii) een bedrag van ƒ 500.000 ten laste van de reserve 'Grote Steden Beleid' aan te wenden, door verrekening met de grondprijs, ten gunste van deze vastgoedmaatschappij voor de realisatie van een bedrijfshuisvesting, als een besluit tot subsidieverlening aangemerkt. Dit in tegenstelling tot het oordeel van de Rechtbank Zwolle, die de besluiten aanmerkte als ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling. De Afdeling 'knipte' het besluit van de gemeenteraad op in drie besluiten, waarbij het laatste besluit werd gezien als een aanspraak op financiële middelen. Had de gemeenteraad de grond vrijwel om niet verkocht aan de vastgoedmaatschappij, dan was geen sprake geweest van een subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1, Awb. Overigens sluit dat niet uit dat titel 4.2 Awb in zulke situaties analoog zal worden toegepast.[17]

*Door een bestuursorgaan verstrekt*

Een aanspraak op financiele middelen is eerst subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb, indien deze subsidie door een bestuursorgaan wordt verstrekt. Artikel 1:1 lid 1 Awb bepaalt wat onder een bestuursorgaan moet worden verstaan. Artikel 1:1 lid 1 onder b Awb maakt duidelijk dat niet alleen organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld bestuursorganen zijn, maar ook andere personen of colleges die met enig openbaar gezag zijn bekleed. Dat laatste betekent dat ook privaatrechtelijke stichtingen, verenigingen of venootschappen als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt indien zij met enig openbaar gezag zijn bekleed. Uit de jurisprudentie volgt dat privaatrechtelijke (rechts)personen die financiële bijdragen verstrekken die afkomstig zijn uit de openbare middelen, onder omstandigheden worden geacht te zijn bekleed met enig openbaar gezag en derhalve als bestuursorgaan moeten worden aangemerkt.[18]

Ook hier zien we een overeenkomst met het staatssteunrecht: het onderdeel 'met staatsmiddelen bekostigd' in de definitie van artikel 87 lid 1 EG kan ook zien op bijdragen die door privaatrechtelijke rechtspersonen worden verstrekt.[19]

---

15. PbEG 2000, C 71.
16. ABRvS 17 mei 2001, AB 2002, 58.
17. ABRvS 9 april 1998, JB 1998, 116 m.nt. H.J. Simon, Gst. 7092, nr. 4 m.nt. C.P.J. Goorden.
18. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (Stichting Silicose Oud Mijnwerkers) en ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 114 (Stichting Bijlmerramp), waarmee overigens niet is gezegd dat deze bestuursorganen ook steeds *subsidies* verstrekken.
19. Zie hierover uitvoerig Hessel & Neven, a.w., p. 28-32.

*Met het oog op bepaalde activiteiten*

De aanspraak op financiële middelen moet worden verstrekt 'met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager', wil sprake kunnen zijn van een subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. In de memorie van toelichting wordt – min of meer neutraal – weergegeven dat met dit definitie-element het gebonden karakter van de subsidieverstrekking wordt uitgedrukt. Van een subsidie is, volgens de regering, eerst sprake indien een aanspraak op financiële middelen wordt verstrekt met het oog op bepaalde, min of meer welomschreven activiteiten van de ontvanger. Het moet gaan om een gebonden inkomens- of vermogensoverdracht, in die zin dat, bij verstrekking van een aanspraak op financiële middelen voorafgaand aan de daarmee te verrichten activiteiten, de bestedingsrichting van middelen is vastgelegd. In de literatuur wordt wel betoogd dat daarmee een stimulerings- of sturingselement in de subsidiedefinitie van artikel 4:21 lid 1 Awb is opgenomen.[20] Hirsch Ballin schreef reeds in 1988 in zijn preadvies voor onze vereniging dat subsidiëring een middel is waarmee de overheid *sturend* kan inwerken op processen in de samenleving.[21] Winter stelt: 'Subsidiëring door de overheid is een instrument dat gebruikt wordt om gedragingen van de begunstigde uit te lokken welke bijdragen tot de verwezenlijking van een openbaar doel.'[22]

Het stimulerings- of sturingselement wordt niet met zoveel woorden genoemd in de memorie van toelichting bij artikel 4:21 Awb.[23] Wel kan dit sturingselement worden afgeleid uit het feit dat de regering in de memorie van toelichting stelt dat door het definitie-element 'met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager' algemene uitkeringen op het gebied van de sociale zekerheid geen subsidies zijn, omdat het daarbij gaat om verstrekking van financiële middelen om te kunnen voorzien in de kosten van het bestaan. Dergelijke uitkeringen zijn niet gericht op sturing van het gedrag van de ontvanger, maar op bescherming of relatieve verbetering van diens inkomenspositie.[24]

Om gelijksoortige redenen vallen schadevergoedingsregelingen of schadeloosstellingen, buiten het subsidiebegrip van de Awb. Zij worden niet verleend met oog op activiteiten van de ontvanger, maar veeleer met het doel geleden schade (al dan niet veroorzaakt door handelen van het bestuursorgaan) te compenseren. Nadeelcompensaties, planschadevergoedingen en betalingen naar aanleiding van zelfstandige schadebesluiten zijn derhalve geen subsidies.

---

20. Den Ouden leidt uit de subsidiedefinitie af dat het moet gaan om activiteiten die door het bestuursorgaan *wenselijk* moeten worden geacht. W. den Ouden, De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? (diss. Leiden), Deventer 2002, p. 25. Jacobs concludeert dat subsidies worden gebruikt als sturings- of stimuleringsinstrument. M.J. Jacobs, Subsidieovereenkomsten (diss. Amsterdam VU 1998), p. 43. Bok, a.w., p. 20, stelt: 'Het doel van subsidies is om, via de prikkel van financiële verstrekkingen, een bepaald gedrag van burgers of ondernemingen uit te lokken.'
21. E.M.H. Hirsch Ballin, a.w., p. 29.
22. J.A. Winter, a.w., p. 74.
23. W. den Ouden, a.w., p. 25: 'De wenselijkheid van activiteiten die door subsidieontvangers worden verricht, is een kenmerk van de subsidierelatie die niet in artikel 4:21 Awb of de toelichting daarop is terug te vinden.' Wel is dat overigens terug te vinden in de toelichting bij artikel 4:30 Awb: 'Het begrip "activiteiten" dient ruim te worden opgevat: het omvat in beginsel iedere vorm van menselijk handelen, *voorzover de overheid die wil stimuleren*' (curs. auteurs), Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 51.
24. E.M.H. Hirsch Ballin, a.w., p. 33.

Ook deelneming in het aandelenkapitaal van een vennootschap door een publiekrechtelijke rechtspersoon is in beginsel geen subsidie. Immers, die deelneming heeft betrekking op de activiteiten van de vennootschap als geheel en niet zozeer op bepaalde activiteiten van de aanvrager.[25] Overigens valt niet uit te sluiten dat in sommige gevallen een deelneming met subsidieverlening gepaard kan gaan, omdat naast het aandeelhouderschap, de overheid ook garanties zou kunnen verstrekken.[26] Voor het onderwerp steunverlening is dit van belang omdat, zoals de Europese Commissie ook constateert,[27] in de praktijk de lidstaten in toenemende mate gebruikmaken van publiek-private regelingen, zoals ontwerp-bouwfinancieringsexploitatiecontracten, concessies en de oprichting van gemengde ondernemingen voor de uitvoering van infrastructuurprojecten of diensten van algemeen belang. Deze deelnemingen moeten, naar ons inzicht, in beginsel niet als subsidies worden beschouwd, tenzij bovenop de deelneming extra garanties worden verstrekt.

Voor de vraag of subsidies staatssteun vormen is het definitie-element 'met het oog op bepaalde activiteiten' van belang geworden wat de compensatie betreft voor diensten van algemeen belang. Zoals hierna in hoofdstuk 3 aan de orde zal komen, worden in Nederland subsidies verstrekt voor het verrichten van diensten van algemeen belang. Bijdragen hiervoor worden soms wel gezien als subsidies, soms niet.[28] Hirsch Ballin gaat er in zijn preadvies van uit dat subsidiëring zich onderscheidt van de bemoeienis van de overheid in de samenleving door de aanleg van wegen en dijken, de handhaving van de openbare orde en veiligheid en dergelijke; in zijn visie zijn bijdragen voor de financiering van dergelijke door de overheid verrichte activiteiten, géén subsidies.[29] Vreemd genoeg neemt de wetgever aan dat bijdragen voor het aanleggen van infrastructuur wel subsidies zijn in de zin van de Awb,[30] maar bijvoorbeeld bijdragen voor de financiering van de rechtspraak weer niet.[31] In beide gevallen wordt dat niet uitgebreid gemotiveerd. In hoofdstuk 3 zal aan de orde komen dat het verlenen van subsidies voor de uitvoering van overheidsprerogatieven geen staatssteun inhoudt en voorts dat het verlenen van subsidies ter compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang geen staatssteun inhoudt in de zin van artikel 87 EG voorzover aan de voorwaarden, als geformuleerd in het Altmark-arrest, wordt voldaan. Daarmee wordt de vraag van belang of het regelgevend kader van titel 4.2 Awb genoeg ruimte biedt om bij subsidieverstrekking te kunnen voldoen aan de voorwaarden die in het Altmark-arrest worden gesteld. Geeft titel 4.2 Awb die ruimte niet voldoende, dan moet worden bezien of, en zo ja, in hoeverre aan titel 4.2 Awb bepalingen moeten worden toege-

25. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 32. Zie voorts W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, a.w., p. 16 en A.J. Bok, a.w., p. 26.
26. Zie hierover in het bijzonder J.H. van Kreveld, Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen, VAR Reeks XCIX, p. 115-116.
27. Witboek over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374, p. 17.
28. Zie hierover uitvoerig par. 3.3.
29. Hirsch Ballin, a.w., p. 29.
30. Kamerstukken II 1996/97, 25 464, nr. 3, p. 33.
31. Kamerstukken II 1999/2000, 27 182, nr. 3, p. 45.

voegd, zodat die compensatiesubsidies wél aan de voorwaarden van het arrest Altmark kunnen voldoen.[32]

*Geen betaling*

Een voor dit preadvies belangrijk element van de subsidiedefinitie van de Awb is dat subsidies niet kunnen bestaan uit een 'betaling voor aan het bestuursorgaan[33] geleverde goederen of diensten'. De regering preciseert dat onder betaling, in dit verband, dient te worden verstaan het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economische verkeer. Ligt de prijs die een bestuursorgaan betaalt voor een bepaalde dienst veel hoger dan de marktwaarde, dan kan er wel sprake zijn van 'subsidie' in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. In dat geval is sprake van een zogenoemde *prijssubsidie*. Ook betalingen voor aan derden geleverde goederen of diensten kunnen wel subsidies zijn; denk daarbij aan subsidies verstrekt voor rechtsbijstand aan minder-draagkrachtigen.[34]

In de memorie van toelichting wordt er terecht aandacht aan besteed dat subsidieverlening en betaling voor goederen of diensten dicht tegen elkaar aan kunnen liggen, in het bijzonder indien de overheid bepaalde diensten 'inkoopt'. Bijvoorbeeld op het gebied van onderzoek kan er discussie ontstaan of een financiële verstrekking als subsidie moet worden aangemerkt, of als betaling voor een geleverde dienst.[35] Ook over de subsidiëring van, bijvoorbeeld, het openbaar vervoer[36] of de publieke omroep[37] wordt wel gehoord dat de overheid eigenlijk diensten inkoopt om zo haar publieke taak naar behoren te vervullen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever met 'betalingen voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten' het oog heeft gehad op andere transacties.[38] Daarmee is, naar onze mening, meer gedoeld op een directe tegenprestatie. Of, zoals Hartog en Van Poelje reeds aangaven, 'het [gaat] om (...) eenzijdige betalingen, dus niet om geldelijke tegenprestaties vanwege de overheid in tweezijdige (commerciële) trans-

32. Wanneer een compensatie voor een openbare-dienstverplichting *niet* in alle gevallen als subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb moet worden aangemerkt, dan is een aanvullend (regelgevend) kader noodzakelijk om ervoor te zorgen dat bij het verstrekken van die compensaties aan de criteria van het arrest Altmark kan worden voldaan. In dat geval kan worden gedacht aan een aparte bijzondere wet, of een algemene regeling in een andere wet in formele zin, waarbij gedacht kan worden aan de Mededingingswet (Mw).
33. Waarbij moet worden bedacht dat goederen of diensten doorgaans aan een contractspartij worden geleverd. In veel gevallen is dat geen bestuursorgaan maar de rechtspersoon tot wie bestuursorganen behoren, met uitzondering van de gevallen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb, waarbij de rechtspersoon ook bestuursorgaan kan zijn.
34. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.
35. Zie hier ook in het bijzonder M.J. Jacobs, a.w., par. 2.4.5. Uit de door Jacobs genoemde voorbeelden blijkt dat in het bijzonder in de fiscale of aanbestedingsrechtelijke sfeer het nog aluit kan maken of een bepaalde betaling van de overheid als subsidie of als betaling moet worden aangemerkt.
36. Zie hiervoor uitgebreid: J.R. van Angeren, a.w., p. 177 e.v.
37. Zie hiervoor uitgebreid: E.J. Dommering, Publieke Omroep tussen overheid en markt, in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen & J.R. van Angeren (red.), Overheid en Markt (Samkalden-bundel), Deventer 2004, p. 177 e.v.
38. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.

acties'.[39] Maar de grens blijft lastig te trekken. 'De aard van de rechtsverhouding moet dan aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval worden vastgesteld', aldus de regering in de memorie van toelichting.[40] Factoren die daar van belang bij kunnen zijn, zijn of (i) één of meer markttransacties tussen de ontvanger en derden worden aangewezen die (mede) uit de subsidie worden bekostigd en (ii) of alleen de kosten, dan wel ook een zekere winstmarge wordt betaald. Worden alleen de kosten van een bepaalde activiteit vergoed, dan kan eerder sprake zijn van een subsidie.
In de jurisprudentie is van belang geacht bij de vraag of sprake is van 'betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten' of de betaalde bedragen strekken tot vergoeding van de werkelijke kosten. Is dat niet het geval, dan kan dat reden zijn de vergoeding te kwalificeren als subsidie.[41]

## 2.3 Staatssteun

Ook over de inhoud van het begrip staatssteun bestaat overvloedige literatuur.[42] Een volledige bespreking van dit begrip zou gezien de gewenste omvang van dit preadvies te ver voeren. Gelet daarop volstaan wij met een korte schets van wat onder staatssteun wordt verstaan. Daarbij wordt op aspecten die van belang zijn voor subsidierelaties in het bijzonder ingegaan. Vervolgens komt de overlap met het begrip 'subsidie' aan de orde.

Het EG-Verdrag bevat geen definitie van het begrip 'staatssteun'. Wel bepaalt artikel 87 lid 1 EG[43] dat 'steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde

---

39. F. Hartog & S. Van Poelje, a.w., p. 119. Zie ook Van Haersolte, a.w., p. 12: 'Wanneer de overheid iets koopt of huurt ten behoeve van de openbare dienst, haar ambtenaren betaalt, de door haar aangerichte schade vergoedt (...) dan draagt zij daarmee een geldswaarde aan een ander (veelal een particulier) over; en toch zal niemand dit een subsidie noemen. In al deze gevallen neemt zij namelijk op zuivere economische voet deel aan het economisch verkeer. Zij is erop uit, niet méér te betalen dan tot kwijting van haar schuld of tot verkrijging van de door haar gewenste contraprestatie noodzakelijk is.'
40. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.
41. ABRvS 12 september 2001 (Catalpa), AB 2002, 335. De memorie van toelichting (p. 33) stelt die eis overigens niet.
42. Bekende buitenlandse handboeken zijn: M. Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilferechts, München 2003 en Bellamy & Child, European Community Law of Competition, Londen 2001, p. 1213-1288. Een handboek van Nederlandse auteurs is: L. Hancher, T. Ottervanger & P.J. Slot, E.C. State Aids, Londen 1999. Zie gelet op het onderwerp van dit preadvies ook in het bijzonder J. Winter, Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht (diss. Leiden), Deventer 1981. Zie voor een overzicht van de wetgeving en jurisprudentie: R. Barents, Steunmaatregelen, serie EU-wetgeving, Rechtspraak en documentatie, Deventer 2001 (11a en 11b) en B. Hessel, Dossier EG-recht, staatssteun, Den Haag 2003. Zie voorts hfdst. 6 en 7 van onze medepreadviseur B. Hessel. Zie voor een bespreking van recente ontwikkelingen: W. Hakenberg & F. Erlbacher, State Aid Law in the European Courts in 2001 and 2002, ECLR 2003, p. 431-448, C. Arhold, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2003/2004, EStAL 2004, p. 167-203 en B.J. Drijber, Enkele tendensen in het staatssteunrecht, M&M 2004, p. 272 e.v.
43. Overeenkomstig de Mededeling over de citeerwijze van verdragsartikelen in teksten van het Hof en van het Gerecht duiden wij het EG-Verdrag zoals dat in werking is getreden na 1 mei 1999 in de afkortingen aan met 'EG'.

ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar [zijn] met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt'. Het Hof van Justitie van de EG noemt in zijn jurisprudentie vier voorwaarden voor de kwalificatie van een maatregel van een Staat als steunmaatregel.[44] In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de Staten of met staatsmiddelen bekostigd, in de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde onderneming een voordeel verschaffen en in de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Deze vereisten zijn cumulatief, zo blijkt uit vaste rechtspraak.[45] Ook wordt duidelijk dat deze vereisten niet zozeer los van elkaar moeten worden beschouwd, maar dat zij onderling van elkaar afhankelijk zijn.[46] In de literatuur worden soms drie en soms vijf voorwaarden onderscheiden.[47] Het extra criterium, dat maakt dat het totaal op vijf komt, is het criterium dat *bepaalde* ondernemingen worden bevoordeeld. Dit criterium wordt in de jurisprudentie niet als apart criterium genoemd.[48] Indien drie criteria als uitgangspunt worden genomen, dan wordt het criterium 'de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen' niet als apart criterium aangemerkt.[49] Aangezien in de literatuur meestal van vijf criteria wordt gesproken, sluiten wij ons hierbij aan voor dit preadvies.[50]

*(i) Maatregel van de Staten of met staatsmiddelen bekostigd*

Wat het element 'steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd' betreft, maakt het Hof van Justitie van de EG geen onderscheid tussen de gevallen waarin de steun rechtstreeks door de staat wordt verleend en gevallen waarin de steun via door de staat daartoe aangewezen of opgerichte publiek- of privaatrechtelijke lichamen wordt verleend.[51] Uit het arrest van het Hof inzake Stardust Marine wordt duidelijk dat wel aan twee criteria moet zijn voldaan, wil steun door privaatrechtelijke rechtspersonen staatssteun zijn.[52] Het eerste is dat de financiële

---

44. Zie recentelijk HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (Pearl B.V. e.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten), r.o. 33.
45. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (Pearl B.V. e.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten), r.o. 32 en 33, HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87, Jur. 1990, p. I-00959 (België/Commissie), r.o. 25, HvJ EG 14 september 1994, gevoegde zaken C-278/92-C-282/92, Jur. 1994, p. I-4103 (Spanje/Commissie), r.o. 20, HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, Jur. 2002, p. I-4397 (Frankrijk/Commissie), r.o. 28 en HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747 (Altmark), r.o. 74.
46. R. Plender, Definition of Aid, in: A. Biondi, P. Eeckhout & J. Flynn, The Law of State Aid in the European Union, Oxford 2004, p. 5.
47. K. Bacon, The Concept of State Aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK courts, ECLR 2003, p. 54.
48. B.J. Drijber, a.w., p. 272.
49. B. Hessel en A. Neven, Staatssteun en EG-recht, Deventer 2001, p. 26.
50. M. Heidenhain, a.w., p. 19. Onze medepreadviseurs B. Hessel en G.J. van Slooten noemen ook vijf criteria (B. Hessel, hfdst. 6 en G.J. van Slooten, par. 2.1).
51. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (Pearle), HvJ EG 7 juli 1988, zaak 57/86, Jur. 1998, p. 2855 (Griekenland/Commissie) r.o. 12, HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98, Jur. 2001, p. I-2099 (Preussen Electra), HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01 (GEMO), r.o. 23. Zie over het arrest Pearle: A. Sinnaeve, Het arrest Pearle: bekijkt het Hof het begrip staatssteun met een nieuwe bril?, NTER 2004, p. 1-8.
52. HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, Jur. 2002, p. I-04397 (Stardust Marine).

middelen die door de privaatrechtelijke rechtspersoon ter beschikking worden gesteld 'staatsmiddelen' zijn. Aan dat criterium is voldaan indien die financiële middelen onder staatscontrole vallen, zodanig dat de Staat in staat is om door haar dominerende invloed op deze privaatrechtelijke rechtspersonen het gebruik van die middelen te sturen.[53] Het tweede criterium is of de steunmaatregel, uitgeoefend door een privaatrechtelijke onderneming, aan de Staat kan worden *toegerekend*.[54] De achtergrond van het tweede criterium is de volgende. De enkele mogelijkheid van de Staat om een privaatrechtelijke rechtspersoon te controleren en een dominante invloed uit te oefenen op de activiteiten die een privaatrechtelijke rechtspersoon uitoefent, rechtvaardigt nog niet automatisch het vermoeden dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Een privaatrechtelijke onderneming, waarin de Staat dominant is, kan namelijk in meer of mindere mate onafhankelijk optreden, al naar gelang de autonomie die haar door de Staat is verleend.[55] Vervolgens noemt het Hof een aantal criteria aan de hand waarvan kan worden afgeleid of in een concreet geval het verlenen van steun aan de Staat kan worden toegerekend.[56]

Voor het Nederlands bestuursrecht brengt dit mee dat indien van rijkswege middelen ter beschikking worden gesteld aan een stichting of een andere privaatrechtelijke rechtspersoon, waarmee deze rechtspersoon vervolgens zelf subsidies verleent, deze rechtspersoon niet alleen in het Nederlands bestuursrecht als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 onder b Awb kan worden aangemerkt, maar dat tevens sprake kan zijn van een 'maatregel met staatsmiddelen bekostigd'. Of een dergelijke subsidieverstrekking vervolgens staatssteun oplevert, moet worden beantwoord aan de hand van de overige criteria. Indien overigens een privaatrechtelijke rechtspersoon *niet* als bestuursorgaan wordt aangemerkt, is niet uitgesloten dat steunverlening door deze rechtspersoon toch als steunmaatregel wordt aangemerkt, omdat deze steun aangemerkt kan worden als staatsmaatregel en aan de Staat kan worden toegerekend. Zoals hiervoor in hoofdstuk 2.2 is besproken, is een dergelijke maatregel in elk geval *géén* subsidie, omdat deze maatregel niet door een bestuursorgaan wordt verstrekt.

Vaste rechtspraak is eveneens dat *de wijze waarop* steun wordt gefinancierd deel uitmaakt van de steunmaatregel waarmee de Commissie bij het onderzoek van die maatregel rekening moet houden.[57] Gedacht kan daarbij worden aan steunverlening door een privaatrechtelijke rechtspersoon die mede wordt gefinancieerd door ondernemingen die op grond van een wettelijk voorschrift verplicht zijn zich aan te sluiten bij die privaatrechtelijke rechtspersoon. Hoewel – strikt genomen – gesteld kan worden dat die bijdragen van ondernemingen geen staatsmiddelen zijn, is de enige reden waarom deze middelen worden gegenereerd gelegen in het publiekrecht: door de verplichte aansluiting moeten de ondernemingen een bijdrage betalen. De Com-

53. HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, Jur. 2002, p. I-04397 (Stardust Marine), r.o. 38.
54. HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, Jur. 2002, p. I-04397 (Stardust Marine), r.o. 51.
55. HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, Jur. 2002, p. I-04397 (Stardust Marine), r.o. 52.
56. HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, Jur. 2002, p. I-04397 (Stardust Marine), r.o. 55-57.
57. HvJ EG 21 oktober 2003, gevoegde zaken C-261/01 en C262/01, NJ 2004, 517 (Van Calster), r.o. 47. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/77, Jur. 1977, p. 00595, r.o. 22, HvJ EG 11 november 1987, zaak 259/85, Jur. 1987, 04393 (Frankrijk/Commissie), r.o. 23, HvJ EG 25 juni 1970, zaak 47/69, Jur. 1970, p. 00487 (Frankrijk/Commissie). Zie over het arrest Van Calster: S. Belhaj & J.W. van der Gronden, Decentralisatie in het Europees economisch recht, O&A 2004, p. 119 e.v.

missie zal dat in aanmerking nemen bij de vraag of steunverlening door die privaatrechtelijke rechtspersoon staatssteun oplevert. Dergelijke privaatrechtelijke rechtspersonen worden in het Nederlands bestuursrecht ook wel vanwege de verplichte aansluiting als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb aangemerkt.[58] Dat betekent dat bijdragen van die privaatrechtelijke rechtspersonen als subsidies kunnen worden aangemerkt, indien die bijdragen voldoen aan de overige onderdelen van artikel 4:21 Awb.

In het algemeen kan worden gesteld dat bij subsidieverstrekking al snel zal zijn voldaan aan de voorwaarde dat het gaat om een maatregel van de Staat; immers subsidies worden steeds door een *bestuursorgaan* verstrekt.

*(ii) Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer*

Het criterium is als zelfstandig criterium in artikel 87 EG in die zin moeilijk te plaatsen, omdat de regels van het EG-Verdrag inzake de mededinging (waarvan artikel 87 EG deel uitmaakt) alleen van toepassing zijn, indien de gedragingen het handelsverkeer negatief kunnen beïnvloeden.[59] Wordt door het verlenen van steun het handelsverkeer niet beïnvloed, dan is artikel 87 EG niet van toepassing.

Voor (decentrale) overheden is dat van belang: indien zij aannemelijk kunnen maken dat door het verlenen van steun het handelsverkeer niet wordt beïnvloed, is geen sprake van staatssteun. Als voorbeeld kan worden genoemd een jaarlijkse subsidie van DM 2 miljoen aan een onderneming die een zwembad in het Duitse Dorsten exploiteert. De Commissie was van oordeel dat 90% van de bezoekers tot een afstand van circa 50 km het zwembad zullen bezoeken, zodat geen bezoekers buiten de landsgrenzen werden verwacht. Derhalve was er, volgens de Commissie, geen beïnvloeding van de interstatelijke handel.[60]

Daarbij zij wel opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak de betrekkelijk geringe omvang van een steun of de betrekkelijk geringe omvang van de betrokken onderneming niet a priori de mogelijkheid uitsluit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed.[61] Steun van betrekkelijk geringe omvang beïnvloedt de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten, wanneer de mededinging in de sector waarin de steunontvangende ondernemingen werkzaam zijn, *intens* is.[62]

Evenals bij het criterium 'vervalsing van de mededinging', waarop hierna wordt teruggekomen, behoeft de Commissie bij haar beschikkingen niet uitgebreid aan de

---

58. Zie recent CBB 9 februari 2005, procedurenummer AWB 04/327, n.n.g., waarbij het CBB – in tegenstelling tot de Rechtbank Rotterdam – oordeelde dat de Stichting informatiedienstencode een bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 onder b Awb. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam is gepubliceerd in AB 2004, 291 m.nt. H. Peters.
59. Zie alinea 31 van de Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa, PbEG 2001, C 17.
60. Beschikking van 12 januari 2001, SG(2001) D/285046, nr. N 258/00.
61. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Italië/Commissie), r.o. 54, n.n.g., HvJ EG 21 maart 1990, zaak C142/87, Jur. 1990, p. I-959 (België/Commissie (Tubemeuse)), r.o. 43; HvJ EG 14 september 1994, gevoegde zaken C278/92C-280/92, Jur. 1994, p. I-4103, r.o. 42, en HvJ EG 24 juli 2003, zaak C280/00, Jur. 2003, p. I-7747 (Altmark), r.o. 81.
62. HvJ EG 11 november 1987, zaak 259/85, Jur. 1987, p. 4393 (Frankrijk/Commissie), r.o. 24 en HvJ EG 26 september 2002, zaak C-351/98, Jur. 2002, p. I-8031 (Spanje/Commissie), r.o. 63.

hand van een economische analyse na te gaan of een voorgenomen steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.[63]

Gelet evenwel op de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG raden wij subsidieverleners aan om zonder nader onderzoek er niet van uit te gaan dat vanwege het enkele feit dat het bedrag dat zij ter beschikking stellen voor subsidiëring gering is, er geen sprake is van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Wel zouden subsidieverleners kunnen worden aangeraden om, vóórdat zij subsidie verlenen, te bezien of de mededinging in de sector waarvoor de subsidie bestemd is, intens is. Slechts indien zij een adequate analyse hebben gemaakt van de sector en de effecten van de subsidie op het handelsverkeer, zou met succes kunnen worden betoogd dat de subsidie het handelsverkeer tussen de lidstaten niet beïnvloedt, indien dat uit die analyse volgt.

Zoals hierna aan de orde zal komen, heeft de Commissie weliswaar een minimumbedrag van € 100.000 voor een periode van drie jaar als ondergrens neergelegd, maar dit bedrag zal binnen veel subsidieverhoudingen worden overschreden. Dat betekent dat indien een gemeenteraad voornemens is om € 300.000 aan subsidie beschikbaar te stellen aan de plaatselijke muziekschool, eerst bezien moet worden of deze subsidie staatssteun kan opleveren. Er zonder nadere analyse van uitgaan dat vanwege het enkele feit dat het 'maar' € 300.000 en een plaatselijke muziekschool betreft, zodat deze maatregel geen ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer ten gevolge heeft, zou een vergissing zijn.

*(iii) Verschaffen van een voordeel*

De derde voorwaarde is dat een steunmaatregel de begunstigde een voordeel moet verschaffen. Indien er geen enkel voordeel is, is er geen sprake van staatssteun.[64] Onder voordeel wordt begrepen elke maatregel die, in welke vorm ook, een onderneming rechtstreeks of indirect kan bevoordelen of die als een economisch voordeel moet worden beschouwd dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.[65] Vaste jurisprudentie is dat het begrip 'steunmaatregel' een algemenere strekking heeft dan het begrip 'subsidie', 'daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, doch ook maatregelen welke, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden'.[66] Hieruit volgt dat de levering van goederen of diensten tegen een voordeeltarief een steunmaatregel van de Staat kan vormen, indien de begunstigde onderneming een econo-

63. HvJ EG 19 september 2002, zaak C-113/00, Jur. 2002, p. I- 07601 (Spanje/Commissie), r.o. 54 en HvJ EG 19 september 2002, zaak C-114/00, Jur. 2002, p. I-07657 (Spanje/Commissie), r.o. 68.
64. Zie beschikking van de Commissie van 17 september 2003 (Italië/Commissie), N511/2002.
65. HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01, NJ 2004, 545 m.nt. MRM (Enirisorse), r.o. 30.
66. HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-387/92 (Banco Exterior de Espana), Jur. 1994, p. I-877, r.o. 13. Deze omschrijving werd ook al gebezigd voor het begrip 'hulp' in de zin van artikel 4C van het EGKS-Verdrag (HvJ EGKS 23 februari 1961, zaak 30/59 (Gezamenlijke Steenkolenmijnen), Jur. 1961, p. 00003. Zie voorts HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-256/97 (DMT), Jur. 1999, p. I-03913, r.o. 19. HvJ EG 12 december 2002, zaak C-5/01 (België/Commissie), Jur. 2002, p. I-11991, r.o. 32. Recent: HvJ EG 14 september 2004, zaak C-276/02 (Spanje/Commissie), r.o. 24.

misch voordeel ontvangt dat de onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben gekregen.[67] Onder de indirecte voordelen met hetzelfde effect als subsidies valt, volgens het Hof van Justitie van de EG, de levering van goederen of diensten tegen preferentiële tarieven.[68]

Of sprake is van 'onder normale marktvoorwaarden' wordt volgens vaste rechtspraak beoordeeld aan de hand van het criterium of een particuliere investeerder (private investor) die qua omvang vergelijkbaar is met de organen die de overheidssector beheren, in vergelijkbare omstandigheden ertoe zou kunnen worden gebracht, een even grote kapitaalinbreng te doen mede gelet op de ten tijde van de inbreng beschikbare informatie en te verwachten evolutie.[69] Dit wordt wel de 'private investor test' genoemd. Het criterium van de 'private investor' kent, al naar gelang de transactie subcriteria, zoals 'private creditor test', 'private purchaser test' en 'private vendor test'. In de literatuur wordt dan ook wel voorgesteld om te spreken van één test, die alle transacties omvat, namelijk de 'Market Economy Operator Test'.[70]

Ingevolge diezelfde jurisprudentie is het dan overigens aan de nationale rechter om uit te maken wat de normale vergoeding voor de betrokken prestaties is. Dit vereist een economische analyse, rekening houdend met alle factoren die een onderneming onder normale marktvoorwaarden in aanmerking had moeten nemen bij de vaststelling van een vergoeding voor de verstrekte diensten. Deze exercitie is niet van eenvoudige aard. Dat betekent dat voordat een subsidie wordt verstrekt het desbetreffende bestuursorgaan eigenlijk een dergelijke economische analyse zou moeten uitvoeren. In de arresten Enirisorse en Altmark heeft het Hof van Justitie vier voorwaarden genoemd, aan de hand waarvan kon worden vastgesteld of er sprake is van een maatregel die een onderneming bevoordeelt.[71] Op die voorwaarden wordt hierna in hoofdstuk 3 verder ingegaan.

*(iv) Bepaalde ondernemingen of bepaalde producties*

Het EG-Verdrag bevat geen definitie van het begrip onderneming. Reeds in 1977 oordeelde het Hof van Justitie van de EG dat artikel 87 EG betrekking heeft op alle ondernemingen, zowel particuliere als openbare en op alle producties van die ondernemingen.[72] Het begrip 'ondernemingen', zoals dat voorkomt in artikel 87 EG is dan ook hetzelfde begrip 'ondernemingen' als in de artikelen 81 en 82 EG.[73] De jurisprudentie van het Hof over het begrip 'onderneming' is dus ook relevant voor

67. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, (Sfei e.a./Laposte e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 59.
68. HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01 (GEMO), r.o. 29; HvJ EG 2 februari 1988, 67/85, 68/85 en 70/85 (Van der Kooij/Commissie), Jur. 1998, p. 219 (r.o. 28 en 29); HvJ EG 29 februari 1996, C-56/93 (België/Commissie), Jur. 1996, p. I-723, r.o. 10 en HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94 (SFEI e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 26.
69. HvJ EG 8 mei 2003, gevoegde zaken C-328/99 en C-399/00 (Italië en SIM 2 Multimedia), Jur. 2003, p. I-004035, r.o. 38, HvJ EG 3 oktober 1991, zaak C-261/89 (Italië/Commissie), Jur. 1991, p. I-4437, r.o. 8.
70. C. Arhold, a.w., p. 174.
71. HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01 (Enirisorse), NJ 2004, 545 m.nt. MRM, r.o. 31, Hof van Justitie 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 87.
72. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weinlig), Jur. 1977, p. 00171, r.o. 18.
73. M. Heidenhain, a.w., p. 57-58.

het staatssteunrecht. In het arrest Höfner en Elser heeft het Hof van Justitie uitgemaakt wat onder het begrip onderneming moet worden verstaan, namelijk 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[74] Op het begrip onderneming en het begrip economische activiteit wordt hierna in hoofdstuk 3 nog teruggekomen. Op basis van jurisprudentie van het Hof is een heel overzicht te maken van criteria die (al dan niet) van belang zijn om te bepalen of een bepaalde entiteit een onderneming is.[75] Het zou voor de omvang van dit preadvies te ver voeren om hier uitputtend op in te gaan. Van belang voor subsidiërende overheden is dat het ondernemingsbegrip ruim en functioneel wordt uitgelegd. Dat de subsidieontvanger niet gericht is op het maken van winst betekent bijvoorbeeld nog niet dat er geen sprake is van een onderneming.[76]

Nu het begrip 'onderneming' in het staatssteunrecht overeenkomt met het begrip onderneming in het mededingingsrecht, kunnen ook de besluiten van de directeur-generaal van de NMa relevant zijn voor de Nederlandse subsidiepraktijk om te beoordelen of een entiteit als onderneming kan worden gekwalificeerd.[77] Bedacht moet worden dat een school of een ziekenhuis als onderneming kan worden beschouwd. Zo besloot de directeur-generaal van de NMa dat hogescholen voorzover zij bekostigd onderwijs aanbieden geen ondernemingen zijn, maar voorzover zij de vrijheid hebben om commerciële activiteiten te verrichten (geven van cursussen, trainingen en post-hbo-opleidingen alsmede de exploitatie van gebouwen, de verhuur van ruimtes, de verkoop van onderwijsmateriaal, het optreden als assurantietussenpersoon en uitzendbureau) wél ondernemingen zijn.[78] Ook ten aanzien van muziekscholen is wel geoordeeld dat dit ondernemingen zijn, dan wel dat de gemeente als onderneming handelt indien zij een muziekschool exploiteert.[79] Hetzelfde geldt voor zorgaanbieders, zoals huisartsen, apothekers, fysiotherapeuten, eerstelijnspsychologen, ziekenhuizen en revalidatiecentra, die alle door de directeur-generaal van de NMa als ondernemingen worden aangemerkt.[80] Een subsidiërend bestuursorgaan mag er dus niet te snel van uitgaan dat instellingen, die vaak al sinds jaar en dag subsidie krijgen, zoals welzijnsinstellingen, geen ondernemingen zijn, zodat de subsidie reeds daarom niet kwalificeert als steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG.

Indien een financiële bijdrage door de ene overheid aan de aan de andere overheid wordt verstrekt is evenmin sprake van steun verleend aan ondernemingen, tenzij de

---

74. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner en Elser), Jur. 1991, p. I-1979.
75. Zie voor een dergelijk overzicht A. Gerbrandy & B. Hessel, Mededingingsrecht voor decentrale overheden, Deventer 2004, p. 35-36.
76. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 (Albany), Jur. 1999, p. I-05751, r.o. 79.
77. Ter voorkoming van misverstanden zij hier vermeld dat de d-g NMa het standpunt inneemt dat hij niet beoordeelt of een (indirecte) subsidie staatssteun inhoudt (d-g NMa besluit van 10 februari 2004, nr. 3279/22 (Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren/gemeente Hoorn), ov. 20 en d-g NMa besluit van 21 december 2004, zaak 3980-30, ov. 22 (Blovo en Boontje/gemeente Castricum)).
78. Besluit d-g NMa van 21 december 2001, zaak 2760, alinea's 47 en 51.
79. Besluit d-g NMa 2 juni 1999, zaak 5/46.
80. Zie par. 53 van de Richtsnoeren voor de zorgsector. Zie uitvoerig hierover: J.C.A. Houdijk, Zorg & mededinging: meer marktwerking, meer mededingingsrecht, NTER 2004, p. 181 e.v. Zie voor een algemeen artikel over staatssteun en gezondheidszorg: M.T. de Gans, Staatssteun in de gezondheidszorg, TvG 2003, p. 362-386.

financiële bijdrage wordt verleend aan een gedeelte van de overheid waarbinnen de ontvangende overheid als onderneming optreedt.[81] Wel dient men steeds te bedenken dat wanneer een ontvangende overheid – met gebruikmaking van de financiële bijdrage van een andere overheid – subsidies verstrekt aan ondernemingen, er wel sprake kan zijn van het verlenen van staatssteun.[82]

Interessant is in dit verband de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 22 mei 2002 inzake de Mondriaan Stichting. De Afdeling oordeelde dat de Mondriaan Stichting bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. Vervolgens oordeelde de Afdeling dat het bestuur van de Mondriaan Stichting bij de subsidiëring en het in dat kader beslissen omtrent de toelating van galeries tot de subsidieregeling niet als onderneming handelt, maar uitsluitend als bestuursorgaan.[83]

Van belang is voorts dat een steunmaatregel van de Staten slechts dan staatssteun oplevert als sprake is van bevoordeling van *bepaalde* ondernemingen. Een maatregel van de Staat die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigd, kan geen staatssteun zijn.[84] Dit wordt wel het selectiviteitscriterium genoemd. Het is nog niet zo makkelijk om vast te stellen wanneer aan het selectiviteitscriterium wordt voldaan. In elk geval wordt het ruim uitgelegd.[85] De meeste gevallen waarbij de vraag of aan dit criterium is voldaan, betreffen fiscale gevallen.[86] Bij subsidieregelingen zal aan dit selectiviteitscriterium snel zijn voldaan: het kenmerk van subsidie is juist dat zij *bepaalde* activiteiten wil stimuleren, zodat juist aan een bepaalde groep van ondernemingen geldelijke voordelen in het vooruitzicht worden gesteld om die activiteiten te stimuleren. Toch zijn er ook gevallen waarbij subsidies niet als staatssteun worden aangemerkt, omdat aan dit selectiviteitscriterium niet wordt voldaan. Dit betreft in het bijzonder subsidies op het gebied van infrastructuur. Indien de infrastructuur ter beschikking staat voor eenieder is geen sprake van bevoordeling van bepaalde ondernemingen.[87] Maar ook algemene subsidieregelingen voor de restauratie van oude gebouwen vormt geen staatssteun omdat niet aan het selectiviteitscriterium wordt voldaan.[88] Op subsidies voor infrastructuur wordt teruggekomen in hoofdstuk 3.

---

81. Zie voor de vraag wanneer de overheid als onderneming optreedt uitvoerig: A. Gerbrandy & B. Hessel, a.w., hfdst. 3.
82. Zie hierover B. Hessel & I. Jozepa, Stedelijke vernieuwing en de Europese regels van staatssteun, Gst. 2004, 7212, p. 441 e.v.
83. ABRvS 22 mei 2002, zaak 200103900. Deze redenering wordt overigens in een latere uitspraak van de Afdeling niet meer teruggevonden (ABRvS 10 december 2003, nr. 200206627).
84. HvJ EG 8 november 2001, zaak C-143/99 (Adria-Wien), Jur. 2001, p. I-08365, r.o. 35.
85. M. Heidenhain, a.w., p. 59.
86. Gelet daarop wordt hier verwezen naar hfdst. 2 van het preadvies van onze medepreadviseur G.J. van Slooten. Zie voor een recente samenvatting: C. Arhold, a.w., p. 174.
87. HvJ EG 15 juni 1993, zaak C-225/91 (Matra), Jur. 1993, p. I-03203, r.o. 29 en Commissiebeschikking van 18 juli 2001, PbEG 2002, L 48/20, alinea 20 (Valmont).
88. Commissiebeschikking van 13 maart 2000, NN 392/99 SG(2000) D/102313: 'Der Großteil der Fördermittel dient der Verbesserung von öffentlichen Einrichtungen in den Dorfgemeinden. Bei Förderungen von privaten Bauvorhaben im Rahmen der Maßnahme handelt es sich um die Sanierung von alten Gebäuden. Jeder, der ein solches Gebäude besitzt, kommt für eine Förderung in Betracht. Die Maßnahme ist somit nicht selektiv.'

*(v) Vervalsing van de mededinging*

De laatste voorwaarde is dat de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Uit het arrest van het Hof inzake GEMO volgt dat het Hof van Justitie van de EG aanneemt dat wanneer sprake is van een economisch voordeel, de verschaffing van dat voordeel de mededinging vervalst, zonder dat het Hof dit uitgebreid motiveert.[89] Ook behoeft de Commissie de werkelijke invloed van de reeds verleende steun niet aan te tonen aan de hand van, bijvoorbeeld, een bijgewerkte beoordeling van de gevolgen van de ingevoerde steunmaatregelen die niet van tevoren waren aangemeld. Dat zou er immers toe leiden dat lidstaten die steun verlenen zonder zich te houden aan de aanmeldingsplicht worden bevoordeeld boven lidstaten die hun steunvoornemens wel aanmelden, aldus het Hof.[90] In de literatuur wordt daarom aangenomen dat aan het criterium 'vervalsing van de mededinging' snel is voldaan.[91] Ook volgt uit een aantal arresten van het Gerecht van eerste aanleg dat de criteria 'vervalsing van de mededinging' en 'de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer' onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.[92] De vraag kan dus worden gesteld of dit criterium zelfstandige betekenis heeft. De vraag in hoeverre de mededinging wordt beperkt door het verlenen van steun wordt ook – in de regel – niet uitgebreid onderzocht.[93] Wij laten deze voorwaarde daarom verder onbesproken, maar signaleren wel dat in de literatuur door sommigen wordt gepleit voor meer uitgebreide analyses op dit gebied bij de beoordeling van steunmaatregelen, zoals ook gebruikelijk is bij de toepassing van artikel 81 EG.[94] Inmiddels heeft de Commissie in het 33ste rapport voor de mededinging aangekondigd over te willen gaan tot een meer economiegerichte aanpak bij haar staatssteunbeleid.[95] Daarbij wordt gedacht aan een 'significant impact test', die inhoudt dat naarmate het bedrag dat wordt verstrekt kleiner is, de mededinging minder zal worden vervalst.[96] Subsidieverstrekkers doen er dus goed aan om – vóórdat zij subsidie verstrekken – een analyse te maken of de mededinging wordt vervalst. Kunnen zij

89. HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01, r.o. 33. Zie ook HvJ EG 17 september 1980, zaak 730/79 (Philip Morris/Commissie), Jur. 1980, p. 2671. Zie recentelijk ook GEA 1 juli 2004, zaak T-308/00, r.o. 90: 'Uit vaste rechtspraak [volgt] dat steunmaatregelen (...) als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd, zonder dat moet worden aangetoond, of zelfs maar onderzocht, of in feite sprake is van een aantasting van de concurrentieverhoudingen dan wel of de kans daartoe bestaat (arresten Gerecht van 12 mei 1999, Moccia Irme e.a./Commissie, T-164/96-T167/96, T-122/97 en T-130/97, Jurispr. p. II-1477, punt 82, en 16 december 1999, Acciaierie di Bolzano/Commissie, T-158/96, Jurispr. p. II-3927, punt 113)' en HvJ EG 22 november 2001, zaak C-53/00 (Ferring), Jur. 2001, p. I-9067, r.o. 21.
90. HvJ EG 14 februari 1990, zaak 301/87 (Frankrijk/Commissie), Jur. 1990, p. I-00307, r.o. 33, GvEA 30 april 1998, zaak T-214/95 (Vlaams Gewest), Jur. 1998, p. II-00717, r.o. 67.
91. W. Hakenberg & F. Erlbacher, a.w., p. 436, C. Arhold, a.w., p. 174-176, M. Heidenhain, a.w., p. 165 en K. Bacon, a.w., p. 60.
92. GvEA 11 april 2001, zaak T-288/97 (Regione Friuli Venezia Giulia), Jur. 2001, p. II-01169, r.o. 41.
93. HvJ EG 14 februari 1990, zaak C-301/07 (Frankijk/Commissie), Jur. 1990, p. I-00307, r.o. 44-45.
94. Zie hiervoor bijv. C. Ahlborn en C. Berg, Can state aid control learn from antitrust? The need for a greater role for competition analysis under the state aid rules, in: A. Bondi, P. Eeckhout & J. Flynn (red.), The law of state aid in the European Union, Oxford 2004, p. 41-65.
95. Het Mededingingsbeleid van de Europese Unie. XXXIIIde verslag over het mededingingsbeleid, par. 376. Sceptisch daarover is Drijber, a.w., p. 282.
96. Het Mededingingsbeleid van de Europese Unie. XXXIIIde verslag over het mededingingsbeleid, kader 7, p. 84.

aantonen dat door het verstrekken van subsidie de mededinging niet wordt vervalst, dan levert een subsidie géén staatssteun op.

Recent staat het criterium overigens weer in de belangstelling: in het bijzonder bij financiering van infrastructuur wordt wel aangevoerd dat subsidie voor infrastructuur waarvoor geen 'markt' is, geen staatssteun inhoudt, omdat indien voor een bepaalde dienst geen markt is er geen sprake van verstoring van de mededinging kan zijn.[97] In het Engels wordt dit fenomeen wel aangeduid met 'market failure'. Tot dusverre merkt de Commissie overheidsfinanciering aan ondernemingen voor diensten waarbij sprake is van een markttekortkoming nog als staatssteun aan.[98]

*Conclusie*

Uit het vorenstaande volgt dat subsidies in veel gevallen staatssteun kunnen vormen: subsidies zijn steeds financiële bijdragen die met overheidsmiddelen worden bekostigd en vaak worden zij verstrekt aan ondernemingen. Hierna wordt meer specifiek ingegaan op de vraag waar de begrippen staatssteun en subsidie elkaar overlappen.

## 2.4 Overlap tussen de begrippen subsidie en staatssteun

Bij de bespreking van de relatie tussen subsidies en staatssteun moet onderscheid worden gemaakt tussen vier categorieën. De eerste categorie is de categorie financiele aanspraken die wél als subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb moeten worden aangemerkt, maar niet zijn te beschouwen als staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG (zie paragraaf 2.4.1). Vervolgens zijn er financiële aanspraken die zowel subsidie als staatssteun vormen en die, vóórdat zij worden verstrekt, bij de Commissie moeten worden gemeld (zie paragraaf 2.4.2). Dan is er een categorie van financiële bijdragen die én als subsidie moet worden aangemerkt en ook staatssteun vormt in de zin van het EG-Verdrag, doch welke staatssteun niet behoeft te worden aangemeld bij de Europese Commissie als gevolg van Europese verordeningen (zie paragraaf 2.4.3). Als laatste mogelijkheid is er de categorie financiële aanspraken die geen Awb-subsidie vormen, maar wel staatssteun inhouden en ook moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie (zie paragraaf 2.4.4).

Deze onderverdeling is van belang, omdat, zoals wij hiervoor zagen, veel subsidies staatssteun vormen. Subsidieverstrekkers zullen zich dus steeds moeten afvragen of een subsidiemaatregel staatssteun oplevert en of deze moet worden aangemeld. Valt een subsidie onder de hierna te beschrijven categorieën van de paragrafen 2.4.1 en 2.4.3, dan lopen de (decentrale) overheden, in beginsel, geen (Europese) risico's indien zij de subsidies verstrekken. De vierde categorie is ook van belang omdat – zo is hiervoor in het preadvies van onze medepreadviseur Hessel uitvoerig toegelicht – overheden ook bedacht moeten zijn op het feit dat zij los van de subsidieverlening, bedrijven voordelen kunnen verschaffen die als staatssteun moeten worden aange-

97. J.G. Westerhof, Financiering van infrastructurele projecten en Artikel 87 lid 1 EG-verdrag: waarheen leidt de weg?, NTER 2004, p. 298.
98. Mededeling Staatssteun en risicokapitaal, PbEG 2001, C 235, par. VI.6. Over deze mededeling is een consultatieproces gaande met betrekking tot de herziening van de mededeling over staatssteun en risicokapitaal: vragenlijst voor openbare raadpleging.

merkt. Aangezien het dan niet gaat om subsidies, zullen wij op die laatste categorie niet uitgebreid ingaan.

### 2.4.1 *Subsidie die geen staatssteun inhoudt*

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, vormen subsidies in elk geval geen staatssteun wanneer zij niet aan de hiervoor genoemde criteria voldoen. Bij een subsidie is in het bijzonder relevant het criterium dat uitsluitend een subsidie aan *bepaalde ondernemingen* staatssteun kan opleveren. Geen staatssteun is in elk geval een subsidie die uitsluitend aan *particulieren* wordt verstrekt. Het ontwerp-scorebord voor staatssteun[99] noemt als voorbeeld de maatregelen in verband met werkgelegenheid en opleiding. Deze maatregelen komen slechts ten goede van individuen of verlenen geen voordeel aan bepaalde ondernemingen, zodat zij reeds daarom niet als staatssteun kunnen worden aangemerkt.

Ook het selectiviteitscriterium zal met zich brengen dat veel algemene subsidieregelingen geen staatssteun inhouden, omdat zij bepaalde ondernemingen niet bevoordelen. Algemene gemeentelijke en provinciale subsidies voor het restaureren van monumenten, het inrichten van de openbare ruimte en dergelijke, zullen in het algemeen geen staatssteun opleveren. Zolang iedereen maar voor de subsidie in aanmerking kan komen, vormt een dergelijke subsidie geen staatssteun.

Subsidies vormen ook geen staatssteun waneer zij ingevolge een Europese verordening geen staatssteun inhouden. De meest bekende verordening, in dit verband, is Verordening 69/2001 van de Commissie betreffende de *de minimis*-steun.[100] Artikel 2 van deze verordening bepaalt dat steunmaatregelen niet geacht worden aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG te voldoen (en derhalve geen staatssteun vormen) indien het totale bedrag dat is verleend aan een onderneming, niet hoger is dan € 100.000 over een periode van drie jaar. De ratio achter deze verordening is dat de Commissie op basis van haar ervaringen van oordeel is dat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100.000 niet overschrijdt, het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt en de mededinging niet vervalst of dreigt te vervalsen.[101] In dit verband zij gewezen op een ontwerpmededeling van de Commissie,[102] waarbij de Commissie een nieuw kader voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intra-communautaire handelsverkeer, heeft neergezet. De ontwerp-mededeling voorziet, onder meer, in een bijlage I waarin een aantal activiteiten is genoemd die, volgens de Commissie, naar hun aard, geen aanzienlijke grensoverschrijdende invloed hebben of die niet lijken te worden gekenmerkt door een sterke concentratie en hoge toetredingsdrempels.[103]

---

99. COM(2004)256, p. 30.
100. Zie over deze verordening S.M.M. Schouten, De verordening betreffende de minimis-steun: controle nog steeds achilleshiel, NTER 2001, p. 288-294.
101. Verordening (EG) nr. 69/2001, PbEG 2001, L 010, considerans par. 5.
102. Ontwerp-mededeling van de Commissie, Een nieuw kader voor de beoordeling van geringe bedragen aan staatssteun.
103. Zie over deze ontwerp-mededeling onder meer R.J.M. van den Tweel, De Commissie introduceert nieuwe categorieën toelaatbare steun, Gst. 2004, 7211, p. 416.

De ontwerp-mededeling is nog niet van kracht, zodat op dit moment nog onverkort moet worden uitgegaan van het bepaalde in de *de minimis*-verordening.

Een derde belangrijke categorie financiële bijdragen die wel als subsidie kan worden aangemerkt, maar niet als staatssteun, is de compensatie voor openbare-dienstverplichtingen, verricht door daartoe aangewezen bedrijven, indien deze compensatie voldoet aan de criteria van het arrest Altmark. Deze uitzondering is van groot belang, aangezien veel subsidies zijn aan te merken als compensatie voor een openbare-dienstverplichting en ook overigens voldoen aan de criteria van het arrest Altmark (bijvoorbeeld subsidies voor openbaar vervoer, publieke omroep, glasvezelnetten e.d.). Welke diensten daaronder worden verstaan en welke criteria verder in acht moeten worden genomen, wordt in hoofdstuk 3 verder toegelicht.

### 2.4.2 *Subsidie vormt staatssteun en moet worden gemeld*[104]

In veel gevallen waarin subsidie wordt verstrekt, is ook sprake van staatssteun die moet worden gemeld bij de Europese Commissie. In dat verband verdienen twee verordeningen vermelding: EG-Verordening 794/2004,[105] die een meldingsformulier bevat en EG-verordening 659/1999.[106] Laatstgenoemde verordening maakt onderscheid tussen 'bestaande steun' en 'nieuwe steun'.[107] Wij zullen hierna uitgaan van subsidiemaatregelen die als 'nieuwe steun' kwalificeren. Ter voorkoming van misverstanden zij benadrukt dat de aanmelding geschiedt door de lidstaat en dus niet door de desbetreffende (decentrale) overheid. Hierover zijn interdepartementaal afspraken gemaakt.[108] Het feit dat de subsidie niet kan worden gemeld door de decentrale overheid zelf is juridisch goed verklaarbaar: de bepalingen uit het EG-Verdrag richten zich tot de lidstaat, zodat de lidstaat moet melden. Aan de andere kant kan er bij andere dan de lidstaat ook de behoefte bestaan om – uit oogpunt van rechtszekerheid – de desbetreffende subsidieregeling te melden. Wat te doen als de decentrale overheid van mening is dat een subsidieregeling staatssteun vormt, maar de Minister van Buitenlandse Zaken niet? Ook bij de ontvanger kan er behoefte zijn om zelf de eventuele steun te melden. In de literatuur wordt dat laatste wel bepleit.[109]

Bij de subsidies die (wellicht) staatssteun vormen en die moeten worden gemeld, rijst in het bijzonder de vraag *wat en wanneer* moet worden aangemeld. Artikel 88 lid 3 EG bepaalt dat de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen op de hoogte wordt gebracht, om haar opmerkingen daarover te kunnen maken. Artikel 2 van Verordening 659/1999 (de zogenoemde Procedurever-

---

104. Zie over melding bij subsidieverstrekking ook par. 4.2.1.
105. PbEG 2004, L 140/1. Dit is een vrij recente verordening. In dit verband zij vermeld dat de Commissie in een Mededeling (2004/C 115/01) betreffende de achterhaaldheid van bepaalde beleidsdocumenten inzake staatssteun heeft aangegeven welke documenten zij niet meer zal toepassen, omdat deze inmiddels zijn achterhaald. Voor de meldingsprocedure geldt dat voor de brieven van de Commissie van 24 april 1989, SG (89) D/5521 en van 4 maart 1991, SG (91) D/4577.
106. PbEG 1999, L 83.
107. Zie hiervoor uitvoerig Heidenhain, a.w., p. 664-668 en Bellamy & Child, a.w., p. 1252-1254.
108. Interdepartementale afspraken inzake steunzaken, Stcrt. 2003, nr. 187, p. 16.
109. V.J.G. Power, A Proposal for State Aid Reform: Beneficiaries of Potential State Aid Should be Able to Notify the European Commission of the Proposed Aid, ECLR 2005, p. 1-3.

ordening die nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 88 EG bevat) bepaalt dat elk voornemen om nieuwe steun te verlenen *tijdig* door de betrokken lidstaat bij de Commissie wordt aangemeld. Onder nieuwe steun die moet worden gemeld, vallen zowel steunregelingen als individuele steun (artikel 1 onder c). Onder *steunregeling* verstaat Verordening 659/1999 in artikel 1 onder d, twee soorten regelingen. In de eerste plaats: elke regeling op grond waarvan aan ondernemingen die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn. Ten tweede elke regeling op grond waarvan steun die niet gebonden is aan een specifiek project voor onbepaalde tijd en/of voor een onbepaald bedrag aan één of meer ondernemingen kan worden toegekend. Onder *individuele steun* verstaat de Verordening 659/1999 in artikel 1 onder e steun die niet wordt toegekend op grond van een steunregeling, alsook steun die op grond van een steunregeling wordt toegekend en moet worden aangemeld.

Wat betekenen deze regels nu voor de Nederlandse subsidiepraktijk? Wij bekijken eerst de situatie waarin subsidieverstrekkingen berusten op een wettelijke regeling, conform de hoofdregel van artikel 4:23 Awb. Men kan zich afvragen of dergelijke subsidieregelingen voldoen aan de definitie van steunregeling zoals hiervoor beschreven. Belangrijk is daarbij wat moet worden begrepen onder 'nadere uitvoeringsmaatregelen'. Vormen de subsidiebesluiten die kunnen worden genomen op basis van de wettelijke subsidieregeling uitvoeringsmaatregelen? Daar valt best iets voor te zeggen. Immers, niet door de regeling maar pas door een besluit tot subsidieverstrekking op basis van die regeling ontstaat een aanspraak op subsidiegelden. Toch zouden wij aan de discussie op dit punt niet te veel tijd willen verspillen, omdat de meeste subsidieregelingen in ieder geval zullen vallen onder de tweede soort steunregelingen die in de Procedureverordening worden genoemd. Veel subsidieregelingen zien immers niet op specifieke projecten (maar meer op een bepaald soort activiteiten), gelden niet voor een bepaalde tijd en geven de mogelijkheid om aan vele aanvragers subsidies te verstrekken. Het is dus verstandig om subsidieregelingen op basis waarvan uitkeringen kunnen worden verstrekt die (wellicht[110]) staatssteun kunnen vormen te zien als steunregelingen en aan te melden. Maar wat is dan een 'tijdige' melding: wanneer moet precies worden gemeld? Ook hierover kan men van mening verschillen. Uit de Procedureverordening wordt duidelijk dat *geplande* nieuwe steunmaatregelen dienen te worden gemeld.[111] Op basis daarvan zijn wij van mening dat voor wettelijke subsidieregelingen die steunregelingen kunnen vormen, geldt dat zij *voor* vaststelling van de regeling moeten worden aangemeld bij de Commissie.[112] Daarom ook ligt het vaststellen van een subsidieregeling en de datum van inwerkingtreding uitstellen tot goedkeuring van de Commissie is verkregen niet voor de hand. Dat zou bovendien niet handig zijn met het oog op het feit dat de Commissie de regeling ook voorwaardelijk goed kan keuren; in dat geval moet de reeds vastgestelde subsidieregeling weer gewijzigd worden.

---

110. Het meldingsformulier stelt letterlijk: 'Een maatregel die geen steunmaatregel vormt maar die om redenen van rechtszekerheid bij de Commissie wordt aangemeld'.
111. Verordening 1999/659, overweging 5, art. 1 sub c jo. art. 2 lid 1.
112. Zie ook aanwijzing 261a Aanwijzingen voor de Regelgeving.

Een voorbeeld van een 'pragmatische' behandeling in de Nederlandse jurisprudentie betreft het geval van de Subsidieregeling openbare inland terminals (SOIT).[113] De Minister van Verkeer en Waterstaat had op 16 juli 1999 in de Staatscourant de ontwerp-subsidieregeling bekendgemaakt, voordat deze was goedgekeurd door de Europese Commissie.[114] Daarbij had de minister vermeld dat vooruitlopend op de inwerkingtreding van de subsidieregeling met toepassing van artikel 4:23 lid 3 onder a Awb, met ingang van 9 augustus 1999 subsidieaanvragen kunnen worden ingediend, die voorwaardelijk in behandeling worden genomen en kunnen leiden tot een voorwaardelijke verlening van subsidie. Indien de aanvraag voldoet aan de ontwerp-regeling wordt de subsidie verleend, onder de uitdrukkelijke opschortende voorwaarde dat de subsidieregeling wordt goedgekeurd door de Europese Commissie, aldus de mededeling in de Staatscourant. Nadat de regeling bij beschikking van 14 september 2000[115] was goedgekeurd door de Commissie, werd de regeling bovendien opnieuw gepubliceerd op 20 oktober 2000.[116] De Afdeling achtte deze handelwijze, waarbij een aanvraag wordt getoetst aan een wettelijke regeling van later datum dan de aanvraag, niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Ook annotator Verheij acht deze handelwijze toegestaan.[117] Tegenover de Commissie had de Nederlandse regering bevestigd dat zij geen steun zou uitkeren voordat de Commissie een definitief besluit over deze steunmaatregel had genomen.[118] In de uitspraak van de Afdeling ging het om een aanvraag van 20 maart 2000. De juridische vraag was of de aanvrager al begonnen was met de uitvoering van de werkzaamheden waarvoor subsidie werd verleend. De SOIT bevatte een weigeringsgrond dienaangaande. In de uitspraak van de Afdeling werd in r.o. 2.2.4 overwogen:

> 'Nu de rechtbank terecht heeft overwogen dat in dit geval niet is gebleken van bijzondere omstandigheden en mede in aanmerking genomen de door de Europese Commissie bij de goedkeuring aan de SOIT gestelde voorwaarde, dat bij een premature start van de werkzaamheden de subsidieaanvraag dient te worden afgewezen, leidt het vorenoverwogene tot de slotsom dat de minister in redelijkheid heeft kunnen komen tot de weigering van de door appellante gevraagde subsidie. Ook de rechtbank is tot dit oordeel gekomen.'

Opmerkelijk is dat de datum van de premature start was gelegen op 20 maart 2000, terwijl de Commissiebeschikking dateerde van 14 september 2000. Het had dus – vanuit staatssteunperspectief – meer voor de hand gelegen dat niet met de

113. ABRvS 21 januari 2004, AB 2004, 253 m.nt. N. Verheij.
114. Stcrt. 1999, nr. 138, p. 9.
115. Beschikking van 14 september 2000, SG(2000) D/106732; N208/2000, C 315/2000.
116. Stcrt. 2000, nr. 210, p. 11.
117. Zie zijn noot onder AB 2004, 253: 'Hangende deze goedkeuringsprocedure is het ontwerp van de SOIT alvast gepubliceerd en is tevens bepaald dat alvast aanvragen konden worden ingediend. Dat mag, want het gemeenschapsrecht verbiedt slechts het daadwerkelijk verlenen van steun zonder toestemming van de Commissie.'
118. Beschikking van 14 september 2000, N 208/2000, C 315/2000, alinea 3.

werkzaamheden mocht worden begonnen voordat de regeling was goedgekeurd.[119] Naast subsidie*regelingen* kan het onder omstandigheden ook noodzakelijk zijn het voornemen tot het geven van een subsidie*beschikking* bij de Commissie te melden. De volgende twee situaties moeten worden onderscheiden: (i) de Commissie kan op basis van een melding van een subsdieregeling oordelen dat niet kan worden uitgesloten dat verstrekkingen op basis van de gemelde regeling staatssteun zullen vormen, zodat individuele verstrekkingen gebaseerd op die regelingen steeds moeten worden aangemeld; (ii) ook subsidieverstrekkingen die niet op een subsidieregeling zijn gebaseerd[120] moeten – wanneer er reden is aan te nemen dat zij staatssteun inhouden – worden gemeld.

Ook hier speelt de vraag *wannneer* moet worden gemeld. Zo kan men zich afvragen of een verleningsbeschikking niet zonder goedkeuring mag worden gegeven: immers, daarmee onstaat slechts een aanspraak op subsidiegelden. Eerst de subsidievaststelling geeft de ontvanger definitief recht op financiële middelen.[121] Aan de andere kant moet worden bedacht dat deze aanspraak slechts tenietgaat in een limitatief aantal gevallen. Artikel 4:46 Awb bepaalt namelijk dat indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, het bestuursorgaan de subsidie vaststelt overeenkomstig de subsidieverlening, tenzij één van de in het tweede lid limitatief omschreven gevallen zich voordoet.[122] Met andere woorden: de subsidieverlening is voor het bestuursorgaan *bindend*.[123] Het is de vraag of het geval waarin de subsidie een (onrechtmatige) steunmaatregel blijkt te zijn onder de limitatieve gronden van artikel 4:46 Awb valt, zo komt in hoofdstuk 4 aan de orde. Daarnaast is het vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid van de ontvanger wenselijk reeds het voornemen tot het geven van een besluit tot subsidieverlening te melden, zodat hij niet achteraf met onaangename verrassingen wordt geconfronteerd.[124] Bij de melding van dat voornemen kan een concept-beschikking worden gevoegd.

Zowel voor conceptregelingen als -beschikkingen geldt dat wanneer na goedkeuring nog belangrijke wijzigingen worden aangebracht, deze (opnieuw) bij de Commissie moeten worden gemeld. Daardoor kan het karakter van de uitkering

---

119. Zie ook Verheij in zijn noot waar hij stelt: 'Interessant is nog dat de Afdeling in r.o. 2.2.4 mede in aanmerking neemt dat de Europese Commissie bij de goedkeuring van de SOIT als voorwaarde heeft gesteld, dat aanvragen zouden worden afgewezen als de aanvrager voortijdig met de werkzaamheden was begonnen. Aangezien een orgaan van een lidstaat van de Europese Unie slechts rechtmatig steun aan ondernemingen kan verstrekken, voorzover de Commissie daarmee heeft ingestemd, is dat inderdaad relevant. In dit geval is dit ook niet problematisch; de verwijzing naar de door de Commissie gestelde voorwaarde is eigenlijk ten overvloede, want de weigeringsgrond bleek ook al uit de tekst van de nationale regeling.' Nu we ervan uit moeten gaan dat indien de aanvrager niet eerder dan met ingang van 20 maart 2000 mocht beginnen, lijkt het voortijdig beginnen wel problematisch, omdat de regeling eerst met ingang van 14 september 2000 was goedgekeurd.
120. Zie over de mogelijkheid tot subsidieverstrekking zonder wettelijke grondslag verder par. 4.3.
121. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 22.
122. Ook in het algemene deel van de memorie van toelichting bij titel 4.2 Awb wordt ervan uitgegaan dat op een subsidieverleningsbeschikking niet zomaar kan worden teruggekomen, indien de gesubsidieerde de activiteiten verricht en zijn verplichtingen nakomt (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 21).
123. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 31.
124. Wij achten het niet wenselijk dat een aanspraak op gelden ontstaat, terwijl niet duidelijk is of die aanspraak ooit geldend gemaakt zal kunnen worden.

immers zodanig veranderen, dat er alsnog sprake kan zijn van (niet met de gemeenschappelijke markt verenigbare) staatssteun.

### 2.4.3 *Subsidie vormt staatssteun, maar behoeft niet te worden gemeld*

In Verordening 994/98 van de Raad van de Europese Unie heeft de Commissie in artikel 1 de bevoegdheid gekregen om bij verordening vast te stellen dat een aantal in die verordening genoemde soorten van steunmaatregelen verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en niet onderworpen aan de aanmeldingsverplichtingen van artikel 93 lid 3 EG.[125] Deze vier categorieën zijn: het midden- en kleinbedrijf, onderzoek en ontwikkeling, milieubescherming en werkgelegenheid en opleiding. Ook de hiervoor genoemde *de minimis*-verordening van de Commissie vindt haar grondslag in Verordening 994/98 (artikel 2). De Commissie heeft in Verordening 69/2001 bepaald dat steunmaatregelen die niet hoger zijn dan € 100.000 niet als staatssteun worden aangemerkt, zodat deze reeds daarom niet behoeven te worden aangemeld.[126]

Ten aanzien van drie van de in artikel 1 lid 1 onder a genoemde categorieën van Verordening 994/98 heeft de Commissie bij verordening bepaald dat de steun niet behoeft te worden aangemeld. Dit betreft in de eerste plaats Verordening 70/2001 betreffende steun voor kleine en middelgrote ondernemingen.[127] Artikel 3 van Verordening 70/2001 bepaalt dat individuele steunmaatregelen die aan alle voorwaarden van Verordening 70/2001 voldoen, verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en zijn vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting, indien zij een uitdrukkelijke verwijzing bevatten naar Verordening 70/2001. Het betreft derhalve wel staatssteun, aangezien in artikel 2 van de verordening 'steun' wordt gedefinieerd als 'elke maatregel die aan alle criteria van artikel 87 lid 1, van het verdrag voldoet'. Verordening 70/2001 is overigens uitgebreid bij Verordening 364/2004, die ziet op de uitbreiding van het toepassingsgebied tot steun voor onderzoek en ontwikkeling.[128] Ten tweede blijkt uit Verordening 68/2001 met betrekking tot opleidingssteun[129] dat

125. Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van art. 92 en 93 van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen PbEG 1998, L 142.
126. In voorbereiding is een ontwerp-mededeling van de Commissie genaamd 'Een nieuw kader voor de beoordeling van geringe bedragen aan staatssteun'. De nieuwe aanpak introduceert een nieuwe categorie staatssteun ('geringe bedragen aan staatssteun') die de *de minimis*-plafonds overschrijdt, maar die, mits bepaalde garanties worden ingebouwd, nog steeds kan worden beschouwd als te bescheiden in omvang om een grote dreiging te vormen voor de mededinging op het niveau van de Gemeenschap en voor het handelsverkeer tussen lidstaten, mits de steun zodanig wordt toegekend dat hij de verwezenlijking van horizontale communautaire doelstellingen van gemeenschappelijk belang facilieert. Het nieuwe kader is bedoeld om een alternatieve, flexibelere benadering te bieden voor de goedkeuring van geringe bedragen aan staatssteun.
127. Verordening (EG) nr. 70/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, PbEG 2001, L 10. De Commissie heeft overigens op 6 mei 2003 een aanbeveling gedaan betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, PbEG 2003, L 124, welke definitie vanaf 1 januari 2005 geldt.
128. Verordening (EG) nr. 364/2004, PbEG 2004, L 63.
129. Verordening (EG) nr. 68/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op opleidingssteun, PbEG 2001, L 10.

er wel sprake is van steunmaatregelen op dit terrein, maar dat deze maatregelen vrijgesteld zijn van de meldplicht indien zij aan alle voorwaarden van de verordening voldoen en een uitdrukkelijke verwijzing naar de verordening bevatten. Ook deze verordening is recent gewijzigd.[130] Ten derde is daar Verordening 2204/2002 betreffende werkgelegenheidssteun.[131] Ingevolge artikel 1 is deze verordening van toepassing op regelingen die staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG inhouden en voorzien in steun voor het scheppen van werkgelegenheid, in steun voor de in dienststelling van benadeelde en gehandicapte werknemers of in steun ter dekking van de extra kosten van de tewerkstelling van gehandicapte werknemers. Op grond van artikel 3 zijn steunmaatregelen die aan de voorwaarden van die verordening voldoen vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting.

Het valt op dat voor de derde categorie genoemd in artikel 1 lid 1 onder a van Verordening 994/98, te weten milieubescherming, nog geen verordening is vastgesteld. Wel heeft de Commissie een communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu opgesteld.[132] Dit betekent dat subsidies voor milieubescherming die steunmaatregelen inhouden in de zin van artikel 87 lid 1 EG moeten worden aangemeld. In dit verband zij opgemerkt dat Nederland het convenant Bodemsanering heeft gemeld bij de Commissie en dat de Commissie deze bij beschikking heeft goedgekeurd.[133] Subsidies op basis van het convenant Bodemsanering, zijn derhalve geen staatssteun (meer), nu het convenant is aangemeld en goedgekeurd door de Commissie.

Naast de hiervoor genoemde verordeningen behoeven individuele subsidies op grond van een regeling die is gemeld en waarvan de Commissie heeft besloten dat zij geen staatssteun vormen of, in het geval zij wel staatssteun vormen, dat zij verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, niet opnieuw te worden aangemeld. Wel dient goed te worden opgelet of aan alle voorwaarden van de Commissiebeschikking blijvend wordt voldaan.

### 2.4.4 *Geen subsidie, wel staatssteun*

Een belangrijke laatste categorie van voordelen die door overheden aan ondernemingen kunnen worden gegeven, zijn de financiële verstrekkingen die geen Awb-subsidies vormen, maar wel steunmaatregelen zijn, zodat zij mogelijk wel staatssteun in de zin van het EG-Verdrag inhouden. Wij kunnen daarover – gezien het onderwerp van dit preadvies – kort zijn en willen slechts opmerken dat de eerder behandelde 'subsidies in natura' in deze categorie kunnen vallen. In de tweede plaats zijn dit de compensaties voor openbare-dienstverplichtingen in een andere vorm dan subsidiegelden.

---

130. Verordening (EG) nr. 363/2004 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 68/2001 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op opleidingssteun, PbEG 2004, L 63.
131. Verordening (EG) nr. 2204/2002 van de Commissie van 12 december 2002 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun, PbEG 2002, L 33; gerectificeerd PbEG 2002, L 349.
132. PbEG 2001, C 37.
133. PbEG 2002, C 146 (NN 520/2001).

## 2.5 Conclusies

Uit dit hoofdstuk kan worden afgeleid dat het Nederlandse begrip subsidie, zoals dat voorkomt in de Awb, en het Europese begrip steunmaatregelen verschillende begrippen zijn. In beginsel is het begrip subsidies enger dan het begrip steunmaatregel. De subsidie is beperkt tot financiële aanspraken door bestuursorganen verstrekt, terwijl het staatssteunbegrip elk voordeel omvat dat met overheidsmiddelen wordt bekostigd. Daaronder wordt elk voordeel begrepen, of het nu van fiscale of financiële aard is of in natura. Ook voordelen die door ondernemingen, waarin de Staat een dominante invloed heeft, worden verstrekt, kunnen staatssteun inhouden, ook al zijn die ondernemingen géén bestuursorganen in de zin van de Awb.

Op bepaalde punten is het staatssteunbegrip ook enger dan het subsidiebegrip. In de eerste plaats vormen subsidies aan particulieren géén staatssteun, omdat staatssteun alleen steunmaatregelen aan ondernemingen betreft. In de tweede plaats leveren subsidies die aan alle ondernemingen in Nederland kunnen worden verstrekt evenmin staatssteun op, omdat slechts sprake is van staatssteun indien bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld. In de derde plaats zijn subsidies die in Nederland worden verstrekt voor het compenseren van het verrichten van diensten van algemeen belang geen staatssteun, indien het verstrekken van die subsidies voldoet aan de voorwaarden die het Hof van Justitie van de EG heeft gesteld in het Altmark-arrest. In de vierde plaats zijn subsidies geen staatssteun indien zij vallen onder de vrijstellingsverordeningen van de Commissie. Ten slotte geldt dat subsidies die de handel tussen de lidstaten niet beïnvloeden en de mededinging niet vervalsen géén staatssteun inhouden. Voordat evenwel kan worden aangenomen dat een subsidie de handel tussen de lidstaten niet beïnvloedt en de mededinging niet vervalst, verdient het aanbeveling een goede economische analyse te maken.

Er kan dus een onderscheid worden gemaakt in vier categoriën: (i) steun die wél als subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1, Awb moeten worden aangemerkt, maar geen staatssteun is; (ii) steun die zowel subsidie als staatssteun vormt en die, vóórdat hij worden verstrekt, bij de Commissie moet worden gemeld; (iii) steun die én als subsidie moet worden aangemerkt én ook staatssteun vormt, maar die niet behoeft te worden gemeld bij de Europese Commissie op grond van Europese verordeningen en (iv) steun die geen subsidie vormt, maar wel staatssteun inhoudt en ook moet worden aangemeld bij de Europese Commissie.

Voordat subsidieverstrekkers subsidie verstrekken, zullen zij zich moeten beraden over de vraag in welke van de vier categorieën de subsidie valt en dienen zij hun subsidiebeleid daarop af te stemmen.

# 3 Subsidies voor diensten van algemeen belang

## 3.1 Algemeen

Zoals hiervoor in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen, is er een belangrijke categorie steunmaatregelen die *wel subsidies* vormen, maar *geen staatssteun*, te weten: het verstrekken van subsidies door overheden aan diensten van algemeen economisch belang, indien aan de voorwaarden van het arrest Altmark wordt voldaan. In hoofdstuk 4 wordt in zijn algemeenheid besproken of titel 4.2 Awb een voldoende wettelijk kader vormt dat is toegesneden op subsidies die staatssteun inhouden. In dit hoofdstuk 3 zal een categorie subsidies aan de orde komen die voor overheden in het bijzonder van belang is. Het betreft hier de subsidies voor – wat in Europees verband wel wordt genoemd – diensten van algemeen belang, diensten van algemeen economisch belang en openbare-dienstverplichtingen.

In paragraaf 3.2 zal worden uitgelegd wat onder deze begrippen moet worden verstaan. In paragraaf 3.3 zal worden ingegaan op de wijze waarop deze diensten in Nederland worden gefinancieerd voorzover dat van belang is voor het subsidierecht. Daartoe zal een onderscheid worden gemaakt in vier categorieën: (i) financiering waarbij wordt aangenomen dat er geen twijfel bestaat dat titel 4.2 Awb daarop rechtstreeks van toepassing is omdat het subsidies betreft; (ii) financiering waarbij in een wet in formele zin titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard; (iii) financiering waarbij het onduidelijk is of titel 4.2 Awb daarop van toepassing is, omdat er twijfel mogelijk is of de financiering een subsidie is, en (iv) financiering waarvan bij voorbaat duidelijk is dat het geen subsidie is in de zin van de Awb. Deze laatste categorie zal in dit preadvies verder buiten beschouwing worden gelaten. In paragraaf 3.4 zal vervolgens worden ingegaan op de vraag of titel 4.2 Awb voldoende ruimte biedt aan de subsidieverlenende overheid om te voldoen aan de criteria van het Altmark-arrest, opdat de financiering geen staatssteun oplevert. In paragraaf 3.5 zal aandacht worden besteed aan de vraag wat moet geschieden indien een subsidie niet voldoet aan de criteria van het Altmark-arrest. In paragraaf 3.6 wordt afgesloten met enige conclusies.

## 3.2 Diensten van algemeen (economisch) belang en openbare-dienstverplichtingen

### *3.2.1 Algemeen*

De eerste mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang dateert van september 1996.[134] Zij is inmiddels vervangen door een mededeling uit 2000.[135] Sinds het Verdrag van Amsterdam komt het bestaan van diensten van algemeen economisch belang en het belang van hun functioneren tot uitdrukking in artikel 16 EG.[136] De diensten van algemeen economisch belang hebben ook erkenning gevonden in de Europese Grondwet in artikel II-96.[137] Wel is in artikel 86 lid 2 EG bepaald dat ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het EG-Verdrag vallen, met name de mededingingsregels.[138]

De Europese Commissie heeft vervolgens een Non Paper,[139] een Groenboek[140] en een Witboek[141] over diensten van algemeen belang laten verschijnen. Het Non Paper had tot doel een discussie met deskundigen op gang te brengen. In het Groenboek stelde de Commissie zich tot doel om een aanzet te geven tot een debat over diensten van algemeen belang. Het Groenboek is inmiddels gevolgd door een zogeheten Witboek. In het Witboek heeft de Commissie zich ten doel gesteld om uiteen te

134. Mededeling van de Commissie 'De diensten van algemeen belang in Europa', PbEG 1996, C 281.
135. Mededeling van de Commissie 'Diensten van algemeen belang in Europa', PbEG 2001, C 17.
136. Art. 16 bepaalt: 'Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van de sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag, zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.'
137. Art. II-96 van het Verdrag vaststelling van een Grondwet voor Europa (PbEG 2004, C 310) bepaalt: 'De Unie erkent en eerbiedigt overeenkomstig de Grondwet de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'
138. Art. 86 lid 2 bepaalt: 'De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (...), vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.' Overigens zal de vraag in hoeverre het een lidstaat is toegestaan om aan een onderneming exclusieve rechten te verlenen in dit preadvies buiten beschouwing blijven. Zie hierover recent HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01 (CIF), Jur. 2003, p. I-08055, r.o. 45: 'In dit verband zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat hoewel de artikelen 81 EG en 82 EG als zodanig slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten, dit niet wegneemt dat deze artikelen in samenhang met artikel 10 EG, dat een verplichting tot samenwerking in het leven roept, voorschrijven dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.' Over de consequenties van dit arrest voor de aansprakelijkheid van (decentrale) overheden: S. Belhaj & J.W. van de Gronden, Decentralisatie in het Europees economisch recht, O&A 2004, p. 126-127.
139. Non Paper van 12 november 2002, COMP-2002-01759-02-00 NL-TRA-00 (FR).
140. Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2003) 270.
141. Mededeling van de Commissie aan het Europees parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, COM (2004) 374.

zetten welke positieve rol de Commissie voor de Europese Unie weggelegd ziet bij de ontwikkeling van kwalitatief hoogwaardige diensten van algemeen belang. De Commissie heeft ook aangegeven de haalbaarheid van en de behoefte aan een kaderwet voor diensten van algemeen belang opnieuw te onderzoeken bij de inwerkingtreding van het grondwettelijke verdrag.[142]

Recent heeft de Commissie een communautaire kaderregeling voorgesteld inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst.[143]

### *3.2.2 Omschrijving van de begrippen*[144]

Al direct valt op dat in de EG-Verdragsteksten min of meer[145] consequent wordt gesproken over 'diensten van algemeen economisch belang', terwijl in de mededelingen uit 1996, 2001, het Non Paper, het Groenboek en het Witboek mede wordt gesproken over 'diensten van *algemeen belang*'. Hier rijst de meer algemene vraag wat onder diensten van algemeen belang of diensten van *algemeen economisch belang* wordt verstaan. Sluijs is van oordeel dat het predikaat 'economisch' geen onderscheidende betekenis heeft. Naar zijn oordeel kan het worden opgevat als een verwijzing naar de activiteit, omdat de betrokken dienstverrichters onder het ondernemingsbegrip vallen, ofwel *economische activiteiten* verrichten.[146] Ook Buendia Sierra heeft erop gewezen dat in arresten van het Hof van Justitie het adjectief 'economisch' vaak wordt weggelaten, alsof de begrippen 'algemeen belang' en 'algemeen economisch belang' dezelfde betekenis hebben.[147]

Van belang is het onderscheid tussen 'niet economische' en 'economische' activiteiten. Dat onderscheid is van belang, omdat de regels inzake mededinging en de interne markt uitsluitend van toepassing zijn op economische activiteiten.[148] Het staatssteunrecht maakt in het EG-Verdrag deel uit van de 'regels betreffende de mededinging'. Zijn die regels niet van toepassing, dan is *eo ipso* het staatssteunrecht ook niet van toepassing.

De mededeling van 2000 omschrijft *diensten van algemeen belang* als volgt: 'Deze term omvat markt- en niet-marktdiensten die door de overheidsinstanties van algemeen belang worden geacht en waarvoor zij specifieke openbare-dienstverplichtingen laten gelden.' In het Groenboek[149] en in de bijlage behorend bij het Witboek zijn eveneens omschrijvingen opgenomen. Die omschrijvingen wijken niet af van de

142. Witboek, p. 14.
143. DG D(2004).
144. Een definitie van de verschillende begrippen bestaat niet echt. Bovendien acht de Commissie het wenselijk noch mogelijk om één enkele alomvattende definitie van diensten van algemeen belang te ontwikkelen (alinea 49 Groenboek).
145. Min of meer, omdat bijv. art. 73 EG weer spreekt over 'met het begrip "openbare dienst" verbonden, verplichte dienstverrichtingen'.
146. J.J.M. Sluijs, Gereguleerde marktwerking van sociale zekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen, Deventer 2004, p. 51. In dit verband zij erop gewezen dat in enkele amendementen bij art. III-96 is voorgesteld om het woord 'economische' te doen vervallen. Deze amendementen zijn niet aangenomen.
147. J.L. Buendia Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Oxford 1999, p. 277-278.
148. Vgl. Groenboek, alinea 43.
149. Alinea 16 Groenboek.

mededeling, maar er wordt aan toegevoegd dat het begrip 'diensten van algemeen belang' een bredere betekenis heeft dan het begrip 'diensten van algemeen economisch belang', omdat ook niet-marktgerichte diensten onder het begrip 'diensten van algemeen belang' vallen.

De mededeling van 2000 omschrijft *diensten van algemeen economisch belang* als volgt: 'Dit is de term die wordt gebruikt in artikel 86 EG. Hij verwijst naar marktdiensten waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke openbare-dienstverplichtingen laten gelden. Hij heeft betrekking op zaken als vervoersnetwerken, energie en communicatie.' Het Groenboek[150] en het Witboek voegen daaraan toe dat in de communautaire praktijk daaronder wordt verstaan: 'Diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbare-dienstverplichtingen van toepassing verklaren' waaraan wordt toegevoegd: 'Het begrip diensten van algemeen economisch betreft dus voornamelijk bepaalde diensten die worden verleend door de grote netwerkindustrieën zoals het aanbieden van vervoer, postdiensten, energie en communicatie.' Met voornamelijk wordt bedoeld dat de term 'diensten van algemeen *economisch* belang' ook betrekking heeft op alle andere economische activiteiten, waarop openbare-dienstverplichtingen van toepassing zijn, aldus bijlage 1, zonder dat deze activiteiten nader worden gespecificeerd.

De mededeling van 2000 verwijst nog naar de term *openbare dienst(verlening)*. In het Groenboek en Witboek wordt deze term vermeden, omdat hij tot verwarring aanleiding geeft.[151] Des te verwarrender is het dat de Commissie in de hiervoor genoemde ontwerp-kaderregeling weer spreekt over 'compensaties voor de openbare dienst'.[152]

Het Groenboek en Witboek geven wel een omschrijving van *openbare-dienstverplichtingen*. Dit begrip verwijst louter naar de verplichtingen die door de overheid aan de dienstverlener zijn opgelegd om te waarborgen dat aan bepaalde doelstellingen van algemeen belang wordt voldaan, zoals op het gebied van het lucht-, spoorweg- en wegvervoer en energie.[153]

In het Groenboek onderscheidt de Commissie vervolgens drie *categorieën* diensten van algemeen belang, ingedeeld naar categorieën waarvoor communautaire regelgeving bestaat.[154] In de eerste plaats onderscheidt de Commissie de door de grote netwerkindustrieën verleende diensten van algemeen economisch belang, zoals telecommunicatie, postdiensten, elektriciteit, gas en vervoer. Hiervoor is een uitgebreid regelgevend kader op communautair niveau opgesteld. In de tweede plaats onderscheidt de Commissie 'andere diensten van algemeen economische belang, zoals afvalbeheer, watervoorziening en de publieke-omroepsector'. Voor deze diensten bestaat nog geen uitgebreid regelgevend kader op communautair niveau, maar de algemene regels inzake de interne markt, mededinging en staatssteun zijn van toepassing. Een derde categorie is de categorie 'niet-economische diensten en dien-

150. Alinea 17 Groenboek.
151. Alinea 19 Groenboek.
152. Zie hierover ook: J. Meulman, Na het groenboek over diensten van algemeen belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?, SEW 2004, p. 98.
153. Alinea 20 Groenboek.
154. Alinea 32 Groenboek.

sten die het handelsverkeer niet beïnvloeden'. Voor deze categorie bestaan op communautair niveau geen specifieke regels en ook de regels van mededinging en staatssteun zijn hierop niet van toepassing, aldus de Commissie. Hoewel – uiteraard – juist is dat indien het handelsverkeer niet wordt beïnvloed de mededingingsregels niet van toepassing zijn,[155] moet, wanneer het gaat om staatssteun, worden bedacht dat volgens de heersende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG ook een gering bedrag aan staatssteun het handelsverkeer kan beïnvloeden. Slechts wanneer het bedrag aan staatssteun de bedragen van de *de minimis*-verordening niet overstijgt, is er geen sprake van staatssteun.[156]

Samengevat kan – voor wat betreft dit preadvies – tot het volgende onderscheid worden gekomen met betrekking tot het onderwerp staatssteun. Het begrip 'diensten van algemeen belang' is het meest veelomvattende begrip.[157] Het omvat (i) diensten van algemeen economisch belang en (ii) diensten van algemeen niet-economisch belang. Het begrip 'diensten van algemeen belang' omvat – ter voorkoming van misverstanden – niet specifiek met het begrip 'openbare dienst' verbonden, verplichte dienstverrichtingen, als bedoeld in artikel 73 EG. Voor de vraag of financiering van die verplichte dienstverrichtingen staatssteun oplevert, moet aan die specifieke verdragsbepaling, met de bijbehorende verordeningen worden getoetst. Met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang wordt verwezen naar ondernemingen die diensten verrichten als bedoeld in artikel 86 EG, waarmee zij zijn belast bij een overheidsbesluit.[158] Als diensten van algemeen niet-economisch belang onderscheiden wij voor wat betreft dit preadvies (i) diensten verricht op basis van een overheidsprerogatief, (ii) diensten waarop het verdrag niet van toepassing is, en (iii) diensten waarbij niet-economische activiteiten worden verricht, zodat steun aan entiteiten die die diensten verrichten geen staatssteun aan een onderneming inhoudt. Voor diensten van algemeen economisch belang geldt dat de regels inzake staatssteun wel van toepassing zijn, maar dat de financiering – waartoe dit preadvies wordt beperkt – geen staatssteun inhoudt wanneer aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Gelet daarop wordt nader ingegaan op diensten van algemeen niet-economisch belang en diensten van algemeen economisch belang.

---

155. Vgl. alinea 31 van de Mededeling van 2000.
156. Het IPO is overigens van mening dat lokale diensten van algemeen economisch belang in de regel, gelet op het lokale karakter ervan, niet of nauwelijks verstorend zijn voor het Europese handelsverkeer. Gelet daarop pleit het voor een groepsvrijstellingsverordening voor dergelijke diensten (brief IPO aan de Commissie van 12 september 2003 naar aanleiding van het Groenboek). Ook de VNG pleit voor een vrijstellingsregeling voor lokale diensten (brief VNG aan Europese Commissie van 28 augustus 2003). De Commissie heeft overigens in de alinea's 49-52 van het Non paper aangegeven in welke recente zaken zij tot het oordeel is gekomen dat het handelsverkeer niet wordt beïnvloed.
157. Vgl. A. Jones & B. Sufrin, EC Competition Law. Text, Cases, and Materials, Oxford 2004, p. 538 en J. Meulman, Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?, SEW 2004, p. 99, r.k.
158. Deze 'belasting' wordt wel 'openbare-dienstverplichting' genoemd, maar moet onderscheiden worden van 'met het begrip 'openbare dienst' verbonden, verplichte dienstverrichtingen, als bedoeld in art. 73 EG-verdrag.

In haar mededeling 'Diensten van algemeen belang in Europa' van 2000 heeft de Commissie aangegeven wat niet-economische activiteiten zijn, die geen deel uitmaken van de regels inzake de interne markt en de mededinging. Dit zijn, in de eerste plaats, aangelegenheden die typisch *overheidsprerogatieven* vormen.[159] De Commissie verstaat daaronder in de mededeling: het waarborgen van de interne en externe veiligheid, de rechtspleging, het onderhouden van externe betrekkingen en andere vormen van uitoefening van staatsgezag.[160] Het Hof van Justitie van de EG heeft als typische overheidsprerogatieven aangemerkt: het uitoefenen van controle en toezicht of het nu het luchtruim[161] of het aantal tabaksverkooppunten betreft[162] en het houden van milieu-inspecties in een petroleumhaven.[163] Interessant aan de laatste zaak is dat deze inspecties niet werden uitgevoerd door de overheid, maar door een privaatrechtelijke organisatie aan wie de overheid deze rechten had overgedragen. Geen overheidsprerogatief is het ter beschikking stellen van luchthaveninstallaties en het verlenen van gronddiensten op een luchtvaartterrein, ook al worden deze op het openbaar domein uitgeoefend.[164]

In de tweede plaats geldt dat in het geval geen diensten worden verricht zoals bedoeld in de artikelen 49 en 50 EG, de regels inzake mededinging evenmin toepassing vinden. Ingevolge artikel 50 EG worden als diensten in de zin van het verdrag beschouwd dienstverrichtingen die gewoonlijk tegen een vergoeding geschieden. Zo vallen volgens het Hof diensten als nationaal onderwijs niet onder de regels inzake de interne markt en de mededinging.[165] Dit geldt ook voor diensten van organisaties

159. Alinea 28 van de Mededeling.
160. T.a.p.
161. HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92 (SAT/Eurocontrol), Jur 1994, p. I-00043, r.o. 30: 'In hun geheel beschouwd, komen de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neer op het uitoefenen van prerogatieven inzake de controle en de politie van het luchtruim, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zou kunnen rechtvaardigen.'
162. HvJ EG 14 december 1995, zaak C-387/93 (Banchero), Jur. 1993, p. I-4663, r.o. 49.
163. HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95 (Diego Calì/SEPG), Jur. 1997, p. I-01547, r.o. 22-23: 'De milieuinspectie in de petroleumhaven van Genua waarmee SEPG is belast, is derhalve een taak van algemeen belang die behoort tot de kerntaken van de staat op het gebied van de bescherming van het mariene milieu. Wegens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, komen dergelijke inspectiewerkzaamheden ook neer op het uitoefenen van prerogatieven inzake de bescherming van het milieu, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zou kunnen rechtvaardigen'.
164. GvEA 12 december 2000, zaak T-128/98 (Aérports de Paris), Jur. 2000, p. II-03929, r.o. 121, 122 en 125.
165. HvJ EG 27 september 1988, zaak 263/86 (België/Humbel), Jur. 1988, p. 05365, r.o. 17, 18 en 20: 'Het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat dus hierin, dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld. Bij de organisatie en handhaving van [het nationale onderwijsstelstel] (...) heeft de Staat niet de bedoeling tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten, doch vervult hij ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak. Bovendien wordt het betrokken stelsel in de regel gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders. (...) Mitsdien moet (...) artikel [49 EG] (...) aldus (...) worden uitgelegd, dat cursussen gegeven aan een technisch instituut behorende tot het secundair onderwijs in het kader van het nationale onderwijsstelsel, niet zijn aan te merken als diensten in de zin van die bepaling.' Zie ook HvJ EG 7 december 1993, zaak C 109/92 (Wirth), Jur. 1993, p. I-06447, r.o. 21.

die grotendeels een sociale functie vervullen, geen winstoogmerk hebben en niet deelnemen aan industriële of sociale activiteiten, zoals politieke partijen, kerken en religieuze genootschappen, consumentenorganisaties, wetenschappelijke verenigingen, liefdadigheidsinstellingen en hulpverleningsorganisaties, omdat zij geen diensten verrichten als bedoeld in artikel 49 EG.[166]

In de derde plaats geldt dat indien een entiteit een activiteit verricht die niet als economisch kan worden aangemerkt – en deze entiteit dus geen onderneming is in de zin van artikel 87 EG – artikel 87 EG evenmin van toepassing is. Ten aanzien van verplichte stelsels van sociale zekerheid gebaseerd op solidariteit heeft het Hof (impliciet) geoordeeld dat de regels inzake de interne markt en de mededinging daarop van toepassing zijn, maar dat de entiteiten die meewerken aan het beheer van het socialezekerheidsstelsel een taak van zuiver sociale aard vervullen, zodat de ermee belast zijnde organen geen ondernemingen zijn.[167] Hetzelfde geldt voor (Duitse) ziekenfondsen[168] en de beheersorganen van het Spaanse nationale gezondheidsstelsel.[169]

### *3.2.4 Diensten van algemeen economisch belang*

Een sluitende omschrijving van wat in een concreet geval onder een dienst van algemeen economisch belang moet worden verstaan kan niet worden gegeven. De reden hiervoor is dat iedere lidstaat een grote mate van vrijheid toekomt om zelf te bepalen wat hij onder een dienst van algemeen economisch belang verstaat. Reeds onder punt 16 van de mededeling uit 1996 werd de vrijheid van een lidstaat om zelf te bepalen wat het onder een dienst van algemeen economisch belang verstaat één van de twee basisprincipes genoemd.

Het Gerecht van eerste aanleg heeft bovendien geoordeeld dat de Commissie ook niet bevoegd is om zich uit te spreken over de organisatie en de omvang van de aan een overheidsonderneming opgedragen openbare dienstverleningstaken, noch over de opportuniteit van de desbetreffende politieke keuzes van de bevoegde nationale autoriteiten. De reden hiervoor is dat er geen regeling in het EG-Verdrag of het gemeenschapsrecht is aan te wijzen die de Commissie daartoe bevoegd maakt.[170] De Commissie kan dus uitdrukkelijk niet bindend voorschrijven, wat een lidstaat van algemeen economisch belang kan achten of niet. In haar mededeling van 19 januari 2001 stelde de Commissie dat lidstaten de vrijheid hebben om te definiëren wat zij beschouwen als diensten van algemeen economisch belang. Of een dienst moet worden beschouwd als een dienst van algemeen economisch belang en hoe die

166. Zie alinea 29 van de Mededeling van 2001. Buendia Sierra is overigens van mening dat uit het arrest Gemeente Almelo vs NV Energiebedrijf IJsselmij (HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92, Jur. 1994, p. I-1477) volgt dat het begrip 'diensten' in art. 86 lid 2 EG anders is dan het begrip 'diensten' in art. 50 EG. Zie J.L. Buendia Sierra, a.w., p. 277.
167. HvJ EG 27 februari 1993, zaak C-159/91 en C-160/91 (Poucet), Jur. 1993, p. I-00637, r.o. 18 en 19. Zie ook HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00 (INAIL), Jur. 2002, p. I-00691, r.o. 45.
168. HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (AOK), r.o. 57, geannoteerd in Markt & Mededinging 2004, p. 139-147 door W.T. Algera.
169. GvEA 4 maart 2003, zaak T-319/99 (FENIN), Jur. 2003, p. II-00357 r.o. 39-40.
170. GvEA 27 februari 1997, zaak T-106/95 (FFSA), Jur. 1997, p. II-00229, r.o. 108 en 192.

dienst moet worden beheerd, is een kwestie die in de allereerste plaats op lokaal niveau moet worden beslist, aldus de Commissie.[171] De Commissie benadrukt in dat verband ook dat het begrip 'economische activiteit' een evolutief begrip is, zodat het niet mogelijk is om een lijst op te stellen van activiteiten waarvan op voorhand vaststaat dat zij niet-economisch of economisch zijn.[172]

In het besluit van 3 februari 2004[173] van de Commissie over de financiering van de publieke omroepen in Nederland overwoog de Commissie dan ook in alinea 85:

> 'De lidstaten zijn vrij om zelf te bepalen welke diensten zij als "van algemeen economisch belang" beschouwen. De rol van de Commissie is beperkt tot controle bij kennelijke fouten. Dit betekent dat de lidstaten in beginsel bepaalde gratis informatiediensten op internet als dienst van algemeen economisch belang kunnen definiëren, wanneer de noodzaak en de speciale eigenschappen van dergelijke openbare diensten zijn aangetoond.'

Van een kennelijke fout kan sprake zijn, wanneer (i) het specifieke, van de dienst van algemeen belang dissocieerbare diensten zijn, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdeelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen,[174] (ii) indien de activiteiten geen algemeen economisch belang dienen dat deze onder-

171. Alinea 22 van de Mededeling van 19 januari 2001, PbEG 2001/C, 17/4. Reeds in alinea 16 van de Mededeling uit 1996 werd de vrijheid van een lidstaat om zelf te bepalen wat het onder een dienst van algemeen belang verstaat één van de twee basisprincipes genoemd. Zie voorts alinea 31 van het Groenboek.
172. Alinea 37 van het Non Paper. Overigens is door A. Gerbrandy en B. Hessel een lijst opgesteld van alle activiteiten die tot diensten van algemeen economisch belang worden gerekend, a.w., p. 272-273. Zie ook J.L Buendia Sierra, a.w., p. 282-283.
173. Commissiebeschikking van 3 februari 2004 C 2/04, PbEG 2000, C 61.
174. HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 (Paul Corbeau), Jur. 1993, p. I-02533, waarbij het ging om strafzaak tegen P. Corbeau, handelaar te Luik, die ervan wordt verdacht de Belgische wettelijke regeling inzake het postmonopolie te hebben overtreden. Corbeau biedt in de geografische sector van de stad Luik en de aangrenzende zones een dienst aan, die erin bestaat de poststukken ten huize van de afzender in te zamelen en ze, voorzover de geadresseerden binnen de betrokken sector wonen, vóór de volgende dag 's middags te bestellen. Wat de aan geadresseerden buiten die sector gerichte poststukken betreft, zamelt Corbeau de correspondentie ten huize van de afzender in en verzendt hij ze over de post. Het hof overwoog: 'De uitsluiting van de mededinging is echter niet gerechtvaardigd wanneer het gaat om specifieke, van de dienst van algemeen belang dissocieerbare diensten, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdeelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen, die de traditionele post niet aanbiedt, zoals inzameling ten huize, grotere snelheid of betrouwbaarheid bij het bestellen of de mogelijkheid de bestemming onderweg te wijzigen, voorzover die diensten naar hun aard en naar de omstandigheden, zoals het geografisch gebied, waarin zij worden aangeboden, het economisch evenwicht van de door de houder van het alleenrecht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen.' Het is aan de nationale rechter om uit te maken of aan deze criteria wordt voldaan.

scheidt van andere economische activiteiten[175] of (iii) die activiteiten door andere commerciële bedrijven worden geëxploiteerd.[176]

In het Non Paper heeft de Commissie een kort onderzoek gedaan naar welke diensten volgens de jurisprudentie zijn erkend als diensten van algemeen economisch belang.[177] De Commissie komt dan tot de conclusie dat de rechtspraak erop lijkt te wijzen dat normaliter als diensten van algemeen economisch belang worden beschouwd, diensten:

– waarvan de verrichting doorgaans aan welbepaalde ondernemers wordt toevertrouwd eerder dan aan alle ondernemingen van een economische sector te worden opgelegd;
– die voldoen aan algemene behoeften van de burgers, hetgeen met name het geval is bij universele diensten of bij bepaalde diensten die in het kader van netwerken worden aangeboden en niet tot een bepaalde categorie van gebruikers gericht zijn.

Zoals hiervoor in paragraaf 3.2.3 aan de orde is gekomen, is van belang dat een entiteit die diensten van algemeen economisch belang verricht, uitsluitend onder de staatssteunregels van het EG-Verdrag valt indien zij een *economische* activiteit uitoefent, omdat slechts een entiteit die een economische activiteit uitoefent, als onderneming in de zin

175. HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA), Jur. 1991, p. I-5889. In Italië zijn het laden, lossen, overslaan en het verplaatsen in het algemeen van goederen en al het andere materieel voorbehouden aan havencorporaties waarvan de werknemers, die eveneens de hoedanigheid van lid van deze corporaties bezitten, de Italiaanse nationaliteit moeten hebben. Als gevolg van een vertraging bij het lossen van de goederen, die in het bijzonder was te wijten aan stakingen van arbeiders van de havencorporatie, ontstond een geschil tussen Siderurgica en Merci, in het kader waarvan Siderurgica vergoeding vorderde van de schade die zij had geleden door de opgelopen vertraging, alsmede terugbetaling van de betaalde bedragen, die zij gezien de verrichte prestaties onbillijk achtte. Het Hof oordeelde: 'Noch uit de door de nationale rechter overgelegde stukken, noch uit de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt, dat de havenwerkzaamheden een algemeen economisch belang dienen dat deze onderscheidt van andere economische activiteiten en dat, zelfs indien dit wel het geval zou zijn, de toepassing van de verdragsregels, met name de mededingingsregels en de regels betreffende het vrije verkeer, de vervulling van een dergelijke taak zou verhinderen.'

176. HvJ EG 13 december 1991, zaak 18/88 (GB-Inno-BM), Jur. 1991, p. I-05941. De Regie van Telegrafie en Telefonie ('RTT') spande een procedure aan tegen de vennootschap GB-Inno-BM NV ('GB'), die in haar winkels niet-goedgekeurde telefoontoestellen verkoopt die bestemd zijn om als tweede toestel op een bestaande installatie te worden aangesloten, tegen prijzen die aanzienlijk lager zijn dan die van de door de RTT aangeboden toestellen. Over de vraag of het aanbieden van telefoontoestellen een dienst van algemeen economisch belang is, oordeelde het Hof in r.o. 22 als volgt: 'De uitsluiting of de beperking van de mededinging op de markt van telefoontoestellen kan (...) niet worden geacht haar rechtvaardiging te vinden in de verlening van een dienst van algemeen economisch belang (...). De produktie en de verkoop van eindapparatuur, met name van telefoontoestellen, is een activiteit die door elke onderneming moet kunnen worden uitgeoefend. Om te waarborgen dat de toestellen beantwoorden aan een aantal fundamentele vereisten, met name op het gebied van de veiligheid van de gebruikers, de veiligheid van de exploitanten van het net en de bescherming van het openbaar telecommunicatienet tegen schade, volstaat het, de specificaties vast te stellen waaraan de toestellen moeten beantwoorden en een goedkeuringsprocedure in te voeren die controle daarop mogelijk maakt.'

177. Zie alinea's 12-20 van het Non Paper.

van artikel 87 EG kwalificeert.[178] In haar Non Paper is de Commissie ingegaan op het begrip 'economische activiteit'.[179] De Commissie komt in navolging van A-G Jacobs tot de conclusie dat het begrip 'economische activiteit' elke activiteit bevat die bestaat uit het aanbieden van diensten op een bepaalde markt en die minstens in beginsel kan worden aangeboden door een particuliere instantie die een winstoogmerk heeft.[180] Arbeidsbemiddeling is door het Hof van Justitie van de EG aangemerkt als economische activiteit,[181] evenals facultatieve stelsels van sociale zekerheid,[182] ziekenvervoer,[183] de vervaardiging van producten in het ziekenhuis die bij de verrichting van medische handelingen in het ziekenhuis worden gebruikt[184] en medische dienstverlening in zijn algemeenheid,[185] ongeacht of de vergoeding voor de behandeling geschiedt op grond van een sociaalzekerheidsstelstel.[186]

Van belang is wel dat een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang verricht bij overheidsbesluit met het beheer van diensten van algemeen economisch belang moet zijn belast.[187]

### *3.2.5 Financiering van diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*

In het Non Paper en het Groenboek heeft de Commissie een overzicht gegeven van de financieringsmechanismen waarvan de lidstaten gebruikmaken bij het financieren van diensten van algemeen economisch belang.[188] Dit betreffen – kort gezegd – subsidiëring ten laste van de overheidsbegroting, toekenning van exclusieve rechten, bijdragen van marktdeelnemers, bepaling van een gemiddeld tarief en op solidariteit berustende financiering. De lidstaten hebben een ruime discretionaire bevoegdheid om te beslissen hoe zij de diensten van algemeen economisch belang financieren.[189] Voor dit preadvies concentreren wij ons op de rechtstreekse subsidiëring ten laste van de overheidsbegroting en de vraag in hoeverre deze subsidiëring staatssteun kan opleveren.

---

178. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner), Jur. 1991, p. I-01979, r.o. 21: 'In de context van het mededingingsrecht moet worden gepreciseerd, dat enerzijds het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, en dat anderzijds arbeidsbemiddeling een economische activiteit is.' Zie ook HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98–C-184/98 (Pavlov e.a.), Jur. 1998, p. I-6451, r.o. 75.
179. Alinea's 24-37 van het Non Paper.
180. Alinea 32 van het Non Paper.
181. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner), Jur. 1991, p. I-01979 en HvJ EG 11 december 1997, zaak C-55/96 (Job Centre), Jur. 1997, p. I-7119, r.o. 25.
182. HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94 (FFSA), Jur. 1995, p. I-4013 en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 (Albany), Jur. 1999, p. I-05751, r.o. 79, 84 en 87.
183. HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 (Ambulanz Glöckner), Jur. 2001, p. I-08089, r.o. 20-21.
184. HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-203/99 (Henning Veedfald), Jur. 2001, p. I-03569, r.o. 22.
185. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99 (Smits en Peerboom), Jur. 2001, p. I-5473, r.o. 53 en 58.
186. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-368/98 (Vanbraekel), Jur. 2001, p. I-5363, r.o. 41-42.
187. HvJ EG 27 maart 1974, zaak 127/73 (BRT), Jur. 1974, p. 00313, r.o. 20. Het 'belast' zijn behoeft niet expliciet te volgen uit de wetgeving of een wettelijke maatregel, maar kan ook geschieden op grond van een overheidsbesluit, bijvoorbeeld in de vorm van een publiekrechtelijke concessie. Zie voorts Sluijs, a.w., p. 50 en de daar aangehaalde jurisprudentie, alsmede B.J. Drijber & N. Saanen-Siebenga, Financiering van openbare diensten na Altmark, NTER 2003, p. 255, l.k. Hierna zal nog aan de orde komen of een dergelijk besluit ook een besluit tot subsidieverlening kan zijn.
188. Zie alinea's 79-82 van het Non Paper en alinea 86 van het Groenboek.
189. Witboek, p. 14.

Voor 'openbare-dienstverplichtingen', waarmee in het bijzonder is gedoeld op openbaar vervoer, is een rechtstreekse uitzondering gemaakt in artikel 73 EG.[190] Deze uitzondering is nader uitgewerkt in Verordening 1191/69. Subsidie voor het openbaar vervoer vormt geen staatssteun indien aan de in Verordening 1191/69 gestelde criteria is voldaan.[191]

Indien geen aparte verordening of verdragsbepaling in een toegelaten steunmaatregel voorzag, beschouwde de Commissie de vergoedingen die door een Staat werden uitgekeerd aan ondernemingen die diensten van algemeen economisch belang verrichtten niet als staatssteun, voorzover die vergoedingen louter dienden ter compensatie voor die verrichte diensten. In de arresten FFSA en SIC oordeelde het Gerecht evenwel dat deze vergoedingen wel staatssteun inhielden en dus moesten worden gemeld, maar dat deze verenigbaar kon worden geacht met artikel 86 EG indien de vergoeding niet meer bedroeg dan nodig om de diensten te verrichten.[192] Mogelijk is het Gerecht geïnspireerd door het Hof in het arrest Banco Exterior de España.[193]

In het Altmark-arrest heeft het Hof de lijn van het Gerecht definitief[194] niet gevolgd.[195] In dit arrest overwoog het Hof dat wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare-dienstverplichtingen uit te voeren, een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 87 EG valt. Hoewel het arrest Altmark zag op een openbare-dienstverplichting (die niet reeds viel onder de reikwijdte van artikel 73 EG en Verordening 1191/69), kan uit het later gewezen arrest Enirisorse worden afgeleid dat de voorwaarden van het arrest Altmark ook van toepassing zijn op de financiering van diensten van algemeen economisch belang.[196] De reden hiervoor is dat die ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel hebben ontvangen en de overheidsmaatregel dus niet tot gevolg heeft dat die ondernemingen in een voordeliger mededingingspositie worden geplaatst. Voor de praktijk is dat van groot belang. Een subsidie aan een dienst van algemeen economisch belang behoeft niet te worden aangemeld, indien zij slechts een

---

190. Art. 73 luidt: 'Met dit verdrag zijn verenigbaar de steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip "openbare dienst" verbonden, verplichte dienstverrichtingen.'
191. Overigens kan worden betwijfeld of de financiering van het Nederlands openbaar vervoer valt onder Verordening 1191/69 gelet op het recent gewezen arrest van het GvEA 16 maart 2004, zaak T-157/01 (Danske Busvognmaend/Commissie), SEW 2004, p. 163-167. Zie hierover: J.R. van Angeren, a.w., p. 184 e.v.
192. GvEA 27 februari 1997, zaak T-106/95 (FFSA), Jur. 1997, p. II-00229, r.o. 178 en 199 en GvEA 10 mei 2000, zaak T-46/97 (SIC), Jur. 2000, p. III-02125, r.o. 84.
193. HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-307/92 (Banco Exterior de España), Jur. 1994, p. I-00877, r.o. 16-17.
194. Uit het eerder gewezen arrest inzake Ferring kon uit r.o. 18 (met een verwijzing naar alinea 30 van de conclusie van de A-G) al worden afgeleid dat het Hof op de lijn zou kunnen zitten die zij met Altmark definitief heeft bevestigd. Reeds in het in 1985 gewezen arrest inzake ADBHU oordeelde het Hof dat de prijs die de tegenprestatie vormt voor de door inzamelings- en verwijderingsbedrijven daadwerkelijk verrichte prestaties, géén steunmaatregel vormt (HvJ EG 7 februari 1985, zaak 240/83, Jur. 1985, p. 00531, r.o. 18). Het feit dat het Hof van Justitie in Ferring teruggreep naar ADBHU, was wel enigszins een verrassing: zie hierover W. Hakenberg & F. Erlbacher, a.w., p. 435, r.k. Zie voorts P. Nicolaides, Compensation for Public Service Obligations: the Floodgates of State Aid?, ECLR 2003, p. 561-573.
195. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark Trans), Jur. 2003, p. I-7747.
196. HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01 (Enirisorse), r.o. 31 t/m 40.

compensatie vormt en dus geen staatssteun. Het Hof heeft vier criteria geformuleerd waaraan moet zijn voldaan, wil de compensatie niet als staatssteun worden aangemerkt. Deze vier criteria zullen hierna worden toegelicht, waarbij per criterium zal worden bezien in hoeverre dit criterium kan worden ingebed in titel 4.2 Awb.

### *3.2.6 Conclusies*

Het onderscheid tussen diensten van algemeen economisch belang en diensten van algemeen niet-economisch belang is relevant voor de vraag of de financiering van die diensten staatssteun kan opleveren. In feite is sprake van een 'viertrapsraket'. De eerste trap is of er sprake is van de financiering van een overheidsprerogatief. Is dat het geval, dan zijn de regels van het EG-Verdrag inzake de mededinging, waaronder begrepen de staatssteunregels, niet van toepassing. De tweede trap is of sprake is van het verrichten van diensten in de zin van artikel 50 EG. Is dat niet het geval, dan zijn de regels van het EG-Verdrag inzake de mededinging, waaronder begrepen de staatssteunregels, evenmin van toepassing. De derde trap is of er sprake is van een entiteit die een onderneming is, dat wil zeggen een onderneming die 'economische activiteiten' verricht. Is dat niet het geval, dan is een bijdrage aan die entiteit geen staatssteun. De vierde trap is of het een bijdrage betreft aan een onderneming die diensten van algemeen economisch belang verricht, zoals bedoeld in artikel 86 EG; dat wil zeggen een onderneming waaraan een dienst van algemeen belang is opgedragen (openbare-dienstverplichting). Is dat het geval dan houdt de compensatie van die entiteit géén staatssteun in, indien de compensatie voldoet aan de voorwaarden gesteld door het Hof in het Altmark-arrest. Voor wat betreft het Nederlandse subsidierecht geldt dat een subsidie voor het verrichten van diensten van algemeen niet-economisch belang nooit staatssteun inhoudt. Een subsidie voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang houdt geen staatssteun in, indien wordt voldaan aan de criteria van het arrest Altmark.

## 3.3 Subsidiëring van diensten van algemeen belang in Nederland

### *3.3.1 Algemeen*

Hoewel onze vereniging reeds in 1950 een preadvies aan het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratieve recht wijdde,[197] is bij de totstandkoming van titel 4.2 Awb nooit de vraag gesteld, of de subsidieontvanger een entiteit is die belast is met het verrichten van diensten van algemeen belang. Wel werd meer in zijn algemeenheid gediscussieerd over de vraag of bij subsidieverlening door de overheid een verschil kan worden gemaakt tussen algemene belangen

197. S.O. van Poelje & C.H.F. Polak, Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratieve recht, Geschriften voor de Vereniging voor Administratief Recht, IXI, Haarlem 1950.

en bijzondere belangen.[198] Bij het financieren van diensten van algemeen economisch belang in Nederland wordt niet altijd van tevoren beoordeeld of deze bijdragen subsidies zijn in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. Ook wordt geen onderscheid gemaakt tussen de diensten van algemeen economisch belang, diensten van algemeen niet-economisch belang of de openbare-dienstverplichting. Dat is ook logisch omdat deze begrippen communautaire begrippen zijn die – tot voor kort – voor het Nederlandse subsidierecht in het geheel niet van belang werden geacht.

De vraag of de compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen belang daadwerkelijk een subsidie is in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb is van belang voor het toepasselijk wettelijk kader voor de financiering van diensten van algemeen belang. Is die compensatie een subsidie, dan is titel 4.2 Awb daarop van toepassing. Is die compensatie géén subsidie dan is titel 4.2 Awb niet rechtstreeks van toepassing. Hierna zal blijken dat in Nederland de compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen belang vaak als subsidie wordt aangemerkt, en voorzover daarover twijfel bestaat, wordt titel 4.2 Awb regelmatig van overeenkomstige toepassing verklaard. Kennelijk gaat de wetgever ervan uit dat titel 4.2 Awb het juiste kader geeft voor de financiering van diensten van algemeen belang. In de paragrafen 3.4 en 3.5 zal worden onderzocht of dat ook zo is.

Voor de volledigheid zij opgemerkt dat in artikel 25 Mededingingswet (Mw) wel wordt gesproken over 'dienst van algemeen economisch belang'. Het betreft hier evenwel een uitzondering op artikel 24 Mw, dat betrekking heeft op misbruik van een economische machtspositie. Artikel 25 Mw heeft geen betrekking op staatssteun (noch op subsidies), omdat de directeur-generaal van de NMa niet bevoegd is zich uit te laten over de vraag of een steunmaatregel staatssteun oplevert. Die bevoegdheid is uitsluitend voorbehouden aan de Commissie op grond van het EG-Verdrag. Van belang daarentegen is wel dat Richtlijn 2000/52/EG met betrekking tot de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven in de artikelen 25a-25f van de Mededingingswet zijn geïmplementeerd. Voorzover die ondernemingen met subsidies worden gefinancierd, is naast de artikelen 25a-25f Mw ook titel 4.2 Awb daarop van toepassing.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de situatie in Nederland met betrekking tot de financiering van diensten van algemeen belang. Daarbij wordt titel 4.2 Awb als uitgangspunt genomen. Een onderscheid wordt gemaakt tussen vier categorieën: (i) financiering waarbij wordt aan genomen dat er geen twijfel bestaat dat titel 4.2 Awb daarop rechtstreeks van toepassing is omdat het subsidies betreft; (ii) financiering waarbij in een wet in formele zin titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard; (iii) financiering waarbij het onduidelijk is of titel 4.2 Awb daarop van toepassing is, omdat er twijfel mogelijk is of de financiering een subsidie is en (iv)

198. C.H.F. Polak, a.w., p. 45: 'Hoe verscheiden ook zijn de doeleinden waarvoor overheidslichamen subsidies geven. In welke mate algemeen en bijzonder belang kunnen samenvallen, blijkt wel zeer duidelijk in een tijd, waarin de overheid grote bedragen geeft aan personen, die zich een woning laten bouwen. Naarmate de overheid krachtiger streeft naar het ideaal van een welvaartsstaat, naarmate men in breder kring het als taak van de Staat gaat zien de bestaanszekerheid van zijn burgers te waarborgen, de onzekerheden en wisselvalligheden van het leven voor hen op te vangen en de voorziening in vele van hun behoeften en de behartiging van tal van hun belangen op zich te nemen, worden individuele belangen getrokken in de sfeer van of volledig gemaakt tot een algemeen belang.' Zie voorts ook p. 56.

financiering waarop titel 4.2 Awb niet van toepassing is, omdat het geen subsidies betreft.

### *3.3.2 Financiering waarbij wordt aangenomen dat er geen twijfel bestaat dat titel 4.2 Awb daarop rechtstreeks van toepassing is omdat het subsidies betreft*

Bijdragen van de overheid voor de aanleg en instandhouding van infrastructuur worden als subsidies aangemerkt. Uit de memorie van toelichting volgt dat de regering er zonder meer van uitgaat dat een financiële bijdrage voor het aanleggen van infrastructuur een subsidie is in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. In de memorie van toelichting bij de Aanpassingswet Derde Tranche Awb II is namelijk door de regering opgemerkt:[199]

> 'De bijdragen die uit het Infrastructuurfonds worden verstrekt aan provincies, gemeenten, regionale openbare lichamen, waterschappen, andere publiekrechtelijke rechtspersonen of privaatrechtelijke rechtspersonen voldoen in beginsel aan de definitie van het subsidiebegrip in artikel 4:21, eerste lid, van de Awb. Het begrip "bijdrage" is dan ook telkens vervangen door het begrip subsidie.'

Ook het Besluit infrastructuurfonds is daarop aangepast.[200] Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde gekomen, kan bij het aanleggen van infrastructuur worden afgevraagd in hoeverre het hier strikt genomen activiteiten betreft die de overheid wenselijk acht of die de overheid wenst te stimuleren. Het financieren van de aanleg van infrastructuur zou ook kunnen worden beschouwd als het doen van uitgaven die behoren bij de publieke taak van de overheid om te zorgen dat er voldoende wegen zijn en dat de toegankelijkheid van het land wordt gewaarborgd, behalve als de infrastructuur zou worden aangelegd om bepaalde ondernemingen te bevoordelen. In dat geval zou een bijdrage mogelijk wel als een subsidie kunnen worden gezien.[201]

De subsidies voor infrastructuur worden in de regel door de Minister van Verkeer en Waterstaat verstrekt aan decentrale overheden, die vervolgens de subsidie verstrekken aan de wegbeheerders of aan privaatrechtelijke ondernemingen. Nu titel 4.2 Awb van toepassing wordt geacht in de relatie tussen de minister en de decentrale overheden, ontkomen ook de decentrale overheden er niet aan om in hun subsidieverordeningen titel 4.2 Awb van toepassing te achten.

---

199. Kamerstukken II 1996/97, 25 464, nr. 3, p. 33.
200. Het Besluit infrastructuurfonds is met zoveel woorden aangepast aan titel 4.2 Awb (Besluit van 9 december 1997, Stb. 1997, 672). De nota van toelichting vermeldt: 'Door middel van het onderhavige besluit wordt het Besluit Infrastructuurfonds aangepast aan de subsidietitel (titel 4.2) van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze aanpassing aan de Awb houdt in de eerste plaats in dat een aantal termen in overeenstemming is gebracht met de terminologie van de Awb. Dit betreft bijvoorbeeld de invoering in het Besluit Infrastructuurfonds van de termen subsidie, subsidieverlening, vaststelling van de subsidie en voorschotverlening.'
201. Zie reeds J.A. Winter, a.w., p. 90: 'Bepaalde infrastructurele voorzieningen die de overheid specifiek ten behoeve van bepaalde ondernemingen voor haar rekening neemt en die niet behoren tot de normale collectieve voorzieningen waarop elke burger aanspraak kan maken, zouden onder omstandigheden als vormen van indirecte subsidiëring kunnen worden gezien.'

Het verlenen door de overheid van subsidie voor het aanbrengen van infrastructuur wordt in beginsel niet als staatssteun aangemerkt, mits die infrastructuur voor eenieder openbaar en toegankelijk is.[202] Dat geldt ook voor het onderhoud van dergelijke infrastructuur.[203] Uit het arrest van het Gerecht van eerste aanleg inzake Valmont kan worden afgeleid dat het aanleggen en onderhouden van infrastrucuur ook als dienst van algemeen economisch belang kan worden gezien.[204] In de literatuur is ook betoogd dat de aanleg van infrastructuur zelfs een overheidsprerogatief is.[205] Naar onze mening moet dat worden betwijfeld nu in r.o. 129 van het arrest inzake Valmont het Gerecht de Altmark-criteria van toepassing acht bij de vergoeding voor het exploiteren van de parkeerplaats. Zou het Gerecht hebben aangenomen dat sprake is van een overheidsprerogatief, dan zou, in beginsel, niet aan de Altmark-criteria worden toegekomen, omdat de staatssteunregels van het EG-Verdrag in dat geval niet van toepassing zijn.

In dit verband moet ook worden genoemd het initiatief van de overheid om breedbandinfrastructuur aan te leggen. Ook hier zal van overheidswege financiering worden verstrekt. De vraag is dus of deze bijdragen subsidies zijn in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. Stelt men dat het hier geen activiteit betreft die de overheid wil stimuleren, maar een uitvoering van een publieke taak, dan kan worden verdedigd dat deze bijdragen geen subsidies vormen. Zoals hiervoor in hoofdstuk 2 reeds aan de orde kwam en hierna in hoofdstuk 5 aan de orde zal komen, is dat bij de beantwoording van de vraag of de financiering van het breedbandnet staatssteun oplevert relevant: een subsidie wordt bij beschikking gegeven, welke beschikking formele rechtskracht kan krijgen indien daartegen niet tijdig bezwaar wordt gemaakt. Betreft het geen subsidie, dan is er geen sprake van een beschikking, maar van een contractuele verhouding.

In het rapport 'Aanbevelingen Breedbandactiviteiten Publieke Organisaties'[206] wordt expliciet ingegaan op de marktordeningsvraagstukken bij het uitrollen van breedbandinitiatieven. De rapportage beoogt (semi-)publieke partijen bij het omgaan met deze vraagstukken een helpende hand te bieden in de vorm van praktische aanbevelingen. In de rapportage wordt eveneens gesignaleerd dat titel 4.2 Awb van toepassing is op de bijdragen die de overheid mogelijk gaat verlenen in het kader

---

202. HvJ EG 15 juni 1993, zaak C-225/91 (Matra), Jur. 1993, p. I-03203, r.o. 29: 'Wat de infrastructuurinvesteringen en het opleidingsprogramma betreft, moet worden beklemtoond, dat de Commissie in de omstreden beschikking heeft vastgesteld, dat deze infrastructuur en opleiding niet alleen aan de gemeenschappelijke onderneming ten goede zouden komen. Op grond hiervan kon zij concluderen, dat de door de Portugese Republiek verleende financiële bijstand niet als staatssteun moest worden aangemerkt.' Zie voorts Commissiebeschikking van 18 juli 2001, PbEG 2002, L 48/20, alinea 20 (Valmont). De Commissiebeschikking van 18 juli 2001 is overigens vernietigd bij arrest van het GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01, AB 2005, 37 m.nt AdMvV. Zie voorts J.G. Westerhof, Financiering van infrastructurele projecten en Artikel 87 lid 1 EG-verdrag: waarheen leidt de weg?, NTER 2004, p. 298, C. Koenig & A. Haratsch, The Logic of Infrastructure Funding under EC State Aid Control, EStAL 2004, p. 393-397, M. Heidenhain, a.w., p. 175-179 en R. Plender, a.w., p. 13-14.
203. Beschikking van de Commissie d.d. 2 februari 2005, N 574/2004, C (2005) 171, ov. 15.
204. GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01, AB 2005, 37 m.nt. AdMvV.
205. B. Hessel & I. Jozepa, Stedelijke vernieuwing en de Europese regels van staatssteun, Gst. 2004, 7212, p. 449.
206. Eindrapport ICM werkgroep Breedband en Marktordening, september 2004. Bijlage bij Kamerstukken II 2004/05, 26 643, nr. 57. Zie voor de reactie van het kabinet op dit Kamerstuk: Kamerstukken II 2004/05, 26 643, nr. 59.

van de financiering van de breedbandinitiatieven. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat de financiële bijdrage voor het aanleggen van breedbandinfrastructuur inderdaad een subsidie inhoudt in de zin van de Awb. Zoals in dit preadvies reeds aan de orde gekomen, heeft het breedbandinitiatief vanuit het oogpunt van subsidiëring en staatssteun tot een interessante ontwikkeling geleid in de gemeente Appingedam. In dat verband is het opmerkelijk dat in de Breedbandnota van het kabinet geen aandacht wordt besteed aan de relatie tussen subsidieverlening en staatssteunaspecten.[207] Temeer daar de Commissie bij brief van 23 juli 2004 de Nederlandse regering heeft gevraagd om de Commissie te informeren de maatregelen met betrekking tot aanleg van een glasvezelnetwerk.[208] In het 33ste rapport over het mededingingsbeleid noemt de Commissie een aantal voorwaarden waaronder het aanleggen en financieren van breedbandinfrastructuur staatssteun inhoudt. De financiering van breedbandinfrastructuur die eigendom van een overheid is, valt niet onder het verlenen van staatssteun, aldus de Commissie.[209] De financiering van die bijdragen wordt – gelet op de hiervoor geciteerde toelichting ten aanzien van weginfrastructuur – hoogstwaarschijnlijk wel als subsidie aangemerkt.

Naast bijdragen voor infrastructuur worden bijdragen die worden verstrekt bij de sanering van ziekenhuizen ook als subsidie aangemerkt. In de memorie van toelichting[210] is ten aanzien van de bijdragen die worden verstrekt indien een ziekenhuisinstelling wordt 'gesaneerd', opgemerkt:

> 'In de nota van toelichting op het Besluit financiering sanering ziekenhuisvoorzieningen is de saneringsuitkering evenwel niet als schadevergoeding gekwalificeerd, maar is juist een parallel met subsidies getrokken. Bij herhaling wordt gewezen op de medeverantwoordelijkheid van de overheid voor een goede gang van zaken bij de saneringsprocessen, welke medeverantwoordelijkheid onder meer voortvloeit uit de zorg voor handhaving van de continuïteit en kwaliteit van de zorgverlening.
> Hoewel de saneringsuitkering ingeval van een gedwongen sluiting zekere elementen in zich draagt van bestuurscompensatie, kan, gelet op de strekking, zoals die blijkt uit genoemd Besluit, gesteld worden dat deze overwegend het karakter van een subsidie heeft en als zodanig valt aan te merken. Artikel 18b is derhalve aangepast en in overeenstemming gebracht met de subsidietitel van de Awb.'

Er wordt dus van uitgegaan dat een saneringsuitkering in elk geval een subsidie inhoudt. Ziekenhuizen worden beschouwd als instellingen die een economische activiteit verrichten en dus een onderneming zijn. Mogelijk kunnen zij worden aangemerkt als instellingen die diensten van algemeen economisch belang verrichten.[211] En dergelijke subsidie kan dus mogelijk staatssteun opleveren, indien aan de overige voorwaarden van het EG-Verdrag is voldaan.

---

207. Kamerstukken II 2003/04, 26 643, nr. 53.
208. Brief van de Commissie van 24 juli 2004, DG Comp H3/JWG/pf D(04) 316.
209. Het Mededingingsbeleid van de Europese Unie. XXXIIIde verslag over het mededingingsbeleid, par. 394-400.
210. Kamerstukken II 1996/97, 25 464, nr. 3, p. 49.
211. Hier kan ernstig over worden getwijfeld, aangezien diensten van algemeen economisch belang in de regel door één dienstverlener worden verricht.

De financiering van activiteiten die worden uitgevoerd door organisaties welke grotendeels een sociale functie vervullen, geen winstoogmerk hebben en niet deelnemen aan industriële of sociale activiteiten zal in de regel wél als subsidie worden aangemerkt, omdat het daarbij juist veelal gaat om activiteiten die de overheid wenselijk acht of wenst te stimuleren. Deze subsidies vormen geen staatssteun, omdat de diensten van die entiteiten niet vallen onder diensten als bedoeld in artikel 50 EG. Er is echter één caveat: sommige van de organisaties kunnen zowel niet-economische als economische activiteiten uitvoeren, terwijl de subsidie die wordt verstrekt op beide activiteiten ziet. In dat geval kan het verstrekken van een subsidie wél als het verlenen van staatssteun worden aangemerkt.

### *3.3.3 Financiering waarbij in een wet in formele zin titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard*

Het meest in het oog springende voorbeeld waarbij titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard bij het uitoefenen van een dienst van algemeen belang die geen economische activiteit betreft, is het verzorgen van onderwijs. Onderwijs is in het Nederlands subsidierecht een apart geval. Volgens de regering vertoont de financiering van het onderwijs en onderzoek veel verwantschap met subsidiëring, maar heeft het ook enkele specifieke karaktertrekken.[212] De specifieke karaktertrekken hangen samen met het feit dat op grond van artikel 23 Grondwet het bij de financiering van het onderwijs gaat om een kerntaak van de overheid. Gelet daarop wordt ook de term 'subsidies' vermeden bij de financiering van onderwijs en onderzoek, maar wordt dat 'bekostiging' genoemd. Op de bekostiging van onderwijs en onderzoek is dan, ingevolge artikel 4:21 lid 4 Awb, titel 4.2 Awb van *overeenkomstige* toepassing. Het verzorgen van het verplichte onderwijs is geen dienst waarop het EG-Verdrag ziet. Het bekostigen van onderwijs levert dus in beginsel geen staatssteun op. Wel zij erop bedacht dat het verzorgen van extra onderwijs bovenop het reguliere verplichte onderwijs wel kan worden beschouwd als een dienst in de zin van het EG-Verdrag, zodat op die dienstverlening wel de regelgeving van staatssteun van toepassing kan zijn.

Een ander belangrijk voorbeeld in Nederland waarbij titel 4.2 Awb expliciet van toepassing is verklaard op het verrichten van een openbare-dienstverplichting betreft de financiering van openbaar vervoer. Ingevolge artikel 75 van de Wet personenvervoer 2000 (WP 2000) is titel 4.2 Awb van *overeenkomstige* toepassing op de bijdrage voor de exploitatie van openbaar vervoer. Uit artikel 75 WP 2000 zou ook kunnen worden afgeleid dat de regering er zonder meer van uit is gegaan dat de bijdrage om openbaar vervoer te verrichten een subsidie is in de zin van 4:21 lid 1, Awb, zodat deze categorie ook in het vorige hoofdstuk zou kunnen thuishoren.[213] Hoewel titel 4.2 Awb expliciet van overeenkomstige toepassing is verklaard, rijst de

212. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 37 e.v.
213. Kamerstukken II 1999/2000, 26 456, nr. 3, p. 45 e.v. en p. 84. Art. 75 WP 2000 bepaalt namelijk dat in afwijking van art. 4:21 lid 3 Awb (subsidieverlening tussen overheden) en niet lid 1, titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing is.

vraag of het verstrekken van bijdragen voor het verrichten van openbaar vervoer als subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb is aan te merken. De WP 2000 voorziet namelijk in een concessie voor het verrichten van openbaar vervoer. Van de concessie kan nakoming worden verlangd. Zoals hierna nog aan de orde komt, kan de vraag worden gesteld in hoeverre bij subsidieverlening een dergelijk element van verplichtingen past, waarvan nakoming kan worden afgedwongen. In hoofdstuk 2 is aan de orde gekomen dat de wetgever bij de titel 4.2 Awb ervan uit is gegaan dat het stimuleringselement overheerst bij subsidieverlening. In het geval de subsidieontvanger niet slaagt in hetgeen de overheid wenst te stimuleren, kunnen – vanuit die stimuleringsgedachte – alleen de gelden worden teruggevorderd, maar kan géén nakoming worden afgedwongen. Bij het financieren van openbaar vervoer, wil degene die de subsidie verstrekt wél nakoming kunnen afdwingen.

In de meeste gevallen zal naar ons oordeel bij het verstrekken van gelden aan ondernemingen die belast zijn met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang wél sprake zijn van subsidies, omdat de overheid het wenselijk acht dat zij bepaalde activiteiten in het kader van het algemeen belang verrichten. Het wordt, bijvoorbeeld, wenselijk geacht dat de postbezorging ook plaatsvindt in gebieden die veraf gelegen zijn. Het wordt wenselijk geacht dat eenieder kan telefoneren. Zou de overheid daarvoor een financiële bijdrage verstrekken aan een onderneming, dan kwalificeren deze bijdragen naar ons oordeel in beginsel als subsidies in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. Bij openbaar vervoer wordt dat ook zo gevoeld, omdat daar expliciet titel 4.2 Awb van toepassing is verklaard.

Als laatste zij nog vermeld dat op grond van artikel 111 Wet op het notarisambt,[214] titel 4.2 Awb en afdeling 4.2.8 Awb uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de financiering van het Bureau Financieel Toezicht ingevolge de Wet op het notarisambt. De reden hiervoor is, volgens de regering, dat Het Bureau Financieel Toezicht een bestuurstaak verricht, te weten het toezicht houden op de taakvervulling van notarissen. Het ligt dan ook meer voor de hand dat de financiering van die taak door de Staat geschiedt, aldus de regering.[215] Voor het onderwerp staatssteun is van belang dat de taken van het bureau kunnen worden gezien als de uitoefening van een overheidsprerogatief, namelijk toezicht en handhaving van regelgeving. De financiering (en subsidiëring) van dit bureau levert dus geen staatssteun op.

### *3.3.4 Financiering waarbij het onduidelijk is of titel 4.2 Awb daarop van toepassing is, omdat er twijfel mogelijk is of de financiering een subsidie is*

In een aantal gevallen is onduidelijk of titel 4.2 Awb van toepassing is op de financiering. Een goed voorbeeld daarvan is de bijdrage aan de publieke omroep.[216] Artikel

---

214. Wet van 3 april 1999, Stb. 1999, 190.
215. Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 20, p. 10 en Kamerstukken I 1998/99, 23 706, nr. 25a, p. 18.
216. Zie uitgebreid omtrent de financiering van de publieke omroep L. Dragstra, N.A.N.M. van Eijk, A.W. Hins & M.J. Honert, Publieke Omroep in de Regio. Onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid bij provinciale financiering, Amsterdam: IviR 2004. Zie voorts E.J. Dommering, a.w., p. 170-172. Voor een vergelijking van de situatie in andere lidstaten, zie: V. Wiedemann, Public Service Broadcasting, State Aid, and the Internet: Emerging EU Law, EStAL 2004, p. 595-603 en C. Koenig en G. Husi, Public Funding of Digital Broadcasting under EC State Aid Law, EStAL 2004, p. 605-612.

111 van de Mediawet bepaalt dat onder de naam rijksomroepbijdrage jaarlijks door de Minister van VWC een bedrag beschikbaar gesteld wordt voor instellingen die zendtijd hebben verkregen.[217] Het betreft hier de financiering van een dienst van algemeen economisch belang.[218] De verlaging van de rijksomroepbijdrage geschiedt bij wet[219] en het Commissariaat houdt toezicht op de rechtmatige besteding van de omroepbijdrage door de instellingen die zendtijd hebben gekregen. Het Commissariaat heeft ook de mogelijkheid om bijdragen terug te vorderen (artikel 109a lid 3 Mediawet, welk artikel bij de Wet van 23 februari 2004 is toegevoegd). Op dit moment is bij de Tweede Kamer aanhangig het wetsvoorstel 'Wijziging van de Mediawet in verband met een nieuwe financieringstructuur voor de regionale publieke omroep'.[220] Hoewel in de laatste brief aan de Tweede Kamer van 15 november 2004 uitdrukkelijk de financiële bijdrage 'subsidie' wordt genoemd, wordt daarbij niet ingegaan op titel 4.2 Awb.[221] De vraag of de bijdragen in 'omroepland' subsidies inhouden is van actueler belang geworden, omdat de Europese Commissie inmiddels bij beschikking van 3 februari 2004 heeft geconcludeerd dat financiering van de publieke omroep in Nederland niet aan alle eisen van het arrest Altmark voldoet.[222]

De bijdragen voor de financiering van de publieke omroepen zijn naar ons oordeel subsidies in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb, omdat die bijdragen worden verstrekt om een doelstelling te realiseren, of om het in de woorden van 4:21 lid 1, Awb te zeggen 'met het oog op bepaalde activiteiten' worden verstrekt. De overheid wenst die activiteiten ook te stimuleren. De wetgever was dat ook van mening, omdat bij het in werking treden van derde tranche van de Awb expliciet is bepaald dat titel 4.2 Awb 'vooralsnog' niet van toepassing is op de Mediawet.[223] De reden hiervoor was dat de complexiteit van de verwerking van de subsidietitel in de Mediawet en de recente prioritaire wetsvoorstellen tot wijziging van de Mediawet aan de uitvoering van dit voornemen in de weg staan.[224]

Hoewel dus, enerzijds, de bijdragen aan de publieke omroep als subsidies moeten worden aangemerkt, is anderzijds titel 4.2 Awb niet van toepassing op de *landelijke* omroep. In het rapport 'Publieke Omroep in de Regio. Onafhankelijkheid en verant-

---

217. Art. 111 is toegevoegd bij Wet van 22 december 1999 tot wijziging van de Mediawet in verband met nieuwe regels omtrent de financiering van de publieke omroep (afschaffing omroepbijdrage), Stb. 1999, 573. In de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II, 26 707) bij deze is wet is de vraag of de bijdrage subsidie vormt in de zin van art. 4:21 Awb niet aan de orde geweest noch bij de meest recente wijziging van de Mediawet in verband met de verlaging van de omroepbijdrage (Kamerstukken II, 29 032).
218. Zie hierover ook de Mededeling van de Commissie betreffende de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, PbEG 2001, C 320.
219. Zie als bijv. de Wet van 23 februari 2004 tot wijziging van de Mediawet in verband met verlaging van de rijksomroepbijdrage, Stb. 2004, 94. Ook hier is in de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II, 29 032) geen aandacht besteed aan de vraag of, en zo ja, in hoeverre deze bijdragen subsidies vormen en behoefte is aan aparte terugvorderingsbepalingen, los van de bepalingen van titel 4.2 Awb.
220. Kamerstukken II 2004/05, 28 856.
221. Kamerstukken II 2004/05, 28 856, nr. 7, p. 3, 5, 9 en 12.
222. Commissiebeschikking van 3 februari 2004, C2/04, PbEG 2004, C 61, alinea 72.
223. Zie het enig artikel, onderdeel a, onder 3° van het KB van 11 december 1997, Stb. 1997, 581. Bij de Aanpassingswet derde tranche Awb was bepaald dat titel 4.2 Awb niet van toepassing is op de Mediawet.
224. Kamerstukken II 1997/98, 25 464, nr. 5, p. 1.

woordelijkheid bij provinciale financiering' wordt geconcludeerd dat de door het Commissariaat aan een *provincie* verstrekte vergoeding voor regionale televisie wel als een subsidie in de zin van de Awb kan worden aangemerkt, waarop titel 4.2 Awb wél van toepassing is omdat daarvoor geen uitzondering geldt.[225] Dit betekent vanuit staatssteunperspectief dat van belang is om te bezien of met titel 4.2 Awb tegemoet kan worden gekomen aan de voorwaarden van het Altmark-arrest.

### *3.3.5 Bijdragen waarop titel 4.2 Awb niet van toepassing is*

De bijdragen voor sociale zekerheid worden niet als subsidies beschouwd.[226] Zoals hiervoor besproken, zijn entiteiten die zich bezighouden met het beheren van diensten ten behoeve van een verplicht sociaalzekerheidsstelsel géén ondernemingen, zodat bijdragen aan die entiteiten noch subsidies, noch staatssteun vormen. Voor bijdragen aan facultatieve sociale verzekering geldt dat zij evenmin subsidies inhouden, maar wel staatssteun kunnen inhouden, omdat entiteiten die zich bezighouden met facultatieve sociale verzekering wél ondernemingen zijn.

Voor studiefinanciering geldt expliciet dat titel 4.2 Awb daarvan is uitgesloten.[227] Bijdragen van de overheid ten behoeve van studiefinanciering gelden dus in elk geval niet als subsidies.

Voorts geldt dat het besluit tot het verlenen van exclusieve rechten voor het financieren van de diensten van algemeen economisch belang geen subsidie is. Het verlenen van exclusieve rechten vestigt geen aanspraak op financiële middelen. Hetzelfde geldt in beginsel voor het gunnen van een overheidsopdracht in een aanbesteding. Voorzover door het verlenen van exclusieve rechten of een gunning van een overheidsopdracht een bepaalde onderneming wordt bevoordeeld, is dat een subsidie in natura, die mogelijk staatssteun inhoudt, maar in elk geval geen subsidie.[228] Op deze categorie zal in dit preadvies verder dus niet worden ingegaan.

## 3.4 Financiering van diensten van algemeen economisch belang en openbare-dienstverplichtingen

### *3.4.1 Algemeen*

Uit de vorige paragraaf volgt dat er geen vaste lijn te ontdekken is wanneer titel 4.2 Awb geldt voor de financiering van diensten van algemeen belang. Wel staat vast dat het instrument van subsidiëring gebruikt wordt ter financiering van diensten van algemeen belang. In dit verband is dus van belang om te onderzoeken in hoeverre door middel van toepassing van titel 4.2 Awb kan worden voldaan aan de criteria van het Altmark-arrest.

---

225. L. Dragstra, N.A.N.M. van Eijk, A.W. Hins & M.J. Honert, Publieke Omroep in de Regio. Onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid bij provinciale financiering, Amsterdam 2004, p. 50.
226. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 34.
227. Art. 11.2 Wet studiefinanciering 2000.
228. Zie voor de vraag in hoeverre gunning van een overheidsopdracht staatssteun kan inhouden: P.A. Baistrocchi, Can the Award of a Public Contract be Deemed to Constitute State Aid?, ECLR 2003, p. 510-517.

De eerste voorwaarde luidt letterlijk:

> 'In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn.'[229]

Zoals hiervoor in paragraaf 3.3 aangegeven, kan titel 4.2 Awb van toepassing zijn op een compensatie voor openbare-dienstverplichtingen. De vraag rijst of een subsidie(verlenings)beschikking kan gelden als 'belast zijn' als bedoeld in deze voorwaarde van het Altmark-arrest.

Artikel 4:30 lid 1 Awb bevat de eis dat de beschikking tot subsidieverlening een omschrijving bevat van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit artikel mede is geschreven met het oog op een exploitatiesubsidie voor een instelling die ook niet gesubsidieerde activiteiten uitvoert.[230] Ook volgt uit de memorie van toelichting dat de omschrijving mede afhankelijk is van de vrijheid die de overheid de gesubsidieerde instelling wil laten. Het zal duidelijk zijn dat wanneer het gaat om openbare-dienstverplichtingen en/of diensten van algemeen economisch belang, deze vrijheid in belangrijke mate ingeperkt wordt door de criteria van het Altmark-arrest. Ook het feit dat een subsidie een aanspraak is op financiële middelen met het oog op *bepaalde* activiteiten van de aanvrager, maakt dat de onderneming ook daadwerkelijk belast moet worden met het uitvoeren van bepaalde activiteiten, indien op haar aanvraag een besluit tot subsidieverlening wordt genomen. Naar ons oordeel biedt artikel 4:30 lid 1 Awb de mogelijkheid om te voldoen aan de criteria van het Altmark-arrest. In dit verband moet worden opgemerkt dat het belasten van een entiteit met een dienst van algemeen economisch belang nog niet automatisch inhoudt dat die entiteit ook een exclusief recht moet krijgen om die dienst te verrichten. Het belast zijn met een bepaalde dienst kan naar ons oordeel uit een subsidieverleningsbeschikking volgen. Het belasten met een exclusief recht daarentegen kan naar ons oordeel moeilijk door middel van een subsidieverleningsbeschikking geschieden.

Op één onderdeel zou kunnen worden betoogd dat met toepassing van titel 4.2 Awb niet kan worden voldaan aan het eerste Altmark-criterium. Dat betreft het onderdeel van de *verplichting*. De verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn volgens de eerste voorwaarde van het Altmark-arrest. Bovendien volgt uit de Europeesrechtelijke jurisprudentie dat de desbetreffende dienst daadwerkelijk belast moet zijn met de dienst.[231] Deze belasting behoeft niet te blijken uit een wet in formele zin, maar wel uit een duidelijke verplichting. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat de subsidieverlening in beginsel geen onvoorwaardelijke rechtsplicht tot het verrichten van de gesubsidieerde activiteit en het naleven van de daarbij

229. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 89.
230. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 51.
231. HvJ EG 27 april 1994, zaak C-392/92 (Almelo), Jur. 1994, p. I-1477, r.o. 47 en HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-159/94 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1997, p. I-5815, r.o. 65-66.

behorende verplichtingen schept, omdat de ontvanger in beginsel het alternatief heeft om van de subsidie af te zien.[232] In die redenering kan het niet nakomen van een subsidieverplichting slechts tot gevolg hebben dat de subsidieverlener de subsidie intrekt. Het kan niet leiden tot een publiekrechtelijke handeling tot naleving van de subsidieverplichtingen, zoals een last onder dwangsom of bestuursdwang. In de literatuur is overigens wel betoogd dat dat mogelijk moet zijn.[233]

Afdeling 4.2.4 Awb biedt overigens wel de mogelijkheid om verplichtingen aan de subsidieverlening te verbinden. Artikel 4:37 lid 1 onder a Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de subsidieontvanger verplichtingen kan opleggen met betrekking tot de aard en omvang van de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verleend. Het niet voldoen aan de verplichtingen kan leiden tot intrekking van de subsidies (artikel 4:48 lid 1 onder b Awb en artikel 4:49 lid 1 onder c Awb) dan wel lagere vaststelling van de subsidies (artikel 4:46 lid 2 onder b Awb). Hiermee kan op het eerste gezicht aan de eerste voorwaarde van het Altmark-arrest worden voldaan. Indien de eerste voorwaarde zo moet worden uitgelegd dat nakoming van deze verplichting daadwerkelijk moet kunnen worden afgedwongen, dan rijst de vraag of de eerder genoemde overweging in de memorie van toelichting daaraan in de weg staat. De memorie van antwoord geeft het antwoord zelf.[234] Nadat eerst herhaald wordt dat kenmerkend voor een subsidie als bestuursinstrument het ontbreken van rechtstreekse overheidsdwang is, wordt aangegeven dat op twee manieren – voorzover in bijzondere situaties toch behoefte bestaat aan een rechtstreekse verplichting van de subsidieontvanger om de gesubsidieerde activiteit ook daadwerkelijk te verrichten – daarin kan worden voorzien: (i) door een bijzonder wettelijk voorschrift, dan wel (ii) door het sluiten van een overeenkomst terzake met de subsidieontvanger.

De bevoegdheid tot het sluiten van een subsidieovereenkomst naast een uitvoeringsbeschikking is neergelegd in artikel 4:36 Awb.[235] Artikel 4:36 lid 2 Awb bepaalt met zoveel woorden dat in de overeenkomst kan worden bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verleend, te verrichten, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de subsidie zich daartegen verzet. Beide zullen zich indien het een compensatie voor een dienst van algemeen economisch belang betreft, niet voordoen. Integendeel, het afdwingen van de verplichtingen door middel van een bijzonder wettelijk voorschrift komt juist vaak voor. Een goed voorbeeld hiervan is het openbaar vervoer. Een onderneming wordt door middel van een concessie opgedragen openbaar vervoer te verrichten volgens hetgeen in de concessie is bepaald (artikel 34 Wet personenvervoer 2000) en de concessieverlener is bevoegd subsidie te verstrekken voor het in een concessie omschreven openbaar vervoer (artikel 22 Wet personenvervoer 2000). De desbetreffende decentrale overheden, die concessieverlener zijn, kunnen op grond van hun algemene bevoegdheid op grond van bijvoorbeeld de artikelen 122 Provinciewet en 125 Gemeentewet tot het toepassen van bestuursdwang, naleving van de concessie-

232. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 28.
233. J. van Vliegen, Bestuursrechtelijke handhaving van subsidievoorwaarden, in: Recht op Scherp (Duk-bundel), Zwolle 1984, p. 435.
234. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 62.
235. Daarin kunnen dus de verplichtingen worden neergelegd: zie Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 61.

voorwaarden afdwingen. Ook worden in de praktijk wel uitvoeringsovereenkomsten gesloten om nakoming van de subsidieverplichtingen te verzekeren.

Artikel 4:59 lid 1 Awb bevat overigens een toezichtbepaling bij subsidies die per boekjaar aan rechtspersonen worden verstrekt. Dit artikellid bepaalt dat het bestuursorgaan dat met toepassing van afdeling 4.2.8 Awb een subsidie verleent één of meer toezichthouders kan aanwijzen die zijn belast met het toezicht op de naleving van aan de ontvanger van de subsidie opgelegde verplichtingen. Kennelijk gelden de door de wetgever bij artikel 4:30 Awb gemaakte opmerkingen over het rechtskarakter van een subsidie in mindere mate, wanneer het gaat om per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen.[236] Bij subsidies aan ondernemingen voor het verrichten van diensten van algemeen belang zal het in de regel gaan om meerjarige subsidies aan rechtspersonen, zodat er wat ons betreft, geen beletsel bestaat om daadwerkelijk verplichtingen aan de subsidie te verbinden.

### *3.4.3 De tweede voorwaarde van het Altmark-arrest*

De tweede voorwaarde luidt letterlijk als volgt:[237]

> 'In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld.
> Zo vormt de compensatie door een lidstaat van door een onderneming geleden verliezen zonder dat de parameters voor een dergelijke compensatie vooraf zijn vastgesteld, een financiële maatregel die valt onder het begrip staatssteun in de zin van art. 92 lid 1 van het Verdrag, wanneer achteraf blijkt dat de exploitatie van bepaalde diensten in het kader van de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen niet economisch levensvatbaar was.'

Artikel 4:31 lid 1 Awb bepaalt dat de beschikking tot subsidieverlening het bedrag vermeldt van de subsidie, dan wel de wijze waarop dit bedrag wordt bepaald. Met dit artikellid kan in zoverre worden voldaan aan de tweede voorwaarde van het Altmark-arrest, dat vooraf het bedrag wordt vastgesteld, dan wel de wijze waarop het totstandkomt. Dit artikel waarborgt echter nog niet dat het bedrag op objectieve en doorzichtige wijze wordt vastgesteld. Artikel 4:31 lid 2 Awb bepaalt dat, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, indien de beschikking tot subsidieverlening het bedrag van de subsidie niet vermeldt, zij het bedrag vermeldt waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld. Uit de toelichting op artikel 4:31 Awb volgt dat dit artikel is opgenomen met als doelstelling dat een zodanige systematiek wordt opgenomen dat er voor de ontvanger een prikkel uitgaat om zijn activiteiten zo doel-

---

236. Dit volgt reeds uit de inleidende opmerking uit de toelichting bij art. 4:59 Awb: 'Het behoeft geen betoog, dat een bestuursorgaan dat een subsidie verstrekt over voldoende bevoegdheden dient te beschikken om adequaat te kunnen controleren of de aan de subsidie verbonden verplichtingen zijn nageleefd.' Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 89. Overigens is op deze bepaling wel kritiek geleverd, onder meer door Bok, a.w., p. 182-184.
237. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 90-91.

matig mogelijk te verrichten.[238] Vandaar dat artikel 4:31 lid 2 Awb eist dat een maximumbedrag in elk geval wordt opgenomen. Het artikellid bevat evenwel niet duidelijk een waarborg dat de parameters op basis waarvan de compenstatie wordt verrekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, maar laat daartoe wel de mogelijkheid. Het is dus aan het bestuursorgaan dat een compensatie wenst te verlenen, om in de desbetreffende subsidieregeling, danwel in de desbetreffende beschikking tot subsidieverlening, overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:31 lid 1 Awb, de parameters op te nemen, die objectief en doorzichtig moeten zijn, op basis waarvan de subsidie wordt verleend.

### *3.4.4 De derde voorwaarde van het Altmark-arrest*

De derde voorwaarde van het Altmark-arrest luidt letterlijk:[239]

> 'In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. De inachtneming van deze voorwaarde is onmisbaar om te waarborgen dat de begunstigde onderneming geen voordeel wordt toegekend dat de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen doordat de mededingingspositie van die onderneming wordt versterkt.'

Al meteen moet worden vastgesteld dat titel 4.2 Awb geen op deze voorwaarde toegesneden bepaling bevat die geheel recht doet aan deze voorwaarde. Ofschoon bij de subsidievaststelling de subsidie lager kan worden vastgesteld, wordt op grond van artikel 4:46 lid 1 Awb de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vastgesteld. Alleen op grond van de bepalingen van artikel 4:46 lid 2 Awb kan de subsidie lager worden vastgesteld. Het feit dat de onderneming (meer) winst heeft gemaakt en er dus in feite een hogere compensatie is gegeven dan nodig is om de kosten te dekken, valt, indien de subsidiebeschikking daarover niets bepaalt, niet direct te scharen onder één van de in lid 2 genoemde voorwaarden.

De vraag rijst vervolgens of een verplichting tot terugbetaling van de overcompensatie als verplichting kan worden opgenomen. Artikel 4:37 Awb bevat een opsomming van alle 'standaard'verplichtingen die aan een beschikking tot subsidieverlening ten grondslag kunnen worden gelegd. Uit de memorie van toelichting volgt dat deze verplichtingen in beginsel limitatief zijn, omdat voor andere verplichtingen een grondslag in de desbetreffende subsidieregeling moet worden neergelegd.[240] Daarin is niet met zoveel woorden de verplichting genoemd die ziet op het terugbetalen van overcompensatie. Wel bevat artikel 4:37 lid 1 onder g Awb een verplichting die ruimte biedt door zijn algemene formulering. Het artikellid bepaalt namelijk dat verplichtingen kunnen worden opgelegd tot 'het beperken of wegnemen van de nadelige gevolgen van de subsidie voor derden'. Overcompensatie lijdt tot nadelige

238. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 53-54.
239. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 92.
240. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 64.

gevolgen voor derden, omdat derden daardoor in hun concurrentiepositie worden aangetast, zoals het Hof ook formuleert in het derde criterium van het Altmark-arrest. Uit de memorie van toelichting bij artikel 4:37 lid 1 Awb valt ook af te leiden dat het beperken van concurrentievoor- of nadelen uitdrukkelijk zijn bedoeld bij de g-grond van dit artikellid. De memorie van toelichting geeft namelijk het voorbeeld dat een verplichting kan worden gesteld 'met betrekking tot de openingstijden van de kantine van de gesubsidieerde sporthal, om te voorkomen dat de plaatselijke horeca-ondernemers oneerlijke concurrentie wordt aangedaan'.[241] Naar ons oordeel betekent dit dat artikel 4:37 lid 1 onder g Awb de bevoegdheid geeft voor een subsidieverlenend bestuursorgaan om aan de subsidieverleningsbeschikking de verplichting te verbinden dat indien de subsidie leidt tot overcompensatie, het te veel betaalde moet worden terugbetaald aan de overheid, om te voorkomen dat 'de begunstigde onderneming geen voordeel wordt toegekend dat de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen doordat de mededingingspositie van die onderneming wordt versterkt'. Indien – ter voldoening aan de eerste voorwaarde van het Altmark-arrest – tevens een subsidieovereenkomst zou worden gesloten, kan bij deze overeenkomst tevens een op de compensatieverplichting toegesneden wijze van vaststelling van de subsidies worden uitgewerkt. Artikel 4:44 lid 1 onder c Awb biedt de mogelijkheid om de vaststelling in afwijking van artikel 4:44 te regelen. Bovendien leent het systeem van subsidieverstrekking zoals neergelegd in titel 4.2 Awb zich goed voor een dergelijke voorwaarden. Het systeem gaat namelijk uit van een proces in drie fasen: een verleningsbeschikking, een vaststellingsbeschikking en beschikking tot bevoorschotting. Bij de subsidieverleningsbeschikking wordt vastgesteld hoe het bedrag wordt bepaald. Bij de vaststelling, waartoe de ontvanger zelf een aanvraag moet indienen en een financiële verantwoording moet afleggen, kan worden bezien in hoeverre niet te veel is betaald. Voldoet de ontvanger niet aan de verplichting om het te veel betaalde terug te betalen, dan kan de subsidie op grond van artikel 4:46 lid 2 onder b Awb lager worden vastgesteld en kan de te veel betaalde subsidie worden teruggevorderd. Is reeds op voorhand duidelijk dat een potentiële subsidieontvanger niet aan die verplichting(en) wenst te voldoen, dan kan de subsidie worden geweigerd op grond van artikel 4:35 lid 1 onder b Awb.

Wel rijst de vraag in hoeverre een dergelijke 'overcompensatie'-voorwaarde zich verhoudt met artikel 4:41 Awb. Dit artikel bepaalt dat uitsluitend in de limitatief in lid 2 genoemde gevallen, de subsidieontvanger aan de subsidieverlener een vergoeding verschuldigd is voorzover het verstrekken van de subsidie heeft geleid tot vermogensvorming. De in artikel 4:41 lid 2 Awb genoemde gronden bieden geen grondslag voor een terugbetaling van overcompensatie zoals bedoeld in de derde voorwaarde van het Altmark-arrest. De vraag is of een verplichting tot betaling van overcompensatie, die op grond van artikel 4:37 lid 1 onder g Awb aan de subsidie zou worden verbonden in strijd is met artikel 4:41 Awb. Naar ons oordeel is dat niet per se het geval. Doelstelling van artikel 4:41 lid 1 Awb is dat vermogenstoename louter als gevolg van de subsidieverlening slechts in de in lid 2 genoemde gevallen moet worden vergoed aan het bestuursorgaan. Er moet – zo stelt de regering in de memorie van toelichting – causaal verband zijn tussen de subsidieverlening en de

241. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 64-65.

vermogenstoename.[242] Dit causaal verband zal bij compensaties voor openbare-dienstverplichtingen vaak ontbreken, omdat de vermogenstoename geen verband zal houden met de subsidieverstrekking, maar met het feit dat naast de subsidie ook een exclusief recht is toegekend aan de desbetreffende onderneming, op basis waarvan het opbrengsten kan genereren. Vallen de opbrengsten hoger uit, dan had – achteraf bezien – minder subsidie behoeven te worden verleend, zodat het te veel gesubsidieerde, de overcompensatie, moet worden terugbetaald.

Dit derde criterium is wel van groot belang, omdat het Hof heeft aangegeven dat het criterium onmisbaar is om te waarborgen dat de begunstigde onderneming geen voordeel wordt toegekend dat de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, doordat de mededingingspositie van die onderneming wordt versterkt.

In dit verband zij daaraan toegevoegd dat in het 33ste verslag over de mededinging de Commissie nadere voorwaarden noemt waaraan moet zijn voldaan wil een financiering van een dienst van algemeen belang geen staatssteun inhouden. Dit betreft – in het kader van de aanleg van breedbandinfrastructuur – bijvoorbeeld de verplichting dat de infrastrucuur op niet-discriminerende voorwaarden aan alle exploitanten van elektronische communicatienetwerken en -diensten ter beschikking moet worden gesteld.[243] Naar ons oordeel kan een dergelijke verplichting als een doelgebonden verplichting in de zin van artikel 4:38 lid 1 Awb worden beschouwd, omdat deze verplichting strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie: namenlijk een infrastructurele voorziening die openstaat voor elke exploitant. De memorie van toelichting bij artikel 4:38 Awb geeft aan dat naar hun inhoud de verplichingen sterk kunnen variëren, omdat zij (i) rechtstreeks betrekking hebben op de gesubsidieerde activiteiten (waarbij de memorie van toelichting het voorbeeld noemt van de aan een instelling opgelegde verplichting om bepaalde activiteiten ten behoeve van derden uitsluitend te laten verzorgen door personen die aan bepaalde eisen voldoen), maar (ii) ook een meer afgeleid en ondersteunend karakter kunnen hebben (waarbij de memorie van toelichting het voorbeeld noemt van verplichtingen met betrekking tot de wijze waarop de gesubsidieerde instelling haar administratie moet voeren of de wijze waarop aan de subsidieverlener moet worden gerapporteerd).[244] Gelet op deze toelichting achten wij een bepaling die ertoe strekt om op non-discriminatoire wijze de infrastructuur ter beschikking te stellen in beginsel passen binnen de reikwijdte van artikel 4:38 Awb. Steun hiervoor is ook te vinden in de jurisprudentie. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State achtte in navolging van de Rechtbank Leeuwarden een verplichting tot ontvlechting verbonden aan een subsidie verleend aan de Stichting Rechtsbijstand Friesland redelijkerwijs noodzakelijk en geschikt om het met de subsidieverlening nagestreefde doel te verwezenlijken.[245]

---

242. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 68.
243. Het Mededingingsbeleid van de Europese Unie. XXXIIIde verslag over het mededingingsbeleid, par. 396.
244. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 65.
245. ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 315 en Rb. Leeuwarden 5 juni 2003, JB 2003, 220 m.nt. C.L.G.F.H.A.

### 3.4.5 *De vierde voorwaarde van het Altmark-arrest*

De vierde voorwaarde luidt letterlijk:[246]

> 'In de vierde plaats, wanneer de met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.'

Bij een verlening van de aanvraag om subsidie zal in het algemeen geen sprake zijn van aanbesteding van de verplichting waartegenover de subsidie staat. Wel is het zo dat de verplichting waarmee een onderneming wordt belast, moet worden aanbesteed indien de relevante aanbestedingsrichtlijnen dit voorschrijven. Als voorbeeld kan hier worden genoemd de openbaar-vervoerconcessie, waarvan de WP 2000 voorschrijft dat deze moet worden aanbesteed. Naar ons oordeel is moeilijk voorstelbaar dat uitsluitend een subsidiebeschikking wordt aanbesteed. Theoretisch is dat op zichzelf mogelijk, maar in de meeste gevallen zal een bijzonder besluit of een overeenkomst worden aanbesteed, die een verplichting inhoudt, ter voldoening waarvan bij een subsidiebesluit (extra) gelden ter beschikking worden gesteld. Gelet daarop zal de noodzakelijke compensatie *vooraf* moeten worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de oefening van deze verplichtingen. Het is voor een subsidieverlenend bestuursorgaan nog niet zo makkelijk om vooraf in te schatten hoe hoog de subsidie moet zijn. Bovendien kan er veel onduidelijkheid bestaan welke kosten nog wel en welke kosten niet meer kunnen worden beschouwd als behorend tot een gemiddelde goed beheerde onderneming. Het zou voor dit preadvies te ver voeren om uitgebreid in te gaan op hoe de compensatie vooraf moet worden bepaald,[247] maar naar ons oordeel biedt het systeem van subsidieverlening, vaststelling en bevoorschotting goede mogelijkheden. Het bestuursorgaan kan vooraf de hoogte van het bedrag dat ingevolge artikel 4:31 Awb dient te worden vermeld, bepalen. Het verdient daarbij de voorkeur dat de subsidieverlenende overheid een economische analyse maakt voordat zij de subsidie verleent. Eventueel is dat ook mogelijk door de wijze waarop het bedrag wordt bepaald afhankelijk te stellen van een nader onderzoek. Bij de vaststelling van de subsidie kan vervolgens worden bezien, aan de hand van de financiële verantwoording, of de desbetreffende onderneming zich heeft gedragen als een gemiddelde goed beheerde onderneming. Bij de

246. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 93.
247. Zie hiervoor T. Lüder, Calculating Public Service Compensation, EStAL 2004, p. 385-391.

bevoorschotting kan bovendien rekening worden gehouden met het feit dat later de subsidie lager of hoger kan worden vastgesteld en het voorschotritme kan worden afgestemd op uitkomsten van nader onderzoek.

## 3.5 Aan Altmark-criteria wordt niet voldaan

### *3.5.1 Algemeen*

Indien aan de Altmark-criteria niet kan worden voldaan, betekent dat niet dat reeds daarom de compensatie niet is toegestaan. Het enige gevolg is dat er in dat geval sprake is van staatssteun, die op grond van artikel 88 EG dient te worden gemeld bij de Commissie.[248]

De Europese Commissie heeft een ontwerp-beschikking opgesteld betreffende de toepassing van artikel 86 EG op staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst die wordt toegekend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen.[249] De bevoegdheid daartoe ontleent de Commissie aan artikel 86 lid 3 EG, waarin is bepaald dat de Commissie 'voorzover nodig' passende beschikkingen richt tot de lidstaten.

Artikel 2 van de ontwerp-beschikking voorziet in een vrijstelling van de meldingsplicht, als bedoeld in artikel 88 lid 3 EG, indien een compensatie voor de openbare dienst voldoet aan de in de beschikking vastgelegde voorwaarden. Artikel 1 van de ontwerp-beschikking beperkt het toepassingsgebied van de ontwerp-beschikking. Zo ziet de ontwerp-beschikking niet op (openbaar) vervoer en omroepen. Artikel 3 beperkt in feite ook het toepassingsbereik, omdat de ontwerp-beschikking uitsluitend van toepassing is op diensten van algemeen economisch belang en niet op diensten van algemeen niet-economisch belang.

Van belang is de vraag of door middel van titel 4.2 Awb kan worden voldaan aan de criteria van de ontwerp-beschikking. Dit zal hierna worden onderzocht.

### *3.5.2 Officieel besluit en uitsluitend recht*

Artikel 4 van de ontwerp-beschikking bepaalt dat om onder de toepassing van de ontwerp- beschikking te kunnen vallen de publieke opdracht moet worden toevertrouwd door middel van een officieel besluit waarin (a) de precieze aard van de openbare-dienstverplichtingen en (b) de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied met name zijn aangegeven. Een beschikking tot subsidieverlening zal aan deze eisen kunnen voldoen, zoals hiervoor besproken bij het eerste Altmark-criterium. Maar, ook hierbij geldt dat een probleem zich voordoet, indien uit de eis van de precieze aard ook zou moeten worden afgeleid dat de onderneming via het officiële besluit gedwongen moet kunnen worden om de verplichting uit te voeren.

---

248. Zie voor een overzicht van de houding van de Commissie na Altmark: B. Rapp-Jung, State Financing of Public Services – The Commission's New Approach, EStAL 2004, p. 205-215.
249. Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst, DG D(2004).

Hoewel deze eis niet met zoveel woorden wordt gesteld, kan dit worden afgeleid uit alinea 9 van de communautaire kaderregeling, omdat daarin is bepaald dat de toewijzing van de openbare dienst noodzakelijk is om de wederzijdse verplichtingen en de betrokken ondernemingen en van de Staat af te bakenen. Uit alinea 10 van de kaderregeling volgt ook dat in het 'officiële' besluit moeten worden neergelegd de aard van de uitsluitende of bijzondere rechten die de ondernemingen eventueel worden toegekend. Kan meer in zijn algemeenheid al worden afgevraagd of een subsidiebesluit naar zijn aard geschikt is om een rechtens afdwingbare verplichting op te leggen, helemaal kan worden afgevraagd of een 'kaal' subsidiebesluit zich leent voor het opleggen van een uitsluitend of bijzonder recht. De facto kan zo een uitsluitend recht wel worden gecreëerd, indien de subsidieregeling voorziet in de mogelijkheid dat slechts één aanvrager in aanmerking kan komen voor de subsidie. Duidelijk is dan wel dat wij ver verwijderd zijn van wat onder een subsidie in het algemeen wordt verstaan. De regering heeft in de nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Mededingingswet in verband met de implementatie van de EG-transparantierichtlijn aangegeven dat het enkele feit dat een instelling subsidie verkrijgt niet betekent dat er een bijzonder recht is toegekend of dat er sprake is van het belasten met een dienst van algemeen belang.[250]

### *3.5.3 Compensatie openbare-dienstverplichting*

Artikel 5 bevat in vier leden een uitvoerige regeling over de compensatie van de openbare-dienstverplichting. Uitgangspunt is dat het bedrag van de compensatie niet hoger mag zijn dan hetgeen nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare-dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken. Daarbij mag rekening worden gehouden met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. Zoals hiervoor bij de Altmark-criteria al aan de orde gekomen, kan een dergelijke verplichting op grond van artikel 4:37 lid 1 onder g Awb aan een beschikking tot subsidieverlening worden verbonden.

Gesteld dat een dergelijke voorwaarde niet toelaatbaar kan worden geacht, dan geldt dat op grond van de artikelen 4:38 en 4:39 Awb andere verplichtingen dan de standaardverplichtingen aan de subsidieverlening kunnen worden verbonden. Artikel 4:38 Awb heeft betrekking op verplichtingen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. De vraag is of een verplichting tot het terugbetalen van overcompensatie strekt tot het doel waarvoor de subsidie is gegeven. Indien aangenomen mag worden dat het doel van de subsidie is het compenseren voor de openbare-dienstverplichtingen, zou dit nog verdedigbaar zijn, omdat uit dit doel mede geacht wordt voort te vloeien dat niet méér wordt gecompenseerd dan nodig is.

Artikel 4:39 Awb ziet op verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel. Deze kunnen slechts aan een subsidieverlening worden verbonden voorzover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Zij kunnen krachtens het tweede lid bovendien slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. Het is verdedigbaar dat een verplichting tot

250. Kamerstukken II 2001/02, 27 870, nr. 5, p. 8.

terugbetaling van overcompensatie ziet op 'de wijze waarop' de gesubsidieerde activiteit wordt uitgevoerd, indien aangenomen wordt dat een openbare-dienstverplichting moet worden uitgevoerd in overeenstemming met de beschikking van de Commissie, zodat daaronder ook valt een terugbetalingsverplichting, indien de beschikking van de Commissie dat voorschrijft.

### *3.5.4 Transparantiebepaling*

Artikel 6 bevat een transparantiebepaling voor de ondernemingen die (i) actief zijn buiten de openbare dienst en (ii) een compensatie voor de openbare dienst ontvangen. Hiervoor is ook een ontwerp-richtlijn opgesteld tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven.

De artikelen 4:37 en 4:45 lid 2 Awb bevatten bepalingen op grond waarvan het bestuursorgaan dat de subsidie verstrekt kan afdwingen dat de subsidieontvanger rekening en verantwoording aflegt. Artikel 4:37 lid 1 onder b, f en h Awb bevat 'standaardverplichtingen' met betrekking tot de administratie, financiële verantwoording en een accountantsverklaring die aan een beschikking tot subsidieverlening kunnen worden verbonden. Artikel 4:45 lid 2 Awb bepaalt dat bij de aanvraag tot subsidievaststelling de aanvrager rekening en verantwoording aflegt omtrent de aan de activiteiten verbonden uitgaven en inkomsten, voorzover deze voor de vaststelling van de subsidie van belang zijn. Verstrekt de subsidieontvanger deze niet, dan kan de subsidie lager worden vastgesteld, omdat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen op grond van artikel 4:46 lid 2 onder b Awb. Is reeds op voorhand duidelijk dat de potentiële subsidieontvanger niet aan deze verantwoordingsplicht wenst te voldoen, dan kan de subsidie worden geweigerd op grond van artikel 4:35 lid 1 onder c Awb.

De artikelen 4:78 en 4:79 Awb bevatten – wanneer het gaat om per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen – een uitgebreide verplichting tot onderzoek van het financiële verslag door een accountant. Hier zij opgemerkt dat de artikelen 25a-25f Mw ook transparantiebepalingen bevatten ten aanzien van de financiële verantwoording van ondernemingen die belast zijn met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.[251] In de memorie van toelichting noch in het advies van de Raad van State is aandacht besteed aan het feit dat de financiering van dergelijke ondernemingen subsidies kunnen inhouden in de zin van de Awb. Noch is de relatie met titel 4.2 Awb onderzocht. Ondernemingen die op dit moment worden gesubsidieerd ter compensatie van hun diensten van algemeen economisch belang, dienen voor hun financiële verantwoording, zowel de bepalingen van de artikelen 25a-25f Mw in acht te nemen, als de bepalingen die bij of krachtens titel 4.2 Awb aan hen zijn opgelegd.

---

251. Vgl. Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, p. 2.

### 3.5.5 *Informatieverstrekking*

Artikel 7 bevat een verplichting voor de lidstaten om informatie te verstrekken. De lidstaten dienen alle elementen die noodzakelijk zijn om vast te stellen of de toegekende compensaties met het verdrag verenigbaar zijn, ter beschikking van de Commissie te stellen. Hierna zal in hoofdstuk 5 van dit preadvies nog worden ingegaan op het feit dat indien de lidstaat niet aan informatieverplichtingen voldoet, dit ten nadele kan werken van de individuele 'subsidieontvanger'.

## 3.6 Conclusies

Sinds het Altmark-arrest is de vraag actueel of subsidies voor het verrichten van diensten van algemeen belang staatssteun inhouden. Diensten van algemeen belang kunnen worden onderscheiden in diensten van algemeen economisch belang en diensten van algemeen niet-economisch belang. Onder de laatsten wordt verstaan (i) het verrichten van diensten die overheidsprerogatieven inhouden, (ii) het verrichten van diensten die geen dienst zijn in de zin van artikel 50 EG en (iii) het verrichten van niet-economische activiteiten. Onder diensten van algemeen economisch belang wordt verstaan het verrichten van economische activiteiten door ondernemingen als bedoeld in artikel 86 lid 2 EG. Deze ondernemingen zijn *belast* met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Naast die ondernemingen zijn er ondernemingen die met het begrip 'openbare dienst' verbonden, verplichte diensten verrichten als bedoeld in artikel 73 EG.

Bij de financiering van diensten van algemeen belang is in Nederland nooit in zijn algemeenheid structureel afgevraagd of die financiering geschiedt door middel van aanspraken op financiële middelen die subsidies zijn in de zin van de Awb, zodat titel 4.2 Awb daarop van toepassing is. Wordt een aantal van die financieringen bekeken, dan ontstaat het volgende beeld. In de eerste plaats zijn er bijdragen waarbij de wetgever ervan uitgaat dat er geen twijfel bestaat dat titel 4.2 Awb daarop rechtstreeks van toepassing is, omdat het subsidies betreft. Dit betreft bijvoorbeeld de bijdragen voor infrastructuur. In de tweede plaats bestaan er bijdragen waarop titel 4.2 Awb bij wet in formele zin van overeenkomstige toepassing is verklaard. Dit betreft bijvoorbeeld de financiering van openbaar-vervoerbedrijven. In de derde plaats zijn er bijdragen waarbij het is onduidelijk of titel 4.2 Awb daarop van toepassing is, omdat er twijfel mogelijk is of zij een subsidie inhouden. Dit betreffen bijvoorbeeld de bijdragen voor de landelijke en publieke omroep. Als laatste zijn er financieringen waarop titel 4.2 Awb niet van toepassing is, omdat het geen subsidies betreft. Dit betreft bijvoorbeeld het verlenen van exclusieve rechten of het gunnen van overheidsopdrachten.

Het blijkt dat wanneer titel 4.2 Awb van toepassing is, de bepalingen daarvan hetzij rechtstreeks van toepassing zijn op de financiering van diensten van algemeen belang, hetzij van overeenkomstige toepassing daarop zijn verklaard. Dit betekent dat die subsidies moeten voldoen aan de criteria van het arrest Altmark, indien die subsidies worden verstrekt voor het verrichten van diensten van algemeen econo-

misch belang, opdat die subsidies geen staatssteun opleveren. Het eerste criterium is dat de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast moet zijn met de uitvoering van de verplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn. Artikel 4:30 Awb bepaalt dat het besluit tot subsidieverlening de activiteiten bevat waarvoor subsidie wordt verleend. Evenwel is het de vraag of een subsidiebesluit tevens de verplichting kan inhouden dat de subsidieontvanger daadwerkelijk met de activiteit is belast. Op zichzelf bieden de artikelen 4:37-4:40 Awb, die bepalingen bevatten over de verplichtingen die aan een subsidie kunnen worden verbonden, daartoe mogelijkheden. Ook artikel 4:36 Awb, dat de bepaling bevat dat ter uitvoering van een subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten, biedt daartoe mogelijkheden. In dat verband is relevant dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG voortvloeit dat het belast zijn met de uitvoering van een verplichting ook uit een overeenkomst kan blijken. Met een subsidieverleningsbeschikking en een uitvoeringsovereenkomst kan dus op zichzelf aan het eerste criterium worden voldaan. Het tweede criterium houdt in dat de subsidie vooraf wordt berekend en op objectieve en doorzichtige wijze wordt vastgesteld. Het vierde criterium voegt daaraan toe dat wanneer de met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding de subsidie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. In de meeste gevallen zal een subsidiebesluit niet worden aanbesteed. Dat betekent dat vooraf de subsidieverlener moet inschatten hoeveel subsidie hij zal moeten verlenen en hij zal er niet aan ontkomen om een analyse te maken die aangeeft wat de gemiddelde kosten van een goed beheerde onderneming zijn. Op zichzelf biedt titel 4.2 Awb ruimte om aan dit criterium te voldoen. Immers, artikel 4:31 Awb bepaalt dat het bedrag, dan wel de wijze waarop het subsidiebedrag wordt bepaald, in de subsidiebeschikking moet worden vermeld. Het derde criterium houdt in dat de subsidie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering te dekken. Het systeem van subsidieverstrekking als neergelegd in de Awb is in beginsel geschikt om aan dit criterium te voldoen. Juist omdat eerst een besluit tot subsidieverlening wordt genomen, waarna, indien de activiteiten zijn verricht, een besluit tot subsidievaststelling wordt genomen, ontstaat de mogelijkheid om (achteraf) te bezien of de subsidie niet te hoog is geweest voor de verrichte activiteiten. Artikel 4:37 lid 1 onder g Awb biedt de mogelijkheid om de uit het derde criterium voortvloeiende terugbetalingsverplichting van de eventuele overcompensatie te voldoen. Op het moment dat de subsidie lager wordt vastgesteld, omdat er sprake is van overcompensatie, kan het te veel betaalde worden teruggevorderd.

Indien niet aan de Altmark-criteria wordt voldaan, bestaat het risico dat een subsidie staatssteun oplevert. De Commissie heeft een ontwerp-richtlijn opgesteld, waarin voorwaarden zijn genoemd waaronder die steun niet behoeft te worden gemeld. Ook aan deze voorwaarden kan met toepassing van titel 4.2 Awb worden voldaan, behalve aan het aspect dat het subsidiebesluit geen uitsluitend recht kan geven aan een onderneming.

Gelet op het feit dat in beginsel door toepassing van titel 4.2 Awb kan worden voldaan aan de criteria van het arrest Altmark, rijst de vraag of titel 4.2 Awb niet van overeenkomstige toepassing moet worden verklaard op de financiering van alle diensten van algemeen economisch belang in Nederland. In elk geval verplicht het Altmark-arrest de wetgever tot nadenken over de vraag hoe de financiering van diensten van algemeen economisch belang in overeenstemming met het Altmark-arrest moet worden gebracht. Twee actuele ontwikkelingen maken dat een antwoord op deze vraag snel moet worden geformuleerd: de financiering van de publieke omroep, waarvan de Commissie al heeft vastgesteld dat deze niet aan de criteria van het Altmark-arrest voldoet en de financiering van breedbandinfrastructuur, waarnaar de Commissie al belangstellend heeft geïnformeerd!

# Deel II Subsidierecht en staatssteun: wetgever en rechter

*Mr. drs. W. den Ouden*

# 4 Titel 4.2 Awb en staatssteun

## 4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is aan de orde gekomen dat een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb onder omstandigheden staatssteun in de zin van het EG-Verdrag kan vormen. In dit hoofdstuk gaan wij na of in het algemene subsidierecht, zoals neergelegd in titel 4.2 Awb, voldoende met deze mogelijkheid rekening is gehouden. Zorgdragen voor nationale regelgeving waarmee op een effectieve manier uitvoering kan worden gegeven aan de Europese regels betreffende staatssteun is immers een communautaire plicht van de lidstaat Nederland.[252] Om te kunnen bepalen of binnen het (algemene) subsidierecht voldoende aan deze plicht is voldaan, worden hierna de meest relevante bepalingen van titel 4.2 Awb geplaatst in het licht van de relevante Europese regelgeving en jurisprudentie. Daarbij worden de onderwerpen zo veel mogelijk behandeld in de volgorde van plaatsing van de corresponderende artikelen in de subsidietitel van de Awb. Dusdoende zal blijken dat vooral op het gebied van de terugvordering van subsidies die onrechtmatig verstrekte staatssteun vormen nog geen waterdichte regeling bestaat, waarmee aan alle Europese verplichtingen kan worden voldaan. Daardoor vormen dergelijke terugvorderingsprocedures vaak een zeer ingewikkelde aangelegenheid. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele opmerkingen over de mogelijkheden van een meer

252. Op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG) zijn lidstaten verplicht alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van communautaire verplichtingen te verzekeren. Zie verder J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen 2002, p. 69 e.v. en de daar genoemde literatuur.

Europeesrechtelijk georienteerde subsidietitel in de Awb, waarmee de eerder geconstateerde problemen het hoofd kan worden geboden.[253]

## 4.2 Bijzondere subsidieregelingen en staatssteun

Eén van de basisartikelen van de subsidietitel van de Awb is artikel 4:23. Daarin wordt een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking door bestuursorganen geëist. Met deze bepaling is uiting gegeven aan de gedachte dat subsidiëring een uitvoering vormt van de publieke taak, die door het publiekrecht behoort te worden genormeerd.[254] Met het in artikel 4:23 lid 1 Awb gebruikte begrip 'wettelijk voorschrift' is een algemeen verbindend voorschrift bedoeld. De Awb bepaalt niet welke rang dit wettelijk voorschrift moet hebben. Volgens de daarvoor geldende algemene staatsrechtelijke regels betekent dit voor bestuursorganen van het Rijk (de Staat) dat een subsidiebevoegdheid direct of indirect moet berusten op een wet in formele zin, of – in uitzonderingsgevallen – op een zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Gemeenten, provincies en andere openbare lichamen met verordenende bevoegdheid moeten hun subsidieregelingen opnemen in hun respectieve verordeningen. De subsidieregelingen die op deze wijze ontstaan vormen gezamenlijk het (zeer omvangrijke) bijzondere subsidierecht.

Alle genoemde regelgevers moeten zich al bij het opstellen van hun bijzondere subsidieregelingen afvragen of de subsidies die op basis daarvan zullen worden verstrekt staatssteun (kunnen) inhouden. Daarbij zijn verschillende aspecten van belang die in het vervolg van deze paragraaf puntsgewijs aan de orde komen.

### 4.2.1 *De meldplicht*

Ten eerste dient de bijzondere subsidieregelgever zich er steeds rekenschap van te geven dat zowel een subsidieregeling zelf, als concrete verstrekkingen die daarop zijn gebaseerd, staatssteun kunnen vormen die op basis van artikel 88 lid 3 EG moet worden gemeld. Over het tijdstip waarop deze melding moet geschieden, bestaat nog weleens onduidelijkheid, zo bleek ook in paragraaf 2.4.2. Daar zetten wij uiteen dat uit de Procedureverordening duidelijk wordt dat *geplande* nieuwe steunmaatregelen dienen te worden gemeld. Voor subsidieregelingen die staatssteun kunnen vormen, geldt derhalve dat zij *vóór* vaststelling moeten worden aangemeld bij de Commissie. Voor subsidieverstrekkingen op basis van regelingen waarover de Commissie heeft geoordeeld dat individuele verstrekkingen gebaseerd op deze regelingen steeds moeten worden aangemeld omdat niet kan worden uitgesloten dat zij staatssteun zullen vormen, geldt dat het voornemen tot het geven van een begunsti-

253. Zie daarover eerder al J.E.M. Polak & W. den Ouden, Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 2004, p. 112 e.v. Het onderhavige hoofdstuk is deels een bewerking van en bouwt voort op hetgeen in hfdst. 4 van dat preadvies met de titel 'De subsidietitel in Europees perspectief' door Den Ouden is geschreven.

254. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 18 e.v. en p. 38 e.v.

gende beschikking moet worden gemeld. Dat geldt ook voor subsidieverstrekkingen die niet op een subsidieregeling zijn gebaseerd.[255] Een conceptbeschikking kan in deze gevallen goede diensten bewijzen.

Wanneer de Commissie ten aanzien van een voorgelegde subsidieregeling heeft geoordeeld dat nog niet kan worden bepaald of daarop gebaseerde uitkeringen staatssteun zullen vormen, moeten als gezegd voorgenomen subsidiebesluiten steeds worden gemeld. Daarmee kan de bijzondere regelgever rekening houden door in de regeling een aangepaste beslistermijn ten aanzien van aanvragen op te nemen. Immers, met een meldingsprocedure is al snel (ten minste) vier tot zes maanden gemoeid.[256] Aangezien titel 4.2 Awb geen bijzondere beslistermijnen geeft ten aanzien van subsidieaanvragen, is artikel 4:13 Awb van toepassing. Daaruit volgt dat, indien bij wettelijk voorschrift geen beslistermijn is gegeven, de beslistermijn in beginsel maximaal acht weken beslaat. Aangezien die termijn te kort is om een aanmeldingsprocedure af te ronden en het ook vaak moeilijk zal zijn een andere vaste, redelijke termijn vast te stellen, is het verstandig de beslistermijn in de bijzondere regeling aan te laten sluiten bij de beschikking van de Commissie. In de subsidieregeling kan worden bepaald dat de subsidiënt beslist op aanvragen binnen vier weken nadat de Commissie per beschikking een oordeel heeft gegeven over de conceptbeschikking. Wel dient in zo'n geval ook een termijn te worden vastgesteld waarbinnen melding bij de Commissie (of een directe afwijzing van de aanvraag) dient plaats te vinden. Daarbij kan rekening worden gehouden met de omvang van de voorbereidingsactiviteiten die noodzakelijk zijn in verband met een melding. Ook mogelijk is een bepaling waaruit volgt dat de beslistermijn ten aanzien van aanvragen wordt opgeschort met ingang van de dag waarop het voornemen om subsidie te verlenen aan de Commissie is gemeld.[257] Een bepaling die voorschrijft dat subsidiebeschikkingen steeds onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de Commissie wordt verleend, is ook mogelijk.[258] Immers, door de voorwaarde wordt de werking van de beschikking – en daarmee het ontstaan van de aanspraak of het recht op subsidiegelden – opgeschort tot het moment dat de onzekere gebeurtenis die de voorwaarde bestrijkt, zich voordoet. Toch vinden wij deze constructie niet aanbevelenswaardig, omdat zij niet goed aansluit bij de Procedureverordening. Die gaat er immers van uit dat de Commissie nog inhoudelijke veranderingen in de

255. Zie over de mogelijkheid tot subsidieverstrekking zonder wettelijke grondslag verder par. 4.3.
256. In gevallen waarin geen formele onderzoeksprocedure wordt gestart (in andere gevallen zal de besluitvorming nog veel langer in beslag nemen), wordt de beslistermijn voor de drukbezette Commissie van twee maanden (art. 4 Procedureverordening) vaak in overleg of wegens onvolledigheid van de aanvraag verlengd.
257. Vgl. W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, Subsidierecht, Deventer 2004, p. 246.
258. In het algemeen wordt aangenomen dat subsidiebeschikkingen onder opschortende en ontbindende voorwaarden kunnen worden verleend; dat volgt volgens de memorie van toelichting bij titel 4.2 Awb (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 55) al uit art. 3:38 jo. 3:59 BW. De Awb regelt slechts het zogenoemde begrotingsvoorbehoud (art. 4:34 Awb) en geeft voorts aan welke voorwaarden *niet* rechtmatig zijn (art. 4:33 Awb). In bijzondere subsidieregelgeving komen bepalingen die de aanspraak op subsidiegelden opschorten met het oog op staatssteunaspecten wel voor. Zie bijv. art. 16 van de (inmiddels ingetrokken) Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking, waarover later in dit hoofdstuk meer. Zie ook de in par. 2.4.2 besproken uitspraak ABRvS 21 januari 2004, AB 2004, 253 m.nt. N.V.

beschikking kan verlangen (in de vorm van een voorwaardelijke beschikking).[259] Grotere bezwaren hebben wij tegen een bepaling in bijzondere subsidieregelingen waaruit volgt dat subsidiebeschikkingen onder ontbindende voorwaarde van weigering van goedkeuring door de Commissie worden verstrekt. Binnen een dergelijke constructie ontstaat immers wel een aanspraak op subsidiegelden, zonder dat de Commissie heeft kunnen oordelen of de maatregel is toegestaan, hetgeen strijdig lijkt met (de bedoeling van) de Procedureverordening en bovendien de rechtszekerheid van de ontvanger niet ten goede komt.

### 4.2.2 *Overige bijzondere bepalingen*

*Weigeringsgronden*

Naast de meldplicht zijn er andere aspecten van het Europese recht met betrekking tot staatssteun die de bijzondere regelgever aanleiding kunnen geven tot het opnemen van specifieke bepalingen in zijn subsidieregelingen. Een goed voorbeeld daarvan is een weigeringsplicht ten aanzien van aanvragen in gevallen waarin de Commissie op grond van een aangemelde conceptbeschikking heeft geoordeeld dat de voorgenomen subsidieverstrekking staatssteun vormt die niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is (en dus goedkeuring heeft geweigerd). Het is niet onredelijk aan te nemen dat bestuursorganen steeds bevoegd (en zelfs verplicht) zijn tot het afwijzen van een dergelijke aanvraag, ook zonder expliciete weigeringsgrond in het wettelijk voorschrift waarop de aanvraag berust. Immers, subsidieregelingen geven bestuursorganen op het punt van de bevoegdheid tot subsidieverstrekking vaak beleidsvrijheid.[260] Bovendien moeten Nederlandse subsidiebepalingen voorzover zij in strijd komen met rechtstreeks werkend Europees recht (zoals de Procedureverordening) buiten toepassing worden gelaten door bestuursorganen[261] en geldt overigens dat nationale regelingen 'verdragsconform' dienen te worden uitgelegd. Desalniettemin kan een expliciete weigeringsgrond goede diensten bewijzen, in die zin dat iedere discussie (en onnodige procedure) rond dit punt kan worden voorkomen.[262]

De algemene weigeringsgronden die bestuursorganen steeds mogen aanwenden als grondslag voor de afwijzing van een subsidieaanvraag zijn opgenomen in artikel 4:35 Awb en niet-limitatief geformuleerd; zij laten dus ruimte voor aanvulling in bijzondere regelgeving. Wellicht zou een aanvulling van het bepaalde in artikel 4:35

---

259. Art. 7 lid 5 Procedureverordening.
260. Daarover W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, a.w., p. 33 e.v.
261. Vgl. bijv. HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01 (CIF), AB 2003, 387 m.nt. E. Steyger, JB 2004, 113 m.nt. NV.
262. Zo heeft de uitspraak Rb. Roermond 30 juni 2000 (LJN AA 6940) betrekking op een situatie waarin een bestuursorgaan een subsidieaanvraag afwees, omdat er over de regeling waarop de aanvraag berustte een commissiebeschikking lag waaruit bleek dat (sommige) uitkeringen die op basis van de regeling waren verstrekt onrechtmatige staatssteun inhielden en moesten worden teruggevorderd. De rechtbank vernietigde de beslissing op bezwaar van het bestuursorgaan – waarin het bij de primaire weigering was gebleven – wegens een motiveringsgebrek (art. 7:12 Awb). Niet duidelijk was namelijk hoe de Commissiebeschikking betrekking had op de aanvraag in kwestie. Vgl. Rb. Almelo 23 oktober 2000 (reg.nr. 99/1000 BELEI V1 A), waarin de Minister van Financiën ook weigerde subsidie te verstrekken in verband met een commissiebeschikking en de bestuursrechter deze weigering rechtmatig acht.

Awb zelfs meer voor de hand liggen. Daarin kan worden bepaald dat aanvragen die hebben geleid tot het melden bij de Europese Commissie van het voornemen tot subsidieverstrekking (al dan niet in de vorm van een conceptbeschikking) en die hebben geleid tot een negatieve beschikking, moeten worden afgewezen. Voordeel van een regeling in de Awb in plaats van in bijzondere subsidieregelingen is dat deze weigeringsgrond ook bij subsidieaanvragen die niet berusten op een wettelijke grondslag kan worden gehanteerd. Dit zou betekenen dat naast de facultatieve weigeringsgronden van het huidige artikel 4:35 Awb, een verplichte weigeringsgrond in de Awb wordt opgenomen. Eventueel zouden ook de facultatieve weigeringsgronden kunnen worden aangevuld met een bepaling die inhoudt dat een subsidieaanvraag in ieder geval kan worden afgewezen wanneer de Europese Commissie ten aanzien van het voornemen tot verstrekking van die subsidie een voorwaardelijke beschikking heeft afgegeven. Het is immers zeer goed mogelijk dat de voorwaarden die de Commissie stelt zodanig van aard zijn dat de voorgenomen subsidieverstrekking voor het desbetreffende bestuursorgaan geen optie meer is.

*Subsidieverplichtingen*

In afdeling 4.2.4 van de Awb is een algemene regeling gegeven voor subsidieverplichtingen: verplichtingen waaraan de subsidieontvanger moet voldoen om aanspraak op subsidiegelden te krijgen of te behouden. Naast enkele subsidieverplichtingen die de subsidieverstrekker in elk geval mag opleggen (de bevoegdheid daartoe volgt uit het bepaalde in artikel 4:37 Awb), regelt de Awb in artikel 4:38 dat ook 'andere subsidieverplichtingen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie' mogen worden opgelegd. Wel moeten dergelijke subsidieverplichtingen, wanneer zij worden verbonden aan subsidies die op een wettelijk voorschrift berusten, worden opgelegd bij of krachtens wettelijk voorschrift. De bevoegdheid tot het opleggen van niet-doelgerichte subsidieverplichtingen (ook wel oneigenlijke subsidieverplichtingen genoemd) wordt geregeld in artikel 4:39 Awb. Daaruit blijkt dat deze verplichtingen slechts aan een subsidie kunnen worden verbonden voorzover dat bij wettelijk voorschrift is bepaald. Het is dus zinvol in gevallen waarin de Commissie over een (concept)subsidieregeling heeft geoordeeld dat zij kan leiden tot onrechtmatige staatssteun (zodat voornemens tot concrete verstrekkingen steeds moeten worden gemeld), in de desbetreffende regeling op te nemen dat aan een subsidiebeschikking op basis van de regeling steeds die verplichtingen kunnen worden verbonden die op basis van de (voorwaardelijke) goedkeuringsbeschikking van de Commissie noodzakelijk zijn. De voorwaarden die de Commissie stelt, kunnen immers zeer goed zijn gericht op het voorkomen van verstoring van het handelsverkeer en leiden tot subsidieverplichtingen die niets met het doel van de onderliggende subsidieregeling van doen hebben.[263]

263. Hoewel in veel gevallen ook een grondslag voor dergelijke verplichtingen zal kunnen worden gevonden in art. 4:37 lid 1 onder g Awb, waar is bepaald dat het bestuursorgaan subsidieverplichtingen mag opleggen die de nadelige gevolgen van de subsidie voor derden beperken of wegnemen. Vgl. par. 3.4.4.

Naast de hiervoor beschreven algemene regeling van subsidieverplichtingen bevat de Awb ook enkele meer gedetailleerde regelingen van concrete verplichtingen van subsidieontvangers. Een in dit kader belangrijk voorbeeld vinden we in artikel 4:41 Awb dat ziet op de verplichting tot vergoeding van vermogensvorming. Uit deze bepaling volgt dat een subsidieontvanger, wanneer de verstrekking van subsidiegelden heeft geleid tot vermogensvorming, onder omstandigheden daarvoor een vergoeding moet betalen aan het subsidiërend bestuursorgaan. Deze vergoedingsplicht kan bij subsidies die berusten op een wettelijke regeling slechts bestaan wanneer dat is geregeld in de desbetreffende regeling. Bovendien is de vergoeding slechts in bepaalde gevallen (die zijn opgesomd in lid 2 van artikel 4:41 Awb) verschuldigd. Het is de vraag of deze regeling vanuit het staatssteunrecht optimaal is. Immers, onder omstandigheden kan het verstandig zijn om in de beschikking tot subsidieverlening een verplichting op te nemen die erop ziet dat de subsidieontvanger subsidies die een 'overcompensatie' vormen voor diensten van algemeen economisch belang moet terugbetalen, om zo te voorkomen dat de subsidie een steunmaatregel vormt die bij de Commissie moet worden gemeld, zo bleek in hoofdstuk 3.

*Intrekking en wijziging verleningsbeschikking op grond van de bijzondere subsidieregeling*

Ten slotte biedt artikel 4:50 lid 1 onder c Awb nog de mogelijkheid om in de bijzondere subsidieregeling te bepalen dat in bepaalde gevallen een beschikking tot subsidieverlening *ex nunc* kan worden ingetrokken of gewijzigd. Hieruit blijkt dat het mogelijk is om in een bijzondere subsidieregeling te bepalen dat een verleningsbeschikking kan worden ingetrokken wanneer blijkt dat de subsidie onrechtmatige staatssteun vormt. Het is de vraag op welk moment dat vast komt te staan. Weliswaar neemt het eerste oordeel over deze kwestie vaak de vorm aan van een commissiebeschikking, maar daartegen staat beroep open bij het Hof van Justitie van de EG en (voor bepaalde belanghebbenden) bij het Gerecht van eerste aanleg. Bovendien kan de nationale rechter tot het oordeel komen dat een subsidie ten onrechte niet is aangemeld bij de Commissie[264] en dus onrechtmatige staatssteun vormt, maar tegen dergelijke uitspraken staat doorgaans ook (hoger) beroep open.

Toch vinden wij het verstandig het in de bijzondere subsidieregeling zo te regelen dat daarop gebaseerde verleningsbeschikkingen kunnen worden ingetrokken vanaf het moment dat het onrechtmatige karakter daarvan blijkt uit een commissiebeschikking of een rechterlijke uitspraak.[265] Immers, vanaf het moment dat de Commissie vaststelt dat er onrechtmatige staatssteun is vertrekt, bestaat er voor de lidstaat een verplichting om over te gaan tot terugvordering daarvan en wanneer de nationale rechter vaststelt dat er onrechtmatige staatssteun is vertrekt, dient hij al die maatregelen te treffen die benadeelden zo veel mogelijk in hun rechten beschermen. Een intrekkingsbepaling zoals hier voorgesteld, is geen overbodige luxe, zo zal blijken in paragraaf 4.6. In diezelfde paragraaf zal echter duidelijk worden dat de grenzen die artikel 4:50 Awb stelt aan alle mogelijkheden tot het intrekken van verleningsbeschikkingen vanuit Europeesrechtelijk perspectief (te) nauw zijn gesteld.

---

264. Zie daarover par. 5.4.
265. Dat kan onder omstandigheden ook een civielrechtelijke uitspraak zijn. Zie bijv. in kort geding Vz. Rb. Groningen 3 september 2004 (Essent Kabelcom BV/Gemeente Appingedam), LJN AQ 8920.

Een bepaling als hiervoor voorgesteld in bijzondere subsidieregelingen zal dus niet meer kunnen zijn dan een tijdelijk lapmiddel; op termijn zullen de Awb-gronden op basis waarvan verleningsbeschikkingen kunnen worden ingetrokken en ten nadele van de geadresseerde kunnen worden gewijzigd,[266] moeten worden aangevuld.

## 4.3 Subsidieverstrekking zonder wettelijke grondslag; subsidiëring op basis van Europese programma's

Het is in het voorgaande al meermalen impliciet aan de orde gekomen: de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking door Nederlandse bestuursorganen geldt niet onverkort. Op de hoofdregel zijn vier uitzonderingen geformuleerd (artikel 4:23 lid 3 onder a-d Awb). Natuurlijk geldt ook in die gevallen dat moet worden nagegaan of subsidieverstrekkingen in strijd komen met bepalingen van Europees recht, zij het dat de verantwoordelijkheid daarvoor verschuift van de regelgever naar het subsidiërend bestuursorgaan.

De eerste uitzondering heeft betrekking op subsidies die met een zekere haast moeten worden verstrekt. Een bestuursorgaan mag in dergelijke gevallen blijkens de Awb op de totstandkoming van een nieuwe subsidieregeling vooruitlopen. Ook wanneer de begroting van het subsidiërende bestuursorgaan de subsidieontvanger en het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld vermeldt, kan een wettelijke grondslag achterwege blijven. Dergelijke subsidies worden wel geïndividualiseerde of begrotingssubsidies genoemd. Verder is geen wettelijke grondslag nodig voor zogenoemde incidentele subsidies. Met dat begrip bedoelt de wetgever subsidies die slechts aan een beperkt aantal ontvangers worden verstrekt, voor min of meer eenmalige activiteiten en voor een beperkte periode. Bij toepassing van al deze uitzonderingen dienen de voorwaarden die volgen uit de artikelen 87-89 EG steeds in acht te worden genomen; hoeveel haast er ook moet worden gemaakt met subsidieverstrekking, wanneer een dergelijke verstrekking staatssteun kan inhouden, dient het voornemen tot verstrekking daarvan aan de Commissie te worden gemeld en mag pas na goedkeuring tot verstrekking worden overgegaan (standstill-beginsel).

Meer aandacht verdient hier de uitzondering geformuleerd in artikel 4:23 lid 3 onder b Awb. Daar is bepaald dat geen wettelijke grondslag nodig is voor subsidieverstrekking door een Nederlands bestuursorgaan 'indien de subsidie rechtstreeks op grond van een door de Raad van de Europese Unie, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Commissie van de Europese Gemeenschappen vastgesteld programma wordt verstrekt.' Deze formulering leidt in de praktijk nogal eens tot verwarring; de reikwijdte van de bepaling is onduidelijk.

266. Concreet betekent dit dat art. 4:48 en/of art. 4:50 Awb moet worden gewijzigd.

Uit de memorie van toelichting bij titel 4.2 Awb volgt dat de wetgever met deze bepaling heeft geprobeerd effectief aan te sluiten bij het communautaire subsidiebeleid.[267] De Europese Unie sluist via de de zogenoemde structuurfondsen en allerlei andere communautaire subsidieregelingen miljarden euro's aan subsidiegelden naar de lidstaten. De concrete uitvoering van die regelingen wordt vaak overgelaten aan de lidstaten. Daardoor komt het regelmatig voor dat Nederlandse bestuursorganen subsidies verstrekken die (uiteindelijk) ten laste komen van de EU-begroting. Om nu te voorkomen dat Nederland eerst een wet moet maken voordat er gebruik kan worden gemaakt van Europese gelden, bepaalt de Awb dat geen wettelijke grondslag nodig is als de subsidie rechtstreeks wordt verstrekt op grond van een door de bevoegde instelling van de Europese Unie vastgesteld *programma*, waarmee wordt gedoeld op een regeling zonder rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde. Dit zijn dus regelingen die *niet* de vorm van een verordening aannemen, maar bijvoorbeeld worden gepubliceerd als 'Mededeling' van de Commissie of als 'Richtsnoeren' die de Commissie hanteert bij het verstrekken van financiële middelen aan aanvragers.[268] Wanneer subsidies worden verstrekt op grond van een EU-*verordening* zijn er twee mogelijkheden. Het kan zijn dat de bevoegdheid van het Nederlandse bestuursorgaan rechtstreeks voortvloeit uit die verordening. In dat geval is het nationale bevoegdheidsrecht niet relevant; met de verordening staat de bevoegdheid tot subsidieverstrekking vast, wat de Awb daarover ook meldt. Het komt echter veel vaker voor dat de Europese verordeningen waarop een subsidieverstrekking door een Nederlands bestuursorgaan is gebaseerd niet een bepaald bestuursorgaan aanwijzen, maar slechts verwijzen naar 'de nationale autoriteiten' of 'de bevoegde autoriteiten'. In die gevallen moeten die autoriteiten door de lidstaat worden aangewezen. Die aanwijzing geschiedt – voorzover uit de Europese verordening niet anders volgt – naar nationaal recht. Wij zijn van mening dat in zo'n geval uit artikel 4:23 Awb volgt dat die aanwijzing in Nederland bij wettelijk voorschrift vorm moet krijgen,[269] hetgeen in de praktijk overigens lang niet altijd gebeurt.[270] Onze indruk is dat dit valt te wijten aan een foutieve interpretatie van de genoemde uitzonderingsbepaling.[271] Het is bepaald niet aan iedereen duidelijk wat met het begrip 'programma' wordt bedoeld.

---

267. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 41 e.v.
268. Overigens zijn de overige bepalingen van de subsidietitel wél van toepassing wanneer Nederlandse bestuursorganen op grond van dit soort programma's subsidies vertrekken.
269. Vgl. W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, a.w., p. 36. Zo ook A.J. Bok, Subsidies, Deventer 2002, p. 42. Of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dit ook zo ziet, is onduidelijk: ABRvS 15 september 2004, AB 2004, 405 m.nt. WdO.
270. Zie bijv. de Subsidieregeling ESF-3, een ministeriële regeling door de Minister van SZW opgesteld ter uitvoering van het ESF.
271. Bijv. door D.E. Comijs, Europese structuurfondsen. Uitvoering en handhaving in Nederland (diss. Utrecht), Deventer 1998, op p. 114 en met haar vele anderen, zo blijkt tijdens iedere postacademische cursus subsidierecht waar deze uitzondering wordt besproken. Ook de wetgever zelf blijkt deze uitzondering in de Awb niet altijd goed te doorgronden, zie daarvoor de (parlementaire geschiedenis van de) Wet TES. Daarover: W. den Ouden, Over toezicht en aansprakelijkheid bij Europese subsidies; wie moet op de blaren zitten?, Gst. 2003, p. 34 e.v.

*Europese subsidies en staatssteun*

Hier is het belangrijk na te gaan of subsidies die (uiteindelijk) worden gefinancierd vanuit Europese gelden – of zij nu op basis van Europese verordeningen worden verstrekt of op basis van een andersoortig Europees subsidieprogramma – staatssteun kunnen vormen die op grond van de verdragsbepalingen moet worden gemeld aan de Commissie. Ook daarover bestaan in de praktijk vragen, zo bleek onder andere uit een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de subsidiëring van de verbouwing van de Martinihal te Groningen.[272] Omdat aan de hand van deze zaak de praktijk van de uitvoering van Europese subsidieregelingen door Nederlandse bestuursorganen én de mogelijkheid dat dergelijke 'Europese subsidies' staatssteun vormen, kunnen worden geïllustreerd, verdient deze casus hier bespreking.[273]

Toen de Martinihal in Groningen enige tijd geleden werd uitgebreid met een grote hal voor evenementen en beurzen, werd daarvoor een bijdrage uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling,[274] een van de Europese structuurfondsen aangevraagd. Gedeputeerde Staten van Groningen (het Nederlandse bestuursorgaan dat belast was met de uitvoering van EFRO in de desbetreffende regio) verleenden een subsidie van € 1.815.120,86 (ƒ 4 miljoen). Omdat de Europese Gemeenschap in beginsel alleen projecten financiert wanneer de lidstaat waarin het door de EG gesubsidieerde project wordt uitgevoerd, zelf ook een deel van de financiering van het project voor zijn rekening neemt,[275] werd ter co-financiering een subsidie (van eveneens ƒ 4 miljoen) verstrekt door het openbaar lichaam 'Samenwerkingsverband Noord-Nederland' aan de eigenaar van de Martinihal, de gemeente Groningen. Het SNN is een gemeenschappelijke regeling van de provincies Groningen, Friesland en Drenthe.

De Stichting Prins Bernhardhoeve, die de Prins Bernhardhoeve – een ander beurscomplex zo'n 18 kilometer verderop gelegen – exploiteert, had vanuit concurrentieoverwegingen bezwaar tegen de beide subsidieverleningen. Zij brachten de kosten van de Martinihal omlaag, waardoor de Martinihal producten tegen lagere tarieven zou kunnen aanbieden. De stichting was van mening dat het voornemen tot het verstrekken van de subsidies had moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie, omdat zij steunmaatregelen als bedoeld in artikel 87 EG zouden inhouden. De bezwaren tegen het subsidiebesluit werden door het SNN ongegrond verklaard, maar de Rechtbank Groningen verklaarde het beroep van de stichting tegen dit besluit gegrond; de subsidie zou een steunmaatregel vormen en aan de meldingsplicht van artikel 88 lid 3 EG was door de subsidievertrekker niet voldaan.[276]

In hoger beroep bij de Afdeling voerde zowel het SNN als de gemeente Groningen (onder andere) aan dat de door SNN verstrekte subsidie geen staatssteun zou kunnen inhouden, omdat deze subsidie een co-financiering vormde van de EFRO-

---

272. ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262 m.nt. M.J. Jacobs en WdO, Gst. 2004, 120 m.nt. C.T. Dekker.
273. De inhoud van de uitspraak van de Afdeling zal uitgebreider aan de orde komen in par. 5.4.1.
274. Afgekort EFRO, geregeld in Verordening (EG) 1783/1999.
275. Zie Verordening (EG) 1260/1999 (Structuurfondsenverordening).
276. Rb. Groningen 11 april 2002 (LJN AA 6378).

subsidie. De EFRO-subsidie werd verstrekt op basis van een Enkelvoudig Programmeringsdocument (EPD); een voorstel voor de uitvoering van het EFRO binnen de desbetreffende regio, waarover door de Nederlandse regering met de Commissie was onderhandeld en dat door de Commissie bij beschikking was goedgekeurd. In dat EPD stonden criteria genoemd die werden gehanteerd om de voor subsidie in aanmerking komende projecten te selecteren. De Commissie droeg via de vaststelling van het EPD medeverantwoordelijkheid voor die selectie, aldus de appellanten. Bovendien was de Commissie vertegenwoordigd in het Comité van Toezicht voor het EPD, dat verantwoordelijk was voor het toezicht op de tenuitvoerlegging daarvan en dat nauw betrokken was bij de stuurgroep die weer verantwoordelijk was voor de inhoudelijke beoordeling van individuele EFRO-bijstandsaanvragen. De stelling was dat wanneer projecten op basis van het geldende EPD met EFRO-gelden gefinancierd mochten worden van de Commissie, diezelfde Commissie toch geen bezwaren kon hebben tegen de subsidie die aan datzelfde project werd verstrekt op basis van een Nederlandse regeling om aan het Europeesrechtelijke vereiste van co-financiering te voldoen.

De Afdeling overwoog terecht:

> 'De omstandigheid dat de subsidie deel uitmaakt van een co-financiering uit hoofde van het enig programmeringsdocument voor de structurele bijstandsverlening van de Gemeenschap in de in Nederland onder doelstelling 2 vallende regio Groningen-Drenthe (EPD), dat reeds door de Commissie is goedgekeurd bij beschikking van 26 mei 1997, leidt niet tot het oordeel dat de bestuurscommissie was ontslagen van vorenbedoelde vergewisplicht. De omstandigheid dat aan de verlening van een EFRO-bijdrage de voorwaarde is verbonden van co-financiering, en dat het college van GS van Groningen de co-financiering in de vorm van een ISP V-bijdrage aan de orde heeft gesteld in een overleg met de Stuurgroep EPD, kan evenmin tot dat oordeel leiden. Deze omstandigheden bieden immers geen uitsluitsel over het al dan niet bestaan van een aanmeldingsverplichting in dit geval, noch over de vraag of in dit geval is voldaan aan een eventuele aanmeldingsplicht.'

De hiervoor beschreven constructies waarbinnen Commissie en autoriteiten van de betrokken lidstaat samen verantwoordelijkheid dragen voor de uitwerking van structuurfondsen brengen dus *niet* mee dat subsidiënten bij het verstrekken van co-financieringssubsidies er steeds van mogen uitgaan dat de Commissie akkoord is met de desbetreffende verstrekkingen. En daar valt ook wel iets voor te zeggen; EPD's zijn doorgaans zo globaal van karakter dat daaruit niet kan worden afgeleid welke projecten uiteindelijk zullen worden gesubsidieerd en dus ook niet of zij staatssteun zullen inhouden. Ingewikkeld is de vraag of dit ook geldt voor subsidies die door Nederlandse bestuursorganen uit Europese gelden worden betaald (zoals de stuctuurfondssubsidies zelf). Immers, men kan zich afvragen of dergelijke subsidies wel met staatsmiddelen worden bekostigd, iets wat nodig is om een subsidie als staats-

steun te kunnen kwalificeren, zo blijkt uit artikel 87 lid 1 EG.[277] Wij hebben geen Europese jurisprudentie gevonden waarin een duidelijk antwoord wordt gegeven op die vraag,[278] maar wijzen er hier op dat in de Structuurfondsenverordening uitdrukkelijk is bepaald dat met structuurfondsgelden gefinancierde verrichtingen in overeenstemming moeten zijn met het mededingingsbeleid[279] en dat dit doorgaans ook nog uitdrukkelijk in het EPD wordt gemeld. Uit de praktijk is ons bekend dat door Nederlandse bestuursorganen verstrekte EFRO-subsidies regelmatig bij de Commissie worden gemeld. Daarom gaan wij er (veiligheidshalve) van uit dat bij zowel subsidies die (uiteindelijk) ten laste komen van de Europese begroting, als bij subsidies die worden verstrekt ter co-financiering van structuurfondssubsidies steeds moet worden bekeken of zij staatssteun inhouden en derhalve bij de Commissie moeten worden gemeld.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de uitzondering op de eis van een wettelijke grondslag voor subsidiëring door Nederlandse bestuursorganen op basis van Europese programma's (artikel 4:23 lid 3 onder b Awb) niet terzake doet vanuit het perspectief van de regels inzake staatssteun. Of een subsidie als staatssteun kan worden gekwalificeerd, moet worden beoordeeld aan de hand van de relevante verdragsbepalingen; daarbij doet niet terzake of de desbetreffende subsidie al dan niet op een wettelijk voorschrift is gebaseerd en of de subsidie wordt gefinancierd vanuit Europese gelden dan wel ter co-financiering aan dergelijke gelden wordt toegevoegd.

Wel geldt dat bij subsidieverstrekkingen zonder wettelijke grondslag – zoals het geval kan zijn bij subsidieverstrekking ter uitvoering van Europese programma's – de verantwoordelijkheid voor (het beoordelen van de noodzaak van) melding van het voornemen tot verstrekking van de desbetreffende subsidie niet ligt bij de regelgever (zoals bij subsidies op basis van een wettelijke grondslag het geval is), maar bij de subsidiënt, het bestuursorgaan. Deze zal per verstrekking rekening moeten houden met de regels inzake staatssteun en moeten voorkomen dat door een verzaking van de meldplicht een subsidieverstrekking in een later stadium als onrechtmatige staatssteun wordt gekwalificeerd door de Commissie of een rechter, waardoor de ontvanger (ook wanneer die te goeder trouw was) in grote problemen kan komen. Het is voorstelbaar dat met het oog op deze verantwoordelijkheidsverdeling regels in titel 4.2 van de Awb worden opgenomen. Deze regels gelden immers voor alle subsidieverstrekkingen; ook voor verstrekkingen die *niet* op een wettelijk voorschrift zijn gebaseerd. Ook hier valt in elk geval te denken aan een verplichte weigeringsgrond voor subsidies waarover de Commissie na melding een negatieve beschikking heeft gegeven.

---

277. Vgl. par. 2.3. Zie ook het XXXIIIe verslag van de Europese Commissie over het mededingingsbeleid in 2003, p. 87 waar 'moet worden opgemerkt dat communautaire steun geen staatssteun vormt in de zin van art. 87 lid 1, maar wel aan dezelfde voorschriften moet voldoen en moet worden meegewogen – indien hij met de financiering van de lidstaten overeenstemt – bij de beoordeling van het verenigbare steunbedrag.'
278. Zie voor de relatie tussen de EG-bepalingen inzake de structuurfondsen en inzake staatssteun: M. Heidenhain (ed.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, München 2003, p. 239 e.v. en A. Evans, The EU Structural Funds, Oxford 1999, p. 14-15 en de daar genoemde literatuur.
279. Zie inleidende overweging 30 en art. 12 Verordening (EG) 1260/1999. Deze bepaling heeft rechtstreekse werking en kan dus door een concurrent van de ontvanger van de 'Europese' subsidie voor de nationale rechter worden ingeroepen.

## 4.4 Tussenstand

Tot nu toe zijn wij in dit hoofdstuk ingegaan op de eis van een wettelijke grondslag die in beginsel geldt voor subsidieverstrekkingen en is getracht weer te geven welke bepalingen de bijzondere subsidieregelgever zou kunnen geven met het oog op de mogelijkheid dat subsidieregelingen en -verstrekkingen staatssteun inhouden. Ook is aandacht besteed aan subsidieverstrekkingen die geen wettelijke basis behoeven – waarbij met name de 'Europese subsidies' interessant zijn – en aan de vraag of met het oog op die categorie subsidies regels in de Awb zouden kunnen worden opgenomen die erop zijn gericht te voorkomen dat dergelijke subsidies onrechtmatige staatssteun vormen. Deze bespreking zag dus met name op het *voorkomen* van EG-rechtelijke problemen.[280]

In de afgelopen tijd is echter meermalen gebleken dat toepassing van het EG-recht inzake staatssteun bepaald niet eenvoudig is. Het is daarom realistisch te veronderstellen dat op dit vlak fouten gemaakt zullen blijven worden. En daarmee komen we op de vraag of de subsidietitel van de Awb voldoende handvatten voor de juiste acties geeft aan bestuursorganen die zelfstandig tot de ontdekking komen dat zij onrechtmatig subsidie hebben verstrekt danwel daar door de Commissie of een rechter op worden gewezen. Geeft het algemene subsidierecht voldoende bevoegdheden tot het terugvorderen van de onrechtmatig verstrekte gelden, inclusief de daarover verschuldigde rente, zoals Europeesrechtelijk is vereist?

Om die laatste vraag goed te kunnen beantwoorden, is het van belang onderscheid te maken in de verschillende fasen waarin een subsidierelatie naar Nederlands recht kan verkeren.[281] Zeer globaal weergegeven, kan worden gesproken van drie fasen. Ten eerste de aanvraagfase: er ligt een aanvraag voor subsidie en daarover moet het bevoegde bestuursorgaan beslissen. Hier doen zich relatief weinig problemen voor. Zoals in de vorige paragraaf is besproken, moet het bestuursorgaan in beginsel worden geacht bevoegd te zijn tot het weigeren van de aanvraag wanneer dit onrechtmatige staatssteunverstrekking zou inhouden, ook wanneer zulks niet uitdrukkelijk in een wettelijke regeling is bepaald. De tweede fase is de periode nadat een subsidie per beschikking is verleend; hierdoor is een aanspraak op subsidiegelden ontstaan. Deze fase wordt afgesloten met een subsidievaststelling: de beschikking waarbij het subsidiebedrag, in beginsel overeenkomstig de beschikking tot subsidieverlening, definitief wordt vastgesteld waardoor een aanspraak op betaling ontstaat. Op dat moment wordt de aanspraak van de verleningsbeschikking omgezet in een recht op subsidiegelden die door het bestuursorgaan in beginsel moeten worden uitbetaald. De derde fase van de subsidierelatie treedt in na het moment van vaststelling; de subsidie is (of wordt binnenkort) uitbetaald en de belangrijkste contacten tussen

280. In dezelfde categorie kan nog worden genoemd het voornemen van het kabinet om te komen tot een bevoegdheid voor de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties om aanwijzingen te geven aan lagere overheden die de meldplicht verzaken. Zie daarover het kabinetsstandpunt 'De Europese dimensie van toezicht', Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 17.

281. Zie daarover uitgebreider de algemene literatuur over Nederlands subsidierecht genoemd in noot 9.

bestuursorgaan en subsidieontvanger zijn afgerond. In beginsel is de subsidierelatie beëindigd.

Zolang een subsidierelatie nog in de tweede fase verkeert – de subsidie is verleend maar nog niet vastgesteld – heeft de subsidiënt twee mogelijkheden wanneer hij tot de conclusie komt dat een door hem verleende subsidie onrechtmatige staatssteun vormt. Ten eerste kan hij ervoor kiezen de subsidie bij de vaststellingsbeschikking lager dan overeenkomstig de verlening, te weten op nul, vast te stellen. Daarnaast is het mogelijk de verleningsbeschikking (*ex tunc*) in te trekken. Door beide handelingen vervalt de aanspraak op subsidiegelden die door de verlening is ontstaan. Eventueel verstrekte voorschotten kunnen dus worden teruggevorderd op grond van een terugvorderingsbesluit; zij zijn immers onverschuldigd betaald. Is de subsidie reeds vastgesteld en is daarmee een recht op subsidiegelden ontstaan – de subsidierelatie verkeert dus in de derde fase – dan rest slechts de mogelijkheid van intrekking van de vaststellingsbeschikking en een nieuwe vaststelling op nul. Daarmee vervalt de vaststellingsbeschikking en als gevolg daarvan kunnen uitbetaalde subsidiegelden, wederom op basis van een terugvorderingsbesluit, worden teruggevorderd. Hierna worden de verschillende mogelijkheden en hun regeling in de Awb diepgaander besproken.

## 4.5 Onrechtmatige staatssteun: het lager vaststellen van de subsidie

Wanneer een subsidie wordt verleend, ontstaat een aanspraak op subsidiegelden. Uit de verleningsbeschikking blijkt voor welke activiteiten en onder welke voorwaarden de ontvanger aanspraak kan maken op welk bedrag aan subsidiegelden. Op een later moment – doorgaans nadat de gesubsidieerde activiteiten hebben plaatsgevonden – wordt de subsidie vastgesteld; er wordt afgerekend op basis van de aanspraken die in de verleningsbeschikking zijn vastgelegd. In dat licht bepaalt artikel 4:46 Awb in het eerste lid dat het bestuursorgaan de subsidie overeenkomstig de verlening vaststelt. Wanneer nu vóór het moment van vaststelling is gebleken dat de subsidieverlening onrechtmatige staatssteun inhoudt, is die regel niet wenselijk. Immers, de onrechtmatige aanspraak moet worden tenietgedaan en eventueel reeds uitgekeerde gelden (voorschotten) moeten kunnen worden teruggevorderd. In het tweede lid van artikel 4:46 Awb zijn de (limitatief geformuleerde) gronden gegeven waarop de subsidiënt kan overgaan tot een vaststelling van de subsidie op een lager bedrag dan overeenkomstig de verlening. De eerste twee gronden zien op het niet voldoen aan verplichtingen door de subsidieontvanger en zijn in dit verband doorgaans niet relevant. De derde grond ziet op de situatie waarin de ontvanger onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en dat kan de reden zijn voor het feit dat het bestuursorgaan niet heeft onderkend dat de subsidieverlening zou leiden tot onrechtmatige staatssteun. Echter, in veel gevallen ligt die oorzaak op een ander vlak en rest slechts de vierde grond genoemd in artikel 4:46 lid 2 Awb: de subsidieverlening was anderszins[282] onjuist en de subsidieontvanger wist dat of behoorde dat te weten.

---

282. Waarmee is bedoeld anders dan door het verstrekken van onjuiste gegevens door de ontvanger.

De wetsgeschiedenis van deze laatste bepaling leert dat de wetgever het oog heeft gehad op zogenoemde 'kennelijke fouten'.[283] Te denken valt aan een vergissing van het bestuursorgaan. Die vergissing moet dan wel kenbaar zijn voor de ontvanger (denk aan het klassieke voorbeeld van de komma in een bedrag die te ver naar rechts staat). Naar algemeen wordt aangenomen geldt in gevallen waarin de fout niet kenbaar was, dat de subsidie met inachtneming van een redelijke termijn voor de toekomst kan worden beëindigd, zoals geregeld in artikel 4:50 lid 1 aanhef en onder a Awb. Een lagere vaststelling wordt dan niet mogelijk geacht, omdat de ontvanger er geen rekening mee kon houden dat hij bij de verlening te veel geld had toegezegd gekregen. Een lagere vaststelling zou in zo'n geval afbreuk doen aan de rechtszekerheid die een subsidieverlening aan een ontvanger beoogd te bieden.

Bij de toepassing van de laatstgenoemde grond tot lagere vaststelling is dus van groot belang wat een subsidieontvanger behoort te weten. Indien de verleningsbeschikking in strijd met de wet is, zoals bij verlening van onrechtmatige staatssteun het geval is, zal het van de aard van het geschonden voorschrift afhangen of de ontvanger dat wist of behoorde te weten. Doorgaans wordt op grond van het onrealistische maar noodzakelijke adagium 'eenieder wordt geacht de wet te kennen', aangenomen dat de ontvanger de desbetreffende wettelijke regels kent,[284] maar op dit beginsel worden binnen het Nederlands discours wel uitzonderingen aangenomen. Zo schrijven Den Ouden, Jacobs en Verheij dat volgens hen niet van de ontvanger kan worden verwacht dat hij weet of er wel een toereikende wettelijke grondslag voor een subsidie is,[285] en zeker niet dat hij weet dat de subsidie niet verleend had mogen worden omdat het subsidieplafond al was overschreden, omdat de ontvanger immers geen inzicht heeft in de financiële administratie van de overheid.[286]

Wat betekent dit nu voor gevallen waarin een subsidie onrechtmatige staatssteun blijkt te vormen? In lang niet alle gevallen zal de fout die is gemaakt 'kennelijk' zijn voor de desbetreffende ontvanger, in de zin die de wetgever voor ogen heeft gestaan. Een goed voorbeeld is de subsidie die aan Fleuren Compost BV (en andere mestverwerkende bedrijven) werd verleend. De regeling waarop de subsidieverlening was gebaseerd, de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (de BPM),[287] was voorgelegd aan de Europese Commissie en door haar voor een bepaalde periode goedgekeurd. Deze goedkeuring werd éénmaal verlengd, maar een subsidie aan Fleuren Compost BV werd buiten de goedgekeurde termijn verstrekt. Echter, in de Staatscourant[288] was een wijziging van de BPM gepubliceerd door de Minister van LNV, waaruit bleek dat aanvragen voor een bepaalde datum zouden vallen onder het goedkeuringsbesluit van de Commissie en Fleuren Compost BV had voor die datum haar aanvraag ingediend en ook voor die datum een schrijven ontvangen waaruit

283. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 73.
284. Vgl. bijv. ARRvS 1 februari 1982, tB/S III, nr. 327: de aanvrager had kunnen weten dat hij als minderjarige geen aanspraak op subsidie kon maken.
285. Vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 40.
286. W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, a.w., p. 65. Ook Bok ziet ruimte voor 'casusposities van onwetendheid', waarbij subsidie is verleend in strijd met de achterliggende subsidieregeling (A.J. Bok, a.w., p. 150).
287. Stcrt. 1989, 154, vervallen per 5 juni 2004.
288. Stcrt. 1994, 201.

bleek dat de aanvraag in behandeling zou worden genomen. De Commissie oordeelde naar aanleiding van klachten van concurrenten dat subsidies die werden verstrekt op basis van de BPM nadat de datum van goedkeuring was verstreken onrechtmatige staatssteun vormden en moesten worden teruggevorderd.[289] Vervolgens werd Fleuren Compost BV met een intrekkings- en terugvorderingsbesluit geconfronteerd. Wij menen dat niet zonder meer kan worden gesteld dat Fleuren Compost BV had moeten weten dat de desbetreffende subsidieverstrekking onrechtmatig was, met andere woorden: dat aan het 'kennelijkheidscriterium'[290] van artikel 4:46 lid 2 onder d Awb is voldaan. Of een subsidieverlening in een dergelijk geval op basis van deze bepaling op nul zou kunnen worden vastgesteld, is twijfelachtig.

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat voor beantwoording van de vraag of een bepaalde subsidie-uitkering staatssteun inhoudt behoorlijk specialistische kennis in huis moet zijn; iets wat bij veel subsidieontvangers niet het geval is. Nu kan natuurlijk worden gesteld dat een verdragsconforme interpretatie van artikel 4:46 Awb meebrengt dat het bestuursorgaan wel bevoegd is tot een lagere vaststelling. Wij menen dat een dergelijke interpretatie wel op gespannen voet zou staan met het (Nederlandse) rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, in welk kader artikel 4:46 Awb moet worden geplaatst.[291] Hoewel deze beginselen natuurlijk ook weer Europeesrechtelijk kunnen worden ingekleurd,[292] verdient het de voorkeur dat uitdrukkelijk in de Awb wordt bepaald dat een subsidie op nul moet worden vastgesteld wanneer uit een oordeel van de Europese Commissie of een rechter volgt dat de desbetreffende subsidie als onrechtmatige staatssteun moet worden gekwalificeerd. Een niet facultatieve grond tot lagere vaststelling zou zodoende aan artikel 4:46 Awb worden toegevoegd.

## 4.6 Intrekking en wijziging subsidiebeschikkingen

*Verleningsbeschikkingen*

Het voorgaande geldt temeer omdat ook het intrekken van de beschikking tot subsidieverlening niet steeds voldoende soelaas biedt. De Awb bevat twee bepalingen met betrekking tot het intrekken van verleningsbeschikkingen: de artikelen 4:48 en 4:50.

Artikel 4:48 Awb geeft de subsidiënt (onder omstandigheden) de bevoegdheid over te gaan tot intrekking van subsidiebeschikkingen *ex tunc*, dus met terugwerkende kracht. Bij bijna alle (limitatieve) gronden die worden genoemd voor gebruikmaking van deze bevoegdheid gaat het om een sanctie volgend op verwijtbaar gedrag van de ontvanger, althans volgend op omstandigheden die tot de risicosfeer van de ontvanger

289. Beschikking van de Commissie van 13 december 2000, 2001/521. Fleuren Compost BV kwam tegen deze beschikking op: GvEA 14 januari 2004, AB 2004, 411 m.nt. AdMvV.
290. Zie daarover uitgebreid MSV in haar annotatie onder ABRvS 30 december 1999, AB 2000, 47.
291. Zie in het algemeen over de problemen waarmee rechters te maken krijgen bij het 'zo veel mogelijk' gemeenschapsrechtconform interpreteren van nationale regelgeving J.H. Jans e.a., a.w., p. 142 e.v. en de daar genoemde literatuur. Van de rechter worden eigenlijk 'wetgevende activiteiten' verwacht.
292. Het Hof stelt zich steeds op het standpunt dat een behoedzame ondernemer normaliter in staat zal zijn zich ervan te vergewissen of de procedure van art. 88 EG is gevolgd. Zie bijv. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), AB 1997, 288 m.nt. FHvdB. Zie daarover meer in par. 5.5.

behoren te worden gerekend. Behoudens de grond genoemd onder a, die ziet op het geval waarin het bestuursorgaan een beroep doet op een eerder gemaakt begrotingsvoorbehoud, zijn de gronden voor intrekking van de verleningsbeschikking gelijk aan die voor het lager vaststellen van de subsidie, die hiervoor werden besproken. Dat is geen toeval. De intrekking met terugwerkende kracht van de subsidieverlening is binnen het systeem van de Awb namelijk niet veel meer dan een aanvulling op de mogelijkheid om de subsidie lager vast te stellen. In beginsel is de vaststelling het moment waarop het bestuur nagaat of de aanspraak van de ontvanger kan worden omgezet in een definitief recht. De bevoegdheid tot intrekking van de verleningsbeschikking is in de Awb opgenomen met het oog op gevallen waarin het bestuursorgaan, al vóór het moment van vaststelling is aangebroken,[293] tot de conclusie komt dat er iets zo ernstig mis is dat onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk is. Aangezien de gronden van de artikelen 4:46 en 4:48 Awb vrijwel gelijk zijn geformuleerd, spelen er dezelfde problemen; de belangrijkste intrekkingsgrond voor besluiten tot subsidieverlening ziet op 'kennelijke fouten' van het bestuursorgaan en het is de vraag of onrechtmatige staatssteunverlening daar (steeds) onder valt.

Ook uit artikel 4:50 Awb volgt een bevoegdheid tot het intrekken van een verleningsbeschikking. Binnen deze bepaling gaat het echter over de intrekking *ex nunc*.[294] De intrekking heeft dan alleen effect voor de toekomst. De eerste grond voor intrekking *ex nunc* ziet op de situatie waarin blijkt dat de subsidieverlening onjuist was. Aangezien niet is vereist dat de fout voor de ontvanger kenbaar was, valt een verleningsbeschikking die onrechtmatige staatssteun vormt hier ons inziens zeker onder.[295] Problematisch is echter dat op grond van deze bepaling slechts *ex nunc* of zelfs na verloop van een redelijke termijn kan worden ingetrokken, terwijl het om te kunnen voldoen aan communautaire verplichtingen vaak noodzakelijk zal zijn de werking van de verleningsbeschikking per direct[296] en geheel weg te nemen. Immers, alle reeds verstrekte gelden in de vorm van voorschotten zullen moeten worden teruggevorderd. Bovendien volgt uit artikel 4:50 lid 2 Awb dat gebruikmaking van de daar gegeven bevoegdheid onder omstandigheden gepaard dient te gaan met een schadevergoeding. Dat is vanuit subsidierechtelijk perspectief bekeken een begrijpelijke en wenselijke bepaling. Immers, artikel 4:50 Awb ziet op intrekking van verleningsbeschikkingen in situaties waarin de ontvanger te goeder trouw was en ook overigens niets te verwijten valt. Hij verkeert met andere woorden in een beschermwaardige positie. Vanuit het rechtszekerheidsbeginsel geredeneerd, past bij een dergelijke intrekking vergoeding van door het bestuursorgaan veroorzaakte schade. Echter, uitkering van schadevergoeding aan de ontvanger van onrechtmatige staatssteun waarbij de steun is teruggehaald, doorkruist de doelstellingen van de Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun en is derhalve (waarschijnlijk)[297] niet toegestaan. Op die wijze zou de marktverstoring immers niet worden weggenomen en zijn concurrenten van de ontvanger nog steeds in een nadeliger positie gebracht.

---

293. Dat moment is bij wettelijk voorschrift of uitvoeringsovereenkomst geregeld (zie art. 4:44 Awb).
294. Die ook wel — en eigenlijk nauwkeuriger – wordt aangeduid met het begrip 'opzegging'.
295. Waarmee de overige gronden onbesproken kunnen blijven.
296. Art. 14 lid 3 Procedureverordening.
297. Zie daarover noot 380 in hfdst. 5.

*Vaststellingsbeschikkingen*

Ten slotte geeft de Awb in artikel 4:49 aan subsidiënten ook de bevoegdheid om beschikkingen tot subsidievaststelling *ex tunc* in te trekken. De gronden voor intrekking van een subsidievaststelling zijn beperkter dan die voor de *ex tunc*-intrekking van een subsidieverlening. De vaststelling is naar haar aard immers gericht op het afsluiten van een subsidierelatie of een subsidietijdvak. Omdat de vaststelling veelal achteraf plaatsvindt, heeft het bestuursorgaan eerder de gelegenheid gehad om te toetsen of alles in orde is. De rechtszekerheid eist dat slechts in bijzondere omstandigheden op dit besluit mag worden teruggekomen. Met name de tweede grond genoemd in artikel 4:49 lid 1 Awb is in het kader van dit preadvies relevant:[298] de subsidievaststelling is onjuist en dat was voor de ontvanger kenbaar. Ook hier geldt dat het volgens de wetgever moet gaan om 'kennelijke fouten'[299] en dus moet opnieuw worden betwijfeld of de constatering dat een subsidievaststelling onderdeel uitmaakt van een onrechtmatige staatssteunverlening leidt tot een bevoegdheid op grond van artikel 4:49 Awb.[300] Daarbij komt dat in het derde lid van het genoemde artikel is bepaald dat de intrekking van een vaststellingsbeschikking binnen vijf jaar na bekendmaking dient te geschieden. Ook hier kan strijd ontstaan met communautaire verplichtingen. Immers, uit artikel 15 van de Procedureverordening volgt dat de Europese Commissie tot tien jaar na de dag waarop de subsidie onrechtmatig werd verstrekt de terugvordering daarvan mag gelasten.[301] Aan artikel 4:49 Awb kan een bepaling worden toegevoegd waaruit blijkt dat het derde lid van deze bepaling niet geldt wanneer een intrekkingsbesluit het gevolg is van een verdragsverplichting van de Staat.

---

298. Wij menen dat de eerste grond voor intrekking van de subsidievaststelling, te weten 'feiten of omstandigheden waarvan het (bestuursorgaan) bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn (...)' doorgaans geen toepassing kan vinden in situaties waarin subsidie staatssteun blijkt in te houden. Het behoort immers tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om na te gaan of subsidieverstrekking niet in strijd komt met Europeesrechtelijke verplichtingen. Wellicht anders: Rb. Den Bosch 26 november 2004 (LJN AR 6630). De rechtbank noemt deze grond binnen het relevante wettelijke kader bij een intrekkingsbesluit wegens het staatssteunkarakter van de subsidie in kwestie, maar komt daarop in het vervolg van de uitspraak niet expliciet terug.
299. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 78.
300. Vgl. R.H.C. Luja, De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht, NTER 2000, p. 248.
301. Zie daarover o.m. R.H.C. Luja, a.w., p. 248 en N.E.M. Kohll, Procedureverordening staatssteun van kracht, NTER 1999, p. 184. Zie ook zaak C-5/89 (BUG-Alutechnik, r.o. 19) waarin het Hof stelt dat termijnen voor de intrekking van een administratieve handeling die rechten doet ontstaan, net als alle andere relevante bepalingen van nationaal recht, zo moeten 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 en zaak C-24/95 (Alcan II), r.o. 38 waarin het Hof stelt dat de daartoe bevoegde autoriteiten op grond van het gemeenschapsrecht verplicht zijn tot terugvordering van onrechtmatig verstrekte steun over te gaan, ook indien zij de termijn hebben laten verstrijken waarna naar nationaal recht intrekking in het belang van de rechtszekerheid is uitgesloten. Zie ook par. 6.4.3 van het preadvies van G.J. van Slooten.

## 4.7 Terugvordering

*Subsidiegelden*

Wanneer een subsidiebeschikking is ingetrokken, zijn de aanspraken van de subsidieontvanger weliswaar tenietgedaan, maar daarmee zijn de reeds uitgekeerde subsidiegelden nog niet terug waar ze horen, te weten bij het bestuursorgaan dat ze ten onrechte verstrekte. Om dat te bereiken moet eerst een terugvorderingsbesluit worden genomen.[302]

Afdeling 4.2.7 Awb geeft enkele regels over de betaling en terugvordering van subsidies. Subsidies worden binnen vier weken overeenkomstig de subsidievaststelling uitbetaald (artikel 4:52 Awb).[303] Voor het moment van vaststelling kunnen voorschotten worden verleend indien dit in de subsidieverlening of in de bijzondere subsidieregeling is bepaald (artikel 4:54 Awb). In artikel 4:57 Awb is neergelegd dat onverschuldigd betaalde subsidies en voorschotten binnen bepaalde termijnen kunnen worden teruggevorderd. In eerste instantie lijkt hiermee een publiekrechtelijke grondslag te zijn geschapen voor de terugvordering van subsidiegelden. Uit de toelichting bij de subsidietitel blijkt echter dat dat niet de bedoeling is geweest van de wetgever. Terugvordering wordt daarin, in aansluiting op de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tot dat moment,[304] door de regering gekwalificeerd als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Artikel 4:57 werd slechts in de Awb opgenomen om tot uitdrukking te brengen dat terugvorderen niet langer is toegestaan wanneer sinds het moment van vaststellen of het moment waarop een subsidieverplichting moest zijn nagekomen vijf jaren zijn verstreken. Die termijn leek een redelijk compromis tussen het belang dat de overheid heeft bij voldoende terugvorderingsmogelijkheden enerzijds en de rechtszekerheid van de subsidieontvanger anderzijds.[305]

In haar klassieke uitspraak van 21 oktober 1996, de zaak Nanne/VROM,[306] nam de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een ander standpunt in ten aanzien van het rechtskarakter van terugvorderingsbeslissingen van bestuursorganen. Centraal stonden:

> '(...) het rechtskarakter en de beroepbaarheid bij de bestuursrechter van besluiten van bestuursorganen tot terugvordering van eerder door hen in het kader van de uitoefening van hun bestuursrechtelijke taken en bevoegdheden gedane toekenningen. De Afdeling oordeelt dienaangaande thans, anders dan zij in het verleden heeft gedaan, dat terugvorderingsbesluiten van bestuursorganen als in de vorige alinea omschreven,

302. Zie bijv. ABRvS 24 januari 2000, AB 2001, 255 m.nt. NV.
303. De uitbetaling zelf is overigens geen besluit.
304. Vgl. Vz. ARRvS 5 december 1990, AB 1991, 568, m.nt. AFMB, ARRvS 26 juli 1993, AB 1994, 291 m.nt. NV en ABRvS 2 november 1995, JB 1995, 333 m.nt. FAMS. Anders oordeelde de CRvB, die terugvorderingsbeslissingen vanwege hun nauwe samenhang met eerdere appellabele besluiten, wel als besluit kwalificeerde: CRvB 26 april 1990, AB 1991, 157 m.nt. HH en CRvB 6 januari 1995, AB 1995, 338.
305. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 85.
306. AB 1996, 496 m.nt. NV.

> ook indien deze niet op uitdrukkelijk daartoe strekkende wettelijke bevoegdheden zijn gebaseerd, zijn gericht op rechtsgevolg.'

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State achtte dit rechtsgevolg publiekrechtelijk van aard. Het rechtsgevolg werd ontleend aan het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel dat

> '(...) hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd. Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen.'

Zo werden algemene beginselen en de publiekrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuursorgaan en burger benut als grondslag voor het publiekrechtelijke rechtsgevolg van besluiten waarvoor een geschreven publiekrechtelijke titel ontbrak. Een besluit tot terugvordering van subsidie vormt dus een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb als de subsidie destijds bij besluit is toegekend, hetgeen sinds de inwerkingtreding van titel 4.2 Awb in beginsel het geval is. Of het besluit ook appellabel is, is een tweede vraag. Op dit punt geldt de leer van de processuele connexiteit, die eveneens in de uitspraak Nanne/VROM werd ontvouwd. Alleen als een terugvorderingsbesluit voortvloeit uit een appellabel besluit inzake een bestuursrechtelijke toekenning, is de bestuursrechter bevoegd te oordelen over geschillen met betrekking tot het terugvorderingsbesluit. Ook aan dat vereiste is bij subsidies vrijwel steeds voldaan. Immers, subsidies worden doorgaans per appellabel besluit verstrekt.[307] Bij besluiten tot terugvordering van subsidiegelden bestaan derhalve doorgaans bestuursrechtelijke procesmogelijkheden.

Terugvorderingsbeslissingen ontlenen hun besluitkarakter dus niet aan artikel 4:57 Awb, maar aan de jurisprudentie van de bestuursrechter. Artikel 4:57 Awb geeft slechts een begrenzing van de termijn waarbinnen kan worden teruggevorderd. Deze termijn is opnieuw korter (grofweg vijf jaar na de vaststelling) dan de termijn die geldt voor terugvorderingsbeslissingen van de Commissie gericht aan de lidstaat (tien jaar). Ook op deze plaats zou een aanvulling wenselijk zijn waaruit volgt dat deze termijn niet geldt wanneer een terugvorderingsbesluit het gevolg is van een verdragsverplichting van de Staat.

*Rente*

Een ander probleem is dat de Awb geen grondslag bevat voor de vordering van een rentevergoeding over het bedrag dat ten onrechte aan staatssteun is ontvangen, terwijl ook terugvordering daarvan vanuit Europees perspectief is vereist, zo volgt uit artikel 14 lid 2 Procedureverordening. Die bevoegdheid kan ook niet uit een andere

---

307. Er zijn uitzonderingen. In sommige bijzondere (formele) subsidiewetgeving is geregeld dat subsidie (in afwijking van het in de Awb bepaalde) per (civielrechtelijke) overeenkomst wordt verstrekt. Wij vinden dit een doorgaans onnodige en in verschillende opzichten ongelukkige constructie. Zie hierover M.J. Jacobs & W. den Ouden, Waarom makkelijk doen als het moeilijk kan? Over de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb, NTB 2001, p. 218 e.v.

bron worden afgeleid, zo blijkt uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 juli 2002.[308] Daarin stelt de Afdeling:

> 'Er is in dit geval geen publiekrechtelijke grondslag voor het vorderen van wettelijke rente. Het ongeschreven recht, noch een analoge toepassing van het burgerlijk recht kan zo'n bevoegdheid in het leven roepen. Weliswaar is in het bestuursrecht het beginsel aanvaard dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd, maar dit beginsel heeft slechts bestuursrechtelijke gevolgen wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen, zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 21 oktober 1996 (...) Indien, zoals in dit geval, een toegekende subsidie wordt ingetrokken, kunnen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten worden teruggevorderd op basis van de bevoegdheid de subsidie toe te kennen, aangevuld door de werking van het beginsel dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. De vordering van wettelijke rente vindt daarentegen geen grondslag in de bevoegdheid subsidie toe te kennen en valt derhalve buiten een door het bestuursrecht beheerste rechtsverhouding. Een dergelijke vordering kan slechts worden gebaseerd op het burgerlijk recht.'

Aan deze situatie zal niets veranderen met de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb. Zoals annotator Verheij stelt in zijn noot onder de uitspraak van 10 juli 2002, zien de (voorgestelde) artikelen 4.4.2.1 en 4.4.2.2 slechts op het betalingsverzuim. Deze artikelen regelen dat de schuldenaar wettelijke rente is verschuldigd als hij een bij beschikking vastgestelde geldschuld niet binnen de wettelijke termijn van zes weken na de bekendmaking van de beschikking betaalt. Bij terugvordering van subsidie kan dus pas rente worden gevorderd wanneer zes weken ná de bekendmaking van de terugvorderingsbeschikking niet is betaald.

Bij gebrek aan een nationale wettelijke bevoegdheid tot het vorderen van rente is in de praktijk al teruggevallen op andere grondslagen. Zo is in de terugvorderingsbesluiten die volgden op het oordeel van de Commissie over de subsidies op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland – waarover hierna meer – de desbetreffende commissiebeschikking aan de rentevordering ten grondslag gelegd. Of daaruit een bevoegdheid van de minister kan worden afgeleid, is de vraag. Het is beslist niet vanzelfsprekend dat een Nederlands bestuursorgaan een bevoegdheid kan ontlenen aan een beschikking van de Europese Commissie die is gericht tot de lidstaat Nederland. In de terugvorderingsbesluiten die volgden op de commissiebeschikking ten aanzien van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (de zaak Fleuren Compost BV) stelde de Minister van LNV dat uit artikel 14 Procedureverordening een bevoegdheid tot het vorderen van rente voortvloeit. Ook bij deze grondslag kunnen vraagtekens worden geplaatst. Immers, uit de Procedureverordening volgt dat de *Commissie* bevoegd (en zelfs verplicht) is de lidstaat te gelasten rente te vorderen over onrechtmatig verstrekte staatssteun. Deze verordening heeft weliswaar rechtstreekse werking, maar dat wil nog niet zeggen dat dat leidt tot

308. AB 2003, 123 m.nt. NV.

een bevoegdheid voor een *Nederlands bestuursorgaan* ten opzichte van een subsidieontvanger. Wij komen terug op deze problematiek in paragraaf 5.5. Hier merken wij vast op dat om aan communautaire terugvorderingsverplichtingen te kunnen voldoen, naar onze mening op zijn minst een expliciete grondslag voor het vorderen van een rentevergoeding over uitgekeerde subsidiegelden in de Awb[309] moet worden opgenomen.[310]

*Tussenstand*

Aangezien het Europese recht geen bepalingen geeft voor de terugvordering van uitkeringen gedaan in strijd met het Europees recht, moeten deze worden vormgegeven binnen het nationale recht. Daarbij gelden volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG twee beginselen, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel (de zogenoemde Rewe-riedel).[311] Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat het Nederlandse recht voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun, uitgekeerd in de vorm van een subsidie, niet steeds doeltreffend is vormgegeven. In de volgende paragraaf zal deze conclusie aan de hand van een casus worden geïllustreerd.

## 4.8 Een casus

Omdat in 1997 een liter benzine in Nederland als gevolg van fiscale maatregelen soms 40 cent meer moest kosten dan in Duitsland, kwam minister Zalm met de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland. De Minister van Financiën heeft op basis van deze regeling aan honderden pompstationhouders in de grensstreek subsidie verstrekt. Om te voorkomen dat de subsidies aan deze ondernemers staatssteun in de zin van artikel 87 EG zouden kunnen vormen, bepaalde de regeling dat per aanvrager slechts subsidie kon worden verstrekt tot een maximumbedrag van € 100.000 over een periode van drie jaar. Zo zou de *de minimis*-grens[312] niet kunnen worden overschreden, was de gedachte. Echter, de Europese Commissie oordeelde dat er op basis van de tijdelijke regeling onrechtmatige staatssteun was verstrekt.[313] Een deel van de pompstationhouders bleek te bestaan uit oliemaatschappijen die via verschillende pompstations veel meer dan honderdduizend euro hadden ontvangen. Een ander deel van de pompstationhouders had met de oliemaatschappij die de toelevering verzorgde een exclusieve afnameovereenkomst gesloten, waarin een zogenoemde SPB-clausule (systeem van prijsbeheer) was opgenomen. Een dergelijk systeem houdt – kort gezegd – in dat kortingen die de

309. Dit verdient de voorkeur boven regeling in bijzondere subsidieregelingen, aangezien door opname van een algemene bevoegdheid in de Awb, deze bevoegdheid steeds bestaat, bijvoorbeeld ook in gevallen waarin subsidie niet op een wettelijke grondslag berust.
310. Wellicht zou deze gelegenheid meteen kunnen worden gebruikt om rentevordering mogelijk te maken over subsidies die worden teruggevorderd bij frauderende ontvangers.
311. HvJ EG 6 december 1976, zaak 33/76 (Rewe). Zie ook de zaak 45/76 (Comet). Zie daarover verder par. 5.2.2.
312. Toentertijd nog vastgelegd in een mededeling van de Commissie (PbEG 1996, C 68/06).
313. Beschikking van 20 juli 1999, 1999/706, PbEG 1999, L 280, p. 87.

pomphouder aan de klant geeft, geheel of gedeeltelijk voor rekening komen van de toeleverancier. In die gevallen kwam de subsidie van de Minister van Financiën dus eigenlijk ten goede aan de oliemaatschappijen. Ook langs deze weg werd vaak de honderdduizendeuro-grens overschreden. In beide gevallen moesten de subsidies worden teruggevorderd. Ten aanzien van de gevallen waarin de bevoordeling was gelopen via het SPB-systeem, werd in de beschikking bovendien gesteld dat niet bij de subsidieaanvrager, maar bij de desbetreffende oliemaatschappijen moest worden teruggevorderd. Dat was immers de partij die door de staatssteun was bevoordeeld.

De Nederlandse regering stelde beroep in bij het Hof van Justitie van de EG,[314] maar die actie kon niet wegnemen dat onmiddellijk aan de opdracht van de Commissie tot terugvordering gehoor diende te worden gegeven. Daarom gaf de Minister van Financiën in de loop van de jaren 1999, 2000 en 2001 honderden beschikkingen waarbij eerder genomen beschikkingen tot subsidievaststelling op grond van artikel 4:49 Awb werden ingetrokken. In de beschikkingen gericht aan particuliere exploitanten werd gemeld dat in beginsel de toeleverende oliemaatschappij de subsidiegelden zou moeten terugbetalen. Nu die exploitanten er niet zeker van waren dat dit betekende dat niet zij, maar de oliemaatschappijen zouden worden geconfronteerd met een beslissing tot terugvordering van de subsidie, tekenden zij voor de zekerheid massaal bezwaar aan tegen het intrekkingsbesluit. In dezelfde periode stuurde de Minister van Financiën ook verschillende terugvorderingsbeschikkingen naar de betrokken oliemaatschappijen. Zowel de door hen rechtstreeks ontvangen subsidies als het voordeel dat zij verkregen via pomphouders waarmee zij een SPB-contract hadden gesloten, werden teruggevorderd, de laatstgenoemde gelden uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Daarnaast vorderde de minister rente over de onrechtmatige staatssteun vanaf de dag waarop de subsidies aan de pomphouders werden verleend, op grond van de Commissiebeschikking. De geadresseerden werden verzocht de subsidiegelden (het ging bij de meeste oliemaatschappijen om ettelijke miljoenen euro's) binnen vier weken terug te storten. Ook de oliemaatschappijen tekenden massaal bezwaar aan tegen deze 'subsidiebesluiten' van de minister. Daarnaast vroegen zij in een voorlopige-voorzieningprocedure om schorsing van de terugvorderingsbesluiten.[315]

De president van de Rechtbank Assen oordeelde dat in dit soort gevallen, waarin de verhouding tussen EG-recht en nationaal recht een belangrijke rol speelt, het bestuursorgaan dat besluiten neemt een duidelijk kader dient aan te geven als grondslag voor die besluiten. Daarin was de Minister van Financiën tekortgeschoten. Gezien het feit dat terugvordering van onrechtmatige staatssteun moet worden vormgegeven naar Nederlands recht, waarbinnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol spelen, en de omstandigheid dat de subsidieverstrekker aanvankelijk zelf ook in de veronderstelling verkeerde dat het in casu niet zou gaan

314. Wat uiteindelijk resulteerde in het arrest HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, AB 2002, 248 m.nt. FHvdB. In dit arrest wordt de Commissie op alle punten in het gelijk gesteld.

315. Overigens werd bij de president van het GvEA ook een procedure in kort geding gestart, waarbij werd verzocht om een opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van 20 juli 1999. Dat verzoek werd afgewezen: Beschikking van de president van het GvEA van 8 december 2000.

om onrechtmatige staatssteun, zou er volgens de president sprake kunnen zijn van opgewekt vertrouwen.[316] Gezien die omstandigheden betwijfelde de president of het terugvorderingsbesluit, wat de terugbetalingsplicht binnen vier weken betreft, de rechterlijke toets zou kunnen doorstaan en schorste hij het terugvorderingsbesluit voorzover het de betalingstermijn betrof.[317]

Dat de Minister van Financiën is tekortgeschoten in het weergeven van het juridische kader dat de grondslag vormt van zijn intrekkings- en terugvorderingsbeslissingen kan hem moeilijk kwalijk worden genomen. Dat kader is namelijk niet erg helder, zo bleek reeds in de voorgaande paragrafen. Ten eerste rijst de vraag of in deze situatie wel sprake is van intrekking en terugvordering van subsidie als bedoeld in artikel 4:21 Awb. Zoals in hoofdstuk 2 van dit preadvies is besproken, vormen subsidies een 'gebonden overdracht' van financiële middelen. Zij moeten ter ontplooiing van bepaalde activiteiten worden ingezet, waardoor deze activiteiten worden gestimuleerd. De uitkeringen die werden gedaan op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland hebben veeleer het karakter van een schadevergoeding, een maatregel ter compensatie van het verlies aan omzet die het gevolg was van fiscale maatregelen. Schadevergoedingen zijn geen subsidies in de zin van artikel 4:21 Awb en als de uitkeringen geen subsidies zijn, is ook de subsidietitel van de Awb niet van toepassing. Zo geredeneerd kan artikel 4:49 Awb niet ten grondslag worden gelegd aan besluiten tot intrekking van de uitkeringen.

Maar ook wanneer de uitkeringen op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland wél als subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb zouden kunnen worden gekwalificeerd,[318] is in het voorgaande gebleken dat artikel 4:49 Awb niet zonder meer inzetbaar is. Het is maar de vraag of de subsidieontvanger behoorde te weten dat de subsidiebeschikking onjuist was. Interessant is dat de rechtbank Zutphen[319] oordeelde dat de wijziging van een subsidievaststelling en het besluit tot terugvordering van op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland kunnen worden gebaseerd op artikel 88 lid 2 EG in verbinding met de eerder genoemde beschikking van de Commissie, waarna 'bovendien' wordt gewezen op het bepaalde in artikel 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb (waar is bepaald dat de vaststellingsbeschikking kan worden ingetrokken als de ontvanger wist of behoorde te weten dat deze onjuist was). Het ging in casu echter om een geval waarin de ontvanger al vóór de subsidievaststelling door de minister op

316. Waarbij hij voorbijgaat aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel in steunzaken door het HvJ EG. Volgens vaste jurisprudentie 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 art. 88 is toegekend. Zie bijv. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (BUG-Alutechnik), AB 1993, 143 m.nt. FHvdB en recent nog ten aanzien van Nederlandse subsidieontvangers, zaak T-2001/109 (Fleuren Compost B.V.), r.o. 129 e.v.
317. Pres. Rb. Assen 2 oktober 2000 (LJN AA 7472). Vergelijk Pres. Rb. Rotterdam 13 oktober 2000 (reg.nr. VWET 00/1986-LUG) en Vz. Rb. Den Bosch 23 december 2003 (reg.nr. Awb 03/3145 VV). Anders: Pres. Rb. Amsterdam 19 december 2000 (reg.nr. AWB 00/4915 Belei A VV).
318. Een veronderstelling waarvan we in de rest van deze bespreking maar, met de Minister van Financiën, zo blijkt uit zijn beschikkingen, zullen uitgaan.
319. Rb. Zutphen 20 mei 2003 (LJN AF 9788).

de hoogte was gesteld van het onderzoek van de Commissie naar de geoorloofdheid van de tijdelijke regeling.

Ook de grondslag van de terugvorderingsbeslissingen is niet duidelijk. Dat geldt met name voor de gevallen waarin de 'subsidie' werd verstrekt aan een particuliere pomphouder, terwijl de terugvorderingsactie wordt gericht tegen een oliemaatschappij. De vraag naar de grondslag van besluiten tot terugvordering van subsidie bleek in Nederland toch al geen eenvoudige aangelegenheid. Zoals hiervoor werd beschreven, wordt terugvordering sinds de uitspraak Nanne/VROM[320] gezien als een (publiekrechtelijk) besluit. Het rechtsgevolg van dit besluit wordt ontleend aan het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd. Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen, aldus de Afdeling. En dit laatste is nu juist het probleem bij de terugvorderingen van verstrekkingen gedaan op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland. Immers, er bestaat geen door het bestuursrecht beheerste verhouding (subsidierelatie) tussen de Minister van Financiën en de oliemaatschappijen waarbij de gelden worden teruggevorderd. Het is dus ook maar zeer de vraag of de terugvorderingsbeslissing in dit soort situaties een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb oplevert.[321]

En dat zal niet veranderen wanneer met de inwerkingtreding van de vierde tranche een vernieuwd artikel 4:57 in de Awb is opgenomen. Uit de toelichting bij het voorontwerp van deze bepaling blijkt dat daarmee weliswaar een uitdrukkelijke (publiekrechtelijke) grondslag voor de bevoegdheid tot terugvordering van subsidiegelden in de Awb wordt neergelegd, maar niet dat daarmee iets verandert aan het (onuitgesproken) uitgangspunt dat subsidie slechts kan worden teruggevorderd van degene aan wie zij werd verstrekt.

Ervan uitgaande dat de terugvorderingen bij de oliemaatschappijen dus civielrechtelijke kwesties vormen,[322] moeten wij constateren dat er een ingewikkelde rechterlijke competentieverdeling bestaat. Immers, geschillen over intrekkingsbesluiten en terugvorderingsbesluiten die het gevolg zijn van rechtstreeks aan een oliemaatschappij verstrekte uitkeringen op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland moeten aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Het-zelfde geldt voor intrekkingsbesluiten gericht aan de pomphouders die een uitkering ontvingen. Geschillen over terugvorderingsbeslissingen gericht aan oliemaatschappijen die zien op begunstiging door de uitkeringen op basis van de genoemde regeling via een SPB-contract met een benzinepomphouder, moeten echter aan de civiele rechter worden voorgelegd.

---

320. ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 m.nt. NV.
321. Desalniettemin stelt de minister dat de geadresseerde van zijn terugvorderingsbeslissing daartegen bezwaar kan maken (art. 7:1 Awb).
322. In welk geval de terugvorderingsgrondslag overigens ook nog geen eenvoudige zaak is.

## 4.9 Conclusies: naar een Europeesrechtelijk georiënteerde subsidietitel

Het Nederlandse subsidierecht behoeft vanuit Europeesrechtelijk perspectief gezien verbeteringen. In de voorgaande paragrafen bleek dat er geen doeltreffend geheel van Nederlandse rechtsregels bestaat waarmee het Europees recht inzake staatssteun ten uitvoer kan worden gelegd. De grootste problemen ontstaan wanneer verstrekte subsidie onrechtmatige staatssteun blijkt in te houden en moet worden teruggevorderd. Maar ook op andere punten, zoals de gronden op basis waarvan subsidieaanvragen kunnen worden afgewezen, zou in titel 4.2 Awb meer rekening kunnen worden gehouden met het feit dat subsidies staatssteun kunnen vormen.

Het is de vraag hoe die verbeteringen het best concreet vorm kunnen worden gegeven. Er zijn immers verschillende mogelijkheden; wijzigingen en aanvullingen kunnen worden doorgevoerd in de bijzondere subsidieregelgeving of in de Awb, maar er kan ook een zelfstandige 'algemene'[323] wet tot stand worden gebracht die ziet op staatssteunkwesties. In de hoofdstukken 2 en 3 kwam aan de orde dat ook een nieuw hoofdstuk met betrekking tot staatssteun aan de Mededingingswet zou kunnen worden toegevoegd.

Bij de totstandkoming van de subsidietitel in de Awb is (enige) aandacht besteed aan de relatie met het EG-recht inzake staatssteun.[324] Daarin wordt gesteld dat het 'niet goed mogelijk [is] terzake algemene voorschriften in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Dat is ook niet nodig, nu de communautaire beperkingen op de uitoefening van nationale bevoegdheden rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht voortvloeien.' Dit laatste mag waar zijn, maar dat neemt niet weg dat is gebleken dat het nationale subsidierecht op punten aan subsidiënten te weinig bevoegdheden geeft om aan communautaire verplichtingen te voldoen. De toelichting verwijst in dat verband naar de bijzondere subsidieregelgeving en met name naar de Kaderwet financiële verstrekkingen EZ (inmiddels vervangen door de Kaderwet EZ-subsidies), waarin al vóór inwerkingtreding van de subsidietitel een uitdrukkelijke intrekkingsgrond was opgenomen voor het geval een verstrekte subsidie aan een onderneming een ingevolge artikel 92 (thans 87) EG verboden steunverlening opleverde. Ook in andere subsidiekaderwetten zijn inmiddels regels opgenomen met het oog op de terugvordering van ten onrechte verleende staatssteun.[325] Maar daarmee zijn niet alle problemen opgelost.[326] Zo gelden deze bepalingen alleen op

---

323. In dit verband is met 'algemeen' bedoeld een wet die ziet op zowel bestuursrechtelijk (en dus ook fiscaalrechtelijk) als civielrechtelijk genormeerde staatssteunkwesties.
324. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 28-29.
325. Zie de subsidiekaderwetten van de ministeries van LNV, SZW, V&W en BuZa. Overigens is de formulering van deze bepalingen niet optimaal. Zo kan op grond van deze bepalingen niet worden gevorderd bij een derde partij die, volgens een commissiebeschikking wel begunstigde is van een onrechtmatig verstrekte steunmaatregel, maar niet de ontvanger van de subsidie. Zie hierover verder: R.H.C. Luja, a.w., p. 249 en J.E.M. Polak & W. den Ouden, a.w., p. 148 e.v.
326. En dat wordt op de voor de Awb verantwoordelijke ministeries ook onderkend. Daarom is via het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie onderzoek uitgezet naar de mogelijkheden om te komen tot een passend nationaal instrumentarium om terugvordering van onrechtmatige staatssteun in Nederland mogelijk te maken. De resultaten van dat onderzoek waren op het moment van dit schrijven nog niet openbaar.

het niveau van de rijksoverheid en alleen voor gevallen waarin subsidie wordt verstrekt op grond van de genoemde kaderwetten. Verder bestaan er ook op rijksniveau subsidieregelingen die kunnen leiden tot staatssteun en waarin dergelijke bepalingen ontbreken. Daarnaast leert een oppervlakkige verkenning van gemeentelijke subsidieverordeningen (via het internet) al snel dat dergelijke bepalingen in subsidieregelgeving van decentraal niveau doorgaans ontbreken. Wanneer daaraan wel is gedacht, is het bovendien weinig gelukkig dat decentrale overheden met een beroep op het EG-recht in hun regelgeving van een wet in formele zin (de Awb) moeten afwijken, bijvoorbeeld op het gebied van intrekkingsgronden en terugvorderingstermijnen.

Om omissies en allerlei verschillend geformuleerde terugvorderingsbevoegdheden te voorkomen zou een afdoende intrekkings- en terugvorderingsregeling in de Awb moeten worden opgenomen. Er zijn binnen titel 4.2 Awb immers wel meer bevoegdheden voor subsidiënten in dat licht standaard geregeld.[327] Deze operatie kan meteen worden gebruikt om de gehele titel vanuit Europeesrechtelijk perspectief te herbezien en waar nodig aan te passen en aan te vullen.[328] Wij hebben hiervoor in de voorgaande paragrafen de nodige suggesties gedaan. Staatssteunaspecten kunnen in zo veel subsidierelaties een rol spelen dat wij niet inzien dat dit onderwerp behoort tot het 'bijzondere' subsidierecht en derhalve niet in de Awb zou thuishoren.

Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag of een algemene wettelijke regeling van staatssteunkwesties niet de voorkeur verdient boven allerlei 'bijzondere' regelingen in (onder meer) het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de fiscale wetgeving. Het is niet eenvoudig deze vraag te beantwoorden.[329] Wij volstaan hier met de opmerking dat het met het oog op de *eenheid* van het subsidierecht wenselijk is een regeling in de Awb op te nemen.[330] Grote voordelen daarvan zijn (onder meer)[331] dat de afstemming tussen het EG-recht inzake staatssteun en het Nederlands subsidierecht kan worden gemaximaliseerd, de harmonisatie van het subsidierecht verder wordt doorgezet en de bekendheid met het onderwerp onder betrokkenen bij subsidierelaties (bijzondere regelgevers, subsidiënten, ontvangers en hun concurrenten) waarschijnlijk snel zal toenemen. En met name dat laatste is geen overbodige luxe gebleken.

---

327. Een van de voorbeelden die hier kan worden genoemd, is de bevoegdheid om bij de subsidieverlening 'standaard' subsidieverplichtingen aan de ontvanger op te leggen (art. 4:37 Awb).
328. Overigens zijn dan niet slechts de Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun relevant. Ook de aansluiting met het Europese subsidierecht zou kunnen worden verbeterd. Zie daarover J.E.M. Polak & W. den Ouden, a.w., p. 127 e.v.
329. Dit is een van de vragen die centraal staan binnen het eerdergenoemde WODC-onderzoek; een vraag die mogelijk mede aan de hand van rechtsvergelijkend onderzoek zal kunnen worden beantwoord.
330. Ook Luja stelt voor om bepalingen inzake terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun op te nemen in de Awb en andere 'relevante regelgeving' (R.H.C. Luja, a.w., p. 255).
331. Zie over de positieve (en onverwachte en negatieve) effecten van regeling van onderwerpen in de Awb in het algemeen: J.E.M. Polak & W. den Ouden, a.w., p. 15 e.v. en ten aanzien van het subsidierecht p. 80 e.v.

# 5 De rol van de Nederlandse rechter

## 5.1 Inleiding

De Nederlandse rechter kan op verschillende manieren te maken krijgen met geschillen rond subsidiekwesties waarbij het EG-recht inzake staatssteun een rol speelt. Een belangrijk voorbeeld zijn de terugvorderingsprocedures die volgen op een beschikking van de Europese Commissie inhoudende dat een bepaalde, al verstrekte subsidie staatssteun inhoudt die niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is. Een tweede belangrijke categorie wordt gevormd door procedures over subsidieverstrekking waartegen een derde, meestal een concurrent van de ontvanger, opkomt met de stelling dat de desbetreffende subsidie onrechtmatige staatssteun inhoudt. Ook zijn allerlei procedures ter verkrijging van een vergoeding voor schade geleden door een concurrent van de subsidieontvanger mogelijk: gericht tegen de Staat[332] vanwege het niet goed toepassen of in acht nemen van het EG-recht inzake staatssteun, of gericht tegen een subsidieontvanger die ervan wordt beschuldigd onrechtmatig te handelen door de subsidie die beweerdelijk onrechtmatige staatssteun inhoudt te aanvaarden. Omdat de subsidierelatie tussen een Nederlands bestuursorgaan en Nederlandse subsidieontvangers in beginsel publiekrechtelijk – en dus in de vorm van subsidiebesluiten – wordt vormgegeven, worden de voornoemde geschillen meestal voorgelegd aan de bestuursrechter. Echter, het komt ook voor dat de civiele rechter wordt geadieerd, niet alleen bij schadevergoedingsacties, maar bijvoorbeeld ook door een concurrent van de subsidieontvanger, die in een kortgedingprocedure vordert dat alle met staatssteun vormgegeven activiteiten worden stopgezet. Zo ontstaat op nationaal niveau zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke jurisprudentie rond het EG-recht inzake staatssteun die voor bij subsidierelaties betrokken partijen van groot belang kan zijn.

In paragraaf 5.2 zullen wij eerst nagaan welke rol de nationale rechter speelt bij de tenuitvoerlegging van het EG-recht[333] inzake staatssteun. Met name zijn verhouding tot de Europese Commissie, die (hoofdzakelijk) is belast met de handhaving daarvan, is daarbij interessant. Hoewel uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG en de 'Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van Steunmaatregelen van de Staten'[334] volgt dat de nationale rechter met name de belangen van derden

332. Of een andere rechtspersoon waarvan het subsidiërend bestuursorgaan deel uitmaakt.
333. Zie daarover in het algemeen: K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, Europees recht en de Nederlandse rechter, Verworvenheden en uitdagingen, Deventer 2004.
334. PbEG 1995, C 312.

(concurrenten) moet beschermen bij schendingen van de zogenoemde 'standstill-verplichting' als neergelegd in artikel 88 lid 3 EG, is uit Europees onderzoek, dat werd afgrond in 1998, gebleken dat de laatsten de weg naar een nationaal gerecht niet zo gemakkelijk vinden of inslaan. Het is interessant om te bezien of dat nog steeds geldt voor de weg naar de Nederlandse rechter en – als dat zo blijkt te zijn – wat daarvan de oorzaak is. Ook het communautaire kader waarbinnen nationale rechters terugvorderingsbesluiten van nationale autoriteiten moeten beoordelen op rechtmatigheid zal aan de orde komen, waarbij onder meer de vraag aan de orde komt of ontvangers zich in dergelijke procedures kunnen beroepen op een gerechtvaardigd vertrouwen.

In paragraaf 5.3 en volgende zullen wij nagaan in welke procedures subsidiegeschillen met een staatssteunrechtelijk aspect aan Nederlandse rechters kunnen worden voorgelegd. Eerst zullen in paragraaf 5.4 acties gestart door concurrenten worden besproken. Daarna komen in paragraaf 5.5 de procesmogelijkheden voor ontvangers van onrechtmatige staatssteun aan bod. Aan de hand van de jurisprudentie zal worden nagegaan hoe Nederlandse rechters omgaan met subsidiegeschillen met een 'staatssteunrechtelijk randje' en waardoor verschillen in aanpak worden veroorzaakt. Belangrijk is natuurlijk ook de vraag of de Nederlandse rechter doet wat van hem wordt verwacht; voldoet hij aan zijn communautaire verplichtingen wat de tenuitvoerlegging van het EG-recht inzake staatssteun betreft? Deze laatste vraag zal centraal staan in de conclusie van dit hoofdstuk.

## 5.2 Handhaving van Europese bepalingen inzake staatssteun en de nationale rechter

Voordat wij ingaan op de rol van de nationale rechter bij de handhaving van staatssteunrecht is het goed in het kort en voorzover nodig uiteen te zetten hoe deze handhaving Europeesrechtelijk is vormgegeven.[335] Wij beperken ons daarbij tot zogenoemde 'nieuwe steunmaatregelen', dat zijn alle steunregelingen en individuele steunverleningen die geen bestaande steun zijn, met inbegrip van de wijzigingen daarvan.[336]

Het verstrekken van staatssteun zoals omschreven in artikel 87 EG is niet absoluut verboden. De Europese Commissie[337] heeft op grond van het bepaalde in de artikelen 87 en 88 EG een brede bevoegdheid om te bepalen of een steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Zij geeft haar oordeel daarover in de vorm van beschikkingen. Deze kunnen (onder meer) volgen uit een onderzoek naar aanleiding van een melding van een voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen door één van de lidstaten. De laatste zijn tot het doen van dergelijke meldingen verplicht op grond van artikel 88 lid 3 EG (de meldplicht). Totdat de Commissie per beschikking de voorgenomen steunmaatregel heeft goedgekeurd, mag de lidstaat

335. Zie voor een (zeer) uitgebreid overzicht van dit onderwerp: M. Heidenhain (ed.), a.w., p. 655-1067.
336. Vgl. art. 1 onder c Verordening (EG) 659/1999.
337. De bevoegdheid van de Europese raad, zoals neergelegd in art. 88 lid 2 EG, laten wij hier verder buiten beschouwing.

geen uitvoeringshandelingen verrichten (standstill-verplichting). Verder kan de Commissie uit andere bronnen, zoals de media of via klachten, informatie krijgen over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun. Ook in die gevallen kan zij een onderzoek starten dat resulteert in een beschikking. De op artikel 88 EG berustende bevoegdheden zijn nader geregeld in Verordening (EG) 659/1999, de zogenoemde Procedureverordening. Tegen de genoemde beschikkingen van de Commissie staat voor de betrokken lidstaat en voor particuliere belanghebbenden (met name de ontvangers van steun en hun concurrenten) beroep open bij het Gerecht van eerste aanleg.[338]

De bevoegdheden die de Commissie toekomen in het kader van de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt zijn exclusief. Dat betekent dat veel van het bepaalde in de artikelen 87 en 88 EG geen rechtstreekse werking heeft. Burgers kunnen zich daarop dus niet beroepen in hun nationale rechtsorden. Dat ligt anders voor de meldplicht en standstill-verplichting van artikel 88 lid 3 EG; deze bepaling heeft volgens vaste jurisprudentie[339] wél rechtstreekse werking. Particulieren kunnen zich dus via een procedure voor de nationale rechter verzetten tegen verstrekking van (vermeende) staatssteun die niet is aangemeld bij de Commissie. Wanneer de subsidie al verstrekt is voordat daarover een Commissiebeschikking is gegeven, kunnen zij de terugvordering daarvan eisen. Verder zijn er op grond van artikel 89 EG en Verordening (EG) 994/1998 verschillende verordeningen tot stand gebracht waaruit volgt dat bepaalde soorten steunmaatregelen geen bedreiging vormen voor de gemeenschappelijke markt en dus niet hoeven te worden gemeld bij de Commissie.[340] Nationale rechters kunnen dus met allerlei Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun en daarop gebaseerde vorderingen worden geconfronteerd.

### 5.2.1 *Verzaking van plichten volgend uit artikel 88 lid 3 EG*

Hoe is nu de rolverdeling tussen de Commissie, die oordeelt over de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt, en de nationale rechter, die soms ook, zo blijkt uit het voorgaande, op grond van Europese bepalingen over staatssteun tot een oordeel moet komen? Naar aanleiding van prejudiciële vragen hierover heeft het Hof van Justitie van de EG enkele principiële arresten gewezen. In het arrest FNCEPA tegen Frankrijk[341] zet het Hof uiteen dat de nationale rechter zich, buigend over de vraag of aan de meldplicht van artikel 88 lid 3 EG is voldaan, genoodzaakt kan zien om het begrip steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG uit te leggen en toe te passen.[342] Wanneer dusdoende blijkt dat een bepaalde handeling

338. Voor de lidstaten geldt dit pas vanaf juni 2004 (door een besluit van de Raad van 26 april 2004 tot wijziging van de art. 51 en 54 van het Statuut van het Hof van Justitie (PbEG 2004, L 132/5)). Daarvoor stond voor hen beroep open bij het Hof van Justitie van de EG.
339. Zie o.m. zaak 120/73 (Lorenz), zaak C-354/90 (FNCEPA/Frankrijk), zaak C-39/94 (SFEI/La Poste), r.o. 39 en zaak 390/98 (Banks & Co/Coal Authority), r.o. 70.
340. Zie daarover par. 8.1 van het preadvies van B. Hessel en par. 2.4.3 van dit preadvies.
341. Zaak C-354/90.
342. Eerder al in zaak 78/76 (Steinike & Weinlig) en onlangs nog in zaak C-345/02 (Pearle e.a.), r.o. 31.

staatssteun vormt die ten onrechte niet is aangemeld, is actie geboden, aldus het Hof:

> 'De nationale rechterlijke instanties dienen de justitiabelen die zich op een dergelijke miskenning kunnen beroepen, te waarborgen dat daaruit, overeenkomstig hun nationaal recht, alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun.'[343]

Daarbij merkt het Hof op dat het weliswaar zo is dat de Commissie niet de bevoegdheid heeft steunmaatregelen onwettig te verklaren op de enkele grond dat zij niet zijn aangemeld,[344] maar dat deze regel geen betekenis heeft voor de plichten die rusten op de nationale rechter. Immers, de Commissie en nationale rechter spelen ieder hun eigen (en een fundamenteel verschillende) rol binnen het kader van de artikelen 87 en 88 EG. Daar waar de Commissie een centrale en exclusieve rol speelt bij de vaststelling van eventuele onverenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, dient de nationale rechter de rechten van justitiabelen te beschermen tegen een miskenning van de plichten die volgen uit artikel 88 lid 3 EG, door de nationale autoriteiten.[345]

Blijft wel de vraag wat de gevolgen zijn van een eventuele positieve beschikking van de Commissie over een ten onrechte niet aangemelde steunmaatregel, wanneer al uitvoeringshandelingen werden verricht voordat zij werd goedgekeurd. Daarover is het Hof kort en duidelijk:

> 'Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtstreekse werking van artikel 93 lid 3, [nu artikel 88 lid 3 EG; auteurs] laatste volzin, EEG-Verdrag en dat de belangen van de justitiabelen, die de nationale rechterlijke instanties zoals gezegd dienen te beschermen, worden geschonden, deze eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft, dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in dit artikel neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Iedere andere uitlegging zou in de hand werken dat de betrokken Lid-Staat artikel 93 lid 3, laatste volzin, niet in acht neemt en zou deze bepaling van haar nuttig effect beroven.'[346]

In de zaak SFEI tegen La Poste[347] gaat het Hof opnieuw in op de te onderscheiden taken van de Commissie en nationale rechter bij het toezicht op de naleving van de artikelen 87 en 88 EG. Het Hof herhaalt dat de nationale rechter 'alle consequenties' moet trekken naar nationaal recht wanneer artikel 88 lid 3 EG is geschonden. De

---

343. R.o. 12, vgl. zaak C-390/98 (Banks & Co/Coal Authority), r.o. 73.
344. Vgl. zaak C-301/87 (Boussac) en zaak C-142/87 (België/Commissie).
345. Vgl. zaak C-345/02 (Pearle e.a.), r.o. 31.
346. Zaak C-354/90 (FNCEPA), r.o. 16.
347. Zaak C-39/94. Zie daarover uitgebreid: M.A. Poelman, Het Hof benadrukt grote bevoegdheid nationale rechter bij artikel 93 lid 3 EG, NTER 1996, p. 260 e.v.

Commissie kan, anders dan de nationale rechter, geen onmiddellijke teruggave gelasten van de niet-gemelde staatssteun.[348] Daarom kan het feit dat de Commissie een onderzoeksprocedure heeft geopend de nationale rechter niet ontheffen van zijn verplichting om de rechten van justitiabelen te beschermen bij schending van de meldplicht. Wanneer hij in dat kader twijfelt over de juiste uitleg van het begrip staatssteun, kan hij de Commissie om opheldering verzoeken, zo heeft de Commissie zelf expliciet aangegeven in haar Bekendmaking betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten.[349] Daarnaast kan de nationale rechter (en moet hij onder omstandigheden) over de uitleg van artikel 87 EG een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie van de EG. Dit alles overwegende komt het Hof tot het oordeel:

> 'dat een nationale rechterlijke instantie die zich heeft uit te spreken over een verzoek om de consequenties te trekken uit de schending van artikel 93 lid 3, laatste volzin, van het Verdrag, wanneer de zaak tegelijkertijd ook is voorgelegd aan de Commissie en deze zich nog niet heeft uitgesproken over de vraag of de betrokken overheidsmaatregelen steunmaatregelen van de staat zijn, niet verplicht is zich onbevoegd te verklaren of de uitspraak aan te houden totdat de Commissie haar standpunt heeft bepaald over de kwalificatie van de betrokken maatregelen. (...) In geval van raadpleging van de Commissie of prejudiciële verwijzing naar het Hof, dient zij te onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden gelast teneinde de belangen van partijen te beschermen in afwachting van haar definitieve uitspraak.'[350]

Ook op de vraag hoe ver de nationale rechter mag gaan bij het trekken van consequenties van het schenden van de meldplicht, is het Hof expliciet. 'De nationale rechter dient met zijn einduitspraak in een dergelijke zaak de bescherming te verzekeren tegen de gevolgen van de onrechtmatige tenuitvoerlegging van steunmaatregelen.' Concreet brengt dit mee dat de vaststelling dat een steunmaatregel in strijd met artikel 88 lid 3 EG, is toegekend in beginsel moet leiden tot de teruggave ervan, overeenkomstig de interne procedureregels van de desbetreffende lidstaat:

> 'Gelet op het belang voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt van de eerbiediging van de procedure van voorafgaand toezicht op de voorgenomen steunmaatregelen van de staat, moeten de nationale rechterlijke instanties in beginsel een verzoek om teruggave van in strijd met artikel 93, lid 3, van het Verdrag betaalde steun toewijzen.'[351]

---

348. Dat ligt nu overigens anders, zie art. 11 lid 2 Procedureverordening waaruit, blijkt dat de Commissie een beschikking kan geven waarin een bevel tot voorlopige terugvordering kan worden gegeven wanneer aan strikte voorwaarden is voldaan. Daarover uitgebreider: N.E.M. Kohl, Procedureverordening staatssteun van kracht, NTER 1999, p. 183 e.v.
349. PbEG 1995, C 312.
350. Zaak C-39/1994 (SFEI/La Poste), r.o. 53.
351. Zaak C-39/1994 (SFEI/La Poste), r.o. 70.

In het arrest Banks & Co tegen Coal Authority[352] worden de taken van de nationale rechter bij verzaking van de meldplicht als volgt nader gepreciseerd:

> 'Dienaangaande vormt het herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun een noodzakelijke vereiste voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun, en de nationale rechter moet met inachtneming van de omstandigheden nagaan, of de beroepen van de justitiabelen die tot het herstel van deze vroegere toestand kunnen bijdragen, kunnen worden toegewezen (...).'

In de reeds genoemde bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten van 23 november 1995, borduurt de Commissie voort op (met name) het arrest FNCEPA. Zij legt de nadruk op haar verantwoordelijkheid voor de tenuitvoerlegging en ontwikkeling van het mededingingsbeleid in het openbare belang van de Gemeenschap, tegenover de verantwoordelijkheden van de nationale rechter die zorgdraagt voor de rechtsbescherming van particulieren en voor het doen naleven van plichten door de lidstaat, gewoonlijk op verzoek van particulieren. Nadat de jurisprudentiële beginselen en uitgangspunten, zoals die hiervoor aan de orde kwamen op een rij zijn gezet, stelt de Commissie dat zij zich ervan bewust is dat de ontwikkelde beginselen inzake de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG door de nationale rechter complex zijn en soms onvoldoende ontwikkeld om nationale rechters in staat te stellen hun rechterlijke taak op dit vlak naar behoren te vervullen. De Commissie wil hen daarin bijstaan en kondigt in dat kader aan zo veel mogelijk informatie te zullen blijven verstrekken over steunzaken en het desbetreffende beleid in de vorm van velerlei publicaties (waaronder mededelingen, beschikkingen en jaarverslagen inzake het mededingingsbeleid). Verder zal de Commissie op verzoek informatie van procedurele aard verstrekken; de nationale rechter kan bijvoorbeeld navragen of een bepaalde zaak in behandeling is bij de Commissie, of een concrete steunmaatregel is gemeld[353] en of een onderzoeksprocedure is ingeleid. Ook zal de Commissie op verzoek informatie verstrekken over het staatssteunbegrip, vervalsing van mededinging door steunmaatregelen en de invloed daarvan op het handelsverkeer. Nationale rechters kunnen vragen naar de gangbare praktijk van de Commissie bij beoordeling van deze zaken en allerlei feitelijke gegevens opvragen, zoals statistieken, marktstudies en economische analyses. De Commissie benadrukt dat door haar verstrekte informatie en adviezen niet bindend zijn voor de nationale rechter.

Opvallend is dat de Commissie een accent legt op de beperktheid van haar eigen bevoegdheden wanneer een particulier klaagt over (vermeende) onrechtmatige staatssteun en de voordelen die het voor particulieren kan meebrengen om in zo'n

352. Zaak C-390/1998, r.o. 75.
353. Zie voor een voorbeeld CBB 7 april 2004, LJN AO 7843. In deze zaak vroeg het CBB de Europese Commissie om informatie over de aanmelding van een steunmaatregel. Het College ontving antwoord na precies drie maanden.

geval te procederen voor de nationale rechter benadrukt.[354] Zo kan de Commissie geen schadevergoeding toekennen aan gedupeerden van een schending van het bepaalde in artikel 88 lid 3 EG. Bovendien kan de nationale rechter gewoonlijk snel voorlopige maatregelen vaststellen en beëindiging van inbreuken op rechten van justitiabelen gelasten en de verwerende partij veroordelen in de proceskosten die eiser heeft moeten maken, aldus de Commissie.

Deze aanprijzing van procedures voor de nationale rechter staat in schril contrast met de resultaten van het onderzoek dat in 1998 in opdracht van de Europese Commissie is gedaan naar de rol die nationale gerechten spelen bij de tenuitvoerlegging van het Europese staatssteunrecht.[355] Daaruit blijkt dat de bij dit onderzoek betrokken deskundigen vanuit alle lidstaten slechts 116 rechtszaken voor nationale gerechten konden rapporteren waarin de artikelen 87 en 88 EG een rol speelden. Volgens de onderzoekers was het waarschijnlijk dat alle substantiële en relevante zaken in het onderzoek waren meegenomen. Van deze zaken waren er slechts 28 die konden worden gekwalificeerd als acties van concurrenten tegen de verstrekking van (vermeend) onrechtmatige staatssteun, terwijl deze zaken juist zo geschikt zijn om aan te brengen voor de nationale rechter, wanneer we de Commissie mogen geloven. Slechts in drie gevallen bereikten deze concurrenten het door hen gewenste resultaat en in geen enkele zaak werd een schadevergoeding door de Staat betaald wegens schending van communautaire plichten. Ook bleken door nationale rechters nauwelijks voorlopige maatregelen te worden getroffen om de belangen van justitiabelen te beschermen tegen het verzaken van de meldplicht.

Belangrijke vraag die opkomt, is natuurlijk hoe het kwam dat de weg naar de nationale rechter tot 1998 zo weinig werd bewandeld door concurrenten en of dat vandaag de dag nog het geval is. Volgens de onderzoekers moet de oorzaak van deze minimale cijfers niet zozeer worden gezocht in mankementen van de nationale rechtssystemen; deze zouden in theorie voldoende mogelijkheden bieden. Echter, de bij nationale rechtszaken betrokkenen, waaronder rechters en advocaten zouden onvoldoende kennis hebben van het weinig transparante EG-recht inzake staatssteun. Bovendien zouden nationale rechters dit complexe recht niet graag toepassen wanneer dat ingrijpende gevolgen heeft voor private bedrijven die werkzaam zijn binnen de lidstaat. Belangrijkste aanbeveling van de onderzoekers luidt dan ook dat er vanuit de Gemeenschap moet worden gewerkt aan transparantie en inzichtelijkheid van het staatssteunrecht en kennisverspreiding.[356]

Deze conclusies zijn wel bekritiseerd. Zo stelt Flynn[357] dat uit de Engelse jurisprudentie blijkt dat de rechter zowel in staat als bereid is dit complexe EG-recht toe te passen. Hij zoekt naar andere oorzaken voor de kleine aantallen nationale procedures. Hij meent dat nationale gerechten geen geschikt forum bieden voor concurrenten van ontvangers van staatssteun, omdat er belangrijke moeilijkheden zijn verbon-

354. Vgl. J. Flynn, The role of National Courts, in: A. Biondi e.a. (ed.), The law of State Aid in the European Union, Oxford 2004, p. 330 e.v.
355. AEA Study on the Application of EC State aid Law by Member State Courts, 1998. Zie daarover uitgebreid: M. Ross, State Aids and nationale courts: defenitions and other problems – A case of premature emancipation?, CMLR 2000, p. 401 e.v.
356. AEA Study on the Application of EC State aid Law by Member State Courts, 1998, p. 248.
357. J. Flynn, a.w., p. 331 e.v.

den aan hun procedures, waarvan de belangrijkste wordt gevormd door de bewijslast die op de schouders van eisers wordt gelegd. Dit ligt anders wanneer concurrenten een klacht indienen bij de Commissie.[358] De Commissie is in zulke gevallen bevoegd tot het opvragen van allerlei informatie bij de betrokken lidstaat (artikel 10 Procedureverordening). Zij is tot op zekere hoogte zelfs belast met een onderzoeksplicht. De Commissie mag zich namelijk niet beperken tot de door de klager verschafte informatie om, als deze niet voldoende is, de formele onderzoeksprocedure niet in te leiden.[359] Bovendien blijft een feit dat het uiteindelijk de Com-missie is die oordeelt over verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, wat ook kan bijdragen aan de neiging van partijen om hun geschillen aan de Commissie voor te leggen.[360]

### 5.2.2 *Terugvorderingprocedures*

In het hiervoor genoemde onderzoek dat de Commissie heeft laten uitvoeren naar de rol die nationale gerechten spelen bij de tenuitvoerlegging van het EG-recht inzake staatssteun, wordt aan terugvorderingsprocedures niet veel aandacht besteed. De onderzoekers concluderen dat er geen recente zaken zijn gerapporteerd waarin de ontvanger zich met succes op nationale rechtsbeginselen heeft beroepen om terugvordering tegen te gaan en dat zich op dit vlak dus geen problemen voordoen.[361] Toch moet hier worden benadrukt dat terugvorderingsgeschillen een tweede, belangrijke categorie geschillen vormen die aan de nationale rechter kunnen worden voorgelegd en waarover de nodige Europese jurisprudentie is ontstaan. Daaruit blijkt dat – nu het Europese recht geen bepalingen geeft voor de terugvordering van onrechtmatig verstrekte steun – terugvordering moet plaatsvinden volgens de toepasselijke regels van het nationale recht van de lidstaat waarbinnen de terugvordering plaatsvindt.[362] Daarbij geldt dat de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet mag worden aangetast.[363] Concreet betekent dit volgens het Hof:

> 'De toepassing van de nationale bepalingen mag dus enerzijds de terugvordering van onrechtmatig toegekende bedragen niet praktisch onmogelijk maken, en anderzijds niet discriminerend zijn vergeleken met soortgelijke, louter door het nationale recht beheerste gevallen.'[364]

---

358. Zie over de positie van de klager: R. Barents, Nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak en wetgeving over staatssteun, SEW 1999, p. 452 e.v.
359. Zaak T-49/93 (SIDE). Zie ook zaak C-367/95 P.
360. Vgl. M.P. Gerrits-Janssens, Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun, JB plus 2001, p. 99 en N.E.M. Kohll, a.w., p. 182-187.
361. AEA Study on the Application of EC State aid Law by Member State Courts, 1998, p. 240 e.v.
362. Dit conform het beginsel van procedurele autonomie. Zie daarover in het algemeen in relatie tot het Nederlandse bestuursrecht: Jans e.a., a.w., p. 72 e.v. Zie ook het preadvies van G.J. van Slooten, hfdst. 6.
363. Zie onder meer zaak C-205-215/82 (Deutsche Milchkontor), zaak C-94/87 (Commissie/Duitsland), zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), zaak T-459/93 (Siemens SA) en zaak C-480/98 (Spanje/Commissie).
364. Zaak T-459/93 (Siemens SA), r.o. 82.

Dit communautaire kader stelt de nationale rechter voor een lastige taak. Weliswaar verschillen de regels voor terugvorderingsprocedures naar aanleiding van een negatieve commissiebeschikking in beginsel niet van zuiver nationale terugvorderingsprocedures, maar het toepasselijke nationale recht mag slechts worden toegepast voorzover het Europees gefundeerde terugvorderingen niet discrimineert en niet feitelijk onmogelijk maakt. Desalniettemin moeten nationale rechters op basis van deze regels in concrete gevallen knopen doorhakken. Immers, de ontvangers van onrechtmatig verstrekte staatssteun verzetten zich geregeld tegen de terugvordering daarvan door de nationale autoriteiten voor de nationale rechter. Zij doen daarbij beroep op allerlei nationaalrechtelijke argumenten, zoals het ontbreken van een toereikende bevoegdheidsgrondslag voor de terugvorderingsactie en het (nationale) evenredigheids- en vertrouwensbeginsel dat zich tegen terugvordering zou verzetten.

Voor de beoordeling van dergelijke argumenten biedt de Europese jurisprudentie wel nadere aanknopingspunten. Zo stellen het Hof en het Gerecht telkenmale dat 'de terugvordering van met het gemeenschapsrecht onverenigbare staatssteun teneinde de vroegere toestand te herstellen, in beginsel niet is te beschouwen als een maatregel die onevenredig is ten opzichte van de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun (...).'[365] Ook heeft het Hof uitdrukkelijk gesteld dat eventuele procesrechtelijke of andere moeilijkheden met betrekking tot de uitvoering van negatieve beschikkingen van de Commissie de wettigheid van die beschikkingen niet kunnen aantasten.[366] Bij lezing van deze jurisprudentie dient echter wel steeds in het achterhoofd te worden gehouden dat Europese rechters in deze zaken hun oordeel gaven over de rechtmatigheid van beschikkingen van de Europese Commissie waarin terugvordering wordt gevorderd. Daarin wordt steevast benadrukt dat de lidstaat die onrechtmatige staatssteun verstrekte steeds kan worden verplicht tot het ondernemen van actie om tot terugvordering over te gaan. Slechts wanneer de lidstaat aantoont dat terugvordering onmogelijk is komt de rechtmatigheid van de terugvorderingsbeschikking ter discussie te staan.[367] Echter, wanneer een terugvorderingsbeschikking ten opzichte van de adressant, een lidstaat, rechtmatig is, betekent dat niet per definitie dat ook het als gevolg daarvan genomen terugvorderingsbesluit van een nationale autoriteit ten opzichte van de ontvanger

365. Zaak T-459/93 (Siemens SA), r.o. 96. Zie bijv. ook zaak C-142/87 (België/Commissie), r.o. 66 en de daar genoemde jurisprudentie.
366. Zaak C-142/87 (België/Commissie), r.o. 63.
367. Zie bijv. zaak C-310/99 (Italië/Commissie), r.o. 105: 'Betreffende het argument dat de terugvordering complex en moeilijk controleerbaar zou zijn en dat het stelsel van de steun de nationale productiestructuur heeft doordrongen, volstaat het onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof op te merken, dat de vrees voor binnenlandse, zelfs onoverkomelijke moeilijkheden niet kan rechtvaardigen, dat een lidstaat de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet nakomt (zie met name arrest van 27 juni 2000, Commissie/Portugal, C-404/97, Jurispr. blz. I-4897, punt 52). Aangezien de Italiaanse regering in casu geen enkele poging tot terugvordering van de steun heeft ondernomen, kan de onmogelijkheid van uitvoering van de terugvorderingsbeschikking niet worden aangenomen (zie arrest van 19 mei 1999, Italië/Commissie, C-6/97, Jurispr. blz. I-2981, punt 34).'

van de onrechtmatige staatssteun rechtmatig is. Daarover moet de nationale rechter een eigen oordeel vormen.[368]

Deze visie wordt bevestigd in onder andere jurisprudentie van het Hof over de toepasselijkheid van het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Wel geeft het Hof voor de wijze waarop de nationale rechter die beoordeling vorm moet geven (via antwoorden op prejudiciële vragen) de nodige vingerwijzingen. Zo stelt het Hof – nadat het in de zaak Deutsche Milchkontor[369] al had uitgesproken dat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg staat dat de betrokken nationale wettelijke regeling ter uitsluiting van de terugvordering van onverschuldigd betaalde steun criteria hanteert als de bescherming van het gewettigd vertrouwen – in de zaak BUG-Alutechnik:[370]

> '13. Het Hof erkent ook, dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde, en dat derhalve geen strijdigheid met deze rechtsorde kan worden aangenomen indien een nationale regeling het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid beschermt op een gebied als de terugvordering van onverschuldigd betaalde communautaire steun (...).
>
> 14. Hetzelfde geldt voor de terugvordering van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale steun. Gelet op het dwingend karakter van het door de Commissie krachtens artikel 93 EEG-Verdrag uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, kunnen ondernemingen die steun genieten 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.
>
> 15. Bovendien heeft de Commissie de potentiële ontvangers van staatssteun in een in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen gepubliceerde mededeling gewezen op de onzekere aard van onwettig toegekende steun, dat wil zeggen op het risico dat zij gedwongen worden om deze terug te betalen (PB 1983, C 318, blz. 3).
>
> 16. Uiteraard valt niet uit te sluiten, dat de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten. In een dergelijk geval staat het aan de nationale rechter, zo die

368. Overigens kan hij ook op het punt van de handhaving van staatssteunbeschikkingen van de Commissie aan de Commissie advies vragen. In het XXXIIIe verslag van de Europese Commissie over het mededingingsbeleid in 2003 (p. 124) wordt opgemerkt dat de nieuwe eenheid H4 van het DG Concurrentie specifiek is belast met de handhaving van staatssteunbeschikkingen. Deze eenheid zal op het gebied van handhavingsvraagstukken advies verstrekken aan o.a. rechters.

369. Zaak 205-215/82. Deze zaak had overigens betrekking op terugvordering van *communautaire* steun. In dergelijke gevallen gelden de hierna te beschrijven strenge eisen voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel binnen een nationale terugvorderingsprocedure niet. Vgl. zaak C-298/96 (Oelmühle Hamburg AG). Zie over het vertrouwensbeginsel in beide soorten terugvorderingsprocedures uitgebreid: M.P. Gerrits-Janssens, a.w.

370. Zaak C-5/1989.

wordt aangezocht, de omstandigheden van het geval te beoordelen, eventueel na het Hof van Justitie prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld.

17. Een Lid-Staat wiens instanties een steun in strijd met de procedureregels van artikel 93 hebben toegekend, kan zich daarentegen niet op het gewettigd vertrouwen van de ontvangers van de steun beroepen om zich te onttrekken aan zijn verplichting, de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen. Zou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 92 en 93 elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onwettig gedrag zouden kunnen beroepen om door de Commissie op grond van deze verdragsartikelen gegeven beschikkingen elke werking te ontnemen.'

Uit dit citaat volgt dat het Hof een duidelijk onderscheid maakt tussen een beroep op het vertrouwensbeginsel in een procedure over de rechtmatigheid van een negatieve commissiebeschikking en een beroep op het vertrouwensbeginsel door de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun in een nationale terugvorderingsprocedure.[371] Het is aan de nationale rechter om het laatstgenoemde beroep te beoordelen naar aanleiding van de (al dan niet uitzonderlijke) omstandigheden van het geval.[372] Uit de jurisprudentie blijkt wel dat niet snel mag worden aangenomen dat zulke uitzonderlijke omstandigheden zich hebben voorgedaan. Zo kan het enkele feit dat de ontvanger een kleine onderneming is niet leiden tot het oordeel dat de onderneming een gewettigd vertrouwen mocht hebben in de rechtmatigheid van een besluit tot toekenning van steun zonder dat hij zich ervan heeft vergewist dat de procedure van artikel 88 lid 3 EG is gevolgd.[373] In het omstreden arrest Alcan[374] beantwoordde het Hof de vraag of de ontvanger van staatssteun zich in een nationale procedure tegen terugvordering kan verzetten op basis van de goede trouw wanneer de litigieuze steun nagenoeg door de verstrekker is opgedrongen:

'41. Zonder dat het optreden van de Duitse autoriteiten in de zaak in het hoofdgeding behoeft te worden beoordeeld, waartoe bij uitsluiting de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn en het Hof in de procedure van artikel 177 van het Verdrag niet bevoegd is, moet worden vastgesteld, dat zoals uit de rechtsoverwegingen 30 en 31 van dit arrest blijkt, de steunontvanger geen gewettigd vertrouwen kon hebben in de rechtmatigheid van de toekenning van de steun. De verplichting van de steunontvanger, zich ervan te vergewissen dat de procedure van artikel 93 lid 3, van het Verdrag is gevolgd, kan immers niet afhangen van het optreden van de overheid, zelfs indien deze in zodanige mate verantwoordelijk is voor de onrechtmatigheid van het besluit, dat de intrekking jegens de begunstigde een schending van de goede trouw lijkt.

371. Zie in die zin recentelijk nog het GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost BV), r.o. 137.
372. Vgl. zaak C-310/99 (Italië/Commissie), r.o. 103.
373. Zie onlangs nog in zaak T-109/01 (Fleuren Compost BV), r.o. 140 en de daar genoemde jurisprudentie.
374. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/1995.

42. Onder omstandigheden als in het hoofdgeding zou het niet intrekken van het besluit tot toekenning van de steun het belang van de Gemeenschap ernstig schaden en de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering nagenoeg onmogelijk maken.

43. Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat de bevoegde autoriteit op grond van het gemeenschapsrecht verplicht is, het besluit tot toekenning van steun, waarvan de toekenning onrechtmatig is, overeenkomstig een onaantastbare beschikking van de Commissie waarbij de steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard en de terugvordering van deze steun wordt gelast, in te trekken, ook indien de bevoegde autoriteit in zodanige mate voor de onwettigheid daarvan verantwoordelijk is, dat de intrekking ten opzichte van de begunstigde een schending van de goede trouw vormt, wanneer de steunontvanger, omdat de procedure van artikel 93 van het Verdrag niet in acht is genomen, geen gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kon hebben.'

De Europese rechter stelt dus (erg) strenge eisen voor een geslaagd beroep op het vetrouwensbeginsel van de ontvanger van staatssteun die in strijd met de standstillverplichting is verstrekt.[375] Van de ontvanger wordt verwacht dat hij nagaat of de procedure van artikel 88 lid 3 EG is gevolgd. Dat het vertrouwensbeginsel hiermee binnen het kader van de terugvordering van staatssteun een 'inhoudsloos begrip'[376] zou zijn geworden, is echter een stelling die wij niet zonder voorbehoud durven onderschrijven. Wij komen hierop terug in paragraaf 5.5.

## 5.3 Procedures voor de Nederlandse rechter

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de nationale rechter een belangrijke rol speelt bij de tenuitvoerlegging van het communautaire staatssteunrecht. Hier zal aan de orde komen welke procedurele stappen subsidieontvangers en hun concurrenten kunnen of moeten zetten wanneer zij een geschil waarbij dit recht een rol speelt aan een Nederlandse rechter willen voorleggen.

In veel gevallen zal het de bestuursrechter zijn, die door partijen wordt geadieerd. Immers, verreweg de meeste subsidieverhoudingen zijn publiekrechtelijk genormeerd en worden juridisch vormgegeven door besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb die worden genomen door de subsidiënt. Wanneer een concurrent van de ontvanger zich wil verzetten tegen subsidieverstrekking omdat deze in zijn ogen onrechtmatige

375. In dat kader wordt (terecht) regelmatig gepleit voor een sanctiesysteem waarmee steunverlenende lidstaten kunnen worden bestraft, zodat (ook) zij zorgvuldiger om zullen gaan met steunmaatregelen. Nu is het immers zo dat juist diegenen die op basis van het EG-recht inzake staatssteun concrete verplichtingen hebben vaak niet worden bestraft voor de niet-naleving daarvan. Integendeel, een terugvordering van gelden van de ontvanger kan een aardige financiële meevaller betekenen voor de bevoegde autoriteit. Zie onder meer: P. Jacob, De aansprakelijkheid van Lid-Staten bij het onrechtmatig verlenen van staatssteun, SEW 1997, p. 55, C. Bollen, Verknoeit het Europese recht ook ons bestuursrecht, terugvordering van in strijd met het Europese recht door de overheid verleende steun, in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), Uit de school geklapt, Den Haag 1999, p. 59, R.H.C. Luja, a.w., p. 255 en M.P. Gerrits-Janssens a.w., p. 100.

376. In die zin R.H.C. Luja, a.w., p. 252. Zie ook M.P. Gerrits-Janssens, a.w., p. 99.

staatssteun inhoudt, zal hij derhalve in beginsel tegen het verleningsbesluit bezwaar moeten maken.[377] Er zijn echter ook andere besluiten waartegen een concurrent op kan komen.[378] Zo zal na een verleningsbesluit in beginsel een besluit tot vaststelling van de subsidie moeten volgen (afdeling 4.2.5 Awb). Bij de meeste subsidieverstrekkingen worden ook voorschotten per besluit verstrekt (artikel 4:54 Awb) en er zijn nog veel meer (appellabele) subsidiebesluiten mogelijk.[379] Daarnaast kan de concurrent ook een besluit uitlokken, bijvoorbeeld door het bestuursorgaan in kwestie te verzoeken een genomen subsidiebesluit in te trekken wegens strijd met het communautaire recht en een terugvorderingsbesluit te nemen. Verder kan een concurrent die bezwaar heeft gemaakt tegen een (al dan niet uitgelokt) subsidiebesluit, de bestuursrechter in een voorlopige voorzieningsprocedure verzoeken de nodige tijdelijke maatregelen te treffen om zijn rechten (die veelal zullen voortvloeien uit artikel 88 lid 3 EG) veilig te stellen. In de praktijk is gebleken dat concurrenten voor dergelijke maatregelen ook de burgerlijke rechter adiëren via een vordering in kort geding. Ook geschillen over schadevergoeding – te eisen van de rechtspersoon waarvan het subsidiërend bestuursorgaan in kwestie deel uitmaakt, dan wel van de ontvanger van de (beweerdelijk) onrechtmatige staatssteun – zullen doorgaans aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.

Het zou – gezien de omvang die dit preadvies op dit punt reeds heeft bereikt – te ver voeren iedere mogelijke procedure die een concurrent kan aanspannen uitputtend te bespreken. Dat is ook niet direct nodig; de Nederlandse praktijk bestuderend blijkt dat de concurrenten (tot nu toe) slechts van enkele mogelijkheden gebruik hebben gemaakt. De bespreking van Nederlandse procedures aangespannen door concurrenten van steunontvangers in paragraaf 5.4 zal vooral op die praktijkgevallen zijn gericht. Bovendien zal de meeste aandacht uitgaan naar procedures die voor de bestuursrechter worden gevoerd.

In paragraaf 5.5 bespreken wij vervolgens de belangrijkste procesmogelijkheden van subsidieaanvragers c.q. -ontvangers. Ook hier zijn veel soorten geschillen denkbaar. Zo kan een aanvrager opkomen tegen de weigering van een subsidieaanvraag met betrekking tot een subsidie die door de Commissie (voorwaardelijk) is goedgekeurd in gevallen waarin de subsidiënt zich heeft 'bedacht'. Ook denkbaar zijn procedures over schadevergoedingen, te vorderen van de rechtspersoon waarvan het subsidiërend bestuursorgaan in kwestie deel uitmaakt, bijvoorbeeld wegens het in strijd met communautaire verplichtingen verstrekken van staatssteun in de vorm van

377. Als er een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open staat of heeft gestaan, zal de concurrent voor de burgerlijke rechter immers niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vordering tegen een bestuursorgaan. Dat dit laatste niet altijd het geval is, blijkt uit de zaak Appingedam, die in par. 5.4.1 aan de orde zal komen.

378. Zie daarover in het algemeen: G.B. Abbamonte, Competitors' Rights to Challenge Illegally Granted Aid and the Problem of Conlicting Decisions in the Field of Competition Law, ECLR 1997, p. 87 e.v.

379. Die wij hier verder niet bespreken. Zie voor een overzicht W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, Subsidierecht, Deventer 2004, p. 172 e.v. en A.J. Bok, Subsidies, Deventer 2002, p. 201 e.v.

een subsidie, die later op last van de Commissie werd teruggevorderd.[380] Ook in deze paragraaf zullen wij ons met het oog op de omvang van dit preadvies echter richten op wat in de praktijk de belangrijkste procedures blijken te zijn waarbij subsidieontvangers zijn betrokken: procedures rond intrekkings- en terugvorderingsbesluiten.

## 5.4 Acties van concurrenten

### 5.4.1 *Opkomen tegen een subsidiebesluit*

Als gezegd lijkt het meest logische aanknopingspunt voor een procedure tegen de verstrekking van subsidiegelden de beschikking waarbij een aanspraak op subsidiegelden wordt gevestigd; de verleningsbeschikking.[381] Wanneer de concurrent van de subsidieontvanger daarvan op tijd op de hoogte raakt[382] (dat wil zeggen binnen de geldende bezwaartermijn), kan hij bezwaar maken tegen dit besluit. Doorgaans zullen concurrenten als belanghebbend bij het verleningsbesluit worden beschouwd (artikel 1:2 Awb).[383] In de meeste gevallen zal de concurrent aanvoeren dat de subsidiënt niet heeft voldaan aan de standstill-verplichting van artikel 88 lid 3 EG. Immers, wanneer de Commissie de desbetreffende steunmaatregel heeft goed-

380. Dit soort vorderingen kan de rechter voor een lastige vraag stellen. Immers, hij zal zich al snel afvragen of een dergelijke schadevergoeding zelf geen staatssteun zou opleveren. In die zin A-G Sir Gordon Slynn in zijn conclusie m.b.t. de zaak Asteris e.a. tegen de Helleense Republiek (zaak 106-120/87) waar hij opmerkt: 'Voorzover de Commissie meer in het algemeen de opvatting verdedigt dat bij rechterlijke uitspraken toegekende bedragen nooit een steunmaatregel in de zin van artikel 92 (nu 87, auteurs) kunnen vormen, wijs ik dat standpunt van de hand. Het komt voor dat een Lid-Staat een onderneming steun toezegt die bij onderzoek door de Commissie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt bevonden. Zou de onderneming tot uitvoering van die toezegging dagvaarden en een identiek bedrag toegewezen krijgen, dan zouden de artikelen 92 tot 94 een dode letter blijven. Dit zou eveneens het geval zijn indien een begunstigde onderneming tegen de Staat een schadevordering instelt naar aanleiding van een beslissing van de Commissie waarbij de Staat wordt gelast onwettige steun terug te vorderen. Het is dan ook van het grootste belang voor de juiste toepassing van de verdragsregels inzake staatssteun dat bij rechterlijke beslissing toegekende bedragen in voorkomend geval binnen het toepassingsgebied van die verdragsregels vallen.' Zie in die zin ook B. Hessel & A. Neven, Staatssteun en EG-recht, Europees recht voor decentrale overheden, Deventer 2001, p. 320. Anders: A-G Tesauro in zijn conclusie m.b.t. de zaak België/Commissie (zaak C-142/87) onder punt 7. Jans e.a., a.w. (p. 232 e.v.) lijken ruimte te zien voor het vergoeden van dispositieschade geleden door de ontvanger. Wij laten dit punt hier verder rusten.

381. Er staat immers geen bezwaar en beroep open tegen algemeen verbindende voorschriften (art. 8:2 onder a Awb), een subsidieregeling kan dus niet zo gemakkelijk worden aangevochten, in ieder geval niet voor de bestuursrechter. Ons zijn geen zaken bekend waarbij de vermeende onrechtmatigheid van een subsidieregeling rechtstreeks voor de civiele rechter aan de orde is gesteld op gronden berustend op het communautaire recht inzake staatssteun.

382. Doorgaans zal conform het bepaalde in art. 3:41 Awb het besluit tot subsidieverlening alleen aan de subsidieontvanger worden bekendgemaakt.

383. Vgl. ABRvS 17 mei 2001, AB 2002, 58 m.nt. NV, ABRvS 6 november 2002, AB 2003, 115 m.nt. NV en ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262 m.nt. M.J. Jacobs en WdO.

gekeurd, staat daarmee vast dat de juiste procedure is gevolgd en dat wordt door de nationale rechter getoetst.[384]

Een bekend voorbeeld op dit terrein is de zaak rond de subsidiëring van de Martinihal die in paragraaf 4.3 al aan de orde kwam. In die zaak diende de concurrent van de subsidieontvanger, een bezwaarschrift in tegen het besluit tot subsidieverlening, omdat de subsidie concurrentievervalsend zou zijn en had moeten worden gemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 88 lid 3 EG, hetgeen niet was gebeurd. De bezwaren werden door de subsidiënt ongegrond verklaard, maar Rechtbank Groningen verklaarde het beroep van de concurrent tegen dit besluit gegrond; de subsidie zou een steunmaatregel vormen en aan de standstill-verplichting van artikel 88 lid 3 EG was door de subsidievertrekker niet voldaan. De aangevochten beslissing op bezwaar werd vernietigd.[385]

De Afdeling bestuursrechtspraak doet in hoger beroep geen uitspraak over het oordeel van de rechtbank dat het in casu staatssteun betrof. De Afdeling overwoog slechts dat

> 'niet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en andere lidstaten, in het bijzonder Duitsland (...). Gelet hierop had het op de weg van de bestuurscommissie gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van art. 88 lid 3 EG niet van toepassing is op de subsidieverlening, of dat de subsidieverlening valt onder de vrijstellingsregeling van verordening (EG) Nr. 70/2001, dan wel om het voornemen tot subsidieverlening overeenkomstig art. 88 lid 3 EG, aan te melden.'

Wegens het niet nakomen van wat de Afdeling de 'vergewisplicht' noemt, heeft de subsidiënt gehandeld in strijd met de plicht tot zorgvuldige voorbereiding van besluiten (artikel 3:2 Awb), aldus de Afdeling. Zij geeft zodoende geen rechtstreeks oordeel over de vraag of de subsidiënt aan haar communautaire verplichtingen heeft voldaan; schending van het gemeenschapsrecht wordt in een vertrouwd nationaal jasje gehesen. De Afdeling maakt geen gebruik van de mogelijkheden om de Europese Commissie om advies te vragen of om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof en dat terwijl uit de uitspraak blijkt dat zij het onduidelijk acht of de subsidie aan de eigenaar van de Martinihal als (onrechtmatige) staatssteun moet worden gekwalificeerd. Ook maakt zij geen gebruik van de mogelijkheden van artikel 8:72 lid 5 Awb, bijvoorbeeld door het bestuursorgaan een termijn te stellen waarbinnen de nieuwe beslissing op bezwaar moet zijn genomen.[386]

---

384. Vgl. CBB 4 september 1996 (Harlingse zoutfabriek), AB 1996, 490 m.nt. JHvdV. Natuurlijk kunnen concurrenten tegen die beschikking opkomen voor het GvEA; dat moeten zij zelfs wanneer zij de rechtmatigheid van deze beschikking ter discussie willen stellen (zaak C-188/92 (TWD)). Daarbij geldt overigens een ander belanghebbendebegrip (daarover Hessel & Neven, a.w., p. 308 e.v.), dan het Nederlandse begrip van art. 1:2 Awb.
385. Rb. Groningen 11 april 2002, LJN AA 6378.
386. Hetgeen gezien het feit dat het bestuursorgaan anderhalf jaar de tijd nam voor de eerste beslissing op bezwaar, geen overbodige luxe zou zijn geweest.

Wij vinden dit een weinig bevredigende uitkomst. Als gevolg van deze uitspraak moet de subsidiënt, meer dan vier jaar nadat het besluit tot subsidieverlening is genomen en de desbetreffende gelden aan de ontvanger ter beschikking werden gesteld (en de potentieel onrechtmatige situatie dus is ontstaan) een nieuwe beslissing op bezwaar nemen. Wanneer de subsidiënt de uitspraak van de Afdeling in acht neemt, zal overleg met de Commissie onvermijdelijk zijn, maar voorlopig is de geldigheid van het besluit waarmee de potentieel onrechtmatige steun werd verstrekt niet aangetast.[387] Ook biedt deze uitspraak weinig houvast voor een verzoek om voorlopige maatregelen te treffen waarmee de gevolgen van de steunmaatregel worden weggenomen.

Wij menen dat de Nederlandse bestuursrechter dusdoende de rechten die voor justitiabelen voortvloeien uit artikel 88 lid 3 EG niet beschermt op een wijze die door het Hof is uiteengezet. De rechter omzeilt een oordeel over het bestaan van de meldplicht in casu door te wijzen op verzaakte verplichtingen van het bestuursorgaan. Daarmee wordt niet al het mogelijke gedaan om in de einduitspraak bescherming te bieden tegen de gevolgen van de onrechtmatige tenuitvoerlegging van steunmaatregelen, een eis die duidelijk in de Europese jurisprudentie is geformuleerd. De Nederlandse rechter behoort, zo menen wij, wanneer zulks is gesteld, na te gaan of subsidie onrechtmatig verstrekte staatssteun inhoudt en, wanneer dat het geval blijkt te zijn, daaraan die gevolgen te verbinden die de concurrent zo veel mogelijk in zijn belangen beschermen. In de zaak Martinihal had de Afdeling, wanneer zij evenals de rechtbank had geconcludeerd dat er staatssteun was verstrekt, de beslissing op bezwaar kunnen vernietigen en op grond van artikel 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak voorziend,[388] het onrechtmatige verstrekkingsbesluit kunnen herroepen. Er was dan immers slechts één beslissing op bezwaar mogelijk, hetgeen voor de toepassing van artikel 8:72 lid 4 Awb als een vaste, op de wetsgeschiedenis gebaseerde, jurisprudentiële eis is. De gevolgen van zo'n uitspraak zouden overigens slechts zijn dat de reeds betaalde subsidiegelden als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd. Daartoe moet de subsidiënt een nieuw besluit nemen. Dat besluit zou de concurrent uit kunnen lokken door om een terugvorderingsbesluit te vragen. Bij vertraging van de besluitvorming door het bestuursorgaan kan de concurrent rechtsmiddelen aanwenden tegen het niet tijdig[389] beslissen op de voet van artikel 6:2 onder b Awb.

Deze uitspraak – waarin de bestuursrechter kiest voor vernietiging van het besluit op bezwaar dat in strijd komt met communautaire bepalingen inzake staatssteun op

---

387. Door vernietiging van het besluit op bezwaar wordt het primaire besluit, waarbij de subsidie werd verleend, immers niet aangetast.
388. Ook is het voor de bestuursrechter op grond van art. 8:72 lid 5 Awb mogelijk bij een gegrondverklaring van het beroep een voorlopige voorziening te treffen. Zie voor een voorbeeld waarin de bestuursrechter wel op grond van strijd met het bepaalde in art. 88 lid 3 EG een beslissing op bezwaar vernietigt en zelf in de zaak voorziend het primaire besluit herroept: CBB 7 april 2004, LJN AO 7843. In deze zaak stond overigens het staatssteunkarakter van de desbetreffende steunmaatregel niet ter discussie: de vraag was slechts of verweerder (het Productschap Tuinbouw) de maatregel had aangemeld, wat niet kon worden bewezen.
389. Waarbij onzes inziens moet worden uitgegaan van een korte beslistermijn, omdat er, gezien het Europeesrechtelijke kader waarbinnen het terugvorderingsbesluit moet worden genomen, geen ruimte is voor de gebruikelijke belangenafweging op grond van art. 3:4 Awb.

grond van strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – staat (helaas) niet op zichzelf.[390] Rechtbank Amsterdam heeft goed op de jurisprudentie van de Afdeling gelet en komt in een uitspraak van 5 augustus 2004[391] tot het volgende oordeel:

> 'Ingevolge de jurisprudentie van het Hof is de rechter genoodzaakt – teneinde te kunnen uitmaken of verweerder in het bestreden besluit terecht geoordeeld heeft dat voortzetten door de NOS van de Concertzender met een steunmaatregel van de staat geen oneerlijke concurrentie oplevert, – het begrip steunmaatregel in artikel 87 uit te leggen, mede omdat – zoals eisers ook hebben aangevoerd – in dit geval het voortzetten van de Concertzender door de NOS met subsidie van de overheid is gerealiseerd, zonder dat is rekening gehouden met de in artikel 88, lid 3 EG-Verdrag bedoelde procedure van voorafgaand onderzoek door de Commissie (arresten van het Hof in de zaken C-39/94 van 11 juli 1996, SFEI e.a., Jurispr. blz. I-3547, punt 49 en C- 345/02 Pearle e.a. van 15 juli 2004, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 31). In het systeem van het Nederlandse bestuursrecht zal verweerder evenwel eerst – met inachtneming van de geldende regelgeving, de aanwijzingen van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof – een standpunt moeten bepalen of het voortzetten van Concertzender door de NOS met overheidssubsidie, staatssteun vormt en zo ja, voldoet aan de bepalingen die een afwijking toestaan op het verbod van staatssteun. Ook verweerder zal ingevolge de rechtspraak van het Hof (arrest van 12 juni 1990, Duitsland/Commissie, C-8/88, Jurispr. I-2321, punt 13) in de uitoefening van zijn bevoegdheden de eerbiediging van de regels van gemeenschapsrecht dienen te verzekeren, waarbij de rechtbank opmerkt dat de bepalingen artikelen 86 lid 2 en 87 lid 3 EG waarin een afwijking van het verbod van staatssteun is opgenomen, ingevolge de rechtspraak van het Hof, restrictief moeten worden uitgelegd. Nu het bestreden besluit ook in dit opzicht een deugdelijke motivering ontbeert komt het ook op deze grond voor vernietiging in aanmerking.'

In hun boek over het Europees bestuursrecht schrijven Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven uitgebreid over de wijze waarop Nederlandse bestuursrechters toetsen aan EG-recht.[392] Zij stellen dat de meest 'natuurlijke' toetsingsmethode bestaat uit de concrete toetsing, waarbij de bestuursrechter in concreto beoordeelt of het aangevochten besluit in overeenstemming is met het EG-recht of niet. Tegelijkertijd concluderen zij dat in de Nederlandse bestuursrechtspraak ook andere toetsingsmethoden voorkomen, waaronder de toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij de bestuursrechter een besluit vernietigt omdat er niet uit blijkt, dan wel niet is gemotiveerd, hoe het besluit zich verhoudt tot bepaalde Europeesrechtelijke verplichtingen. Zij signaleren dat deze minder indringende wijze van toetsing niet op zichzelf staat, maar samenhangt met de 'meer algemene voorkeur

390. Enigszins vergelijkbaar is de uitspraak ABRvS 6 mei 2004 (AB 2004, 225 m.nt. F.A.G. Groothuijse); daar stelt de Afdeling dat wanneer het College van GS bij de goedkeuring van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan geen rekening houdt met het feit dat de financiële uitvoering daarvan onrechtmatige staatssteun kan opleveren, dit leidt tot strijd met art. 3:2 Awb.
391. LJN AQ 6500.
392. Jans e.a., a.w., p. 128 e.v.

van met name de Afdeling bestuursrechtspraak in de laatste jaren voor een terughoudende toetsing. Zulks ter respectering van de aan het bestuursorgaan toekomende beoordelingsvrijheid.'[393] Zij stellen dat uit de zaak Upjohn Ltd,[394] die betrekking had op de intrekking van vergunningen voor het in de handel brengen van farmaceutische specialiteiten, kan worden afgeleid dat uit het Europees recht geen dwingende voorkeur voor een toetsingsmethode kan worden afgeleid; iedere vorm van normale rechterlijke toetsing zou toelaatbaar zijn.

Nu binnen het huidige bestuursprocesrecht uitgangspunt is dat de vergaring van de feiten primair plaatsvindt tijdens de bestuurlijke besluitvorming en dat de bestuursrechter die feitengaring toetst op zorgvuldigheid en volledigheid,[395] lijkt de aanpak die de Afdeling kiest in de Martinizaak dus wel door de EG-rechtelijke beugel te kunnen. Echter, even later stellen Jans c.s. ook dat moet worden voorkomen dat de wijze van toetsing leidt tot een resultaat dat niet in overeenstemming is met doel en strekking van het relevante gemeenschapsrecht.[396] Wij menen dat de toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur in zaken waarin een concurrent stelt dat bij een subsidiebesluit niet is voldaan aan de standstill-verplichting, wel leidt tot een uitkomst die in strijd is met de doelstellingen van artikel 88 EG, derde lid en de Europese jurisprudentie die over de strekking van deze bepaling en de verplichtingen van nationale rechters die daaruit voortvloeien tot stand is gekomen.

Gezien de terughoudende toetsingsmethode die de bestuursrechter hanteert, mag het geen verbazing wekken dat concurrenten van subsidieontvangers – zo zij al kiezen voor een procedure voor een nationale rechter – hun heil liever zoeken bij de burgerlijke rechter. Zo verzocht Essent Kabelcom B.V. de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen in kort geding om de gemeente Appingedam te gebieden alle werkzaamheden en activiteiten ter uitvoering van de aanleg en exploitatie van een gemeentelijk glasvezelnetwerk te staken totdat de Europese Commissie een oordeel had gegeven over de vraag of het daaraan ten grondslagliggende raadsbesluit als een (al dan niet onrechtmatige) steunmaatregel moet worden gekwalificeerd. Dat raadsbesluit hield (onder meer) in dat de gemeente – om te komen tot een breedband glasvezelnetwerk – een stichting zou oprichten waaraan de gemeente leningen zou verstrekken, dan wel waarvoor de gemeente garant zou staan. Tegen dit besluit was Essent niet opgekomen. De gemeente stelde dat het raadsbesluit een (subsidie)besluit in de zin van artikel 1:3 Awb inhield, dat inmiddels formele rechtskracht had verkregen; Essent diende derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering. De voorzieningenrechter zag dat anders: Essent stelde niet de geldigheid van het raadsbesluit aan de orde, maar stelde zich op het standpunt dat

393. Jans e.a., a.w., p. 131.
394. Zaak C-120/97.
395. Zie daarover o.a.: M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Awb monografieën, Deventer 2003, p. 202, E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul, de vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht, NTB 2000, p. 214 e.v., R.H. de Bock, De toetsing van de feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak, JB-plus 2000, p. 66 e.v. en J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak (oratie Leiden), Deventer 2000, p. 19 e.v.
396. Jans e.a., a.w., p. 132.

de uitvoering daarvan niet kon plaatsvinden zonder dat de voorgenomen maatregelen bij de Commissie waren gemeld en die haar oordeel had gegeven. Bovendien

> 'wordt overwogen dat het aanmelden van voorgenomen steunmaatregelen een rechtstreeks uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichting voor de overheid is. Indien deze bepaling niet wordt nageleefd staat het een ondernemer als Essent vrij zich tot de nationale rechter te wenden om de onrechtmatig verleende steun te laten blokkeren of te verbieden. Gezien het voorgaande kan Essent worden ontvangen in haar vordering.'

Na een beoordeling van de vraag of de gemeente hier de standstill-verplichting van artikel 88 lid 3 EG, in acht had moeten nemen, een vraag die bevestigend wordt beantwoord, wijst de voorzieningenrechter het door Essent gevorderde toe.[397]

Er valt best wat aan te merken op deze redenering. Ten eerste brengt de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG, onzes inziens niet mee dat Essent zich daarop voor een nationale rechter *naar keuze* zou moeten kunnen beroepen. Bovendien blijft er van de leer van de formele rechtskracht en de daaruit voortvloeiende werkverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter weinig over wanneer in zijn algemeenheid zou worden aangenomen dat tegen *de uitvoering van* besluiten door bestuursorganen wél voor de burgerlijke rechter kan worden geprocedeerd op ieder moment dat dat wenselijk lijkt. Zo wordt geen recht gedaan aan de rechtszekerheid van de geadresseerde van een besluit.

Interessant is de vraag welke procedurele stappen Essent had kunnen zetten wanneer het genoemde raadsbesluit werkelijk een besluit tot subsidieverstrekking zou inhouden[398] en zij de bestuursrechter had willen adiëren. Wanneer Essent tegen het besluit dat was gedateerd op 27 mei 2004 medio augustus 2004[399] nog bezwaar had willen maken, zou allereerst de hobbel van de termijnoverschrijding moeten worden genomen; de kans bestaat dat Essent op grond van artikel 6:7 Awb niet ontvankelijk zou worden verklaard.[400] Nu staat tegen een dergelijk besluit weliswaar beroep open bij rechtbank, maar een procedure over de ontvankelijkheid van Essent zou veel tijd in beslag nemen, een beroep op het bepaalde in artikel 6:11 Awb inzake de verschoonbaarheid van termijnoverschrijding wordt door de bestuursrechter terughoudend toegepast[401] en de uitkomst van de procedure geeft geen antwoord op de vraag die partijen gescheiden houdt: moest het voornemen tot aanleg van een kabelnetwerk en de financiering daarvan worden gemeld bij de Europese Commissie?

---

397. Rb. Groningen 30 september 2004, LJN AQ 8920. Zie voor een gelijksoortige voortvarende aanpak in hoger beroep tegen een uitspraak in kort geding: Hof Amsterdam 1 april 2004, LJN AO 6912 (gemeente Alkmaar/AZ stadion). Terughoudender: Vz. Rb. Amsterdam 26 februari 2004, LJN AO 4460 (KG Colorful Radio).
398. De uitspraak van de voorzieningenrechter te Groningen geeft te weinig informatie om het raadsbesluit als zodanig te kunnen kwalificeren.
399. Ervan uitgaande dat Essent zo snel mogelijk actie heeft ondernomen, nadat zij van het raadsbesluit had vernomen moet dat moment in augustus hebben gelegen; op 27 augustus was de mondelinge behandeling in kort geding.
400. Zie CBB 29 augustus 1995, JB 1995, 265, voor een voorbeeld van een dergelijke actie van een bestuursorgaan en de procedures die daaruit voort kunnen vloeien.
401. Zie daarover M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 125 e.v.

Wanneer we ervan uitgaan dat Essent niet (meer) ontvankelijk zou zijn geweest in haar bezwaren tegen het raadsbesluit waarbij de subsidie werd verstrekt, is het vervolgens de vraag of een ander subsidiebesluit een aanknopingspunt had kunnen bieden voor een bestuursrechtelijke procedure. Waarschijnlijk zou op enig moment een beschikking tot subsidievaststelling zijn gegeven. Buiten het feit dat de subsidie doorgaans wordt vastgesteld op het moment dat de gesubsidieerde activiteiten reeds zijn verricht (en Essent daardoor dus al schade zou kunnen hebben geleden), is het de vraag of argumenten met betrekking tot het onrechtmatige karakter van de subsidieverstrekking bij het vaststellingsbesluit nog aan de orde kunnen komen. Immers, al door de beschikking tot subsidieverlening is de aanspraak op subsidiegelden ontstaan en de rechtmatigheid van hetgeen bij die beschikking is bepaald staat niet meer ter discussie ten tijde van de vaststelling. Dit houdt in dat bezwaren die tegen de verleningsbeschikking naar voren hadden kunnen worden gebracht, niet meer tegen de beschikking tot subsidievaststelling kunnen worden aangevoerd.[402] Het besluit tot vaststelling van de subsidie is bedoeld om na te gaan of de ontvanger de activiteiten waarvoor de subsidie werd verstrekt heeft verricht en zich ook overigens aan zijn verplichtingen heeft gehouden. Slechts onder omstandigheden als genoemd in artikel 4:46 lid 2 Awb is er ruimte voor een vaststelling van de subsidie op nihil. Of het daar bepaalde onder d, waaruit volgt dat de subsidie lager kan worden vastgesteld wanneer de subsidieverlening onjuist was en de subsidieontvanger dat wist of moest weten, in zo'n geval uitkomst kan bieden, is bediscussieerbaar, zo bleek in paragraaf 4.5.

Vooral gezien het tijdsverloop dat gepaard gaat met het afwachten van een vaststellingsbesluit lijkt het voor een concurrent die langs de bestuursrechtelijke weg wil opkomen tegen een besluit tot subsidieverstrekking verstandiger om een intrekkings- en terugvorderingsbesluit uit te lokken. Aangenomen kan worden dat wanneer de concurrent de subsidiënt verzoekt om op grond van artikel 4:48 Awb[403] een intrekkingsbesluit te nemen en de reeds betaalde subsidiegelden terug te vorderen, het antwoord op een dergelijk verzoek een appellabel besluit oplevert.[404] Maar ook bij de beslissing op een dergelijk verzoek zou de onaantastbaarheid van de verleningsbeschikking aan de concurrent kunnen worden tegengeworpen.

Al met al kan worden geconcludeerd dat het aanvechten van subsidiebesluiten voor concurrenten van subsidieontvangers een weinig aantrekkelijk perspectief biedt. In de bestuursrechtelijke weg liggen de valkuilen van termijnoverschrijding en onaantastbaarheid van eerdere subsidiebeschikkingen. Wanneer deze leerstukken de concurrent niet doen struikelen, loopt hij de kans – in een doorgaans langdurige

402. Vgl. ARRvS 19 februari 1980, tB/S V, met aant. C.J.A. Crasborn, ABRvS 13 juni 1996, AB 1997, 2 m.nt. NV en ABRvS 19 augustus 1996, AB 1997, 3 m.nt. NV. Zie voor een zaak waarin de concurrent van een subsidieontvanger de onaantastbaarheid van de verleningsbeschikking krijgt tegengeworpen: ABRvS 14 januari 2000, JB 2000, 65.

403. Een dergelijk verzoek baseren op art. 4:50 Awb, ligt onzes inziens niet voor de hand, aangezien het daarbij gaat om intrekking *ex nunc*, waarbij eventueel zelfs een redelijke termijn en een schadevergoeding kunnen worden gegeven aan de subsidieontvanger.

404. Zie ABRvS 14 januari 2000, JB 2000, 65.

procedure[405] – te worden geconfronteerd met een bestuursrechter die zich terughoudend opstelt; wanneer het bestuursorgaan dat het aangevochten subsidiebesluit nam daarbij geen of onvoldoende aandacht heeft besteed aan de standstill-verplichting van artikel 88 lid 3 EG, volgt vernietiging op grond van een formeel algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en terugwijzing. Van een beëindiging van de inbreuk op de rechten van de concurrent, is geen sprake.

### 5.4.2 *Verzoek om een voorlopige voorziening*

Het voorgaande roept natuurlijk de vraag op of, wanneer de standstill-verplichting door een subsidiënt niet in acht is genomen, beëindiging van de inbreuk op de rechten van de concurrent niet kan worden bewerkstelligd door middel van een verzoek om een voorlopige voorziening ex artikel 8:81 Awb? Zou deze mogelijkheid voor Essent een redelijk alternatief zijn geweest voor de (civiele) kortgedingprocedure?

Schorsing van het gewraakte subsidiebesluit zal niet steeds een oplossing bieden. Immers, in veel gevallen zullen de subsidiegelden al aan de ontvanger zijn verstrekt. Echter, de inhoud van een voorlopige voorziening heeft de wetgever overgelaten aan de voorzieningenrechter; zijn bevoegdheid is dus ruim.[406] Niets staat eraan in de weg dat hij daarmee het primaire besluit aantast en via artikel 8:84 lid 4 Awb beschikt hij ook over de accessoire bevoegdheden van de bestuursrechter. Zo kan hij onder meer een termijn stellen aan het bestuursorgaan voor het nemen van een nieuw besluit. Daarbij moet wel worden bedacht dat een termijnoverschrijding bij het indienen van een bezwaarschrift tegen een subsidiebesluit van invloed kan zijn op de uitkomst van een verzoek om een voorlopige voorziening. Hoewel de wet voor de ontvankelijkheid van het verzoek niet eist dat het connexe bezwaar of beroep ontvankelijk is, zal de voorzieningenrechter het verzoek afwijzen wanneer hij tot het voorlopige oordeel komt dat dit bezwaar of beroep niet ontvankelijk is.[407] Ook de onaantastbaarheid van eerdere subsidiebesluiten kan in de voorlopige voorzieningsprocedure een rol spelen; deze factor kan er immers toe leiden dat de bestuursrechter het beroep niet kansrijk acht en dus geen voorziening geeft. Wellicht zijn dit de oorzaken van het feit dat ons geen verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening ten aanzien van subsidiebesluiten met een vermeend staatssteunkarakter bekend zijn.

---

405. Waarbij als klap op de vuurpijl het tijdsverloop er ook nog voor kan zorgen dat de concurrent door wijziging van onderliggende regelgeving zijn procesbelang verliest. Zie voor een dergelijke zaak ABRvS 6 november 2002 (AB 2003, 115 m.nt. NV), waarin de Afdeling tot het oordeel komt dat wanneer het aangevochten subsidiebesluit ten tijde van behandeling van het beroep niet meer genomen kan worden, er voor de concurrent geen procesbelang meer is. Ook de stelling dat de appellant schade had geleden door het aangevochten subsidiebesluit kon hem niet baten, aangezien hij geen begin van bewijs had aangedragen op grond waarvan aannemelijk werd dat hij ten gevolge van de subsidieverlening daadwerkelijk schade had geleden. De concurrent werd op die gronden niet-ontvankelijk verklaard.
406. Zie daarover verder M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 326 e.v.
407. Vz. ABRvS 20 januari 2000, AB-kort 2000, 217, Vz. ABRvS 11 februari 2000, AB 2000, 239, Vz. CBB 2 mei 2002, AB 2002, 226.

Aan het einde van deze paragraaf willen wij kort de mogelijkheden bespreken die er voor een concurrent bestaan om schade die voortvloeit uit de toekenning van onrechtmatige staatssteun in de vorm van een subsidie vergoed te krijgen. Wij gaan hierop slechts kort in, omdat schadevergoedingsgeschillen in het subsidierecht uitermate schaars zijn.[408] Voorbeelden van geslaagde vorderingen tot vergoeding van beweerdelijk door de verlening van een subsidie veroorzaakte schade zijn ons niet bekend. De hierna behandelde mogelijkheden zijn tot nu toe dus slechts theoretisch gebleven.

In de meeste gevallen zal een vordering tot vergoeding van die schade bij de rechtspersoon waarvan het subsidiërend bestuursorgaan deel uitmaakt het meest voor de hand te liggen; dat is immers de partij die de onrechtmatige steunmaatregel uitvoert. Een eerste mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen is dat de concurrent tegelijk met zijn vernietigingsberoep, de bestuursrechter op grond van artikel 8:73 Awb verzoekt de rechtspersoon te veroordelen tot een vergoeding van de schade die hij heeft geleden. De concurrent kan ook, na een succesvol vernietigingsberoep, bij het bestuursorgaan dat het subsidiebesluit heeft genomen een zogenoemd zuiver schadebesluit uitlokken, waartegen hij dan desgewenst weer in bezwaar of beroep kan gaan.[409] Natuurlijk kan de concurrent zich ook tot de burgerlijke rechter wenden.[410]

De gronden voor een vordering tot schadevergoeding kunnen zijn gelegen in een inbreuk op het gemeenschapsrecht door de subsidiënt.[411] Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat in zulke gevallen opzettelijkheid of nalatigheid geen noodzakelijke voorwaarde is voor aansprakelijkheid.[412] Wanneer subsidie is verstrekt zonder dat de daarvoor noodzakelijke goedkeurende beschikking van de Europese Commissie is aangevraagd of afgewacht, zal al snel aan Europeesrechtelijke criteria voor aansprakelijkheid[413] zijn voldaan, hoewel zich op het punt van causaal verband tussen schending van de standstill-verplichting en de schade van de concurrent gemakkelijk bewijsproblemen kunnen voordoen.[414] In het algemeen wordt aangenomen dat schadevergoeding op last van de rechter betaald aan concurrenten van de

408. Zie voor een geval waarin concurrenten stelden – maar niet aannemelijk konden maken – dat zij schade leden door de verlening van een subsidie ABRvS 6 november 2002, AB 2003, 115 m.nt. NV (Stichting Concertzender Nederland).
409. ABRvS 6 mei 1997 (Van Vlodrop), AB 1997, 227 m.nt. PvB.
410. De bestuursrechtelijke mogelijkheden staan niet aan zijn ontvankelijkheid in de weg, zo blijkt uit HR 17 december 1999 (Groningen/Raatgever), AB 2000, 89 m.nt. PvB.
411. Ook (bestuursorganen van) decentrale overheden kunnen voor de nationale rechter aansprakelijk worden gesteld voor inbreuken op het gemeenschapsrecht: zaak C-302/97 (Konle).
412. Zaak C-46 en 48/93 (Brasserie du Pecheur SA/Duitsland), r.o. 80; en zaak C-178-179 & 188-190/94 (Dillenkofer/ Duitsland), r.o. 28.
413. Zie daarover in relatie tot het staatssteunrecht uitgebreid: P. Jacob, a.w., p. 47 e.v.
414. Vgl. C. Quigley & A.M. Collins, EC State Aid Law and Policy, Oxford 2003, p. 379 e.v. Zie veel enthousiaster over de mogelijkheden voor concurrenten om schade op de Staat te verhalen: A.G. Hernández, The Principle of Non-Contractual State Liability for Breaches of EC Law and its Application tot State Aids, ECLR 1996, p. 355 e.v. Over de – nog niet uitgekristalliseerde – Europese causaliteitsleer: Jans e.a., a.w., p. 387 e.v.

ontvanger van staatssteun die in strijd met artikel 88 lid 3 EG is verstrekt, zelf geen staatssteun vormt,[415] hetgeen ook lijkt te volgen uit de Europese jurisprudentie.[416]

Een andere mogelijkheid is dat de concurrent de subsidie*ontvanger* aansprakelijk stelt voor schade die voortvloeit uit de onrechtmatige steunmaatregel. Dienaangaande heeft het Hof overwogen dat uit artikel 88 lid 3 EG weliswaar geen verplichtingen voortvloeien voor de steunontvanger, zodat het gemeenschapsrecht geen toereikende rechtsgrondslag biedt om de steunontvanger die niet heeft nagegaan of de steun naar behoren bij de Commissie was aangemeld, aansprakelijk te stellen, maar dat dit gegeven niet in de weg staat aan de eventuele toepassing van het nationale recht inzake niet-contractuele aansprakelijkheid.

> 'Indien naar nationaal recht een handelaar die onrechtmatige steun heeft aanvaard waardoor aan andere handelaren schade kan worden veroorzaakt, in bepaalde omstandigheden daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld, kan het discriminatieverbod de nationale rechter ertoe nopen de begunstigde van in strijd met artikel 93, lid 3, van het Verdrag betaalde staatssteun aansprakelijk te stellen.'[417]

Aangezien een dergelijke procedure tussen twee particuliere partijen voor de burgerlijke rechter zal moeten plaatsvinden, gaan wij daarop hier verder niet in.

## 5.5 Acties van de ontvanger van de onrechtmatige steun

Zoals in paragraaf 5.3 reeds aan de orde kwam, zijn ook veel soorten subsidiegeschillen denkbaar die door de ontvanger van subsidiegelden die wellicht staatssteun vormen aan de Nederlandse rechter kunnen worden voorgelegd. De meest voorkomende geschillen in die categorie zijn de procedures waarin een subsidieontvanger opkomt tegen een besluit tot intrekking van een verlenings- c.q. vaststellingsbeschikking en een daarmee samenhangend terugvorderingsbesluit. In dergelijke procedures spelen twee argumenten doorgaans een hoofdrol. Ten eerste wordt gesteld dat de subsidiënt naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn tot het nemen van de gewraakte besluiten. Ten tweede zou het intrekkings- en terugvorderingsbesluit in strijd komen met het vertrouwens- c.q. rechtszekerheidsbeginsel.

*Geen bevoegdheid*

Bij de bespreking van het communautaire kader waarbinnen de nationale rechter dergelijke intrekkings- en terugvorderingsbesluiten moet beoordelen in paragraaf

---

415. Zie bijv. J. Flynn, a.w., p. 334 en Quigley & Collins, a.w., p. 379 e.v.
416. Zie zaak 106-120/87 (Asteris e.a./Helleense republiek) waarin het Hof (in r.o. 23) overwoog: 'Hieruit volgt, dat steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkten juridisch een fundamenteel ander karakter hebben dan vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen ter zake van een schade die zij aan die particulieren hebben veroorzaakt.' Zie ook zaak C-390/98 (HJ Banks & Co/Coal Authority), r.o. 80.
417. Zaak C-39/1994 (La Poste), r.o. 75.

5.2.2, kwam reeds aan de orde dat Europese rechters vaak moeten oordelen over de vraag in hoeverre nationale autoriteiten tot terugvordering van staatssteun verplicht zijn, wanneer de Commissie heeft vastgesteld dat zij onrechtmatig werd verstrekt. Er zijn (zeer) weinig omstandigheden die de Europese rechter kunnen brengen tot het oordeel dat een dergelijke verplichting niet bestaat. Volgens vaste rechtspraak kunnen eventuele procesrechtelijke of andere moeilijkheden met betrekking tot de uitvoering van de terugvorderingsbeschikking de wettigheid van de commissiebeschikking niet beïnvloeden.[418] Een gebrek aan een vorderingsgrondslag naar nationaal recht zegt dus in beginsel niets over de rechtmatigheid van de commissiebeschikking. Maar wat moeten de gevolgen daarvan zijn binnen een nationale terugvorderingsprocedure? Daarover zijn de Europese rechters veel minder duidelijk.

Uit de beschikking van de president van het Hof van Justitie van de EG in kort geding in de zaak Deufil[419] wordt duidelijk dat een commissiebeschikking de lidstaat weliswaar verplicht tot terugvordering, maar dat dit niet leidt tot een directe betalingsplicht voor de ontvanger die wordt aangeschreven. Daarvoor is een besluit tot terugvordering van de nationale autoriteiten noodzakelijk en daarover kan voor de nationale rechter worden geprocedeerd. In de zaak Tubemeuse[420] stelde de Belgische regering niet bevoegd te zijn om tot terugvordering van de onrechtmatig verstrekte staatssteun over te gaan. In casu had het bedrijf dat de steun had ontvangen afstand gedaan van zijn bezittingen in kader van een faillissement en bevond het zich in een zogenoemde 'akkoordprocedure'. Het Hof merkt dienaangaande op:

> 'De Belgische regering gaat er bij deze redenering van uit, dat in de bestreden beschikking wordt gelast dat de bedoelde steun als een bevoorrechte schuld moet worden teruggevorderd. De beschikking gelast evenwel alleen dat de steun moet worden teruggevorderd, doch zij bepaalt niet op welke wijze dat moet geschieden.'

Het Hof overweegt vervolgens dat de Commissie op de zitting heeft verklaard dat België aan de uit de beschikking voortvloeiende verplichtingen heeft voldaan, aangezien zij een verzoek tot bijschrijving van haar vordering bij de schulden van Tubemeuse in kort geding heeft gedaan en tegen het vonnis waarin de Belgische rechter dat verzoek afwijst, beroep heeft ingesteld. In de zaak Siemens[421] ten slotte stelde de ontvanger van de staatssteun dat er naar Belgisch recht geen grondslag zou zijn voor de rente die volgens het terugvorderingsbesluit van de Commissie moest worden gevorderd. Het Gerecht merkt daarover slechts op dat de terugvorderingsplicht niet ziet op een moratoire rente (rente verschuldigd wegens vertraging in de nakoming van de teruggaveplicht), zoals de ontvanger aannam, maar op het equivalent van een financieel voordeel. Zodoende wordt niet ingegaan op de vraag wat rechtens is wanneer een grondslag voor een rentevordering in het nationale recht ontbreekt.

Er lijkt zo menen wij op basis van deze jurisprudentie wel ruimte voor de nationale rechter om een intrekkings- en terugvorderingsbesluit te vernietigen wegens het

418. Zaak C-142/87 (België/Commissie), r.o. 63.
419. Zaak C 310/85 R (Deufil GMBH en Co tegen de Commissie), r.o. 19.
420. Zaak C-142/87.
421. Zaak T-459/93.

ontbreken van een bevoegdheid tot het nemen van een dergelijk besluit naar nationaal recht.

De Nederlandse bestuursrechter kan, zo werd in hoofdstuk 4 duidelijk, ook worden geconfronteerd met het argument dat een grondslag voor intrekking en terugvordering ontbreekt. Immers, in paragraaf 4.6 werd al besproken dat het discutabel is of de artikelen 4:48, 4:49 en 4:50 Awb, een subsidiënt (in alle gevallen) de bevoegdheid geven een subsidiebesluit in te trekken wanneer duidelijk wordt dat de desbetreffende subsidie staatssteun inhoudt die in strijd met communautaire verplichtingen is verleend. Uit paragraaf 4.7 werd duidelijk dat een bevoegdheid tot terugvorderen van de reeds uitgekeerde subsidiegelden ook niet steeds in het Nederlandse recht kan worden gevonden; weliswaar kunnen terugvorderingsbesluiten worden gebaseerd op het ook binnen het publiekrecht geldende beginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd, maar dat beginsel biedt geen soelaas wanneer gelden bij een andere partij moeten worden teruggevorderd dan waaraan zij zijn betaald, zoals bij terugvordering van uitkeringen gedaan op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland het geval was. Bovendien is een grondslag voor de vordering van rente over het onverschuldigd betaalde bedrag binnen het Nederlandse recht vaak niet aanwezig: doorgaans ontbreekt daarvoor een expliciete wettelijke grondslag en algemene beginselen blijken volgens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak hier geen soelaas te bieden.

Op het punt van de bevoegdheid tot intrekken van subsidiebesluiten en terugvordering van al betaalde subsidiebedragen zien wij de bestuursrechter dan ook worstelen. Rechtbank Zutphen[422] oordeelde dat de wijziging van een subsidievaststelling en het besluit tot terugvordering van op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland kunnen worden gebaseerd op artikel 88 lid 2 EG in verbinding met de beschikking van de Commissie waarbij de terugvordering wordt bevolen. Daarna verwijst de rechter 'bovendien' naar het bepaalde in artikel 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb waar is bepaald dat de vaststellingsbeschikking kan worden ingetrokken als de ontvanger wist of behoorde te weten dat deze onjuist was. Het ging in casu echter om een geval waarin de ontvanger al vóór de subsidievaststelling door de minister op de hoogte was gesteld van het onderzoek van de Commissie naar de geoorloofdheid van de tijdelijke regeling. Rechtbank Almelo lijkt de bevoegdheid tot intrekken van subsidiebesluiten in dit soort zaken te zien in artikel 189 EG (nu 249 EG),[423] terwijl de Rechtbank Den Bosch artikel 4:49 lid 1 onder a Awb[424] noemt in de schets van het wettelijk kader, maar daarop verder niet ingaat.

---

422. Rb. Zutphen 20 mei 2003, LJN AF 9788.
423. Rb. Almelo 22 november 2000, reg.nr. 00/43 Belei V1 A. Uit art. 249 EG volgt (voorzover hier relevant) dat een beschikking verbindend is in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht.
424. Op grond waarvan een subsidievaststelling kan worden ingetrokken op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bestuursorgaan bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn. In hfdst. 4 stelden wij al dat deze grond in beginsel niet kan worden ingezet wanneer subsidie staatssteun blijkt te zijn, omdat het tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan behoort om na te gaan of een concrete financiële verstrekking staatssteun vormt die bij de Commissie behoort te worden gemeld.

Ook Rechtbank Den Bosch ziet de bevoegdheidsgrondslag uiteindelijk in de commissiebeschikking waarin terugvordering van de subsidie wordt bevolen aan de lidstaat Nederland.[425] In dezelfde schets wordt artikel 4:57 Awb, waarin een terugvorderingstermijn is neergelegd, genoemd, maar ook op de relevantie van deze Awb-bepaling gaat de rechtbank niet verder in.

Ook de bevoegdheid tot het vorderen van rente stelt de Nederlandse bestuursrechter voor hoofdbrekens. In de hiervoor al genoemde uitspraak van de Rechtbank Zutphen lijkt de rechter de terugvorderingsbeschikking van de Commissie in relatie tot artikel 88 lid 2 EG, als bevoegdheidsgrondslag te zien. De rechtbank Den Bosch ziet bij de terugvorderingsbesluiten die volgden op de Commissiebeschikking ten aanzien van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking, in artikel 14 Procedureverordening een bevoegdheid tot het vorderen van rente.

De Nederlandse bestuursrechter lijkt dus vooralsnog geen ruimte te zien voor vernietiging van terugvorderingsbesluiten wegens het ontbreken van een bevoegdheid naar Nederlands recht. De grondslagen die hij 'vindt' voor het nemen van besluiten in Europeesrechtelijke bepalingen zijn discutabel. Zo is ons niet duidelijk hoe een Nederlands bestuursorgaan een bevoegdheid kan ontlenen aan een beschikking van de Europese Commissie die is gericht tot de lidstaat Nederland. Meer uitgesproken over deze kwestie is Luja, waar hij stelt: 'Een terugvorderingsbevel is gericht tot de lidstaat en heeft als zodanig geen directe werking ten opzichte van de begunstigde van de steun.'[426] De hiervoor genoemde uitspraak van de president van het Hof van Justitie van de EG in de zaak Deufil steunt hem in die opvatting. Ook het ontlenen van een bevoegdheidsgrondslag voor vordering van rente aan de Procedureverordening is onzes inziens geen vanzelfsprekende zaak. Immers, uit de Procedureverordening volgt dat de *Commissie* bevoegd (en zelfs verplicht) is de lidstaat te gelasten rente te vorderen over onrechtmatig verstrekte staatssteun. Deze verordening heeft weliswaar rechtstreekse werking, maar dat wil nog niet zeggen dat dat leidt tot een bevoegdheid voor een *Nederlands bestuursorgaan* ten opzichte van een subsidieontvanger.[427] Dat een grondslag voor intrekkings- en terugvorderingsbesluiten in het Nederlandse recht en in het Europese recht slechts moeizaam kan worden gevonden, sterkt ons in ons pleidooi voor het creëren van expliciete bevoegdheden op dat vlak voor subsidiënten in de Awb.[428]

---

425. Rb. Den Bosch 26 november 2004, LJN AR 6630.
426. R.H.C. Luja, a.w., p. 244. Zie ook M.P. Gerrits-Janssens, a.w., p. 98.
427. Vergelijk B. Hessel en A. Neven, a.w. waar zij schrijven (p. 319) dat onduidelijkheid ontstaat wanneer bepalingen uit (rechtstreeks werkende) verordeningen zich richten tot de Commissie: 'Kan of moet de nationale rechter de verjaringstermijn van art. 15 toepassen (...)?' Mortelmans lijkt geen probleem te zien in het nemen van een terugvorderingsbesluit op grond van art. 14 van de Procedureverordening: K.J.M. Mortelmans, Europees materieel recht voor nationale rechters: L'ácquis et le défi communautaires, SEW 2003, p. 90, alhoewel hij er daarbij van uitgaat dat art. 4:57 Awb een bevoegdheidsgrondslag inhoudt (wat niet zo is). Zie in het algemeen over attributie van bestuursbevoegdheden aan nationale ambten, zoals bestuursorganen, via communautaire regelgeving: Jans e.a., a.w., p. 46 e.v. en W.J.M. Voermans, Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden), Den Haag 2004, p. 26 e.v.
428. Zie daarover par. 4.7 van dit preadvies.

*Gerechtvaardigd vertrouwen*

Vaak wordt in een terugvorderingprocedure door het bestuursorgaan gesteld dat voor een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel of het beginsel dat gerechtvaardigd vertrouwen bescherming verdient geen plaats is, gezien de zeer strikte invulling die de Europese rechters geven aan deze beginselen in relatie tot terugvordering van staatssteun. Bij toepassing van deze jurisprudentie moet echter onderscheid worden gemaakt tussen een beroep op het vertrouwensbeginsel in een procedure over de rechtmatigheid van een negatieve commissiebeschikking (daarvoor is vrijwel nooit ruimte) en een beroep op het vertrouwensbeginsel door de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun in een nationale terugvorderingsprocedure, zo bespraken wij in paragraaf 5.2.2. Het is aan de nationale rechter om het laatstgenoemde beroep te beoordelen, waarbij hij ervan uit moet gaan dat een behoedzaam ondernemer bij verkrijging van steun nagaat of de standstill-verplichting is nagekomen. In uitzonderlijke omstandigheden kan het vertrouwensbeginsel zich echter tegen terugvordering verzetten. In die gevallen kan de nationale rechter dus komen tot een vernietiging van een nationaal terugvorderingsbesluit wegens strijd met het vertrouwensbeginsel.

Zo laat het Gerecht in haar uitspraak over de rechtmatigheid van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie met betrekking tot de terugvordering van steun op grond van de Bijdrageregeling Proefprojecten Mestverwerking[429] doorschemeren, dat zich hier wellicht bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan. De Commissie stelt namelijk uitdrukkelijk dat eventuele verwachtingen die de Nederlandse autoriteiten bij de ontvanger hebben gewekt door foutieve informatie te publiceren in de Staatscourant geen gewettigd vertrouwen *jegens de Commissie* hebben kunnen doen ontstaan, waardoor de rechtmatigheid van de commissiebeschikking dus niet kan worden aangetast, maar het Gerecht noemt deze onjuiste informatie wel 'betreurenswaardig' en wees eerder in de uitspraak al op de mogelijkheid dat de ontvanger zich in de nationale terugvorderingsprocedure op gerechtvaardigd vertrouwen zou beroepen. De ontvanger zou in die nationale procedure naar onze mening niet per definitie hoeven te struikelen over de eis dat hij moet zijn nagegaan of aan de meldplicht en de standstill-verplichting is voldaan; hij kan immers stellen dat hij dat wel degelijk *is nagegaan* en uit de (foutieve) informatie in de Staatscourant heeft mogen opmaken dat aan de eisen van artikel 88 lid 3 EG was voldaan.[430]

De bestuursrechter heeft echter in een eerste uitspraak op een beroep tegen een terugvorderingsbesluit met betrekking tot gelden verstrekt op basis van de Bijdrageregeling Proefprojecten Mestverwerking, een beroep op het vertrouwensbeginsel[431] verworpen.[432] Met een (impliciete) verwijzing naar de Alcan-zaak, stelt de rechtbank dat, nu de subsidie in strijd met artikel 88 lid 3 EG is verstrekt, er geen gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de subsidieverstrekking bij de ontvanger kan zijn gewekt. Kort gezegd komt de uitspraak erop neer dat er in een Nederlandse terugvorderingsprocedure geen plaats is voor het vertrouwensbeginsel wanneer

429. Zaak T-109/01(Fleuren Compost BV), r.o. 143 e.v.
430. Vgl. par. 6.6 van het preadvies van G.J. van Slooten.
431. Dit beroep was overigens niet gebaseerd op de informatie gepubliceerd in de Staatscourant.
432. Rb. Den Bosch 26 november 2004, LJN AR 6630.

blijkt dat bij het verstrekken van steun de standstill-verplichting niet in acht is genomen.

De aanpak die de Rechtbank Zutphen koos in de terugvorderingsprocedure rond een subsidie verstrekt op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland, doet naar onze mening meer recht aan de Europese jurisprudentie. Daarin stelt de rechter dat ondernemingen die steun genieten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die het vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun rechtvaardigen, als regel slechts een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel kunnen doen als de steun met inachtneming van de procedure van artikel 88 EG is verleend en dat zulke uitzonderlijke omstandigheden niet zijn gesteld. Daarom kan eiseres geen succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel doen en evenmin op de rechtszekerheid.[433]

In verschillende voorlopige voorzieningprocedures heeft de bestuursrechter een beroep op het vertrouwensbeginsel wél gehonoreerd en op basis daarvan besluiten tot terugvordering van subsidie die onrechtmatige staatssteun bleken in te houden geschorst.[434] Daarbij geven deze voorzieningenrechters er overigens geen blijk van rekening te houden met de Europeesrechtelijke invulling van het vertrouwensbeginsel, zo mag blijken uit het volgende citaat:

> 'Voorts is door verweerder niet van meet af aan – aan verzoekster – duidelijk gemaakt dat de mogelijkheid bestaat dat er op Europees niveau problemen zouden rijzen over onderhavige steunmaatregel met de kans op terugvordering van de reeds uitgekeerde subsidie (...). Deze opstelling van verweerder is mogelijk ook ingegeven door de omstandigheid dat verweerder aanvankelijk ook zelf in de veronderstelling verkeerde dat onderhavige subsidieregeling binnen de grenzen van de toelaatbare steunmaatregelen viel en niet aan de Europese Commissie diende te worden voorgelegd. In zoverre zou bij de subsidieverkrijgers, waaronder verzoekster, sprake kunnen zijn van opgewekt vertrouwen.'

*Feitenvaststelling*

Tot slot kan de bestuursrechter in terugvorderingsprocedures worden geconfronteerd met argumenten die betrekking hebben op de onjuiste of onvolledige vaststelling van relevante feiten in de onderliggende commissiebeschikking. Zo laat het Hof in zijn uitspraak met betrekking tot de commissiebeschikking waarin terugvordering van subsidies verstrekt op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland wordt bevolen, duidelijk doorschemeren dat de Nederlandse regering haar huiswerk niet goed heeft gedaan; er werden in de onderzoeksprocedure onvoldoende gegevens aangeleverd om de Commissie ervan te overtuigen dat de steun wel onder de *de minimis*-regeling viel. Het lijkt erop dat individuele ontvangers voor de Nederlandse rechter kunnen aantonen dat terugvordering van steun in

433. Rb. Zutphen 20 mei 2003, LJN AF 9788. Vgl. Rb. Roermond 30 juni 2000, reg.nr. 99/1117 WET K1.
434. Pres. Rb. Assen 2 oktober 2000, LJN AA 7472. Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 13 oktober 2000, reg.nr. VWET 00/1986-LUG en Vz. Rb. Den Bosch 23 december 2003, reg.nr. Awb 03/3145 VV. Anders: Pres. Rb. Amsterdam 19 december 2000, reg.nr. AWB 00/4915 Belei A VV.

hun concrete geval niet nodig is,[435] iets wat de Rechtbank Den Bosch in haar uitspraak over het terugvorderingsbeluit van de Minister van Financiën ook toetst. In de Commissiebeschikking wordt de desbetreffende ontvanger aangewezen als tankstation waarvan moet worden teruggevorderd en de bestuursrechter komt tot het oordeel dat het terugvorderingsbesluit ten aanzien van deze ontvanger niet juist is.

## 5.6 Conclusies

In dit hoofdstuk is aan de orde gekomen dat de nationale rechter een belangrijke rol kan (en zou moeten) spelen bij de tenuitvoerlegging van het Europese recht inzake staatssteun. Zo kan hij op grond van de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG, waarin de standstill-verplichting is neergelegd, nagaan of steunmaatregelen niet zonder de benodigde goedkeuring van de Commissie zijn verstrekt. Wanneer dat wel het geval is, dient hij blijkens de Europese jurisprudentie die maatregelen te nemen, die de concurrenten van de ontvanger van de onwettige staatssteun zo veel mogelijk beschermen tegen de gevolgen van de onrechtmatige tenuitvoerlegging van steunmaatregelen. Daarbij geldt dat het herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun het uitgangspunt moet zijn. Het Hof heeft telkenmale vastgesteld dat herstel van die situatie een vereiste is voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun. De nationale rechter moet dus, wanneer mogelijk, herstel van deze vroegere situatie bewerkstelligen. Daarbij moet hij ook bezien of het treffen van tijdelijke maatregelen noodzakelijk is.

De Nederlandse bestuursrechter blijkt bij beoordeling van beroepen van concurrenten van subsidieontvangers die berusten op schending van artikel 88 lid 3 EG, te kiezen voor een terughoudende toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur. Deze aanpak hangt samen met het door de Nederlandse bestuursrechter gekozen uitgangspunt dat de vergaring van de feiten primair moet plaatsvinden tijdens de bestuurlijke besluitvorming. De bestuursrechter toetst die feitengaring op zorgvuldigheid en volledigheid. Dit uitgangspunt en de daaruit voortvloeiende rechterlijke toetsing, komen in zaken waarin de concurrent van een subsidieontvanger stelt dat de standstill-verplichting is geschonden, op gespannen voet te staan met de doelstellingen van artikel 88 lid 3 EG. Dit blijkt uit de Europese jurisprudentie die ingaat op de strekking van deze bepaling en de verplichtingen van nationale rechters die daaruit voortvloeien. Een concrete toetsing, waarbij de bestuursrechter beoordeelt of het aangevochten besluit in overeenstemming is met het EG-recht, zou veel beter aansluiten op de Europese jurisprudentie met betrekking tot de rol van de nationale rechter bij de beoordeling van een gestelde schending van de standstill-bepa-

---

435. In die zin: A.S.M.L. Prompers, Terugvordering van betalingen in strijd met Europees recht, O&A 2002, p. 130. Zie ook zaak T-459/93 (Siemens SA), r.o. 85; de Belgische autoriteiten kunnen op het tijdstip van de tenuitvoerlegging van de beschikking rekening houden met het door Siemens over het terug te vorderen steunbedrag betaalde belasting. Verzoekster kan zich dus in voorkomend geval voor de nationale autoriteiten beroepen op alle eventuele financiële nadelen of discriminaties waartoe terugbetaling van het nominale bedrag (zoals door de Commissie vastgesteld) van de toegekende steun aanleiding zou kunnen geven.

ling. Wanneer na een dergelijke toetsing wordt geconcludeerd dat een subsidiebesluit in strijd met artikel 88 lid 3 EG is genomen, dan staat tevens vast dat er naar aanleiding van de bezwaren van de concurrent van de ontvanger maar één rechtmatige beslissing door het bestuursorgaan had kunnen worden genomen, te weten herroeping van het gewraakte besluit. In die gevallen kan de bestuursrechter op grond van het bepaalde in artikel 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak voorzien door de aangevochten beslissing op bezwaar te vernietigen en zelf het primaire besluit waarbij de onrechtmatige steun werd verstrekt te herroepen. Zo wordt zo effectief mogelijk gewerkt aan het herstel van de toestand van voor de onrechtmatige steunverlening.

Dat de bestuursrechter deze weg tot nu toe – behoudens in gevallen waarin het steunkarakter van een bestuurlijke maatregel niet ter discussie stond – niet heeft bewandeld, mag overigens geen verbazing wekken. Uit Europees onderzoek is gebleken dat ook het optreden van rechters in andere lidstaten nog te wensen overlaat als het gaat om de handhaving van staatssteunrecht op verzoek van concurrenten. De toepassing van de relevante EG-rechtsregels is bepaald niet eenvoudig. Het gaat om een zeer complex en onoverzichtelijk rechtsgebied en bij de toepassing van de regels worden vaak financiële en economische beoordelingen van de rechter gevraagd waarvoor hij niet steeds gekwalificeerd lijkt te zijn.[436] Hij kan wanneer nodig weliswaar prejudiciële vragen stellen aan het Hof, maar daarmee is doorgaans veel tijd gemoeid; het is de vraag of een concurrent van een subsidieontvanger die beweerdelijk onrechtmatige staatssteun ontving, van die aanpak nu zoveel wijzer wordt. De Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van Steunmaatregelen van de Staten, lijkt meer perspectieven te bieden. Daarin geeft de Commissie aan graag bereid te zijn om nationale rechters bij staatssteunkwesties van advies te dienen en doet dat desgevraagd ook binnen een redelijke termijn, althans voorzover wij dat hebben kunnen nagaan. De Nederlandse bestuursrechter lijkt van die mogelijkheid nog niet veel gebruik te maken. Nu de zo gewenste decentralisatie van het staatssteunrecht[437] er welhaast onvermijdelijk toe zal leiden dat er meer geschillen zullen worden aangebracht bij de nationale rechter, is een voortvarender aanpak op dat vlak aanbevelenswaardig.[438]

Ook bij terugvorderingsprocedures wordt de Nederlandse bestuursrechter geconfronteerd met Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun en de daarover gevormde jurisprudentie. Wanneer de ontvanger van onrechtmatige staatssteun zich verzet tegen terugvordering daarvan door een Nederlands bestuursorgaan, blijkt de bestuursrechter zich nogal slagvaardig op te stellen. Bij gebrek aan toereikende terugvorderingsbevoegdheden in het Nederlandse recht worden bevoegdheidsgrondslagen in het Europese recht 'gevonden'. Bepalingen in de Procedureverordening en commissiebeschikkingen waarbij de lidstaat wordt gelast de onrechtmatige

---

436. M. Ross, a.w., p. 419 e.v. en A. Sinnaeve, What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid?, EStAL 2005, p. 1 e.v.
437. Zie daarover par. 4.1. van het preadvies van B. Hessel & J. Winter, Redefining the notion of state aid in article 87(1) of the EC Treaty, CML Rev. 2004, p. 477 e.v.
438. Vgl. ook par. 5.4.4 van het preadvies van G.J. van Slooten.

staatssteun terug te vorderen, worden gezien als bevoegdheidsgrondslag voor nationale bestuursorganen. Of dergelijke Europese grondslagen kunnen leiden tot bevoegdheden voor nationale bestuursorganen, staat ter discussie. Dat de Nederlandse bestuursrechter binnen deze procedures wél voortvarend te werk gaat, is ons inziens verklaarbaar vanuit het feit dat in deze gevallen er doorgaans al een beschikking van de Europese Commissie ligt, waarin de desbetreffende steunmaatregel niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard. In die gevallen hoeft de rechter dus geen zelfstandig oordeel meer te vellen over het staatssteunkarakter van bepaalde verstrekkingen en onder die voorwaarde blijkt hij graag bereid bij te dragen aan de handhaving van het communautaire recht inzake staatssteun. Het contrast tussen zaken waarin de reikwijdte van de standstill-verplichting moet worden beoordeeld en zaken waarin de intrekking en terugvordering van een subsidie ter discussie staan, is zodoende groot, terwijl de Nederlandse bestuursrechter in beide gevallen moet bijdragen aan de effectieve tenuitvoerlegging van het communautaire staatssteunrecht.

# 6 Slotbeschouwing

In dit preadvies stond de relatie tussen het EG-recht inzake staatssteun en het Nederlandse subsidierecht centraal.

Om de relatie tussen deze twee rechtsterreinen goed uiteen te kunnen zetten, zijn in hoofdstuk 2 eerst het subsidiebegrip, zoals neergelegd in artikel 4:21 Awb en het begrip steunmaatregelen van de Staten, zoals dat voorkomt in artikel 87 EG, besproken. Deze begrippen blijken elkaar – dat zal niet verrassen – deels te overlappen: door Nederlandse bestuursorganen verstrekte subsidies kunnen ook staatssteun inhouden. Het is belangrijk dat subsidieverstrekkers en -ontvangers zich daarvan bewust zijn. Wanneer een subsidie staatssteun inhoudt, moet het voornemen tot verstrekking daarvan op grond van de standstill-verplichting (artikel 88 lid 3 EG) tijdig bij de Europese Commissie worden gemeld en mag de subsidie niet worden verstrekt, totdat de Commissie de subsidie bij beschikking heeft goedgekeurd of mag worden geacht die goedkeuring te hebben gegeven. Wanneer niet aan deze eisen is voldaan, wordt de subsidie onrechtmatig verstrekt, wat kan leiden tot een verplichte terugvordering ervan door het verstrekkende bestuursorgaan en dus tot een onplezierige verrassing, in ieder geval voor de ontvanger van de desbetreffende subsidie.

Dit is geen reden om iedere subsidie voortaan bij de Europese Commissie te melden. Er zijn namelijk ook veel subsidies die niet als staatssteun kunnen worden gekwalificeerd: zo beïnvloeden niet alle subsidies het handelsverkeer tussen de lidstaten van de EU en vormen aanspraken op financiële middelen die niet meer dan € 100.000 binnen een periode van drie jaar betreffen geen staatssteun, zo blijkt uit de Europese *de minimis*-regeling. Bovendien zijn er subsidies die niet vallen onder het begrip staatssteun, omdat zij een compensatie vormen voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.

Deze laatste categorie subsidies is in het derde hoofdstuk van dit preadvies diepgaander besproken. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen diensten van algemeen niet-economisch belang en diensten van algemeen economisch belang. Diensten van algemeen niet-economisch belang zijn: de uitoefening van overheidsprerogatieven, het verrichten van diensten die niet kwalificeren als dienst in de zin van artikel 50 EG, en diensten verricht door entiteiten die geen onderneming zijn in de zin van artikel 86 EG. Subsidies voor het verrichten van die diensten houden geen staatssteun in, omdat het staatssteunrecht niet van toepassing is op diensten van algemeen niet-economisch belang.

Uit het Altmark-arrest van het Hof van Justitie van de EG is gebleken dat subsidies die een compensatie inhouden voor het verrichten van diensten van algemeen

economisch belang geen staatssteun inhouden (zodat de standstill-verplichting dus niet geldt), wanneer aan vier voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk zijn belast met verplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn omschreven. Het tweede criterium houdt in dat de parameters op basis waarvan de subsidie wordt berekend voordat de activiteiten plaatsvinden, op een objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. Ten derde mag het subsidiebedrag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van verplichtingen te dekken. Het vierde criterium voegt daaraan toe dat wanneer de met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de subsidie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om aan deze verplichtingen te voldoen, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de activiteiten waarvoor de subsidie wordt vertrekt. Daarnaast heeft de Commissie in een ontwerpbeschikking voorwaarden gesteld waaronder zij het verlenen van een compensatiesubsidie niet als staatssteun zal kwalificeren ondanks het feit dat niet (volledig) kan worden voldaan aan de criteria van het Altmark-arrest.

Na behandeling van dit Europese leerstuk, zijn wij nagegaan welke subsidies of andersoortige financiële verstrekkingen in Nederland worden verstrekt als compensatie voor diensten van algemeen belang. Daarbij stuitten wij op het feit dat binnen het Nederlandse recht compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen belang soms zonder verdere toelichting als subsidie wordt aangemerkt, terwijl de financiële verstrekkingen die de compensatie vormen niet zonder meer lijken te voldoen aan de elementen van de subsidiedefinitie van artikel 4:21 Awb. Een voorbeeld daarvan vormen de bijdragen die worden verstrekt voor het aanleggen van infrastructurele werken. Deze worden in de bijzondere regelgeving als subsidies aangemerkt, terwijl het subsidiekarakter van de desbetreffende bijdragen ter discussie kan worden gesteld. Immers, het betreft hier betalingen door de overheid voor goederen en diensten aan haar geleverd in het kader van de uitvoering van haar publieke taak, namelijk het aanleggen van wegen. In andere gevallen wordt in de wettelijke regelingen met betrekking tot typische openbare-dienstverplichtingen waarvoor de overheid financiële compensatie verstrekt, titel 4.2 Awb expliciet van overeenkomstige toepassing verklaard. Een goed voorbeeld hiervan zijn de wettelijke regelingen met betrekking tot het verrichten van het openbaar vervoer. Ook zijn er financiële compensaties voor openbare-dienstverplichtingen waarbij de bijzondere regelgeving in het geheel niets vermeld over het verband met het bepaalde in titel 4.2 Awb. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij financiële uitkeringen op grond van de Mediawet, terwijl niet aanstonds duidelijk is waarom deze uitkeringen geen subsidies zijn.

Nadat de Nederlandse praktijk op die manier in beeld was gebracht, kwamen wij tot de conclusie dat de wetgever bij regeling van het financieren van ondernemingen die diensten van algemeen economisch belang verrichten, aandacht moet besteden aan de vraag of sprake is van subsidieverstrekking, zodat titel 4.2 Awb van toepassing is. Dat geldt in het bijzonder bij regeling van de aanleg van breedbandvoorzieningen, waarbij overheden geld ter beschikking stellen voor de aanleg van breedbandinfrastructuur. Wanneer deze geldelijke verstrekkingen subsidies inhouden,

dan is titel 4.2 Awb daarop van toepassing; de bepalingen van deze titel dienen dan zo te worden ingezet of aangevuld in de bijzondere regeling dat subsidiebesluiten die daarop berusten zo kunnen worden vormgegeven dat aan de voorwaarden zoals geformuleerd in het Altmark-arrest is voldaan. Dan is immers geen sprake van staatssteun in de zin van het EG-Verdrag, zodat de standstill-verplichting niet geldt.

Vervolgens zijn wij nagegaan of, in gevallen waarin compensaties voor diensten van algemeen economisch belang per subsidie worden verstrekt, het algemene subsidierecht zoals neergelegd in titel 4.2 Awb, voldoende mogelijkheden biedt om te kunnen voldoen aan de criteria die het Hof in het Altmark-arrest heeft neergelegd of aan de eisen die voortvloeien uit de genoemde ontwerp-beschikking van de Commissie. Daarbij hebben wij ons geconcentreerd op de voorwaarden dat (i) de verplichting aan een onderneming om een dienst te verrichten bij besluit moet worden opgelegd en (ii) te veel betaalde compensatie wordt gerestitueerd. Hoewel artikel 4:37 Awb in combinatie met artikel 4:36 Awb het mogelijk maakt dat verplichtingen aan een besluit tot subsidieverlening worden verbonden die ook in rechte afdwingbaar zijn, blijkt uit de wetsgeschiedenis van titel 4.2 Awb dat de wetgever het ontbreken van rechtstreekse overheidsdwang kenmerkend acht voor subsidierelaties. Op dit punt bestaat derhalve een zekere spanning tussen de voorwaarden die voortvloeien uit de Altmark-criteria en het Nederlandse subsidierecht. Voor de voorwaarde dat te veel betaalde subsidies worden gerestitueerd, geldt dat het systeem van titel 4.2 het op zich mogelijk maakt dat overcompensatie wordt voorkomen: een besluit tot subsidieverlening moet in beginsel een subsidiebedrag bevatten, maar bij de vaststelling van de subsidie is het mogelijk de subsidie lager vast te stellen, indien blijkt dat bij de verlening te veel compensatie in het vooruitzicht is gesteld. Aangezien de gronden voor het lager vaststellen van de subsidie limitatief zijn opgesomd in de Awb, dienen de subsidieverplichtingen die in een concreet geval aan de subsidieontvanger zijn opgelegd een dergelijke lagere vaststelling in verband met overcompensatie wel mogelijk te maken. Dergelijke subsidieverplichtingen kunnen aan een beschikking tot subsidieverlening worden verbonden op grond van de algemene bevoegdheid van een subsidiënt om aan een subsidie verplichtingen te verbinden die de nadelige gevolgen van de subsidie voor derden moeten beperken of wegnemen (artikel 4:37 lid 1 onder g Awb).

Nadat in het eerste deel van dit preadvies duidelijk werd dat Nederlandse subsidieverstrekkers en -ontvangers rekening moeten houden met het EG-recht inzake staatssteun, omdat subsidies staatssteun kunnen vormen, met alle gevolgen vandien, hebben wij ons in het tweede deel van dit preadvies verder geconcentreerd op de rol van de wetgever en de Nederlandse rechter. In hoofdstuk 4 zijn wij nagegaan of in het Nederlands subsidierecht voldoende rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat subsidies staatssteun vormen. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde bijzondere subsidieregelingen en het algemene subsidierecht van titel 4.2 Awb. Voor het bijzondere subsidierecht geldt dat met name bij het formuleren van beslistermijnen en weigeringsgronden beter rekening kan worden gehouden met een verplichte melding bij de Commissie, dan nu vaak gebeurt. De belangrijkste verbeteringen op het gebied van de aansluiting tussen het Nederlands subsidierecht en het Europese recht inzake staatssteun, bleken echter bij voorkeur te

moeten worden gerealiseerd binnen titel 4.2 Awb. Om subsidiënten de nodige bevoegdheden te geven om aan communautaire verplichtingen te kunnen voldoen, zou in de subsidietitel van de Awb een regeling moeten worden opgenomen op basis waarvan subsidies die onrechtmatig verstrekte staatssteun vormen, kunnen worden teruggevorderd op een wijze die door de Europese regelgeving wordt verlangd. Dat betekent onder meer dat de gronden waarop subsidiebesluiten kunnen worden ingetrokken (zoals neergelegd in de artikelen 4:48 en 4:49 Awb) moeten worden uitgebreid. Ook is het nodig dat de Awb een grondslag biedt voor het vorderen van rente over uitbetaalde subsidiegelden die onrechtmatig verstrekte staatssteun blijken te vormen.

Op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) moeten maatregelen die noodzakelijk zijn om de nakoming van communautaire verplichtingen te verzekeren, zo spoedig mogelijk worden getroffen. Dat neemt niet weg dat de Nederlandse wetgever eerst moet bezien of het verstandig is om op specifieke deelterreinen voorzieningen te treffen voor wat wij hier maar even staatssteunkwesties noemen, of dat het de voorkeur verdient te komen tot één, algemene regeling die ziet op alle steunverleningen door Nederlandse overheden. De voorstellen die wij hebben geformuleerd in dit preadvies om te komen tot een meer Europeesrechtelijk georiënteerd subsidierecht gaan uit van de eerst genoemde aanpak, waarbij met het oog op het staatssteunrecht 'bijzondere' voorzieningen worden getroffen in (onder meer) het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de fiscale wetgeving. Wij verwachten namelijk dat het gezien de complexiteit van het staatssteunrecht en de verschillende Nederlandse rechtsterreinen die daardoor worden geraakt, zeer lastig zal blijken om een algemene regeling te ontwerpen die én voldoet aan de Europese eisen én aanluit op die verschillende nationale rechtsterreinen. Mede met het oog op de eenheid van het subsidierecht, hebben wij gepleit voor een regeling in de Awb. Grote voordelen daarvan zijn (onder meer) dat de afstemming tussen het EG-recht inzake staatssteun en het Nederlands subsidierecht kan worden gemaximaliseerd, de harmonisatie van het subsidierecht verder wordt doorgezet en de bekendheid met het onderwerp onder betrokkenen bij subsidierelaties (bijzondere regelgevers, subsidiënten, ontvangers en hun concurrenten) waarschijnlijk snel zal toenemen.

Nadat in hoofdstuk 4 het subsidierecht in relatie tot het EG-recht inzake staatssteun werd besproken, is in hoofdstuk 5 de rol van de Nederlands rechter onderzocht. Subsidies worden vrijwel steeds verstrekt en eventueel ook ingetrokken en teruggevorderd per beschikking. Tegen dergelijke besluiten staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Uit een bespreking van de relevante jurisprudentie blijkt dat de Nederlandse bestuursrechter hoofdzakelijk met twee soorten subsidiegeschillen te maken krijgt waarbij het staatssteunrecht relevant is. Ten eerste zijn dat de procedures gestart door concurrenten van subsidieontvangers die opkomen tegen een subsidieverlening, waarbij deze concurrenten stellen dat de subsidie in kwestie onrechtmatig verstrekte staatssteun inhoudt en eisen dat het aangevochten besluit op die grond wordt vernietigd. De bestuursrechter heeft zich in de door ons onderzochte gevallen terughoudend opgesteld bij de beoordeling van dergelijke claims. Wanneer de concurrent en de subsidiënt van mening verschillen over de vraag of bij een subsidieverstrekking de standstill-bepaling van artikel 88 lid 3 EG in

acht had moeten worden genomen, volstaat hij met de vaststelling dat het tot de verplichtingen van de subsidieverstrekker behoort om na te gaan of uit deze EG-rechtelijke bepaling in een concreet geval verplichtingen voortvloeien. Heeft het bestuursorgaan in kwestie dat nagelaten, dan wordt het aangevochten besluit vernietigd op grond van artikel 3:2 Awb, waaruit volgt dat bestuursorganen de nodige kennis omtrent relevante feiten behoren te verzamelen voor zij een besluit nemen. De bestuursrechter vernietigt zodoende het besluit op basis van nationaal recht en hij voorziet doorgaans niet zelf in de zaak. Aangezien in beginsel de beslissing op bezwaar ter discussie staat, tast een vernietiging van het aangevochten besluit het primaire besluit, waarbij de onrechtmatige staatssteun werd verstrekt, in de regel niet aan.

Binnen de uitgangspunten van het Nederlandse bestuurs(proces)recht is deze aanpak begrijpelijk. De bestuursrechter koos immers voor de hoofdregel dat de vergaring van de feiten primair moet plaatsvinden tijdens de bestuurlijke besluitvorming. De bestuursrechter toetst die feitengaring vervolgens op zorgvuldigheid en volledigheid. Daarbij komt dat een beoordeling van de stelling dat een bepaalde subsidie bij de Commissie had moeten worden aangemeld, doorgaans een oordeel over de stelling dat deze subsidie staatssteun inhoudt impliceert. Dat betekent dat zeer complexe (en voor velen onoverzichtelijke) rechtsregels moeten worden toegepast, waarbij soms financiële en economische beoordelingen nodig zijn, waarvoor de bestuursrechter niet direct lijkt te zijn gekwalificeerd. Dit neemt echter niet weg dat naar ons oordeel uit Europese jurisprudentie voortvloeit dat de bestuursrechter díe maatregelen dient te nemen, die de concurrenten van de ontvanger van onwettige staatssteun zo veel mogelijk beschermen tegen de gevolgen daarvan. Dit brengt met zich mee dat de bestuursrechter waar mogelijk herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun bewerkstelligt. Ook moet hij bezien of het treffen van tijdelijke maatregelen noodzakelijk is. Wij concludeerden op grond van die jurisprudentie dat de aanpak van de bestuursrechter in de door ons besproken zaken op gespannen voet staat met het bepaalde in artikel 88 lid 3 EG en de communautaire verplichtingen van nationale rechters die daaruit voortvloeien.

Wij stellen dat een concrete toetsing, waarbij de bestuursrechter in concreto beoordeelt of het aangevochten besluit in overeenstemming is met het EG-recht, veel beter aan zou sluiten op de Europese jurisprudentie met betrekking tot de rol van de nationale rechter bij een beoordeling van een gestelde schending van de standstill-bepaling. Hij kan daartoe advies vragen bij de Europese Commissie, die, voorzover wij konden nagaan, binnen een redelijke termijn pleegt te antwoorden op vragen van nationale rechters. Wanneer na een dergelijke toetsing wordt geconcludeerd dat een subsidiebesluit in strijd met artikel 88 lid 3 EG is genomen, dan staat tevens vast dat er naar aanleiding van de bezwaren van de concurrent van de ontvanger maar één rechtmatige beslissing voor het bestuursorgaan mogelijk was, te weten herroeping van het gewraakte besluit. In die gevallen kan de bestuursrechter op grond van het bepaalde in artikel 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak voorzien door de aangevochten beslissing op bezwaar te vernietigen en het primaire besluit te herroepen. Zo kan de bestuursrechter het herstel van de toestand van voor de onrechtmatige steunverlening bewerkstelligen.

De tweede categorie subsidiegeschillen waarbij het staatssteunrecht relevant is, wordt gevormd door terugvorderingsprocedures. Wanneer door de Europese Commissie wordt vastgesteld dat een subsidie onrechtmatig is verstrekt, moeten reeds betaalde subsidiegelden, inclusief daarover verschuldigde rente, worden teruggevorderd. Deze terugvordering moet volgens het beginsel van de procedurele autonomie worden vormgegeven naar nationaal recht. Dit betekent dat het subsidiebesluit waarop de subsidieverstrekking berust, moet worden ingetrokken en een terugvorderingsbesluit moet worden genomen. In hoofdstuk 4 was al aan de orde gekomen dat het Nederlandse recht voor die besluiten vaak onvoldoende grondslag biedt. Dat blijkt voor de bestuursrechter doorgaans geen reden om intrekkings- en terugvorderingsbesluiten te vernietigen; bevoegdheidsgrondslagen worden in het Europese recht 'gevonden', dit terwijl nog ter discussie staat of in communautaire regelgeving bestuursbevoegdheden aan nationale ambten, zoals bestuursorganen, kunnen worden geattribueerd. Dat de Nederlandse bestuursrechter bij terugvorderingsprocedures wél voortvarend te werk gaat, is onzes inziens verklaarbaar vanuit het feit dat in deze gevallen er doorgaans al een beschikking van de Europese Commissie ligt, waarin de desbetreffende steunmaatregel niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard en terugvordering wordt bevolen. In die gevallen hoeft de rechter dus geen zelfstandig oordeel meer te vellen over het staatssteunkarakter van subsidies en onder die voorwaarde blijkt hij graag bereid bij te dragen aan de handhaving van het communautaire recht inzake staatssteun. Het contrast tussen zaken waarin de reikwijdte van de standstill-verplichting moet worden beoordeeld en zaken waarin de intrekking en terugvordering van een subsidie ter discussie staan, is zodoende groot, terwijl de Nederlandse bestuursrechter in beide gevallen zou moeten bijdragen aan de effectieve tenuitvoerlegging van het communautaire staatssteunrecht.

# Stellingen

1. De artikelen 10, 87 en 88 EG en artikel 3:2 Awb verplichten bestuursorganen om – voordat zij een subsidie verstrekken – te onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, de desbetreffende subsidie een steunmaatregel vormt in de zin van artikel 87 EG. Bovendien zijn zij op grond van de artikelen 3:46 en 3:47 Awb verplicht om de resultaten van dat onderzoek te vermelden in de motivering van een besluit dat wordt genomen op een subsidieaanvraag.

2. Regeling van 'staatssteunkwesties' dient bij voorkeur te worden gerealiseerd in 'bijzondere' regelingen in (onder meer) het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de fiscale wetgeving. Dit om de eenheid en overzichtelijkheid binnen de bijzondere rechtsterreinen te bewaren en aansluiting tussen het staatssteunrecht en de bijzondere nationale rechtsterreinen te optimaliseren.

3. In titel 4.2 Awb moet een afdeling worden opgenomen die regels geeft voor subsidies die worden verstrekt als compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen belang.

4. In titel 4.2 Awb moet zo snel mogelijk een regeling worden opgenomen op basis waarvan subsidiegelden die onrechtmatig verstrekte staatssteun blijken te vormen, kunnen worden teruggevorderd op een wijze die door Europese regelgeving wordt verlangd.

5. a. Wanneer de concurrent van een subsidieontvanger in een procedure voor de bestuursrechter stelt dat bij het verstrekken van een subsidie niet is voldaan aan het bepaalde in artikel 88 lid 3 EG, behoort het tot de communautaire plichten van de bestuursrechter om bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het aangevochten subsidiebesluit een zogenoemde 'concrete toetsing' toe te passen. Dat betekent dat hij zelf moet beoordelen of het aangevochten besluit in overeenstemming is met het EG-recht.
   b. Wanneer dan blijkt dat een subsidiebesluit in strijd met de standstill-verplichting is genomen, dient de bestuursrechter zelf in de zaak te voorzien door de aangevochten beslissing op bezwaar te vernietigen en zelf het primaire besluit waarbij de subsidie werd verstrekt te herroepen.

# Steunverlening en de Nederlandse bestuurspraktijk

## *Over doorwerking van het communautaire recht op het gebied van staatssteun in de Nederlandse fiscale rechtspraktijk*

*Mr. G.J. van Slooten*[*]


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding en opzet van deze bijdrage** | **209** |
| **Deel I** | **Doorwerking van het materiële recht op het gebied van staatssteun in het nationale (fiscale) recht** | **211** |
| **2** | **Het communautaire materiële recht op het vlak van de staatssteun** | **211** |
| 2.1 | Algemeen | 211 |
| 2.2 | Steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd | 212 |
| 2.2.1 | Artikel 87 lid 1 EG moet ruim worden uitgelegd | 212 |
| 2.2.2 | Maatregel uit staatsmiddelen bekostigd | 212 |
| 2.3 | Begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties | 213 |
| 2.4 | De steunmaatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden | 214 |
| 2.4.1 | Algemeen | 214 |
| 2.4.2 | Verhouding tussen de beide voorwaarden | 215 |
| 2.5 | De steunmaatregel kan niet worden begrepen onder de uitzonderingen waaronder bij of krachtens het verdrag is of kan worden voorzien | 217 |
| 2.5.1 | De uitzonderingen geformuleerd in artikel 87 EG | 217 |
| 2.5.2 | Uitzonderingen van enkele andere verdragsbepalingen | 218 |
| 2.5.3 | Enkele afgewezen verweren | 219 |
| 2.6 | Slotopmerkingen | 220 |
| **3** | **Plaats van de communautaire regeling op het gebied van staatssteun binnen het gemeenschapsrecht** | **221** |
| 3.1 | De relevante doelstellingen van het EG-Verdrag | 221 |


* G.J. van Slooten (1968) is als belastingadviseur verbonden aan PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs N.V. te Rotterdam en maakt deel uit van de EU Direct Tax Group van PricewaterhouseCoopers. Van Slooten studeerde kostprijsverhogende belastingen in Leiden.

3.2 Toepassingsbereik artikel 25 EG (verbod op heffing van douanerechten en heffingen van gelijke werking) 222
3.3 Toepassingsbereik artikel 90 EG (verbod op fiscale discriminatie) 223
3.3.1 Het verbod op fiscale discriminatie 223
3.3.2 Samenloop artikel 90 en artikel 25 EG 224
3.4 Toepassingsbereik artikel 28 EG (verbod op kwantitatieve beperkingen) 225
3.4.1 Het verbod op kwantitatieve beperkingen 225
3.4.2 Voorwaarden voor toepassing van rechtvaardigingsgronden van artikel 30 EG 226
3.5 Samenloop van de verbodsbepalingen met artikel 87 EG 227

**4 Staatssteun en de Nederlandse fiscale praktijk 230**
4.1 Staatssteun in de vorm van belastingmaatregelen: de mededeling van de Commissie 230
4.2 Enkele situaties waarin de vraag aan de orde was of van verboden staatssteun sprake was 232
4.2.1 De vrijstelling van vennootschapsbelastingplicht voor Schiphol 232
4.2.2 Technoleasetransactie 233
4.2.3 De concernfinancieringsmaatschappij (CFM) 235
4.2.4 De regeling voor havensleepdiensten en zeeslepers 237
4.2.5 De aanpassing in neerwaartse zin van een nageheven bedrag aan omzetbelasting 239
4.3 Toetsing: staatssteun in de fiscale praktijk 241

**Deel II De commissie, rechtsbescherming en enkele procedurele aspecten daarvan 245**

**5 De beschikking, de Commissie en rechtsbescherming 245**
5.1 De beoordeling van een aangemelde steunmaatregel door de Commissie 245
5.1.1 De omvang van het onderzoek door de Commissie 246
5.1.2 Inwinnen van inlichtingen 246
5.1.3 Bewijslast, bewijslastverdeling en bewijsvermoeden 247
5.2 Het nemen van de beschikking door de Commissie 251
5.3 Waarborgen en rechtsbescherming: beroep op de Gemeenschapsrechter 252
5.3.1 Wie kan beroep instellen bij het Gerecht: het vereiste van rechtstreeks en individueel geraakt zijn 252
5.3.2 Omvang van de toetsing door de Gemeenschapsrechter: marginale toetsing én toetsing in volle omvang 254
5.3.3 Kan de lidstaat na het nemen van de beschikking alsnog de feiten aanvullen? 255
5.3.4 Herstellen van verzuimen: herroeping 255
5.4 Waarborgen en rechtsbescherming: beroep op de nationale rechter 256
5.4.1 Rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG 256
5.4.2 Artikel 88 lid 3 EG en het nationale vereiste van een processueel belang 258
5.4.3 Kan artikel 88 lid 3 EG worden ingeroepen door de inspecteur van de Belastingdienst? 259

5.4.4 Samenwerking van de lijdelijke nationale rechter met de Commissie 262
5.5 Inbreukprocedure 264
5.5.1 Algemeen 264
5.5.2 Inbreukprocedures en het staatssteun-verweer: misbruik van recht? 265

**Deel III Doorwerking van het formele recht op het gebied van staatssteun in het nationale (fiscale) recht 267**

**6 Terugvordering en rechtsbescherming 267**
6.1 Afzien van terugvorderen van onverenigbare staatssteun 267
6.1.1 Terugvordering van onverenigbare staatssteun: aanvullende werking van het nationale recht 267
6.1.2 Procedurele autonomie en de communautaire begrenzing daarvan 268
6.1.3 Het gelijkwaardigheidsbeginsel 269
6.1.4 Het doeltreffendheidsbeginsel 270
6.2 Gemeenschapsrechtconforme uitleg van het nationale procesrecht 271
6.3 Begrenzing van de procedurele autonomie en terugvordering van onverenigbare staatssteun 273
6.4 Alle nodige maatregelen als uiting van het doeltreffendheidsbeginsel als 'ondergrens'? 274
6.4.1 Een uitputtende regeling laat geen ruimte voor het vertrouwensbeginsel 274
6.4.2 Het doeltreffendheidsbeginsel en het trio BUG-Alutechnik, Fingruth en Emmott 277
6.4.3 Het doeltreffendheidsbeginsel en de toepassing van de nationale naheffingstermijn 278
6.5 De beperkte toepassing van het communautaire vertrouwensbeginsel 279
6.5.1 Geen aanmelding, geen vertrouwen: behoudens uitzonderlijke situaties 279
6.5.2 Het karakter van 'uitzonderlijke situaties' als uitvloeisel van het vertrouwensbeginsel 280
6.6 De nationale autoriteiten en de werking van het vertrouwensbeginsel 282
6.7 Uitzonderlijke omstandigheden als 'communautair begrip' 285
6.7.1 'Uitzonderlijke omstandigheden' als communautair begrip met autonome betekenis 285
6.7.2 Behoort de uitleg van het autonome begrip 'uitzonderlijke omstandigheden' niet aan de Commissie worden gelaten? 286
6.7.3 De samenwerkingsprocedure zoals deze elders reeds wordt toegepast 286

**7 Terugvordering in Nederland van onverenigbare staatssteu in de vorm van belastingfaciliteiten 288**
7.1 Het onderscheid tussen directe en indirecte belastingen en enkele andere voor de heffing van Nederlandse belastingen relevante aspecten 288
7.1.1 Algemeen 288
7.1.2 Navordering van directe belastingen 288
7.1.3 Naheffing van indirecte belastingen 289
7.1.4 Begunstigde is niet altijd de belastingplichtige 290
7.1.5 Verplichtingen ten dienste van de terugvordering 290

7.2 Rechtsgrond voor terugvordering: rechtstreeks of via een nationale beschikking? 292
7.3 De procedure tot navordering en de volle werking van het gemeenschapsrecht 293
7.3.1 Doet het Nederlandse vereiste van een 'nieuw feit' afbreuk aan de volle werking? 293
7.3.2 Doeltreffendheidsbeginsel als bodemvereiste: aanpassing van de nationale regeling? 294
7.3.3 Staat het gelijkwaardigheidsbeginsel in de weg aan toepassing van de nationale regeling? 295
7.4 Toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel op heffing op naar Nederlands nationaal recht geheven belastingen 297

**8 Slotopmerkingen en aanbevelingen 300**

**Stellingen 303**

# 1 Inleiding en opzet van deze bijdrage

Bij het opstellen van het EG-Verdrag werd de mogelijkheid onderkend dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig zou kunnen worden beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die de mededinging vervalsen of zouden kunnen vervalsen door begunstiging van bepaalde ondernemingen of van bepaalde bedrijfstakken of sectoren. Het tegengaan of voorkomen van de schadelijke gevolgen van deze vervalsing is een van de doelstellingen van het EG-Verdrag.[1] Deze doelstelling is nader uitgewerkt in het derde deel, eerste titel, eerste hoofdstuk, derde afdeling met het opschrift *Steunmaatregelen van de staten*. Deze afdeling bestond uit de artikelen 92-94 die inmiddels zijn vernummerd tot de artikelen 87-89 EG. Om de overzichtelijkheid te bevorderen, houd ik in deze bijdrage de laatste nummering aan.

Mijn bijdrage bestaat uit drie gedeelten. Allereerst zal ik in het eerste deel ingaan op enkele materiële aspecten van het EG-recht inzake staatssteun. Dit zijn de voorwaarden die gelden om een regeling als staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG aan te kunnen merken (hoofdstuk 2). Vervolgens zal ik ingaan op de samenhang tussen deze bepaling en enkele andere verdragsbepalingen die van belang zijn voor de gemeenschappelijke markt (hoofstuk 3). In hoofdstuk 4 zal ik aan de hand van enkele voorbeelden uit het recente fiscale verleden enkele gevolgen schetsen van het materiële recht op het vlak van de staatssteun voor het Nederlandse fiscale recht.

Vervolgens wil ik in het tweede deel (hoofstuk 5) ingaan op enkele aspecten betreffende de totstandkoming van de beschikking en de rol die de Commissie daarbij speelt. Daarnaast wil ik ook ingaan op de rechtsbescherming die hierbij door de Gemeenschapsrechter en de nationale rechter wordt geboden.

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, wordt de communautaire regelgeving op het vlak van staatssteun gekenmerkt door verdragsrecht en rechtstreeks werkend secundair recht dat door de Commissie door tussenkomst van de lidstaten moet worden toegepast op individuele ondernemingen. De lidstaten spelen hierbij een bijzondere, zij het ambivalente rol. In eerste instantie wordt namelijk de door deze lidstaten zelf geconcipieerde regelgeving door de Commissie beoordeeld. Regelgeving die juist bedoeld is om bepaalde ondernemingen te begunstigen. Acht de Commissie deze regelingen onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, dan gelast zij de lidstaten reeds verleende steun terug te vorderen. Terugvordering geschiedt van de ondernemingen die deze lidstaat in eerste instantie juist wilde begunstigen. Wanneer lidstaten een rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht voort-

1. Zie na wijziging, artikel 3 lid 1, sub g EG (voorheen artikel 3, sub f EEG-Verdrag). Zie ook HvJ EG 20 september 1983, zaak 171/83R (Commissie/Frankrijk), Jur. 1983, p. 2621.

vloeiende verplichting tot terugvordering moeten effectueren, rijst onmiddellijk de vraag of hiervan kan worden afgezien en zo ja, welke voorwaarden hierbij in acht genomen moeten worden. In het derde deel, en met name in hoofdstuk 6 daarvan, zal hier uitgebreid op ingegaan worden.

Wordt de communautaire regelgeving op het vlak van de staatssteun gekenmerkt door rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht dat op individuele ondernemingen moet worden toegepast, dan kan het geen verbazing wekken dat de rechtspraak in dit rechtsgebied zeer casuïstisch van aard is. Ik zal trachten tussen de verschillende onderdelen een ordening in die rechtspraak aan te brengen. Bijzondere aandacht wil ik hierbij besteden aan de doorwerking van het gemeenschapsrecht in het nationale bestuursrecht en het (fiscale) procesrecht. De problematiek van de doorwerking speelt met name daar waar het Nederlandse fiscale recht een invalshoek kiest die zich niet met de volle werking van het gemeenschapsrecht lijkt te verdragen. In hoofdstuk 7 zal aandacht worden besteed aan enkele gevallen zoals die zich voor kunnen doen wanneer de Nederlandse procedures voor de terugvordering van met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde fiscale staatssteun gevolgd zouden worden. In het afsluitende hoofdstuk 8 zal ik enkele samenvattende opmerkingen maken en enkele aanbevelingen doen.

# Deel I Doorwerking van het materiële recht op het gebied van staatssteun in het nationale (fiscale) recht

# 2 Het communautaire materiële recht op het vlak van de staatssteun

## 2.1 Algemeen

Om de vraag te beantwoorden wanneer van staatssteun sprake is, moeten de verschillende onderdelen van het in artikel 87 lid 1 EG neergelegde begrip staatssteun worden onderzocht. Volgens vaste rechtspraak vereist de kwalificatie staatssteun immers, dat aan alle in die bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan.[2] De beoordeling of hiervan sprake is, aan de Commissie, waarbij de in artikel 88 EG voorgeschreven procedure moet worden gevolgd.[3] Om te kunnen spreken van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG moet worden voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden:[4]

1. er moet sprake zijn van steunmaatregelen van de staten, in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd;
2. die de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen;
3. door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties;
4. voorzover die het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloede;
5. die niet kunnen worden begrepen onder de uitzonderingen waarin bij of krachtens het verdrag wordt voorzien.

In het navolgende zal ik nader op deze voorwaarden ingaan, waarbij de behandeling van de voorwaarden 3 en 4 tezamen zal plaatsvinden.

---

2. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (Pearle), n.n.g., r.o. 32.
3. HvJ EG 11 juni 1992, gevoegde zaken C-149/91 en C-150/91, Sanders, Jur. 1992, p. I-3899.
4. Zie ook HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark Trans), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 74. Of aan deze voorwaarden is voldaan, moet op nationaal niveau worden beoordeeld. Zo kan een nationale maatregel niet worden vergeleken met in andere lidstaten of in andere landen gehanteerde regelingen (zie par. 4.2.3 en 4.2.5).

## 2.2 Steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd

### 2.2.1 *Artikel 87 lid 1 EG moet ruim worden uitgelegd*

Als eerste vereiste stelt artikel 87 EG dat sprake moet zijn van 'steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd'. In deze algemene formulering ligt besloten dat deze bepaling een zeer ruim toepassingsbereik heeft. Alle regelingen die het effect van een steunmaatregel hebben en uit staatsmiddelen worden bekostigd, vallen in beginsel onder de reikwijdte van het verbod van artikel 87. Alle tegemoetkomingen van overheidswege die,[5] ongeacht doel en vorm ervan,[6] de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, vormen, wanneer aan de overige voorwaarden is voldaan, steunmaatregelen in de zin van deze bepaling.[7] Zo wordt geen onderscheid gemaakt tussen bijvoorbeeld steun in de vorm van leningen, garanties, deelnemingen in het kapitaal van ondernemingen of het ter beschikking stellen van niet opgevraagde winsten.

De ruime opzet brengt ook mee dat niet van belang is of de maatregel door de centrale of federale overheid of door een lager overheidsorgaan wordt vastgesteld, zoals een deelstaat, regionaal of lokaal publiekrechtelijk lichaam.[8] Van een steunmaatregel kan namelijk ook sprake zijn wanneer de steun wordt verleend door één of meer daartoe van overheidswege ingestelde of aangewezen, publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen.

### 2.2.2 *Maatregel uit staatsmiddelen bekostigd*

Om een voordeel als staatssteun aan te kunnen merken, is vereist dat dit voordeel ten koste gaat of kan gaan van overheidsmiddelen. Artikel 87 lid 1 EG ziet derhalve uitsluitend op voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd.[9] Toegekende voordelen die niet ten laste gaan of kunnen gaan van deze overheidsmiddelen,[10] bijvoorbeeld doordat deze worden gecompenseerd door opbrengsten van de begunstigde of van derden,[11] of bestaan uit het toekennen van

---

5. Bij terugbetaling van in strijd met gemeenschapsrecht geheven belastingen is van begunstiging geen sprake (HvJ EG 27 maart 1980, zaak 61/79 (Denkavit Italiana), Jur. 1980, p. 1205, r.o. 31).
6. HvJ EG 14 oktober 1987, zaak 248/84 (Duitsland/Commissie), Jur. 1987, p. 4013 en HvJ EG 26 september 1996, zaak C-241/94 (Frankrijk/Commissie), Jur. 1996, p. I-4551, r.o. 20.
7. HvJ EG 8 november 2001, zaak C-143/99 (Adria-Wien Pipeline), Jur. 2001, p. I-8365, r.o. 38.
8. HvJ EG 16 mei 2002 (Frankrijk/Commissie), C-482/99, Jur. 2002, p. I-4397, r.o. 23. Zie ook de beschikking van de Commissie van 3 juli 2001, nr. E 45/2000 – Nederland, referentie SG (2001) D/289541, inzake de Belastingvrijstelling van Schiphol Groep.
9. HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99 (Frankrijk/Commissie), Jur. 2002, p. I-4397, r.o. 24. Derving van dergelijke middelen en het afzien van het maken van winst door een onder overheidstoezicht staand lichaam kunnen hier onder worden begrepen. Dit is ook het geval wanneer maatregelen een extra last voor de staat of voor daartoe aangewezen of ingestelde instellingen meebrengen of mee kunnen brengen (bijv. garanties).
10. HvJ EG 24 januari 1978, zaak 82/77 (Van Tiggele), Jur. 1978, p. 25, r.o. 24 e.v.
11. HvJ EG 2 juli 1974, zaak 173/73 (Italië/Commissie), Jur. 1974, p. 709, r.o. 16 en HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (Pearle), n.n.g, r.o. 24 en 36 (vgl. hieromtrent ook par. 4.2.2 en 4.2.3).

bepaalde administratieve voordelen, vallen echter niet onder de reikwijdte van artikel 87 EG.

## 2.3 Begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties

Niet alleen bij verlichting van lasten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, is sprake van begunstiging, dit is ook het geval wanneer een onderneming economische voordelen verkrijgt die onder normale marktvoorwaarden niet zouden zijn verkregen.[12] Het is niet van belang of de begunstigde er door het toekennen van het voordeel daadwerkelijk op vooruit is gegaan. De begunstiging moet worden geobjectiveerd: voldoende is dat een regeling 'bepaalde ondernemingen of bepaalde producties' in de zin van artikel 87 lid 1 EG kan begunstigen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.[13] Omgekeerd betekent dit dat wanneer een nationale regeling zonder onderscheid alle ondernemingen en alle vergelijkbare producties van een lidstaat begunstigt, deze regeling niet als staatssteun kan worden aangemerkt.[14] Met betrekking tot fiscale maatregelen formuleert de Commissie het als volgt:[15]

> 'Wat het belastinggebied betreft, is de Commissie van oordeel dat van de algemene regel afwijkende maatregelen niet als overheidssteunmaatregelen kunnen worden aangemerkt voor zover zij uit economisch oogpunt voor de doeltreffendheid van het stelsel nodig zijn. Normalerwijze moet daaruit blijken dat de toepassing van dergelijke maatregelen niet tot welbepaalde gebieden beperkt is, op objectieve en horizontale criteria of voorwaarden berust en niet in de tijd beperkt is.'

Het woord 'bepaalde' refereert derhalve aan de situatie waarin sprake is van andere marktdeelnemers die door de desbetreffende regeling niet worden begunstigd. Hierbij kunnen twee situaties worden onderscheiden: *specificiteit* en *selectiviteit*. In het eerste geval is sprake van een regeling waarvan voor de toepassing van artikel 87 EG gezegd moet worden dat deze geen ander doel heeft dan de begunstiging van één onderneming of bepaalde ondernemingen.[16] Is het aantal ondernemingen dat aanspraak zou kunnen maken op een regeling erg groot, dan is hierdoor weliswaar geen sprake van *specificiteit*, maar het staat niet op voorhand in de weg aan een mogelijk selectief karakter van de regeling.[17] Van *selectiviteit* is sprake wanneer het voordeel

---

12. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark Trans), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 84-85.
13. HvJ EG 13 februari 2003, C-409/00 (Spanje/Commissie), Jur. 2003, p. I-1487, r.o. 47.
14. HvJ EG 8 november 2001, zaak C-143/99 (Adria-Wien Pipeline), Jur. 2001, p. I-8365, r.o. 35. Zie punt 13 e.v. van de Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, nr. 98/C 384/03, van 10 december 1998, PbEG 1998, nr. C-384/3 (hierna: de Mededeling).
15. Beschikking van de Commissie van 13 maart 1996 betreffende een fiscale steunmaatregel in de vorm van een afschrijvingsregeling ten behoeve van de Duitse luchtvaartmaatschappijen nr. 96/369/EG (PbEG, L 146, p. 42, 1996/06/20; CELEX-nr.: 396D0369), punt V.
16. HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-295/97 (Piaggio), Jur. 1999, p. I-3735, r.o. 39.
17. HvJ EG 13 februari 2003, zaak C-409/00 (Spanje/Commissie), Jur. 2003, p. I-1487, r.o. 48.

voortvloeit uit een uitzondering op de fiscale bepalingen enerzijds of het gevolg is van het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid van bijvoorbeeld de Belastingdienst anderzijds.[18] Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat niet iedere afwijking van een algemene regeling tot *selectiviteit* leidt.[19] Zo kunnen aard en opzet van een belastingstelsel van een lidstaat onder omstandigheden rechtvaardigen dat in bepaalde gevallen van de algemeen geldende regels wordt afgeweken.[20] In dat geval kan de nationale maatregel, omdat deze past in de logica van het betrokken belastingstelsel, niet als staatssteun worden aangemerkt.[21]

## 2.4 De steunmaatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden

### 2.4.1 *Algemeen*

Volgens de Gemeenschapsrechter heeft artikel 87 EG tot doel te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.[22] Er moet aan twee voorwaarden worden voldaan. Enerzijds moet de nationale maatregel 'de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen', en anderzijds moet 'het handelsverkeer ongunstig worden beïnvloed'.[23] In het gebruik van het woord 'voorzover' in artikel 87 lid 1 EG[24] ligt besloten dat de 'de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer' in feite een aanvullende voorwaarde vormt op het vereiste dat de nationale maatregel 'de mededinging moet vervalsen of dreigen te vervalsen'.

Het uitgangspunt is dat begunstigingen in de zin van artikel 87 lid 1 EG in beginsel de concurrentievoorwaarden vervalsen.[25] Vervalsing enerzijds en het beïnvloeden van het handelsverkeer anderzijds, liggen dikwijls echter zeer dicht tegen elkaar aan. Dit blijkt ook uit het arrest van het HvJ EG van 10 juli 1986:[26]

---

18. Volgens het HvJ EG kan ook één enkel uitstel van belastingbetaling een steunmaatregel van de staat vormen (HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-256/97 (DM Transport), Jur. 1999, p. I-3913). Overigens vereist art. 87 lid 1 EG niet dat sprake moet zijn van discriminatie (zie HvJ EG 26 september 2002, zaak C-351/98 (Spanje/Commissie), Jur. 2002, p. I-8031, r.o. 57). Zie punt 121-22 van de Mededeling.
19. HvJ EG 2 juli 1974, zaak 173/73 (Italië/Commissie), 1974, p. 709, r.o. 15 e.v. Zie punt 12 van de Mededeling.
20. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-308/01 (Gil Insurance e.a.), n.n.g., r.o. 72.
21. Gerecht van eerste aanleg (hierna: GvEA) 6 maart 2002, gevoegde zaken T-92/00 en T-103/00 (Territorio Histórico de Álava e.a.), Jur. 2002, p. II-1385, r.o. 59-60. Zie punt 23 e.v. van de Mededeling.
22. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-308/01 (Gil Insurance e.a.), n.n.g., r.o. 66.
23. HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (Freskot), Jur. 2003, p. 5263, r.o. 63. Blijkens HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (Italië/Commissie), n.n.g., r.o. 62 is het niet vereist dat de Commissie vaststelt dat bepaalde ondernemingen in de Gemeenschap door de betrokken steunmaatregelen daadwerkelijk schade hebben geleden.
24. HvJ EG 27 maart 1980, zaak 61/79 (Denkavit Italiana), Jur. 1980, p. 1205, r.o. 30.
25. HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98 (Duitsland/Commissie), Jur. 2000, p. I-6857, r.o. 30.
26. HvJ EG 10 juli 1986, zaak 40/85 (België/Commissie), Jur. 1986, p. 2321, r.o. 23. In dezelfde zin: HvJ EG 24 februari 1987, zaak 310/85 (Deufil), Jur. 1987, p. 901, r.o. 9-12.

> In deze procedure oordeelde het Hof dat van vervalsing van de mededinging sprake was, nu een onderneming meer dan 70% van haar productie van keramisch sanitair naar de overige lidstaten uitvoerde. Het stond vast dat deze onderneming zonder de steunmaatregel van de markt zou verdwijnen. Doordat de desbetreffende markt bovendien werd gekenmerkt door een overproductie, zou die verdwijning ontwikkelingskansen hebben geboden aan sterkere concurrenten. Onder deze omstandigheden en bij gebrek aan enige aanwijzing in tegengestelde zin, mocht de Commissie van het Hof concluderen dat de betrokken steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedde *en* de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen.

Wat het vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten betreft, is het volgende van belang. Dit vereiste impliceert dat de verenigbaarheid van een nationale begunstigende regeling moet worden beoordeeld binnen het kader van de Gemeenschap en niet binnen dat van de desbetreffende lidstaat.[27] Toekenning van steun kan immers de mogelijkheid voor de begunstigde onderneming op zijn markt op te treden in stand laten of doen toenemen,[28] waardoor de kansen voor in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun activiteiten op de markt van die lidstaat te ontplooien, afnemen.[29]

### 2.4.2 *Verhouding tussen de beide voorwaarden*

Wordt de rechtspraak bezien, dan blijkt dat niet altijd een even strikt onderscheid wordt gemaakt tussen de afzonderlijke voorwaarden van artikel 87 lid 1 EG bij de toepassing daarvan.[30] Uit de redactie van deze bepaling moet namelijk volgen dat het enkele feit dat een nationale regeling voorziet in een tegemoetkoming voor een bepaalde begunstigde, nog niet de conclusie kan dragen dat van staatssteun sprake is. Dit is zelfs niet het geval wanneer deze tegemoetkoming de concurrentie vervalst of dreigt te vervalsen. In plaats daarvan valt een concurrentievervalsende tegemoetkoming slechts onder het bereik van artikel 87 EG *voorzover* deze tegemoetkoming het handelsverkeer met andere lidstaten ongunstig beïnvloedt. In de praktijk blijkt de Gemeenschapsrechter het onderscheid tussen beide voorwaarden niet steeds even scherp te maken. In tal van uitspraken wordt het vereiste van 'de ongunstige beïnvloeding' namelijk niet gehanteerd als aanvullend vereiste op 'de vervalsing van de concurrentie'. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar het arrest van het HvJ EG van 13 maart 1985.[31] In dit arrest oordeelde het Hof in r.o. 22:

> '(D)aarentegen bevat de beschikking geen enkele redengeving met betrekking tot de beoordeling van de overige in artikel 87 lid 1 EG genoemde criteria, te weten de vaststelling dat de betrokken steunmaatregel het handelsverkeer tussen lidstaten ongun-

---

27. HvJ EG 17 september 1980, zaak 730/79 (Philip Morris), Jur. 1980, p. 2671, r.o. 26.
28. HvJ EG 21 maart 1990, zaak 142/87 (België/Commissie, Tubemeuse), Jur. 1990, p. I-959, r.o. 35.
29. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark Trans), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 78. en HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (Freskot), Jur. 2003, p. 5263, r.o. 63.
30. Zie hieromtrent ook par. 2.3 van het preadvies van Den Ouden en Van Angeren.
31. HvJ EG 13 maart 1985, gevoegde zaken 296 en 318/82 (Leeuwarder Papierwarenfabriek), Jur. 1985, p. 809, r.o. 22.

stig beïnvloedt, *en* dat zij de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties.'

Ook in tal van andere arresten wordt een dergelijke nevenschikking gesuggereerd.[32] In het arrest van 30 april 1998 gaat het Gerecht echter nog een stap verder met het oordeel dat:

> 'Om uit te maken of staatssteun een steunmaatregel is die de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt in de zin van deze bepaling, kan worden uitgegaan van het in de bestreden beschikking geformuleerde criterium, dat gebaseerd is op de mogelijkheden voor de steunontvangende onderneming om zich op de kapitaalmarkt de betrokken bedragen te verschaffen (arrest Hof van 21 maart 1990, zaak C-142/87, België/Commissie, Jur. p. I-959, r.o. 26). Inzonderheid kan daarbij het criterium worden gehanteerd, of een particulier investeerder tot de betrokken transactie zou zijn overgegaan onder dezelfde voorwaarden, en zo niet, onder welke voorwaarden zulks mogelijk ware geweest.'

Want hoewel de redactie van artikel 87 lid 1 EG uitgaat van de mogelijkheid dat niet iedere begunstiging *ook* 'de mededinging vervalst' *en* 'het handelsverkeer ongunstig beïnvloedt',[33] lijkt het Gerecht hier echter wel van uit te gaan. Uit de aangehaalde passage volgt immers dat wanneer een nationale regeling een bepaalde onderneming begunstigt, *op basis van dit gegeven* er zelfs van kan worden uitgegaan dat sprake is van een steunmaatregel die 'de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen' *en* 'het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt'.[34] Deze benadering van het Gerecht komt ook terug in het arrest van 4 april 2001, waarin het Gerecht oordeelt:[35]

> 'Vooraf zij erop gewezen, dat inzake steunmaatregelen van de lidstaten de twee voorwaarden voor toepassing van artikel 87 lid 1, EG – beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en concurrentievervalsing – in de regel onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.'

Het Gerecht licht deze verbondenheid in dezelfde rechtsoverweging toe door er op te wijzen dat:

> 'Met name wanneer financiële steun van een staat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed.'

---

32. Zie bijv. HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-387/92 (Banco Exterior de España), Jur. 1994, p. I-877, r.o. 15.
33. Vergelijk GvEA 12 juli 2001, gevoegde zaken T-12/99 en T-63/99 (UK Coal), Jur. 2001, p. II-2153, r.o. 54.
34. GvEA 13 juni 2000, gevoegde zaken T-204/97 en T-270/97 (Epac), Jur. 2000, p. II-2267, r.o. 44.
35. GvEA 4 april 2001, zaak T-288/97 (Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia), Jur. 2001, p. II-1169, r.o. 41.

Het lijkt erop dat het Gerecht van oordeel is dat 'beïnvloeding' en 'concurrentievervalsing' verbonden zijn, doordat een 'tegemoetkoming' de 'beïnvloeding' tot gevolg heeft. Hoewel deze redenering door het Hof in beroep werd bevestigd, gaat het Hof minder voortvarend te werk dan het Gerecht.[36] Het Hof verwijst namelijk naar de specifieke omstandigheden van het geval waarin sprake was van tegemoetkomingen in een sector waarin de mededinging intens was. Onder die omstandigheden kon het Gerecht volgens het Hof concluderen dat een door begunstiging versterkte positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, geacht kon worden het handelsverkeer te beïnvloeden.

Met de vaststelling dat van begunstiging sprake is, moet in de regel de 'beïnvloeding' en de 'concurrentievervalsing' als een gegeven worden aanvaard. Het omgekeerde lijkt echter ook het geval. Volgens het Gerecht is namelijk met de vaststelling dat van 'concurrentievervalsing' en 'ongunstige beïnvloeding' sprake is, ook de begunstiging een gegeven. Zo merkte het Gerecht in het arrest van 30 april 2002, betrekkelijk terloops op:[37]

> 'Voor de kwalificatie (van een nationale fiscale maatregel) als steunmaatregel volstaat het trouwens dat de betrokken overheidsmaatregelen de mededinging dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden.'

Dat bij de toepassing van het artikel door de Gemeenschapsrechter niet altijd een even scherp onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen beide voorwaarden,[38] heeft, zoals in paragraaf 5.1.3 nader aan de orde zal komen, ongetwijfeld een bewijsrechtelijke achtergrond.

## 2.5 De steunmaatregel kan niet worden begrepen onder de uitzonderingen waaronder bij of krachtens het verdrag is of kan worden voorzien

### 2.5.1 *De uitzonderingen geformuleerd in artikel 87 EG*

Zoals ook in paragraaf 5.4.1 nader aan de orde zal komen, is het verbod op steunmaatregelen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 87 lid 1 EG niet absoluut en niet onvoorwaardelijk. Zo is in artikel 87 lid 2 en 3 EG een aantal uitzonderingsgronden opgenomen.[39] Artikel 87 lid 2 EG bepaalt dat de aldaar bedoelde steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn, terwijl de bepaling van lid

36. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Italië/Commissie), n.n.g., r.o. 54-56.
37. GvEA 30 april 2002, gevoegde zaken T-195/01 en T-207/01 (Government of Gibraltar), Jur. 2002, p. II-2309, r.o. 125.
38. In GvEA 27 januari 1998, zaak T-67/94 (Ladbroke Racing/Commissie), Jur. 1998, p. II-1, r.o. 52, wordt het vereiste van de ongunstige beïnvloeding zelfs in het geheel niet genoemd. In HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (Italië/Commissie), n.n.g., r.o. 44 is van nevenschikking sprake en wordt bovendien de volgorde omgedraaid.
39. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weilig), Jur. 1977, p. 595, r.o. 6 en HvJ EG 14 oktober 1987, zaak 248/84 (Duitsland/Commissie), Jur. 1987, p. 4013, r.o. 19.

3 voorziet in steunmaatregelen die als verenigbaar beschouwd kunnen worden. In deze gevallen voldoen de nationale maatregelen weliswaar aan de cumulatieve criteria van artikel 87 lid 1 EG, maar zijn deze regelingen niettemin verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.[40] Wat de bespreking van deze uitzonderingsgronden betreft, zal ik mij beperken tot de *de minimis*-faciliteit. Voor het overige volsta ik met verwijzing.[41]

Uit praktische overwegingen is voorzien in een uitzondering gebaseerd op artikel 87 lid 3 EG voor steunmaatregelen met een geringe omvang. Dit betreft de zogenoemde *de minimis*-steun.[42] Hiervan is sprake bij begunstiging met een omvang van minder dan € 100.000 per drie jaar. De ratio van deze regeling is gelegen in de omstandigheid dat deze beperkte omvang van de steun niet geacht wordt de mededinging te vervalsen.[43] Daarmee is overigens niet gezegd dat iedere begunstiging met een betrekkelijk geringe omvang de mededinging niet zou kunnen vervalsen.[44] Zeker wanneer de mededinging in de sector waarin de steunontvangende ondernemingen werkzaam zijn, intens is, zal steun van betrekkelijk geringe omvang de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten wel degelijk beïnvloeden.[45]

### 2.5.2 *Uitzonderingen van enkele andere verdragsbepalingen*

Het EG-Verdrag kent een aantal bepalingen waarbij samenloop met artikel 87 lid 1 EG aan de orde zou kunnen komen. Zo bepaalt artikel 73 EG dat steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip 'openbare dienst' verbonden, verplichte dienstverrichtingen met het EG-Verdrag verenigbaar zijn. Het toepassingsbereik van beide bepalingen is inmiddels door de Gemeenschapsrechter scherp afgebakend.[46] Slechts wanneer aan bepaalde strikte criteria wordt voldaan,

---

40. Zie punt 28 e.v. van de Mededeling. Deze uitzonderingen moeten dan ook restrictief worden uitgelegd (HvJ EG 30 september 2003, zaak C-301/96 (Duitsland/Commissie), PbEG 2003, C 275/1, r.o. 66).
41. Zie allereerst het preadvies van Hessel en met name par. 5 daarvan. Zie ook S.M.M. Schouten, Nederlandse werkgelegenheidssteun in een Europeesrechtelijk kader, Europese Monografieën nr. 50, Deventer 1997, p. 112 e.v., R.H.C. Luja, Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO, Oxford-Antwerpen-New York 2003, p. 68 e.v., B. Hessel (red.), Staatssteun, Dossier EG-recht, Den Haag 2003, p. 135 e.v., R.M. d'Sa, European Community Law on State Aid, London 1998, par. 4.01, p. 107 e.v., B. Hessel & A. Neven, Staatssteun en EG-recht, Deventer 2001, p. 147 e.v. en F.C. de Hosson in Bijzondere fiscale regimes en het communautaire recht, Weekblad 1996, nr. 6208, par. 5, p. 1126-1127.
42. Zie de Mededeling van de Commissie van 6 maart 1996 inzake de minimis-steun (PbEG 1996, C 68, p. 9) en Verordening (EG) nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op *de minimis*-steun (PbEG 2001, L 10, p. 30). Zie ook HvJ EG 26 september 2002, zaak C-351/98 (Spanje/Commissie), Jur., p. I-8031, r.o. 53. Vergelijk voor het EGKS HvJ EG 28 januari 2003, zaak C-334/99 (Duitsland/Commissie), Jur. 2003, p. I-1139, r.o. 80.
43. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark Trans), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 81.
44. HvJ EG 14 september 1994, gevoegde zaken C-278/92-C-280/92 (Spanje/Commissie), Jur. 1994, p. I-4103, r.o. 42.
45. HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98 (Duitsland/Commissie), Jur. 2000, p. I-6857, r.o. 32 en HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Italië/Commissie), n.n.g, r.o. 54.
46. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark Trans), Jur. 2003, p. I-7747, r.o. 88-94.

kan de vergoeding onder artikel 73 EG vallen. In andere gevallen is deze voor toetsing aan artikel 87 lid 1 EG vatbaar.

Ook artikel 36 EG betreffende marktordening voor landbouwproducten bevat een duidelijke afbakening van het toepassingsbereik van artikel 87 EG.[47] Op grond van eerstgenoemde bepaling is de steunregeling slechts van toepassing voorzover dit door de Raad wordt bepaald. Uit artikel 36 EG volgt dat artikel 87 EG in beginsel niet van toepassing is waar het de marktordeningen betreft. Echter, artikel 36 EG heeft een met artikel 87 EG vergelijkbare doelstelling. Deze bepaling strekt er namelijk toe dat de vrije handel binnen de gemeenschap wordt verzekerd door opheffing van zowel de handelsbelemmeringen als distorsies in de intracommunautaire handel. Om deze reden verbiedt artikel 36 elke ingreep van de lidstaten op de markt, waarin de verordening zelf niet uitdrukkelijk voorziet.[48] Het ligt daarmee voor de hand te veronderstellen dat wanneer een nationale maatregel de toets van artikel 87 lid 1 EG – ware deze bepaling van toepassing – niet zou doorstaan, artikel 36 EG evenzo aan toepassing van deze nationale bepaling in de weg staat.

### 2.5.3 *Enkele afgewezen verweren*

Naast de geformaliseerde uitzonderingen van artikel 87 lid 1 en 3 EG hebben lidstaten in beroep herhaaldelijk ook andere gronden aangevoerd op basis waarvan deze lidstaten van mening waren dat een maatregel als verenigbaar had moeten worden aangemerkt. Deze, veelal aan het nationale recht ontleende situaties, werden door de Gemeenschapsrechter steevast van de hand gewezen. Zo vormt de vrees voor binnenlandse moeilijkheden geen rechtvaardiging voor een lidstaat om de krachtens artikel 87 EG op hem rustende verplichtingen niet na te komen.[49] Ook kan het feit dat een steunmaatregel in het leven was geroepen om eenzijdig te komen tot aanpassing van de mededingingsvoorwaarden van een bepaalde economische sector aan de voorwaarden die in andere lidstaten heersen, geen rechtvaardiging vormen.[50] In het verlengde hiervan is door de Gemeenschapsrechter ook het 'wederkerigheidsargument' van de hand gewezen. Zo kan een lidstaat zich niet ter rechtvaardiging van een met artikel 87 EG strijdige regeling beroepen op het feit dat andere lidstaten ook dergelijke strijdige regelingen kennen. Zou dit anders zijn, dan zou dit tot strijdigheid met het in het gemeenschapsrecht erkende *legaliteitsbeginsel* leiden,[51] althans tot een daarmee vergelijkbaar resultaat. Belangrijker is echter dat in dat geval de gevolgen van meerdere distorsies van de mededinging in het handelsverkeer tussen de lidstaten elkaar niet zouden opheffen, maar in plaats daarvan juist versterken.[52]

---

47. HvJ EG 26 juni 1979, zaak 177/78 (Pigs and bacon), Jur. 1979, p. 1261, r.o. 11. HvJ EG 10 maart 1992, gevoegde zaken C-38/90 en C-151/90 (Lomas), Jur. 1992, p. I-1781, r.o. 15 e.v.
48. HvJ EG 26 juni 1979, zaak 177/78 (Pigs and bacon), Jur. 1979, p. 1261, r.o. 14.
49. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Mauro Alzetta e.a.), n.n.g., r.o. 78.
50. Ibidem, r.o. 61.
51. HvJ EG 4 juli 1985, zaak 134/84, (Alvin Williams), Jur. 1985, p. 2225, r.o. 14.
52. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weilig), Jur. 1977, p. 595, r.o. 24.

## 2.6 Slotopmerkingen

Uit rechtspraak blijkt dat artikel 87 lid 1 EG een zeer ruim toepassingsbereik heeft. Iedere situatie die aan de criteria van deze bepaling voldoet, valt onder het toepassingsbereik van deze bepaling. In navolging van mede-preadviseur Hessel, zal ik dergelijke situaties verder als 'verboden staatssteun' aanduiden.[53] Deze ruime uitleg stelt de Commissie in de gelegenheid zich over deze maatregelen uit te spreken. Dat een nationale regeling als verboden steun moet worden aangemerkt, behoeft de Commissie er niet van te weerhouden deze regeling als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt aan te merken.[54] De rol die de Commissie daarbij vervult, zal in deel II nader worden belicht. De uitleg van de criteria is echter zo ruim dat het voor justitiabelen niet altijd duidelijk zal zijn of bepaalde regelingen nu wel of niet aan deze voorwaarden voldoen. In hoofdstuk 4 van deze bijdrage zal hier nader bij stil worden gestaan. Bijzondere aandacht moet worden besteed aan de voorwaarden betreffende 'de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer' en het 'vervalsen van de mededinging'. Uit de rechtspraak blijkt dat beide criteria niet altijd even strikt worden gehanteerd. In hoofdstuk 5 zal hier nader op worden ingegaan, waarbij aandacht zal worden besteed aan de bewijsrechtelijke achtergrond hiervan.

53. Zie par. 6 van diens preadvies. Zie voor het onderscheid tussen onrechtmatige en onverenigbare steun aldaar in par. 3.1. Zie ook Hessel & Neven, a.w., p. 281.
54. Zie R. Barents & L.J. Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, Deventer 2003, p. 378.

# 3 Plaats van de communautaire regeling op het gebied van staatssteun binnen het gemeenschapsrecht

## 3.1 De relevante doelstellingen van het EG-Verdrag

Uit de preambule van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap blijkt dat met het sluiten van dit verdrag werd beoogd de grondslagen te leggen voor een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren door het slechten van de barrières die Europa verdelen. Door gemeenschappelijk optreden werd bovendien beoogd de economische en sociale vooruitgang van de verdragsluitende landen te verzekeren.

De barrières die geslecht moesten worden, betroffen uiteenlopende terreinen. Zo gaf ik hiervoor al aan dat werd onderkend dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig zou kunnen worden beïnvloed door begunstiging van overheidswege van bepaalde ondernemingen of van bepaalde bedrijfstakken of sectoren, waardoor de mededinging wordt vervalst of zou kunnen worden vervalst. Evenzo werd onderkend dat het handelsverkeer ook door andere oorzaken belemmerd zou kunnen worden (zie ook hiervoor paragraaf 2.5.2). In dat kader werd bijvoorbeeld ook voorzien in:[55]

- een regeling strekkende tot afschaffing van bestaande douanerechten en het verbod op invoering van nieuwe douanerechten en heffingen van gelijke werking (artikel 25 EG);
- de afschaffing van kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (artikel 28 EG);
- een verbod op fiscaal discriminatoire maatregelen (artikel 90 EG).

De in de artikelen 87 EG e.v. vervatte regeling betreffende steunmaatregelen berust op dezelfde grondgedachte als het verbod op fiscaal discriminatoire maatregelen, zoals dat is vervat in artikel 90 EG, te weten afschaffing van overheidsinterventies die de normale voorwaarden voor de handel tussen lidstaten kunnen vervalsen. Hebben beide regelingen hetzelfde oogmerk, dan kan de vraag opkomen of beide regelingen

55. Andere bepalingen, zoals art. 31 EG betreffende de verplichting tot het aanpassen van nationale monopolies van commerciële aard om discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten te voorkomen en art. 60 EG betreffende het vrije verkeer van diensten, laat ik hier buiten beschouwing.

elkaar niet overlappen. Beantwoording van deze vraag is om verscheidene redenen van belang. Allereerst heeft dit gevolgen voor de bevoegdheden van de Commissie. Daarnaast zijn de beide procedures ieder met verschillende waarborgen omgeven, hetgeen uiteraard gevolgen heeft voor de (mate van) rechtsbescherming die geboden wordt. Vanwege deze aspecten zal een scherpe lijn getrokken moeten kunnen worden tussen de verschillende bepalingen en instrumenten.

Door het trekken van deze scherpe lijn wordt het toepassingsbereik van de artikelen 87-89 EG ingekaderd. Dit kader vormt een eerste stap om inzichtelijk te maken welke maatregelen onder welke omstandigheden als steunmaatregelen kunnen – en daardoor moeten – worden aangemerkt en welke niet. Wanneer blijkt dat nationale maatregelen niet onder de reikwijdte van artikel 87 EG vallen, dan kan met deze vaststelling echter niet worden volstaan. Zoals hierna ook aan de orde zal komen, kan de Commissie bij de beoordeling van een aan haar voorgelegde nationale maatregel niet volstaan met de toets of deze voldoet aan de criteria van artikel 87 EG. Mocht namelijk bij de beoordeling van de Commissie blijken dat deze maatregel niet in overeenstemming valt te brengen met een van de andere verbodsbepalingen uit het verdrag, dan kan deze regeling reeds om die reden niet verenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.

## 3.2 Toepassingsbereik artikel 25 EG (verbod op heffing van douanerechten en heffingen van gelijke werking)

Om een gemeenschappelijke markt te kunnen scheppen, is het van belang dat iedere belemmering die met betrekking tot de grensoverschrijding zou kunnen worden opgeworpen, wordt weggenomen. Om die reden voorziet artikel 25 EG in een rechtstreeks werkend verbod op de heffing van in- en uitvoerrechten[56] of heffingen van gelijke werking. Dit zijn alle heffingen die ter zake van de overschrijding van de binnengrenzen als zodanig worden geheven.[57] Hierbij maakt het overigens niet uit of de heffing al dan niet ten behoeve van de lidstaat wordt geheven.[58] Betalingen met het karakter van een retributie vallen echter niet onder de reikwijdte van dit verbod.[59]

Een maatregel van gelijke werking als een douanerecht heeft een wijziging van de kostprijs tot gevolg waar een zelfde beperkend effect van uitgaat wat het vrije verkeer van goederen betreft als bij het douanerecht het geval is.[60] Van een dergelijk beperkend effect kan geen sprake zijn wanneer de betaling betrekking heeft op controles die in een communautair kader worden uitgevoerd.[61] Dit is wel het geval bij een

56. HvJ EG 10 maart 1981, gevoegde zaken 36/80 en 71/80 (Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.), Jur. 1981, p. 735, r.o. 23.
57. HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (Freskot), Jur. 2003, p. 5263, r.o. 42. De toepassing van deze bepaling ziet overigens uitsluitend op de invoer van producten uit andere lidstaten en niet op het handelsverkeer van en naar derde landen (HvJ EG 7 juli 1994, zaak C-130/93 (Lamaire), Jur. 1994, p. I-3215, r.o. 15).
58. HvJ EG 25 januari 1977, zaak 46/76 (Bauhuis), Jur. 1977, p. 5, r.o. 10.
59. HvJ EG 22 april 1999, zaak C-109/98 (CRT France), Jur. 1999, p. 2237, r.o. 17. Hiervan is sprake wanneer een heffing strekt tot vergoeding van een aan een importeur werkelijk geleverde dienst. Deze heffing moet bovendien evenredig zijn aan de kosten van die dienst.
60. HvJ EG 25 mei 1977, zaak 105/76 (Interzuccheri), Jur. 1977, p. 1029, r.o. 8.

volgens een algemeen binnenlands stelsel geheven belasting die de verkoop naar het buitenland zwaarder belast dan de binnenlandse verkoop,[62] of wanneer de heffing dient ter financiering van activiteiten welke beogen de verkoop in het binnenland winstgevender te maken dan de uitvoer of het voor binnenlandse verkoop bestemde product op enigerlei wijze te bevoordelen ten koste van de voor uitvoer bestemde producten.

## 3.3 Toepassingsbereik artikel 90 EG (verbod op fiscale discriminatie)

### *3.3.1 Het verbod op fiscale discriminatie*

Het rechtstreeks werkende verbod[63] van artikel 90 EG op fiscale discriminatie verhindert dat lidstaten op producten uit andere lidstaten hogere binnenlandse belastingen van welke aard ook heffen dan die welke op gelijksoortige nationale producten worden geheven.[64] Hierbij maakt het niet uit of deze belastingen al dan niet rechtstreeks worden geheven. Ook mogen nationale belastingen niet tot gevolg hebben dat andere producties hierdoor zijdelings worden beschermd.

Het verbod geldt voor alle belastingen waardoor de invoer van producten afkomstig uit andere lidstaten[65] of de uitvoer van producten uit een lidstaat naar andere lidstaten[66] kan worden afgeremd ten gunste van vergelijkbare nationale producten.[67] Wat zijn nu vergelijkbare producten? Deze vraag speelt met name wanneer lidstaten de bevoegdheid hebben om verschillende groepen van producten fiscaal verschillend te behandelen:[68]

> De Gemeenschapsrechter bepaalde in dat geval dat uit andere lidstaten afkomstige producten niet alleen op dezelfde wijze in dergelijke groepen worden ingedeeld, maar dat de uit andere lidstaten afkomstige producten ook daadwerkelijk en zonder onderscheid voor bepaalde fiscale voordelen of faciliteiten in aanmerking moeten kunnen komen. Dit is zelfs het geval wanneer deze producten niet voldoen aan de technische of wettelijke voorwaarden, zoals deze als voorwaarde worden gesteld voor het toekennen van die voordelen of faciliteiten.

---

61. HvJ EG 25 januari 1977, zaak 46/76 (Bauhuis), Jur. 1977, p. 5, r.o. 11.
62. HvJ EG 23 januari 1975, zaak 51/74 (Van der Hulst), Jur. 1975, p. 79, r.o. 14.
63. HvJ EG 22 februari 2001, zaak C-393/98 (Valente), Jur. 2001, p. I-1327, r.o. 33.
64. De toepassing van deze bepaling ziet uitsluitend op de invoer van producten uit andere lidstaten en niet op het handelsverkeer van en naar derde landen (HvJ EG 15 januari 1985, zaak 253/83 (Sektkellerei Kupferberg), Jur. 1985, p. 157, r.o. 17).
65. HvJ EG 7 december 1995, zaak C-45/94 (Ayuntamiento de Ceuta), Jur. 1995, p. I-4385, r.o. 29.
66. HvJ EG 29 juni 1978, zaak 142/77 (Larsen en Kjerulff), Jur. 1978, p. 1543, r.o. 27 en HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (Freskot), Jur. 2003, p. 5263, r.o. 39 e.v. Het toepassingsbereik van art. 90 EG in geval van uitvoer beperkt zich tot heffingen die worden geheven op basis van de uitvoer als belastbaar feit (ibidem, r.o. 27 e.v.).
67. Zie voor een meer algemene toepassing van dit beginsel HvJ EG 28 maart 1984, gevoegde zaken 47/83 en 48/83 (Midden-Nederland en Van Miert), Jur. 1984, p. 1721, r.o. 29. Een belemmering van de uitvoer kan zich voordoen bij substitutie van uit andere lidstaten of uit derde landen afkomstige producten (HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (Freskot), Jur. 2003, p. 5263, r.o. 29 e.v.).
68. Zie ook HvJ EG 7 mei 1981, zaak 153/80 (Rumhaus Hanssen), Jur. 1981, p. 1165, r.o. 9.

Het verbod beoogt de neutraliteit[69] van bepaalde[70] op specifieke producten geheven binnenlandse belastingen te waarborgen. Ongeacht de verschijningsvormen ervan, beoogt het verbod iedere discriminerende of protectionistische heffing tegen te gaan. Daarom ziet het verbod op fiscale discriminatie van producten uit andere lidstaten niet slechts op de (verschillen in) hoogte van een toepasselijk tarief, maar ook op de grondslag en de heffingsmodaliteiten ervan.[71]

> Zo valt onder dit verbod ook een heffing die weliswaar formeel geen onderscheid maakt naar de herkomst van producten, maar praktisch het grootste deel van de nationale productie in de gunstigste belastingcategorie laat vallen, terwijl de ingevoerde producten nagenoeg alle tot de zwaarst belaste categorie behoren.[72] Van discriminatie kan eveneens sprake zijn wanneer een heffing weliswaar op uniforme wijze wordt geheven, maar slechts ten goede komt aan producten van de desbetreffende lidstaat.[73] Hoewel een uit een andere lidstaat afkomstig product voor een zelfde fiscale behandeling in aanmerking kan komen, betekent dit niet dat artikel 90 EG zou verplichten dergelijke ingevoerde producten gunstiger te behandelen dan de vergelijkbare, in de desbetreffende lidstaat geproduceerde producten.[74]

Hoewel een regeling in praktijk de uitwerking kan hebben van een met artikel 90 EG strijdige binnenlandse heffing, kan in bepaalde gevallen sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond.[75] Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de ongelijkheid een wettig economisch of sociaal doel dient en een dergelijke rechtvaardigingsgrond bij de stand van het gemeenschapsrecht ingeroepen kan worden.[76] Zo erkende het Hof dat het afremmen van het gebruik van bepaalde gokmachines een dergelijk legitiem doel kan vormen.[77]

### *3.3.2 Samenloop artikel 90 en artikel 25 EG*

Het verbod op heffing van douanerechten van artikel 25 EG enerzijds en het verbod op fiscale discriminatie van artikel 90 EG anderzijds kunnen zeer dicht tegen elkaar aan liggen. Toch kan een nationale maatregel volgens de Gemeenschapsrechter niet tegelijkertijd worden aangemerkt als maatregel in de zin van artikel 25 EG en van artikel 90 EG.[78] Het onderscheid dat de Gemeenschapsrechter maakt, is gelegen in

---

69. HvJ EG 19 september 2002, zaak C-101/00 (Tulliasiamies en Antti Siilin), Jur. 2002, p. I-7487, r.o. 52 en HvJ EG 29 april 2004, zaak C-387/01 (Weigel en Weigel), n.n.g. r.o. 67.
70. HvJ EG 14 december 1962, zaak 2/62 (Luxemburg en België/Commissie), Jur. 1962, p. 853.
71. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 74/76 (Iannelli en Volpi), Jur. 1977, p. 557, r.o. 21.
72. HvJ EG 3 maart 1988, zaak 252/86 (Gabriel Bergandi), Jur. 1988, p. 1343, r.o. 28.
73. HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (Freskot), Jur. 2003, p. 5263, r.o. 47.
74. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weilig), Jur. 1977, p. 595, r.o. 30 en HvJ EG 15 januari 1985, zaak 253/83 (Sektkellerei Kupferberg), Jur. 1985, p. 157, r.o. 12.
75. Zie met betrekking tot excepties bij de deze en andere rechtstreeks werkende verdragsbepalingen nader K.J.M. Mortelmans, Excepties bij non-tarifaire intracommunautaire belemmeringen: assimilatie in het nieuwe EG-Verdrag?, SEW 1997, nr. 5, p. 182.
76. HvJ EG 10 oktober 1977, zaak 148/77 (Hansen & Balle), Jur. 1978, p. 1787, r.o. 16. Dit veronderstelt dat de betrokken bepalingen niet zijn geüniformeerd of geharmoniseerd.
77. HvJ EG 3 maart 1988, zaak 252/86 (Gabriel Bergandi), Jur. 1988, p. 1343, r.o. 29-30.
78. HvJ EG 11 maart 1992, gevoegde zaken C-78/90 t/m C-83/90, Compagnie commerciale de l' Ouest, Jur. 1992, p. I-1847, r.o. 22 en HvJ EG 23 april 2002, zaak C-234/99 (Nygård), Jur. 2002, p. I-3657, r.o. 19 e.v.

het vereiste van grensoverschrijding. Wordt ter zake hiervan geheven, dan is sprake van een verboden douanerecht. Maakt de heffing daarentegen deel uit van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen waardoor nationale en in- of uitgevoerde producten volgens dezelfde criteria stelselmatig worden getroffen,[79] dan valt de belasting onder de reikwijdte van artikel 90 EG.

Dit heldere onderscheid tussen beide bepalingen kent een uitzondering. Een heffing die uitsluitend wordt geheven ter zake van uit andere lidstaten afkomstige goederen en om die reden onder artikel 25 EG zou moeten worden begrepen, kan namelijk wel degelijk een binnenlandse belasting vormen in de zin van artikel 90 EG. Hiertoe mag van een vergelijkbaar product uit de desbetreffende lidstaat derhalve geen sprake zijn en moeten de uit de andere lidstaten afkomstige producten stelselmatig worden getroffen volgens objectieve, onafhankelijk van de oorsprong van die producten toegepaste criteria.[80]

## 3.4 Toepassingsbereik artikel 28 EG (verbod op kwantitatieve beperkingen)

### *3.4.1 Het verbod op kwantitatieve beperkingen*

Artikel 28 EG verbiedt kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking. Dit zijn alle handelsregelingen die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kunnen belemmeren.[81] Kwantitatieve beperkingen kenmerken zich doordat deze maatregelen door een lidstaat eenzijdig worden ingesteld. Van dergelijke beperkingen is geen sprake wanneer ze van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die in die lidstaat activiteiten ontplooien. Hierbij geldt echter wel de voorwaarde dat deze maatregelen zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed moeten hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.[82] Voorts geldt dat, wanneer een lidstaat binnen een door het gemeenschapsrecht geschapen kader invulling geeft aan een bevoegdheid tot regelgeving,[83] van een kwantitatieve beperking evenmin sprake kan zijn.

---

79. HvJ EG 31 mei 1979, zaak 132/78 (Denkavit Loire), Jur. 1979, p. 1923, r.o. 7.
80. HvJ EG 3 februari 1981, zaak 90/79 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1981, p. 283, r.o. 14. Zie echter ook HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weilig), Jur. 1977, p. 595, r.o. 28, HvJ EG 11 maart 1992, gevoegde zaken C-78/90 t/m C-83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest), Jur. 1992, p. I-1847, r.o. 26 en HvJ EG 16 december 1992, zaak C-114/91 (Claeys), Jur. 1992, p. I-6559, r.o. 14. Gewezen zij ook op HvJ EG 16 december 1992, gevoegde zaken C-144/91 en C-145/91 (Demoor), Jur. 1992, p. I-6613, r.o. 18 en HvJ EG 17 september 1997, zaak C-347/95 (UCAL), Jur. 1997, p. I-4911, r.o. 22.
81. HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74 (Dassonville), Jur. 1974, p. 837, r.o. 5, HvJ EG 10 juli 1984, zaak 72/83 (Campus Oil e.a.), Jur. 1984, p. 2727, r.o. 16 en HvJ EG 20 maart 1990, zaak 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Jur. 1990, p. I-889, r.o. 11.
82. HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (Keck en Mithouard), Jur. 1993, p. I-6097, r.o. 16.
83. HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617, r.o. 10.

In dit kader oordeelde het Hof met betrekking tot sanitaire controlemaatregelen, dat deze door de Raad waren vastgesteld en dat 'die keuringen niet konden worden beschouwd als eenzijdige verkeersbelemmerende maatregelen, doch veeleer verrichtingen zijn ter bevordering van het vrije goederenverkeer, met name doordat zij hinderpalen neutraliseren die door sanitaire controlemaatregelen overeenkomstig artikel 30 EG voor dat vrije verkeer kunnen zijn opgeworpen'.[84]

Onder bepaalde omstandigheden moet het verbod op kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking wijken voor een rechtvaardigingsgrond (artikel 30 EG).[85] Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij maatregelen ter bescherming van de openbare orde en veiligheid. Dit kan ook aan de orde zijn bij maatregelen uit hoofde van de bescherming van de industriële of commerciële eigendom. In de navolgende paragraaf zal hier nader op in worden gegaan.

Opgemerkt moet worden dat artikel 28 EG niet belemmeringen omvat die onder andere, meer bijzondere bepalingen van het verdrag vallen. Uit rechtspraak blijkt dat belemmeringen van fiscale aard in de zin van artikel 90 EG of belemmeringen met een gelijke werking als douanerechten (artikel 25 EG), niet onder het verbod op de kwantitatieve beperkingen vallen.[86]

### *3.4.2 Voorwaarden voor toepassing van rechtvaardigingsgronden van artikel 30 EG*

In de vorige paragraaf werd gewezen op de mogelijkheid dat onder omstandigheden kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking moeten wijken voor een rechtvaardigingsgrond. Het inroepen daarvan is echter aan beperkingen gebonden:

1. De in dat kader te nemen maatregelen mogen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen en evenmin leiden tot verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten.[87]
2. De rechtvaardigingsgronden moeten bovendien restrictief worden toegepast, nu deze immers een uitzondering vormen op de fundamentele regel van de afschaffing van alle belemmeringen van het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten.
3. Het bestaan van een rechtvaardigingsgrond kan ook geen machtiging inhouden voor het nemen van andere maatregelen dan kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking.[88]

---

84. HvJ EG 25 januari 1977, zaak 46/76 (Bauhuis), Jur. 1977, p. 5, r.o. 30.
85. Zie Mortelmans, t.a.p.
86. HvJ EG 11 maart 1992, gevoegde zaken C-78/90 t/m C-83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest), Jur. 1992, p. I-1847, r.o. 20 en HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-261/91 (Cellulose Beira), Jur. 1993, p. I-4337, r.o. 8 e.v.
87. Zo ontsnapt een nationale maatregel bijvoorbeeld niet aan het verbod van art. 30 vanwege het enkele feit dat de invoerbelemmering van geringe omvang is en er andere afzetmogelijkheden voor de ingevoerde producten bestaan (HvJ EG 5 juni 1986, zaak 103/84 (Commissie/Italië), Jur. 1986, p. 1759, r.o. 18).
88. HvJ EG 25 januari 1977, zaak 46/76 (Bauhuis), Jur. 1977, p. 5, r.o. 12.

Bij de vraag of een beroep gedaan kan worden op een rechtvaardigingsgrond moet, met in achtneming van het evenredigheidsbeginsel,[89] in zijn algemeenheid een afweging worden gemaakt tussen het algemeen belang enerzijds en het belang van het vrije verkeer van goederen dat door het Hof als een van de fundamentele regels van de Gemeenschap is te beschouwen anderzijds.[90] Ook moeten in voorkomend geval andere algemene communautaire rechtsbeginselen en met name de fundamentele rechten in de beschouwing worden betrokken.[91] In het kader van deze afweging werd door het Hof aanvaard dat ook belemmeringen van het intra-communautaire verkeer die het gevolg zijn van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen die van toepassing zijn op de verhandeling van de betrokken producten, onder omstandigheden gerechtvaardigd moeten worden geacht. Hiertoe is wel vereist dat deze nationale wettelijke regelingen voorzien in een dringende behoefte, bijvoorbeeld in verband met de noodzaak tot fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties of de bescherming van consumenten.[92]

## 3.5 Samenloop van de verbodsbepalingen met artikel 87 EG

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG komt een duidelijk onderscheid naar voren tussen de verboden van artikelen 25, 28 en 90 EG enerzijds en artikel 87 EG betreffende staatssteun anderzijds. Zo zijn eerstbedoelde bepalingen duidelijk en onvoorwaardelijk en hebben ze rechtstreekse werking.[93] Dit betekent volgens de Gemeenschapsrechter dat deze verboden rechtsgevolgen teweeg kunnen brengen in de rechtsbetrekkingen tussen de lidstaten en hun justitiabelen.[94] Daarentegen ontbeert artikel 87 EG een dergelijke rechtstreekse werking. Zoals in paragraaf 5.4.1 nader aan de orde zal komen, hangt dit samen met het feit dat het verbod op staatssteun niet absoluut en ook niet onvoorwaardelijk is.

Weliswaar berusten de artikelen 87 en 88 EG enerzijds en de artikelen 25, 28 en 90 EG anderzijds op een zelfde grondgedachte, te weten de afschaffing van overheidsinterventies die de normale voorwaarden voor de handel tussen lidstaten kunnen vervalsen, toch hebben zij ook een verschillende doelstelling. Dit verschil brengt mee dat wanneer een nationale maatregel niet onder de verboden van deze laatste bepalingen kan worden begrepen, dit niet automatisch ook betekent dat deze bepa-

89. Dit betekent dat de regeling waarmee invulling wordt gegeven aan deze rechtvaardigingsgrond, evenredig moet zijn aan het beoogde doel en moet, wanneer een keuzemogelijkheid bestaat tussen twee of meer alternatieven, de variant worden gekozen die de vrije handel het minst belemmert (HvJ EG 10 november 1982, zaak 261/81 (Rau), Jur. 1982, p. 3961, r.o. 12 en HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95 (Vereinigte Familiapress), Jur. 1997, p. I-3689, r.o. 19).
90. HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (Rewe-Zentral), Jur. 1979, p. 649, r.o. 14.
91. HvJ EG 18 juni 1991, Zaak C-260/89 (ERT), Jur. 1991, p. I-2925, r.o. 43.
92. HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (Keck en Mithouard), Jur. 1993, p. I-6097, r.o. 15.
93. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 74/76 (Iannelli en Volpi), Jur. 1977, p. 557, r.o. 22.
94. HvJ EG 10 juli 1980, zaak 811/79 (Ariëte), Jur. 1980, p. 2545, r.o. 5 en HvJ EG 16 december 1992, zaak C-114/91 (Claeys), Jur. 1992, p. I-6559, r.o. 20.

ling de toets van artikel 87 EG kan doorstaan.[95] Omgekeerd krijgt een heffing evenmin het karakter van bijvoorbeeld een heffing van gelijke werking als een douanerecht door het enkele feit dat deze heffing wordt gebruikt voor de financiering van een steunregeling die door de Commissie onverenigbaar is geoordeeld.[96] Zou dit anders zijn, dan zou bijvoorbeeld een ruime uitleg van artikel 28 EG, dat immers rechtstreekse werking heeft, de strekking van de artikelen 87 en 88 EG kunnen veranderen. Hierdoor zou de bevoegdheidsverdeling zoals deze is vastgelegd in de op artikel 88 EG gebaseerde procedure van voortdurend onderzoek worden aangetast.[97]

In plaats daarvan merkte de Gemeenschapsrechter artikel 87 EG aan als een *lex specialis* ten opzichte van de meer algemene regeling van artikel 90 EG.[98] Hierdoor valt een begunstigende maatregel, wanneer aan de in artikel 87 EG geformuleerde voorwaarden wordt voldaan en deze maatregel is vormgegeven door middel van een discriminatoire belasting, niet alleen onder het toepassingsbereik van artikel 87 EG,[99] maar ook onder dat van artikel 90 EG.[100] Anders gezegd, een nationale maatregel kan niet alleen onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard wanneer deze voldoet aan de criteria van artikel 87 EG, maar is dat ook wanneer deze maatregel niet de toets van bijvoorbeeld artikel 90 kan doorstaan.[101]

Met betrekking tot de samenloop van artikel 87 EG enerzijds en het verbod van artikel 28 EG op kwantitatieve beperkingen anderzijds, is een aanvullende opmerking op zijn plaats. Hiervoor kwam namelijk in paragraaf 2.2.2 aan de orde dat voor toepassing van artikel 87 EG is vereist dat met de nationale regeling overheidsmiddelen zijn gemoeid.[102] Bij een (vermeende) kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking is dat niet noodzakelijkerwijs het geval. Wanneer dat inderdaad niet zo is, kan die regeling niet onder het toepassingsbereik van artikel 87 EG vallen.

---

95. HvJ EG 25 juni 1970, zaak 47/69 (Frankrijk/Commissie), Jur. 1970, p. 0487, r.o. 12. HvJ EG 11 maart 1992, gevoegde zaken C-78/90 t/m C-83/90 (Compagnie commerciale de l' Ouest), Jur. 1992, p. I-1847, r.o. 32 en HvJ EG 11 juni 1992, gevoegde zaken C-149/91 en C-150/91 (Sanders), Jur. 1992, p. I-3899, r.o. 24. Zie ook HvJ EG 16 december 1992, zaak C-114/91 (Claeys), Jur. 1992, p. I-6559, r.o. 21-22 en HvJ EG 16 december 1992, zaak C-114/91 (Claeys), Jur. 1992, p. I-6559, r.o. 21-22.
96. HvJ EG 18 juni 1975, zaak 94/74 (IGAV), Jur. 1975, p. 699, r.o. 29. Zie ook HvJ EG 7 december 2000, zaak C-94/99 (ARGE), Jur. 2000, p. I-11037, r.o. 36 en vergelijk HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98 (PreussenElektra), Jur. 2001, p. I-2099, r.o. 69 e.v.
97. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 74/76 (Iannelli en Volpi), Jur. 1977, p. 557, r.o. 10-12. Zie ook hierna hfdst. 5.
98. HvJ EG 10 oktober 1977, zaak 148/77 (Hansen & Balle), Jur. 1978. p. 1787, r.o. 14.
99. HvJ EG 11 maart 1992, gevoegde zaken C-78/90 t/m C-83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest), Jur. 1992, p. I-1847, r.o. 35 en HvJ EG 11 juni 1992, gevoegde zaken C-149/91 en C-150/91 (Sanders), Jur. 1992, p. I-3899, r.o. 24.
100. HvJ EG 29 april 1982, zaak 17/81 (Pabst Richarz), Jur. 1982, p. 1331, r.o. 22. Zie ook HvJ EG 7 mei 1985, zaak 18/84 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1985, p. 1339, r.o. 13 en HvJ EG 20 maart 1990, zaak 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Jur. 1990, p. I-889, r.o. 20. Zie ook Kapteyn-VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en de Europese Gemeenschappen, Deventer 2003, p. 700. Zie in vergelijkbare zin voor art. 31 EG: HvJ EG 13 maart 1979, zaak 91/78 (Hansen), Jur. 1979, p. 935, r.o. 9.
101. HvJ EG 27 mei 1981, zaak 142/80 (Essevi), Jur. 1981, p. 1413, r.o. 28. Zie ook Hessel & Neven, a.w., p. 91, alsmede hierna par. 5.3.2.
102. Zijn met een vermeende maatregel wel overheidsmiddelen in het geding, dan zal deze maatregel veelal onder het toepassingsbereik van art. 25 of 90 EG vallen (HvJ EG 22 maart 1977, zaak 74/76 (Iannelli en Volpi), Jur. 1977, p. 557, r.o. 9).

Overigens maakt de Gemeenschapsrechter hierbij nog wel een onderscheid tussen de (vermeende) maatregel en eventuele regelingen die worden getroffen ter financiering daarvan. Deze financieringsregelingen kunnen in voorkomend geval namelijk wel degelijk toch onder het bereik van artikel 87 EG vallen.

# 4 Staatssteun en de Nederlandse fiscale praktijk

## 4.1 Staatssteun in de vorm van belastingmaatregelen: de mededeling van de Commissie

Hiervoor werden enkele uitgangspunten geschetst die bij de beoordeling door de Commissie van een nationale maatregel als mogelijke steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG een rol kunnen spelen. Wat deze uitgangspunten betreft, herinnerde het Hof in het arrest van 15 juli 2004 eraan dat:[103]

> '(d)e directe belastingen bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, ook al is het vaste rechtspraak dat deze verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met dit recht uit te oefenen (zie onder meer arrest van 14 september 1999, *Gschwind*, C-391/97, Jur. p. I-5451, r.o. 20) en zich in die context dus te onthouden van elke maatregel die een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel van de staat kan vormen'.

De rechtspraak waarmee invulling is gegeven aan de criteria van artikel 87 lid 1 EG is zeer casuïstisch van aard. Om deze reden is het niet eenvoudig voor een lidstaat om te voldoen aan de verplichting 'zich te onthouden van elke maatregel die een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel kan vormen'. Het beste voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de beschikking van de Commissie van 3 juli 2001 inzake de Belastingvrijstelling voor de Schiphol Groep.[104] In deze beschikking werden de hiervoor in hoofdstuk 2 van deze bijdrage uitgewerkte vereisten als volgt samengevat:

1. In de eerste plaats moet de maatregel de begunstigden een voordeel verschaffen dat de lasten verlicht die zij normaal moeten dragen. Een dergelijk voordeel kan worden verschaft door een vermindering van de belastingdruk voor de onderneming in verschillende vormen, onder andere door een volledige of gedeeltelijke vermindering van het belastingbedrag, bijvoorbeeld een belastingvrijstelling.
2. In de tweede plaats moet het voordeel door de staat worden toegekend of met staatsmiddelen worden bekostigd. Een verlies aan belastingopbrengsten komt

103. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-501/00 (Spanje/Commissie), n.n.g., r.o. 123.
104. Beschikking nr. E 45/2000 – Nederland, referentie SG(2001)D/ 289541, p. 4.

op hetzelfde neer als het verbruik van staatsmiddelen in de vorm van fiscale uitgaven. Voorts kan de staatsinterventie zowel door middel van wettelijke of bestuursrechtelijke fiscale bepalingen als door middel van handelingen van de Belastingdienst plaatsvinden.

3. In de derde plaats moet de maatregel de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Dit criterium veronderstelt dat de begunstigde van de maatregel een economische activiteit uitoefent, ongeacht zijn juridische status of de wijze waarop hij wordt gefinancierd. Volgens vaste rechtspraak is voor de toepassing van deze bepaling de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer vervuld zodra de begunstigde onderneming een economische activiteit uitoefent die het voorwerp is van handel tussen lidstaten. Op grond van het enkele feit dat de steun de positie van deze onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, kan worden aangenomen dat dit handelsverkeer ongunstig is beïnvloed.
4. Ten slotte moet de maatregel specifiek of selectief zijn, in die zin dat hij 'bepaalde ondernemingen of bepaalde producties ...' begunstigt. Dit karakter van selectief voordeel kan zowel voortvloeien uit een uitzondering op de fiscale bepalingen van wettelijke of bestuursrechtelijke aard als uit een discretionair optreden van de Belastingdienst.

Deze zeer summiere omschrijvingen, waarvoor overigens werd verwezen naar de 'Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen' (de Mededeling),[105] vormden de basis voor de beoordelingen van de Commissie. Op basis hiervan kleurde de Commissie het plaatje in en kwam uiteindelijk tot de beoordeling zoals hierna in paragraaf 4.2.1 is weergegeven. Zoals ook in een van de volgende paragrafen uitgebreid aan de orde zal komen, is de Commissie bij uitsluiting bevoegd te treden in de beoordelingen van nationale steunmaatregelen. Zij moet daarbij bovendien een zeer ruime vrijheid hebben om op adequate wijze over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht te kunnen beschikken.

Hoewel deze vrijheid onmisbaar is voor de uitoefening door de Commissie van de aan haar opgedragen werkzaamheden, is er ook een keerzijde aan verbonden. Dikwijls zal het namelijk zelfs voor bezonnen marktdeelnemers onmogelijk zijn om op basis van een summiere weergave als hiervoor, te komen tot een juiste inschatting van de mogelijke consequenties die een nationale maatregel kan hebben voor de toepassing van artikel 87 lid 1 EG. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zogenoemde 'Technoleaseregeling' die in paragraaf 4.2.2 aan de orde komt. Deze regeling vormde geen verboden staatssteun, omdat de begunstiging niet ten koste ging van overheidsmiddelen. Bij de regeling van de concernfinancieringsmaatschappij (zie paragraaf 4.2.3) werd een vergelijkbaar argument aangevoerd, maar door de Commissie verworpen. Ook om een andere reden is de Technoleaseregeling van belang. De

105. De Mededeling: zie hiervoor par. 2.3.

Nederlandse regering ontkende namelijk dat van specificiteit sprake was. Dit verweer werd echter door de Commissie verworpen: kan er werkelijk van een bezonnen justitiabele verlangd worden dat hij meer inzicht in de staatssteunproblematiek heeft dan de Nederlandse regering?

## 4.2 Enkele situaties waarin de vraag aan de orde was of van verboden staatssteun sprake was

### 4.2.1 *De vrijstelling van vennootschapsbelastingplicht voor Schiphol*

Zoals het NRC op 4 juli 2001 schreef, betalen Nederlandse overheidsbedrijven die een publieke taak uitvoeren van oudsher geen winstbelasting.[106] Deze vrijstelling was toenmalig Eurocommissaris Loyola de Palacio van Transport een doorn in het oog, omdat deze vrijstelling de concurrentie zou vervalsen, daar andere Europese luchthavens wel winstbelasting zouden betalen. Na onderzoek kwam de Commissie tot de volgende beoordelingen:

1. Door de vrijstelling van belasting genoot de Schiphol Groep een voordeel.
2. Het voordeel wordt genoten in de vorm van een belastingvrijstelling, zodat het, gelet ook op de Mededeling van de Commissie, per definitie wordt bekostigd met staatsmiddelen.
3. De toepassing van de vrijstelling is gebaseerd op de interpretatie van de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969 die is gericht op bepaalde categorieën begunstigden en derhalve geen algemene maatregel is.
4. De maatregel beïnvloedt de mededinging en het handelsverkeer tussen de luchthavens van de lidstaten ongunstig, onder andere doordat de Schiphol Groep door de belastingvrijstelling uiteindelijk voor een aanzienlijk bedrag aan kosten niet hoeft op te draaien, waardoor met het heffen van lagere luchthavengelden kan worden volstaan.

Volgens de Commissie was in het geval van de Schiphol Groep sprake van bestaande steun in de zin van artikel 1 aanhef en letter b sub v van de Procedurele verordening omdat:

> 'in het verleden het verschaffen van overheidsmiddelen aan luchthavens in de vorm van belastingvrijstellingen door de Commissie inderdaad niet werd gezien als een maatregel die het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedde en de mededinging vervalste, aangezien het aanbieden en exploiteren van luchthavenfaciliteiten en -diensten niet duidelijk als een economische activiteit was gedefinieerd'.

Op grond van artikel 18 van de Procedurele verordening en in samenspraak met de Nederlandse regering heeft de Commissie bij beschikking van 3 juli 2001 voorge-

106. Zie NRC Handelsblad van 4 juli 2001. Zie ook R.H.C. Luja, Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen, Weekblad 2001/6444, p. 1055 en Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen (2), Weekblad 2002/6466, p. 143.

steld dat Nederland een einde maakt aan deze praktijk.[107] In dit kader wordt de Nederlandse Schiphol Groep sinds 1 januari 2002 als belastingplichtige voor de heffing van vennootschapsbelasting aangemerkt.[108]

### 4.2.2 *Technoleasetransactie*

De figuur van technolease behelst kort gezegd een 'sale and lease-back'-transactie van technologische kennis tussen een onderneming en een bancaire instelling. Om in de woorden van de Minister van Economische Zaken te spreken, ging het bij de technoleasetransactie in Nederland in het begin van de jaren negentig in fiscaal opzicht om 'een samenstel van rechtshandelingen dat van invloed is op de verlies-en-winstrekening van de betrokken partijen'.[109] In dat opzicht zou technolease niet verschillen 'van andere in het economische verkeer gebruikelijke handelingen'. Dat dit stelsel van rechtshandelingen invloed had op de verlies-en-winstrekening en daarmee op de reguliere toepassing van de bestaande belastingwetgeving en derhalve gevolgen had voor de belastingontvangsten, was onvermijdelijk.[110]

In de vraag of van een reguliere toepassing van de belastingwetgeving sprake was, lag volgens de minister ook het antwoord besloten op de vraag of niet een steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG aan de orde was. De minister meende dat dat in het geval van de Technoleasetransactie niet het geval was, want:[111]

> 'Het kunnen maken van een afweging tussen de kosteneffectiviteit van verschillende financiële instrumenten veronderstelt dat de Staat, actief, technolease als steuninstrument zou kunnen hanteren. Dat is echter niet het geval. Technolease is een initiatief van ondernemers, dat binnen de bestaande belastingwetgeving tot bepaalde resultaten kan leiden. In beide genoemde gevallen hebben de fiscale autoriteiten op verzoek van de betrokken partijen een voorgenomen overeenkomst op haar fiscale gevolgen getoetst. Daarmee is aan die partijen de gewenste duidelijkheid verschaft of zij het vermogens en liquiditeitseffect zouden kunnen realiseren dat zij met die overeenkomsten beoogden. Voor een afweging van technolease tegenover eventuele steunverlening is bij die toetsing geen plaats.'

Op de vraag van Tweede-Kamerlid Rabbae of de technoleaseconstructies bij de Europese Commissie waren aangemeld als (mogelijke) vormen van staatssteun, antwoordde de minister:[112]

---

107. Beschikking van 3 juli 2001, nr. E 45/2000 – Nederland inzake de belastingvrijstelling van de Schiphol Groep, referentienr. SG(2001)D/289541. Zie tevens persmededeling van de Commissie nr. IP/01/934.
108. Zie voor de gevolgen die dit had voor de hoogte van de nettowinst het Financieele Dagblad van 24 augustus 2002 (www.fd.nl).
109. Antwoord van de Minister van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Financiën op vragen van Kamerlid Rabbae (Aanhangsel Handelingen II 1993/94, 0774). Zie ook Kamerstukken II 2003/04, 25 080, Handelingen II 1992/93, p, 3559, 4637.
110. Zie nader omtrent de fiscale aspecten van technolease W. Bruins Slot, De leaseregeling, de aanschrijving en de toekomst van technolease, Weekblad 1994/6118, p. 1303.
111. Antwoord van de Minister van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Financiën in antwoord op vragen van Kamerlid Rabbae (Aanhangsel Handelingen II 1993/94, 0774).
112. Aanhangsel Handelingen II 1993/94, 0774.

'Aangezien naar de mening van de Nederlandse Regering in de genoemde gevallen geen sprake was van steunverlening in de zin van artikel 87 EG, heeft geen melding aan de Europese Commissie plaatsgevonden. Zoals in mijn vertrouwelijke brief van 20 juli 1994 aan de Voorzitter van de Vaste Commissie voor Economische Zaken van uw Kamer reeds is aangekondigd, is de Europese Commissie wel geïnformeerd over de achtergronden van de Fokker-Rabo technoleasetransactie. De Europese Commissie heeft daarover vervolgens enige vragen gesteld. De Nederlandse Regering heeft bij de beantwoording daarvan het standpunt ingenomen dat het hier geen steun in de zin van artikel 87 EG betrof, maar dat de fiscale gevolgen van de technolease het effect waren van een reguliere toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving.'

Anders dan de minister het in eerste instantie deed voorkomen, bleek achteraf dat wel degelijk van specificiteit sprake was. Zo maakte de NRC in een artikel van 14 maart 1998 melding van het feit dat het Ministerie van Financiën er alles aan gedaan zou hebben om te voorkomen dat andere bedrijven van het arrangement gebruik konden maken.[113] Het motief hiervoor zou zijn dat de fiscus anders honderden miljoenen aan inkomsten mis zou lopen.

Uiteindelijk boog de Commissie zich over deze kwestie en oordeelde dat, omdat de Nederlandse autoriteiten noch aan Philips noch aan Rabobank ten koste van de Nederlandse schatkist een fiscaal voordeel hebben verleend (het door de bancaire instelling genoten voordeel zou gecompenseerd zijn door het fiscale nadeel dat de onderneming zou hebben belopen), ondanks de discretionaire toepassing van de belastingwetgeving (van selectiviteit was derhalve wel degelijk sprake), er voor geen van de bij de technolease-overeenkomst betrokken partijen sprake was van een element van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG.[114] Zoals ook hiervoor reeds in paragraaf 2.2.2 werd opgemerkt, brengt de situatie waarin (de contante waarde van) tegemoetkomingen worden gecompenseerd door de extra opbrengst van belastinginkomsten ten lasten van derden, mee dat niet gezegd kan worden dat sprake is van tegemoetkomingen die ten laste van overheidsmiddelen zijn gekomen, zodat niet aan de voorwaarden van artikel 87 lid 1 EG is voldaan.[115]

---

113. NRC Handelsblad maakt in een artikel van 14 maart 1997 melding van een op 16 juni 1994 verzonden brief (nr. DB94/2161M) die staatssecretaris Van Amelsvoort (Financiën) heeft gestuurd aan toenmalig minister Andriessen van Economische Zaken en waarin deze benadrukte dat de technolease van Philips 'een volstrekt eenmalig karakter' had. Dezelfde dag werd ook een brief met een gelijkluidende inhoud gestuurd aan de belastinginspectie (nr. DB94/2160M).
114. Zie de positieve beschikking van de Commissie van 21 april 1999 betreffende de behandeling van de technolease-overeenkomst tussen Philips en Rabobank door de Nederlandse Belastingdienst (PbEG 2000, L 297, p. 13).
115. Opgemerkt moet worden dat hoewel deze benadering van de Commissie wordt bevestigd door het arrest van het Gerecht 6 maart 2002, gevoegde zaken T-92/00 en T-103/00 (Territorio Histórico de Álava e.a.), Jur. 2002, p. II-1385, eveneens te kennen uit FED 2002/536 m.nt. Weber, r.o. 60, niet door iedereen wordt onderschreven. Zo voorziet Weber in zijn annotatie bij dit arrest een uitholling van de effectieve werking van art. 87 lid 1 EG. In de casus van de concernfinancieringsregeling (zie par. 4.2.3) lijkt de Commissie tot een andere afweging te zijn gekomen.

### 4.2.3 *De concernfinancieringsmaatschappij (CFM)*

In 1996 werd in Nederland een regeling ingevoerd die betrekking had op internationale financieringsactiviteiten. Ondernemingen die aan bepaalde voorwaarden voldeden, konden tot 80% van hun winsten uit buitenlandse bronnen in een belastingvrije risicoreserve plaatsen voor een periode van tien jaar. Deze faciliteit was echter alleen opengesteld voor multinationaal opererende ondernemingen, die in ten minste vier landen of op twee continenten actief waren. De regeling voorzag ook in andere voordelen. Zo konden de begunstigden van de regeling kapitaal onttrekken aan de reserves zonder belasting verschuldigd te zijn – of alleen tegen een verlaagd belastingtarief – indien de middelen uit de reserve voor bepaalde doelstellingen van de regeling werden aangewend. De begunstigden konden ook vrijwillig besluiten om hun reserve op te heffen door het kapitaal hieraan te onttrekken over een periode van vijf jaar tegen een verlaagd belastingtarief van 10% in plaats van het geldende vennootschapsbelastingtarief van 34,5%.[116]

Bij brief van 11 juli 2001 had de Europese Commissie Nederland in kennis gesteld van het instellen van een formele onderzoeksprocedure ex artikel 88 lid 2 EG naar het concernfinancieringsregime.[117] Daartoe uitgenodigd, heeft de Staatssecretaris van Financiën bij brief van 6 november 2001 argumenten aangedragen waarom het concernfinancieringsregime geen verboden staatssteun zou zijn.[118] In hoofdzaak ging het hierbij om de volgende argumenten:[119]

1. Er is geen sprake van staatssteun, maar van fiscale concurrentie.[120]
2. Er is geen sprake van begunstiging, doordat geen sprake is van verlichting van lasten die de ondernemingen normaliter hebben te dragen.[121]
3. De regeling leidt tot extra belastingopbrengsten.[122]
4. De werkingssfeer van de regeling is niet beperkt tot bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren binnen de Nederlandse economie, zodat deze regeling een generiek karakter ontbeert.[123]
5. De regeling past in de aard en de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel, dat voorziet in de mogelijkheid voor specifieke risico's een reserve te vormen.[124]

De Commissie overweegt in punt 82 van haar beschikking van 17 februari 2003:[125]

---

116. Tekst ontleend aan het persbericht van de Europese Commissie van 18 februari 2003, nr. IP/03/242.
117. Brief van 11 juli 2001, nr. D/289741, te raadplegen via NTFR 2001/1113.
118. Brief van 6 november 2001, nr. AFP 2001-0811, te raadplegen via NTFR 2001/1591.
119. Zie ook F.A. Engelen, Belastingconcurrentie binnen de EU. Over fiscale beleidsconcurrentie, fiscale marktdistorsies en fiscale staatssteun, Maandblad Belastingbeschouwingen (MBB) 1999/19, par. 5.1. R.H.C. Luja, Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen (2), Weekblad 2002/6466, p. 143.
120. Zie punt 32 en par. 5.3 van de beschikking van 17 februari 2003.
121. Zie punt 33 van de beschikking van 17 februari 2003.
122. Zie punt 34 en par. 5.2.1 van de beschikking van 17 februari 2003. Gewezen zij op het feit dat dit argument bij de technoleaseconstructie van doorslaggevend belang was.
123. Zie punten 35-37 en 47, alsmede par. 5.2.2 van de beschikking van 17 februari 2003.
124. Zie punt 38 en par. 5.2.3 van de beschikking van 17 februari 2003.
125. Beschikking van 17 februari 2003, nr. C(2003)568, PbEG 2003, L 180, p. 52.

> 'De Commissie kan het argument dat de cfa-regeling, in vergelijking met regelingen van andere landen op het gebied van internationale concernfinancieringsactiviteiten, internationaal opererende ondernemingen geen enkel voordeel oplevert, niet aanvaarden. Het voordeel moet immers, in het kader van het onderzoek van staatssteun, uitsluitend op nationaal niveau worden beoordeeld, in dit geval met betrekking tot de Nederlandse ondernemingen die van de cfa-regeling zijn uitgesloten vanwege de strikte voorwaarden die deze regeling bevat.'

Bij de beoordeling van de criteria van artikel 87 lid 1 EG kunnen overwegingen dat ondernemingen anders de lidstaat verlaten geen rol spelen. De afweging die gemaakt moet worden betreft uitsluitend de ondernemingen die door de Nederlandse regeling begunstigd worden enerzijds en Nederlandse ondernemingen die dat niet worden anderzijds.[126] Ook het argument dat de regeling geen verboden staatssteun vormde, nu deze juist leidde tot een extra belastingopbrengst werd verworpen. De Commissie overwoog:[127]

> 'De Commissie kan deze benadering, die op een kosten-batenanalyse berust, niet delen. Het feit dat een vermindering van inkomsten naderhand kan worden gecompenseerd door een toename van het aantal belastingplichtigen dankzij de maatregel, kan niet tot de conclusie leiden dat de maatregel niet uit staatsmiddelen wordt bekostigd. Of een maatregel steun inhoudt moet immers op een bepaald moment op het niveau van de individuele onderneming worden beoordeeld om te kunnen vaststellen of sommige ondernemingen meer staatssteun ontvangen of minder bijdragen aan de financiering van openbare goederen en diensten. Zoniet, dan zou iedere vorm van steun gerechtvaardigd zijn zodra deze een onderneming aanmoedigt zich in een bepaalde lidstaat te vestigen, haar in staat stelt haar toekomstige belastbare inkomsten te verhogen of voorkomt dat zij het land verlaat.'

Deze beoordeling is opmerkelijk, nu uit hiervoor in paragraaf 2.2.2 aangehaalde rechtspraak van de gemeenschapsrechter blijkt dat (de contante waarde van) tegemoetkomingen (kan) kunnen worden gecompenseerd door de extra opbrengst van belastinginkomsten, zelfs wanneer deze ten laste komt van derden. Dit was immers, zo bleek hiervoor in paragraaf 4.2.2, aan de orde in de situatie van de technoleaseconstructie.[128] In die casus kon om deze reden niet gezegd worden dat van tegemoetkomingen sprake was die ten laste kwamen van overheidsmiddelen, om reden waarvan niet gezegd kon worden dat aan de voorwaarden van artikel 87 lid 1 EG was voldaan.

Al met al oordeelde de Europese Commissie dat de door de Nederlandse concernfinancieringsregeling geboden belastingvoordelen volgens de communautaire

---

126. R.H.C. Luja, Anti tax avoidance rules and fiscal trade incentives, Intertax Volume 28, 2000, issue 6/7, p. 226 e.v.
127. Zie punt 84 van de beschikking van 17 februari 2003.
128. Zie K-J Visser, Fiscale maatregelen en communautaire steunmaatregelen, Weekblad 2004/6389, p. 847 e.v. R.H.C. Luja, Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen, Weekblad 2001/6444, p. 1055. F.Ph. Sutter, The Adria Wien pipeline case and the state aid provisions of the EC Treaty in State aid tax matters, European Taxation IBFD 2001, nr. 7/8, p. 239 e.v.

staatssteunregels niet gerechtvaardigd waren en dat deze bovendien zonder de verplichte voorafgaande aanmelding waren ingevoerd.[129] Hoewel de faciliteit niet meer mag worden verleend en voor reeds bestaande begunstigden uiterlijk op 31 december 2010 een einde aan de regeling moet zijn gemaakt,[130] is de Commissie niet tot het geven van een bevel tot terugvordering overgegaan.[131] Hierbij speelde een rol dat het Nederlandse regime vergelijkbaar was met het regime dat in België werd en nog steeds wordt gehanteerd.[132] Ter zake van dit Belgische regime kwam de Commissie tot het oordeel dat dit regime verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.[133] Op de mogelijkheden om af te zien van terugvordering van onverenigbaar verklaarde staatssteun zal in paragraaf 6.5 nader worden ingegaan.

#### 4.2.4 *De regeling voor havensleepdiensten en zeeslepers*

Artikel 8c lid 2 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 luidde na de invoering van de Wet belasting- en premiefaciliteit voor de zeevaart 1995,[134] als volgt:

> 'Voor de toepassing van dit artikel (met betrekking tot de tonnagebelasting) wordt onder winst uit zeescheepvaart verstaan de winst behaald met de exploitatie van een schip voor het vervoer van zaken of personen in het internationale verkeer over zee (...) alsmede de winst behaald met de exploitatie van een schip voor het verrichten van sleep- of hulpverleningswerkzaamheden op zee aan schepen als bedoeld in artikel 1, tweede lid van de Schepenwet (...)'

Artikel 1 lid 2 van de Schepenwet luidt als volgt:

> 'Voor de toepassing van deze rijkswet wordt onder "schip" begrepen een vaartuig, een sleepschip, een dok en elk ander dergelijk drijvend voorwerp, hetwelk over zee naar zijne bestemming wordt gesleept.'

De tonnagebelasting is een regeling bedoeld om de winst uit de zeevaartactiviteiten forfaitair vast te stellen aan de hand van het tonnage dat een rederij exploiteert, ongeacht de werkelijk gemaakte winst of de daaraan verbonden kosten. Deze rege-

---

129. P.J. Wattel, Belastingconcurrentie, staatssteun, de EG-gedragscode en de Nederlandse CFM, NTER 1998, nr. 1/2, p. 17. R.H.C. Luja, Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen (3), Weekblad 2002/6507, p. 1753, Harmful tax policy: When political objectives interfere with state aid rules, Intertax Volume 31, 2003, issue 12, p. 484 e.v. en Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen (slot), Weekblad 2003/6521, p. 461. Zie ook NTFR 2003/997, met commentaar van Kors.
130. Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003, nr. C(2003)568, PbEG 2003, L 180, p. 52.
131. Bron: www.ey.nl/?pag=808&publicatie_id=779#4, naar aanleiding van het persbericht van de Europese Commissie van 18 februari 2003, nr. IP/03/242.
132. Persbericht van de Commissie van 23 april 2003, IP/03/558. Zie in dit opzicht P.J. Wattel, Belastingconcurrentie, staatssteun, de EG-gedragscode en de Nederlandse CFM, NTER 1998, nr. 1/2, p. 21.
133. Dit blijkt nota bene uit een persbericht van de Commissie van 18 februari 2003, IP/03/242 en niet uit de beschikking.
134. Wijziging van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet belasting- en premiefaciliteit voor de zeevaart 1995 (wijziging van enige belastingwetten in het belang van de zeescheepvaart).

ling was aan de Commissie voorgelegd, die daarop positief beschikte. Achteraf bleek dat deze regeling ook bedoeld was om hieronder sleepboten te laten vallen die weliswaar geschikt waren voor sleepactiviteiten op zee en over de daartoe benodigde vergunningen beschikten, maar dat niet vereist was dat zij deze werkzaamheden daadwerkelijk op zee verrichtten om voor de steun in aanmerking te komen.[135] Deze uitbreiding van de regeling was niet aan de Commissie gemeld.[136]

Geconfronteerd met deze faciliteit, kwam de Commissie uiteindelijk tot de volgende beoordelingen. Zij overwoog allereerst dat de faciliteit, die in feite bestaat uit een subsidie, uit staatsmiddelen wordt voldaan. Bovendien komen deze staatsmiddelen slechts ten goede aan bepaalde Nederlandse sleepbootactiviteiten, waardoor deze in het voordeel zijn van bepaalde ondernemingen.[137] Deze subsidies dreigen de mededinging te vervalsen en kunnen een nadelige invloed hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten, 'aangezien zij kunnen worden uitgevoerd door ondernemingen die geregistreerd zijn in een ander land dan het land waar de assistentie wordt verleend'.[138] Op grond van deze overwegingen vormen de subsidies steunmaatregelen in de zin van artikel 87 lid 1 EG, die niet voor de uitzondering van, met name, artikel 87 lid 3 EG in aanmerking komen.[139]

Deze beschikking kent een opvallend aspect. Om twee redenen verwijst de Commissie naar het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 1999.[140] Allereerst vanwege het feit dat dit arrest een rol heeft gespeeld bij de veranderende strekking die de in eerste instantie aangemelde – en goedgekeurde – regeling in Nederland kreeg. Daarnaast vanwege de verwijzing van de Commissie naar deze procedure ter ondersteuning van haar betoog dat onder deze omstandigheden de algemene communautaire beginselen niet rechtvaardigen dat de steun niet zou worden teruggevorderd. Immers, in die procedure verdedigden de Nederlandse autoriteiten tot bij de Hoge Raad het standpunt dat de door de Commissie goedgekeurde steunregelingen niet voor dergelijke activiteiten bedoeld waren (!). Nu dit in de procedure expliciet aan de rode was gesteld, stelde de Commissie zich op het standpunt dat de begunstigden zich hiervan bewust waren, althans hiervan op de hoogte hadden kunnen zijn.[141]

---

135. De Commissie verwijst in dit kader ook naar HR 17 februari 1999, rolnr. 33 504, Infobulletin 1999, nr. 23850, LJN AA2667.
136. R.H.C. Luja, Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen (2), Weekblad 2002/6466, p. 143, alsmede Fiscale staatssteun: recente ontwikkelingen (slot), Weekblad 2003/6521, p. 461.
137. De Commissie merkt hierbij op dat een dergelijke subsidie, ook wanneer zij wordt beschouwd als deel van een pakket zoals de tonnagebelasting of een fiscale faciliteit, toch sectorspecifiek zou zijn, daar zij betrekking heeft op een specifieke activiteit in de zeehavensector.
138. De Commissie merkt hierbij het volgende op: 'In dit specifieke geval hebben Nederlandse sleepbootrederijen sleepactiviteiten verricht in Duitse havens (Hamburg en Bremen).'
139. Zie de beschikking van de Commissie van 19 juni 2002, nr. C(2002)2158, PbEG 2002, L 314, p. 97.
140. HR 17 februari 1999, rolnr. 33 504, Infobulletin 1999, nr. 23850, LJN AA2667.
141. Zie ook de conclusie van A-G Wattel van 23 november 2004, in procedure met rolnr. 38 701.

Uit de kennisgeving ex artikel 88 lid 2 EG betreffende een steunmaatregel in verband met een verlaging van een BTW-schuld opgelegd aan de Belgische vennootschap Umicore NV blijkt het volgende.[142]

> 'Na controles in verband met verkooptransacties voor edele metalen die *Umicore* in de periode 1995-1999 had uitgevoerd, heeft de Belgische belastingdienst op 30 november 1998 en 30 april 1999 aan *Umicore* twee naheffingsaanslagen opgelegd. Deze betroffen de onregelmatige toepassing van de BTW op bepaalde leveringen van zilver vanuit België naar andere landen van de Europese Unie in het kader van de eerder genoemde verkoopactiviteiten. In totaal zou *Umicore* door deze naheffingsaanslagen € 24.372.358 hebben moeten betalen, terwijl het bedrag van de desbetreffende fiscale boeten uitkomt op zo'n € 2.437.235.'

Na bezwaren van Umicore heeft de Belgische belastingdienst op 21 december 2000 ingestemd met een voorstel van Umicore. In dat kader werd een bedrag van € 10.485.896 overeengekomen als definitieve regeling van de BTW-toestand van Umicore voor de periode 1995-1999. Bijgevolg zou Umicore door het akkoord haar BTW-schuld verlaagd hebben, met ten minste € 13.886.462 zonder daarbij nog de geldboeten en verwijlinteresten te rekenen. Volgens de Belgische autoriteiten zou een dergelijk akkoord gerechtvaardigd zijn, omdat:

> '(...) de betrokken regularisatieopgaven slechts de eerste fase vormen in een complexe administratieve procedure voor het vaststellen van een door een BTW-plichtige te voldoene belastingschuld. Grondig onderzoek van de informatie en de argumenten aangehaald door *Umicore* – die steeds ontkend heeft enige fraude te hebben begaan – zou de (Belgische Belastingdienst) uiteindelijk ervan hebben overtuigd dat in onderhavige zaak geen enkele belasting diende te worden gevorderd. Aangezien geen belastingbedrag was vastgesteld, is ook geen vermindering van een BTW-schuld toegestaan.
>
> Bovendien lijken de Belgische autoriteiten van oordeel te zijn dat hun nationale wetgeving te streng zou zijn ten opzichte van die van andere Europese landen en dat extreme eisen zouden worden gesteld ten aanzien van de bewijsstukken die moeten worden geleverd om aan te tonen dat de goederen het nationale grondgebied hebben verlaten, om de BTW-vrijstelling te kunnen toepassen op de intracommunautaire leveringen.'

De Commissie heeft deze omstandigheden in eerste instantie als volgt beoordeeld:

> 'De Commissie is van oordeel dat de door Belgische autoriteiten verstrekte inlichtingen niet lijken te rechtvaardigen dat het betrokken akkoord tussen de Belgische Staat en *Umicore* werd gesloten, noch dat de door de bevindingen van de (Belgische Belastingdienst) vastgestelde BTW-schuld werd verminderd. Meer bepaald lijken de verstrekte

142. Steunmaatregel C 76/03 ex NN 69/03, nr. 2004/C 223/02, opgenomen in PbEG 2004, C 223, p. 2.

elementen tegenstrijdig omdat de Belgische autoriteiten hebben verklaard dat *Umicore* tegenover de Belgische Staat een BTW-schuld had en bovendien een administratieve boete diende te worden opgelegd, en dat vervolgens diezelfde autoriteiten van oordeel zijn dat geen enkele belastingsschuld was vastgesteld.

De Commissie is immers van oordeel dat bij het betrokken akkoord sprake is van het gebruik van staatsmiddelen en dat het akkoord *Umicore* een voordeel lijkt op te leveren dat bestaat uit het verlagen van een last die anders op het budget van *Umicore* had gedrukt. Wat betreft de toepassing van de BTW-vrijstelling op de zilverleveringen aan in andere lidstaten gevestigde belastingplichtigen, had de (Belgische Belastingdienst) in haar beide regularisatieopgaven vastgesteld dat – volgens de in het Belgische recht vastgestelde regels waaraan alle overige in België actieve ondernemingen zijn onderworpen – niet was voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden, waardoor de op die geleverde goederen voldane BTW had kunnen worden afgetrokken.

De juridische bepalingen die het mogelijk maken een BTW-vrijstelling te verkrijgen voor het verzenden van goederen naar het buitenland, lijken in de praktijk strikter te zijn dan hetgeen in andere lidstaten geldt. De Commissie is echter van mening dat de voordelen binnen een lidstaat onder de toepassing vallen van de bepalingen inzake staatssteun – en niet de verschillen in behandeling die verband houden met de verschillen in wet en regelgeving tussen de lidstaten.'

Uit deze beoordeling blijkt dat ook in deze casus de Commissie de positie inneemt dat voor de beoordeling van de criteria van artikel 87 lid 1 EG niet van belang is of de in een lidstaat gehanteerde wettelijke bepalingen strikter zijn dan die in andere lidstaten. Net als bij de casus van het concernfinancieringsregime het geval was, moeten deze criteria worden beoordeeld ten opzichte van andere in die lidstaat gevestigde ondernemingen. Daarnaast is van belang dat ook het bereiken van een compromis tot een met artikel 87 lid 1 EG onverenigbaar resultaat kan leiden.

Bij dit laatste aspect lijkt allereerst een onderscheid te moeten worden gemaakt tussen het vaststellen van de fiscale rechtsgevolgen van door belanghebbende aangedragen fiscale rechtsfeiten waarop de fiscaalrechtelijke bepalingen van toepassing zijn (de zogenoemde rulings).[143] Daarnaast kan de situatie worden onderscheiden waarin, ter wegneming van onzekerheid daaromtrent, in onderling overleg fiscale rechtsfeiten worden vastgesteld. De derde situatie, die in deze Belgische casus aan de orde lijkt, betreft de situatie waarin de feitelijke situatie als het ware wordt losgelaten. In voor de desbetreffende contribuabele gunstige zin, worden aan een bepaalde situatie fiscale gevolgen verbonden die afwijken van die welke normaliter aan die feitelijke situatie worden verbonden.

143. Zie F.A. Engelen, t.a.p.

## 4.3 Toetsing: staatssteun in de fiscale praktijk

Enige tijd geleden ontstond ophef in fiscaal Nederland, toen bleek dat er in Nederland situaties waren ontstaan die het best als 'fiscale vrijplaatsen' kunnen worden omschreven. In strijd met wettelijke bepalingen werden in deze vrijplaatsen de belastingen niet geïnd en in sommige gevallen zelfs niet eens geheven. Naar aanleiding van de politieke commotie die hieromtrent ontstond, vaardigde de staatssecretaris een werkinstructie uit.[144] Blijkens punt 3 van deze instructie hebben ambtenaren van de Belastingdienst de opdracht gekregen het 'Besluit kaders voor vaststellingsovereenkomsten' strikt toe te passen.[145] Dientengevolge moeten alle *contra legem* overeenkomsten worden opgezegd en worden bijvoorbeeld ook geen vaststellingsovereenkomsten meer gesloten waarin een rechtsvraag wordt beantwoord. Daarnaast zal de Invorderingswet 1990, alsmede de daarop gebaseerde Leidraad Invordering strikt worden toegepast op de invordering van belastingschulden. Met deze aanscherping van het beleid zal het belang van de Umicore-beschikking van de Commissie (zie paragraaf 4.2.5) voor de Nederlandse fiscale praktijk sterk gereduceerd worden.

Overigens resteren nog voldoende vragen en problemen. Zo merkt de Commissie in de beschikking inzake de vrijstelling van vennootschapsbelasting voor de Schiphol Groep, het volgende op in wat een *obiter dictum* genoemd zou kunnen worden:[146]

> 'De Commissie maakt de Nederlandse autoriteiten erop opmerkzaam dat de Nederlandse wet op de vennootschapsbelasting die bepaalde overheidsbedrijven belastingvrijstelling verleent, deze bedrijven mogelijkerwijze een voordeel verleent dat kan worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87 van het Verdrag.'

Deze mededeling heeft verder, althans voorzover valt na te gaan, niet tot actie van de zijde van de Nederlandse autoriteiten geleid. Blijft deze opmerking als het zwaard van Damocles boven de Nederlandse vennootschapsbelastingpraktijk hangen? Eerder werd belastingplichtigen in de procedure van de zeeslepers de mogelijkheid van afzien van terugvordering van de onverenigbare staatssteun onthouden, vanwege het feit dat zij uit het standpunt van de Nederlandse Belastingdienst hieromtrent een belangrijke aanwijzing hadden kunnen afleiden. Iets dergelijks zal zeker ook aan de orde komen wanneer de Commissie andere Nederlandse overheidsbedrijven zou aanpakken.

---

144. De 'Werkinstructie voor de Belastingdienst op grond van de brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 3 juni 2004' van 24 december 2004, naar aanleiding van de Brief van 3 juni 2004, nr. DGB2004-3005.
145. Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 1997, nr. AFZ97/2412 U.
146. Beschikking van 3 juli 2001, nr. E 45/2000 – Nederland inzake de belastingvrijstelling van de Schiphol Groep, referentienr. SG(2001)D/ 289541 (zie par. 4.2.1).

In dit laatste ligt ook een belangrijke tekortkoming van het huidige systeem besloten. In paragraaf 4.1 kwam aan de orde dat het voor bezonnen justitiabelen ondoenlijk was een juiste inschatting te maken van de staatssteunaspecten van een nationale regeling. Tegelijkertijd wordt door de Nederlandse autoriteiten geen controle op de naleving van de voorwaarden uitgeoefend, terwijl de opzet van het communautaire systeem dit wel verlangt.[147] Doordat de autoriteiten van een lidstaat in regelgeving hebben voorzien en daarbij de staatssteunaspecten uit het oog hebben verloren, zijn naar nationaal recht reeds verplichtingen aangegaan en zal het niet zelden als nietopportuun worden ervaren de regeling alsnog aan te melden. Zeker nu de gevolgen bestaande uit de terugvordering steevast aan de begunstigde kunnen en zelfs moeten worden doorgeschoven, ontbreekt een zelfreinigend mechanisme in deze regeling.[148] In plaats daarvan vindt de controle op de juiste naleving van de staatssteunbepalingen uitsluitend plaats op initiatief van de Commissie.[149] Het kan dan ook niet anders dan dat bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde regeling zal worden onderzocht, de factor toeval een nadrukkelijke rol speelt. Kan een ondernemer die, overigens in strijd met het communautaire rechtszekerheidsbeginsel,[150] niet in staat is zijn rechten en verplichtingen met betrekking tot de artikelen 87 e.v. EG met voldoende zekerheid af te leiden, worden verweten dat hij deze toevalsfactor omarmt?

Vanwege deze tekortkoming heeft de Commissie het plan opgevat om de procedures voor de toepassing van artikel 88 EG te herzien. De Commissie merkt hieromtrent op:[151]

> 'Doel van deze exercitie is de procedures te versnellen, te vereenvoudigen en te moderniseren, met name om de middelen die voor routinezaken worden ingezet, in te krimpen en om de Commissie in staat te stellen haar middelen te concentreren op belangrijkere zaken die reële mededingingsbezwaren op het niveau van de Gemeenschap opleveren en die de groei en het concurrentievermogen van het Europese bedrijfsleven belemmeren.

147. Zie in deze zin met betrekking tot de naleving van de voorwaarden voor toepassing van de *de minimis*-faciliteit S.M.M. Schouten, Legalisering van de de minimis-faciliteit bij steunverlening, SEW 1998, nr. 7/8, p. 306, par. 5.
148. Ontbreekt een zelfreinigend mechanisme, dan kan de vraag worden opgeworpen of de nationale rechter, al dan niet met een beroep op het beginsel van gemeenschapstrouw, zich hiervan geen rekenschap moet geven wanneer hij de bewijslast in redelijkheid over de partijen verdeelt. Zo zou op een klacht van een concurrent de Staat de bewijsopdracht kunnen krijgen aan te tonen dat niet van verboden staatssteun sprake is. Dit sluit allereerst aan bij de actieve houding die de Commissie bij het inwinnen van inlichtingen omtrent aangemelde steunmaatregelen moet aannemen (zie par. 5.1.2). Daarnaast vereenvoudigt dit stellig ook het raadplegen van de Commissie (zie par. 5.4.4).
149. Op de website van de Commissie (http://europa.eu.int/scadplus/leg/nl/lvb/l26089.htm) wordt gemeld: 'In 2002 heeft de Commissie zo'n duizend staatssteunzaken geregistreerd; slechts in 7% daarvan werden er negatieve eindbeschikkingen gegeven. In circa 15% van de onderzochte steungevallen was het evenwel niet de lidstaat maar de Commissie die de toezichtprocedure heeft moeten inleiden.'
150. Zie bijv. HvJ EG 9 juli 1981, zaak 169/80 (Gondrand Freres), Jur. 1981, p. 1931, r.o. 17.
151. Zie de mededeling van de Commissie op http://europa.eu.int/scadplus/leg/nl/lvb/l26089.htm.

De Commissie werkt ook voort aan een herziening van haar instrumenten op het gebied van staatssteun, om deze te vereenvoudigen en duidelijker te maken, maar ook om eventuele contradicties tussen de verschillende teksten weg te werken. Momenteel wordt voorrang gegeven aan: de herziening van de regels inzake reddings- en herstructureringssteun voor ondernemingen in moeilijkheden; het bezien van de hervorming van de communautaire regels voor regionale steun die ná de uitbreiding zal plaatsvinden; de voorbereiding van nieuwe regels voor scheepsbouw; de vereenvoudiging van de regels inzake O&O-steun voor KMO's; het verduidelijken van de regels inzake de diensten van algemeen economisch belang, en een herziening van de richtsnoeren voor staatssteun ten behoeve van het zee- en luchtvervoer.

Tot slot wil de Commissie ook het systeem versterken voor de terugvordering van staatssteun die onverenigbaar is verklaard met de gemeenschappelijke markt. Momenteel vormt het feit dat beschikkingen van de Commissie ten uitvoer worden gelegd via de lidstaten volgens hun nationale procedures, een zwak punt in het handhavingssysteem. De reorganisatie van het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie wil deze lacune verhelpen.'

Op de terugvordering – het zwakke punt in het handhavingssysteem – zal hierna met name in hoofdstuk 6 en 7 worden ingegaan. Allereerst zal echter in hoofdstuk 5 worden stilgestaan bij enkele aspecten van de procedure die de Commissie volgt bij het nemen van de beschikking, alsmede bij enkele aspecten van de rechtsbescherming waarmee deze procedure omgeven is.

# Deel II De commissie, rechtsbescherming en enkele procedurele aspecten daarvan

# 5 De beschikking, de Commissie en rechtsbescherming

## 5.1 De beoordeling van een aangemelde steunmaatregel door de Commissie

Artikel 88 lid 1 EG bepaalt dat de Commissie bestaande steunregelingen aan een voordurend onderzoek onderwerpt. Ook steunmaatregelen die niet bij de Commissie zijn aangemeld zijn aan het toezicht van de Commissie onderworpen. Om het aan de Commissie opgedragen toezicht mogelijk te maken, is met artikel 88 EG in een bijzondere procedure voorzien. Deze procedure is vormgegeven door middel van de Procedurele verordening.[152] Bij deze procedure wordt een tweetal stadia onderscheiden. Allereerst onderwerpt de Commissie op grond van artikel 4 van de Procedurele verordening de voorgenomen en overeenkomstig artikel 88 lid 3 EG bij haar aangemelde steunmaatregelen van de lidstaten aan een globaal onderzoek.[153] Dit onderzoek kan allereerst leiden tot een positieve beslissing.[154] In dat geval acht de Commissie de maatregel verenigbaar en eindigt het onderzoek. Wanneer niet reeds op basis van het vooronderzoek tot verenigbaarheid kan worden geconcludeerd, dan neemt de Commissie de 'beschikking tot het inleiden van de formele onderzoeksprocedure' en belandt het onderzoek in de tweede fase. Dit is de fase van artikel 88 lid 2, eerste alinea EG.[155] Zolang ook dit onderzoek niet is afgesloten, kan de desbetreffende lidstaat geen uitvoering geven aan de voorgenomen maatregel.[156] Dit blijft zo tot de Commissie een beschikking neemt over de verenigbaarheid van de voorgenomen steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, of geacht moet worden

152. Verordening (EG) nr. 659/1999.
153. HvJ EG 12 oktober 1978, zaak 156/77 (Commissie/België), Jur. 1978, p. 1881, r.o. 17 e.v.
154. De beschikking om geen bezwaar te maken, bedoeld in art. 4 lid 3 de Procedurele verordening.
155. Zie art. 4 lid 4 de Procedurele verordening. Zie HvJ EG 20 maart 1984 (Duitsland/Commissie), 84/82, Jur. 1984, p. 1451, r.o. 13, en HvJ EG 15 juni 1993, zaak C-225/91 (Matra/Commissie), Jur. 1993, p. I-3203, r.o. 33.
156. De standstill-bepaling van art. 3 van de Procedurele verordening.

een positieve beschikking te hebben genomen wanneer de Commissie niet binnen twee maanden heeft gereageerd.[157]

### 5.1.1 *De omvang van het onderzoek door de Commissie*

De Commissie kan alle nationale maatregelen toetsen om te beoordelen of deze al dan niet steunmaatregelen vormen in de zin van artikel 87 EG.[158] Zoals in de vorige paragraaf reeds aan de orde kwam, is hierbij niet van belang of deze nationale regelingen conform artikel 88 lid 3 EG zijn aangemeld. In het verlengde hiervan is het voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Commissie ook niet van belang of de nationale steunregeling inmiddels is ingetrokken.[159]

Het onderzoek van een nationale maatregel kan alle aspecten van die regeling omvatten. Hierbij moeten alle relevante omstandigheden van feitelijke en juridische aard in de beschouwing worden betrokken. Deze verplichting kent echter een uitzondering. Met name wanneer een nationale maatregel betrekking heeft op meerdere begunstigden, mag de Commissie het onderzoek beperken tot het toetsen van de algemene kenmerken van die nationale steunmaatregel en behoeft zij niet elke begunstigde afzonderlijk te onderzoeken.[160]

De Commissie moet alle relevante omstandigheden in ogenschouw nemen. Bovendien is zij op grond van artikel 88 lid 1 EG gehouden bestaande steunmaatregelen voortdurend te beoordelen. Beide uitgangspunten brengen mee dat de Commissie haar beoordelingen moet maken vanuit een dynamisch perspectief: deze beoordelingen zijn niet slechts *ex tunc*, maar moeten ook rekening houden met te verwachten ontwikkelingen en met de gevolgen die de betrokken steun voor de mededinging zal hebben.[161]

### 5.1.2 *Inwinnen van inlichtingen*

Wanneer de Commissie in de eerste fase van het onderzoek niet alle problemen heeft weten op te lossen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt voordoen, is zij verplicht alle nodige adviezen in te winnen en hiertoe de procedure van artikel 88 lid 2 EG in te leiden.[162] Hiervan doet de Commissie mededeling in het officiële Publicatieblad zodat alle

---

157. De Commissie moet wel van deze tenuitvoerlegging in kennis worden gesteld (zie HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 38).
158. HvJ EG 30 januari 1985, zaak 290/83 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1985, p. 439, r.o. 13. Zij kan alle nationale regelingen onderzoeken, ook wanneer deze niet zijn aangemeld (HvJ EG 14 februari 1990, zaak 301/87 (Frankrijk/Commissie, Boussac Saint Frères), Jur. 1990, p. I-307, r.o. 15-24). Zij is evenwel niet verplicht zich over de verenigbaarheid van iedere nationale regeling uit te spreken (HvJ EG 26 september 2002, zaak C-351/98 (Spanje/Commissie), Jur. 2002, p. I-8031, r.o. 75).
159. HvJ EG 19 oktober 2000, gevoegde zaken C-15/98 en C-105/99, Italië en Sardegna/Commissie, Jur. 2000, p. I-8855, r.o. 51.
160. HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-75/97 (België/Commissie), Jur. 1999, p. I-3671, r.o. 48.
161. HvJ EG 15 december 1999, zaak T-132/96 (Volkswagen), Jur. 1999, p. II-6336, r.o. 211.
162. HvJ EG 15 juni 1993, zaak C-225/91 (Matra/Commissie), Jur. 1993, p. I-3203, r.o. 33. GvEA 28 september 1995, zaak T-95/94 (Sytraval), Jur. 1995, p. II-2651, r.o. 79 en HvJ EG 2 april 1998, zaak C-367/95 (Sytraval), Jur. 1998, p. I-1719.

belanghebbenden kennis kunnen nemen van het feit dat een procedure is ingeleid.[163] Niet alleen wordt hierdoor bereikt dat deze belanghebbenden en de overige lidstaten zullen worden gehoord,[164] ook kan de Commissie hierdoor de informatie bemachtigen die zij nodig heeft om alsnog tot een afgewogen beoordeling van de steunmaatregel te kunnen komen.[165] Overigens brengt het verstrekken van informatie op zichzelf bezien geen recht op verdediging mee dat de verstrekker van de inlichting jegens de Commissie zou kunnen doen gelden.[166]

Verzoekt de Commissie een lidstaat op grond van artikel 5 lid 2 of artikel 10 lid 2 van de Procedurele verordening om aanvullende inlichtingen, dan is de lidstaat op grond van het in artikel 10 EG vervatte beginsel van loyale samenwerking gehouden tijdig aan dit verzoek gehoor te geven. Verzuimt een lidstaat aan dit verzoek gehoor te geven, dan is de Commissie gehouden de steunmaatregel onverenigbaar te verklaren. Zoals ook hierna aan de orde zal komen, kan een dergelijk verzuim niet met een beroep op een ontoereikende of ondeugdelijke motivering worden bestreden.

### *5.1.3 Bewijslast, bewijslastverdeling en bewijsvermoeden*

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, moet de Commissie bij het nemen van een beschikking in beginsel alle relevante omstandigheden van feitelijke en juridische aard in aanmerking nemen. De enorme hoeveelheid gegevens die noodzakelijkerwijs met een dergelijke afweging zijn gemoeid, zullen het dikwijls onmogelijk maken voor de Commissie om tot een adequate beoordeling te komen zonder de medewerking van de desbetreffende lidstaat. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, rechtvaardigt deze omstandigheid allereerst dat, wanneer de lidstaat verzuimt door de Commissie verlangde gegevens te verschaffen, deze laatste haar beschikking mag nemen op basis van de haar in dat geval ter beschikking staande gegevens.[167] Worden verlangde gegevens niet verstrekt, dan wordt de steunmaatregel geacht niet verenigbaar te zijn en is de Commissie op grond van artikel 7 lid 7, tweede volzin van de Procedurele verordening gehouden een negatieve te beschikking te geven.

Ook wanneer een nieuwe steunmaatregel in strijd met artikel 88 lid 3 EG niet wordt aangemeld, kan een bewijsvermoeden een rol spelen. Bij de aanmelding van een nieuwe steunmaatregel dient de desbetreffende lidstaat op grond van artikel 2 lid 2 van de Procedurele verordening namelijk alle gegevens te verschaffen die de Commissie nodig heeft om tot een beoordeling van de verenigbaarheid van die maatregel met de gemeenschappelijke markt te kunnen komen. Laat een lidstaat ten

---

163. Art. 6 lid 1 van de Procedurele verordening. Zie ook HvJ EG 24 september 2002, gevoegde zaken C-74/00P en C-75/00P (Falck), Jur. 2002, p. I-7869, r.o. 80.
164. GvEA 22 oktober 1996, zaak T-266/94 (Foreningen af Jernskibs), Jur. 1999, p. II-1399, r.o. 256 en GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g., r.o. 41.
165. HvJ EG 12 juli 1973, zaak 70/72 (Commissie/Duitsland), Jur. 1973, p. 813, r.o. 19.
166. GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g., r.o. 42. Overigens kan de betrokkenheid van een onderneming bij onderzoek wel meebrengen dat deze als belanghebbende moet worden aangemerkt en uit dien hoofde beroepsgerechtigde wordt (zie par. 5.3.1).
167. GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01 (Valmont), n.n.g., te kennen uit AB 2005, nr. 37 m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, r.o. 38 en 102.

onrechte na een regeling aan te melden, dan zullen deze gegevens uiteraard ook niet worden verstrekt. Daardoor wordt het de Commissie onmogelijk gemaakt om het door artikel 88 EG van haar verlangde toezicht uit te oefenen. Om die reden oordeelde de Gemeenschapsrechter dat de niet-nakoming door een lidstaat van de verplichting de Commissie overeenkomstig artikel 88 lid 3 EG vooraf in te lichten, een bijzonder zware inbreuk vormt op het gemeenschapsrecht, omdat deze verplichting volgens de Gemeenschapsrechter immers 'van essentieel belang is voor het waarborgen van de gemeenschappelijke markt'.[168] Bovendien zouden door het verlenen van steun zonder deze te moeten aanmelden lidstaten worden bevoordeeld ten opzichte van lidstaten die hun steunvoornemens wel aanmelden.[169] Immers, de Commissie zou zich in dergelijke gevallen voor de taak gesteld zien de niet-aangemelde maatregel op het spoor te komen, maar bovendien ook het bewijs te leveren dat de maatregel een steunmaatregel vormt in de zin van artikel 87 lid 1 EG.[170] Om iedere bevoordeling in dit opzicht te voorkomen, oordeelde de Gemeenschapsrechter herhaaldelijk en in niet mis te verstane bewoordingen dat:[171]

> 'een lidstaat in geen geval voordeel kan halen uit zijn niet-nakoming van de aanmeldingsplicht van artikel 89 lid 3, EG'.

Om een dergelijk voordeel weg te nemen, kan de Commissie, wanneer zij stuit op een mogelijke steunmaatregel die niet is aangemeld, de desbetreffende lidstaat verzoeken alle benodigde informatie over die maatregel te verstrekken.[172] Wanneer die lidstaat aan dit verzoek geen gevolg geeft, behoeft de Commissie niet aan te tonen dat de met die maatregel verleende steun daadwerkelijk invloed heeft op het handelsverkeer en de mededinging.[173] De Commissie mag in dat geval van de Gemeenschapsrechter uitgaan van de fictie dat de steunmaatregel de mededinging vervalst en het handelsverkeer beïnvloedt.

De vraag is of deze fictie niet een uitzondering vormt op het uitgangspunt dat de Commissie bij het nemen van de beschikking alle relevante omstandigheden van feitelijke aard in de beschouwing dient te betrekken. Een dergelijke uitzondering kan namelijk verstrekkende gevolgen hebben voor de processuele positie van de lidstaten. Overigens doet een soortgelijk probleem zich voor bij het toetsen van de verschillende in artikel 87 lid 1 EG genoemde voorwaarden (zie hiervoor paragraaf 2.4.2). Hier geldt namelijk dat de Gemeenschapsrechter niet altijd een even scherp onderscheid maakt bij de toetsing van deze voorwaarden. Dikwijls zal bijvoorbeeld de beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten door de vervalsing van de mededinging weliswaar voor de hand liggen, maar als zodanig door de Commissie niet eenvoudig te bewijzen zijn. In die gevallen acht de Gemeenschapsrechter het, gelet op de actieve betrokkenheid van de desbetreffende lidstaat bij de

168. Beschikking HvJ EG 3 mei 1996, zaak C-399/95 (Duitsland/Commissie), Jur. 1996, p. I-2441, r.o. 54.
169. GvEA 13 juni 2000, gevoegde zaken T-204/97 en T-270/97 (EPAC), Jur. 2000, p. II-1975, r.o. 85.
170. HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-75/97 (België/Commissie), Jur. 1999, p. I-3671, r.o. 48.
171. GvEA 15 september 1998, gevoegde zaken T-126/96 en T-127/96 (BFM), Jur. 1998, p. II-3437, r.o. 69.
172. Art. 10 lid 2 en 3 van de Procedurele verordening.
173. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298//00 (Mauro Alzetta e.a.), n.n.g., r.o. 49.

procedure, niet onredelijk dat van de Commissie niet meer wordt verlangd dan dat zij de beïnvloeding en vervalsing aannemelijk maakt. Het staat vervolgens aan de lidstaat om het tegendeel te bewijzen.[174] Deze benadering doet recht aan het uitgangspunt dat de Commissie zich moet uitspreken over de verenigbaarheid, hetgeen een zekere bewijslast impliceert. Deze bewijslast begint met aannemelijk maken.[175] In dit licht kan ook het arrest van de Gemeenschapsrechter van bijvoorbeeld 10 juli 1986 worden bezien, waarin het Hof oordeelde dat:[176]

> 'bij gebreke van enige aanwijzing in tegengestelde zin de Commissie op grond van deze vaststelling mocht concluderen, dat de betrokken steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedde *en* de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen in de zin van artikel 87 lid 1'.

Uit het voorgaande lijkt te kunnen worden afgeleid dat de Gemeenschapsrechter ertoe neigt op dit punt een vrije(re) bewijsleer te (gaan) hanteren.[177] De bewijslast wordt daarbij niet omgekeerd, maar de Gemeenschapsrechter lijkt van geval tot geval te beoordelen welke partij de meest gerede partij is om een bepaald bewijs te leveren.[178] Dit betekent dat van de lidstaten gedurende de gehele procedure een actieve opstelling wordt verlangd. Of, om in termen van het Hof te spreken:[179]

> 'Om de doeltreffendheid van dit verbod te waarborgen, legt artikel 88 EG de Commissie een specifieke controlerende taak op en de lidstaten nauwomschreven verplichtingen die de Commissie de vervulling van haar taak beogen te vergemakkelijken en om te voorkomen dat zij voor voldongen feiten wordt geplaatst.'

Slechts onder deze omstandigheden is niet noodzakelijkerwijs sprake van een aantasting van de processuele positie van partijen. Immers lidstaten en Commissie zijn op grond van artikel 10 EG over en weer tot *loyale samenwerking* verplicht, hetgeen meebrengt dat, waar het het verstrekken van informatie betreft,[180] de lidstaten te goeder trouw moeten samenwerken met de Commissie, onder andere door middel van het verschaffen van alle relevante informatie,[181] waardoor laatstgenoemde in de gelegenheid wordt gesteld toe te zien op de naleving van het verdrag.[182] Dit betekent

---

174. HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98 (Duitsland/Commissie), Jur. 2000, p. I-6857, r.o. 30 en 33.
175. Dit is anders bij inbreukprocedures: HvJ EG 25 mei 1982, zaak 96/81 (Commissie/Nederland), Jur. 1982, p. 1791, r.o. 6.
176. HvJ EG 10 juli 1986, zaak 234/84 (België/Commissie Meura), Jur. 1986, p. 2263, r.o. 22. In dezelfde zin: GvEA 30 april 1998, zaak T-214/95 (VlaamsGewest/Commissie), Jur. 1998, p. II-717, r.o. 67 en GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g., r.o. 45.
177. In dezelfde zin HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94 (Commissie/Nederland), Jur. 1957, p. I-5699, r.o. 58 en HvJ EG 21 januari 1999, zaak C-54/95 (Duitsland/Commissie), Jur. 1999, p. I-0035, r.o. 35.
178. Zie K. Lenaerts en D. Arts, Europees procesrecht, Apeldoorn-Antwerpen 2003, p. 443-445, nrs. 726-728.
179. HvJ EG 8 november 2001, zaak C-143/99 (Adria-Wien Pipeline), Jur. 2001, p. I-8365, r.o. 23.
180. Art. 2 lid 2 van de Procedurele verordening.
181. HvJ EG 7 maart 2002, zaak C-10/00 (Commissie/Italië), Jur. 2002, p. I-2357, r.o. 88.
182. Zie voor de toepassing van dit beginsel in het kader van het opvolging geven aan een beschikking van de Commissie: HvJ EG 1 april 2004, zaak C-99/02 (Commissie/Italië), n.n.g., r.o. 17 en GvEA 13 maart 2003, zaak T-125/01 (José Martí Peix), Jur. 2003, p. II-865, r.o. 52.

dat reeds uit dit beginsel van loyale samenwerking voortvloeit dat de lidstaten bij het aanmelden van een steunmaatregel op de voet van artikel 88 EG, gehouden zijn op dat moment reeds het bewijs van verenigbaarheid van de desbetreffende maatregel met artikel 87 lid 1 EG te leveren.[183] Wanneer de lidstaat zijn verplichtingen in dezen niet nakomt en de Commissie aannemelijk maakt dat de nationale steunmaatregel onverenigbaar is, komt het niet kennelijk onredelijk voor dat van de Commissie niet meer wordt verlangd dan dit aannemelijk maken. Ook op andere communautaire rechtsgebieden wordt dit uitgangspunt gehanteerd.

> Zo oordeelde het Hof in het arrest van 12 december 1956 dat een ernstig vermoeden van juistheid van een bewering de bewijslast omkeert.[184] In het arrest 20 mei 1992 oordeelde het Hof dat het aan de lidstaat is om de overtuigende uitkomsten van een door de Commissie uitgevoerde steekproef te weerleggen.[185] Omgekeerd achtte het Gerecht in het arrest van 30 januari 1992 het aannemelijk dat de Commissie haar verplichtingen niet juist was nagekomen, hetgeen resulteerde in een verschuiving van de bewijslast.[186]

Het hanteren van een vrije bewijsleer moet worden onderscheiden van een bewijsvermoeden. Dit laatste veronderstelt een bepaalde, op een vermoeden gebaseerde conclusie van de Commissie, welke door de desbetreffende lidstaat gemotiveerd kan worden weerlegd. Een dergelijk vermoeden veronderstelt evenwel de mogelijkheid dat lidstaten de mogelijkheid hebben deze conclusies te weerleggen. Zoals ook hierna in paragraaf 5.3.3 aan de orde zal komen, is het niet op voorhand duidelijk dat de lidstaat in beroep deze mogelijkheid heeft. Uit vaste rechtspraak van de Gemeenschapsrechter blijkt namelijk dat de rechter de motivering van de door de Commissie genomen beschikking, met name waar het de verenigbaarheid van een steunmaatregel betreft, slechts marginaal kan toetsen. Hierbij moet worden uitgegaan van de informatie zoals de Commissie deze voorhanden had ten tijde van het nemen van de beschikking.[187] Dit betekent allereerst dat geen ruimte bestaat voor aanvulling van deze gegevens in beroep. Daardoor kan in ieder geval niet van een *weerlegbaar* bewijsvermoeden worden gesproken. Sterker nog, een lidstaat kan zich ook niet op een motiveringsgebrek beroepen, nu deze lidstaat daarmee een voordeel zou kunnen behalen ten opzichte van situaties waarin de steunregeling wel naar behoren was aangemeld.[188] Daarmee lijkt de Gemeenschapsrechter het beginsel van misbruik van recht toe te passen.[189] In

---

183. Vergelijk de bewijslastverdeling bij de inbreukprocedure in Lenaerts & Arts, Europees procesrecht, a.w., p. 149, nr. 174.
184. HvJ EG 12 december 1956, zaak 10/55 (Mirossevich), Jur. 1956, p. 391.
185. HvJ EG 20 mei 1992, zaak C-385/89 (Griekenland/Commissie), Jur. 1992, p. I-3225, r.o. 30.
186. GvEA 30 januari 1992, zaak T-25/90 (Schoenherr), Jur. 1992, p. 1992, II-0063, r.o. 25.
187. HvJ EG, zaak T-371/94, r.o. 81.
188. HvJ EG 10 juli 1986, zaak 234/84 (België/Commissie Meura), Jur. 1986, p. 2263, r.o. 22. HvJ EG 14 februari 1990, zaak 301/87 (Frankrijk/Commissie Boussac Saint Frères), Jur. 1990, p. I-307, r.o. 33 e.v.
189. Dit beginsel kent ook een andere verschijningsvorm, te weten de op formeel juiste wijze toegepaste communautaire regeling die leidt tot een met het doel van die regeling strijdige uitkomst. Als voorwaarde geldt hierbij dat sprake moet zijn van een oogmerk om met deze toepassing van de regeling een voordeel te behalen door de voorwaarden hiertoe op kunstmatige wijze te creëren (zie nader de oratie 'Misbruik van recht in de omzetbelasting' uitgesproken door H.W.M. van Kesteren bij het aanvaarden van het ambt van hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, Deventer 2004, punt 36).

sommige lidstaten wordt in het civiele recht het adagium gehanteerd dat luidt: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ('hij die zich op zijn eigen schande beroept, wordt niet gehoord').[190] Het communautaire beginsel van misbruik van recht heeft een vergelijkbare strekking.[191,192] Een motiveringsklacht die uitsluitend van de hand wordt gewezen, omdat deze het gevolg is van het verzuim van die lidstaat, lijkt een zuivere toepassing van dit beginsel te zijn. Iedere andere uitleg van de Gemeenschapsrechter zou er immers toe leiden dat een lidstaat voordeel zou kunnen hebben bij zijn schending van het communautaire recht.

## 5.2 Het nemen van de beschikking door de Commissie

Is het onderzoek van de Commissie in de tweede fase afgerond, dan neemt de Commissie een beschikking in de zin van artikel 249, vierde alinea EG. Deze beschikking wordt genomen op basis van de gegevens zoals deze de Commissie op dat moment ter beschikking staan. Wanneer de Commissie weet dat zij niet over alle relevante gegevens beschikt om tot een juiste beoordeling te komen, is zij gehouden een negatieve beschikking te geven.[193] Deze beschikking kan blijkens artikel 7 van de Procedurele verordening de volgende drie beoordelingen behelzen:

1. De *positieve* beschikking (lid 3). Deze beschikking wordt gegeven wanneer de twijfel over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt ten genoegen van de Commissie (alsnog) is weggenomen.
2. De *voorwaardelijke* beschikking (lid 4). Wanneer de Commissie van oordeel is dat de steunmaatregel verenigbaar is, maar dat hiertoe wel vereist is dat aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, geeft de Commissie deze voorwaardelijke beschikking af.
3. De *negatieve* beschikking (lid 5). De Commissie geeft deze beschikking indien zij van mening is dat de steunmaatregel niet verenigbaar is met de gemeenschappelijk markt.

---

190. Ook aangeduid als 'ex turpi causa non oritur actio' of: 'op een schandelijke aanleiding kan geen actie worden gebaseerd'.
191. Prinssen verwijst naar het Angelsaksische estoppel-beginsel (J.M. Prinssen, Doorwerking van Europees recht, Europese monografieën nr. 73, Deventer 2004, p. 29 e.v.). Het communautaire beginsel gaat echter verder. Het beginsel van estoppel blijft namelijk beperkt tot situaties waarin een onjuiste verklaring is afgelegd of een partij een onjuiste voorstelling van zaken bij zijn wederpartij heeft laten voortbestaan en deze wederpartij op basis hiervan heeft gehandeld (vgl. de Nederlandse rechtsfiguren van 'rechtsverwerking' en van 'gedekte verweren' i.z.v. art. 348 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Het beginsel van misbruik van recht vereist echter niet een dergelijke handelen.
192. Het beginsel van misbruik van recht vertoont enige overeenkomst met de, overigens door het HvJ EG verworpen, 'exceptio non adimpleti contractus' (zie de dissertatie van A.Th.S. Leenen, Gemeenschapsrecht en volkenrecht, Den Haag 1984, p. 108-111 en J. Vanhamme, Volkenrechtelijke beginselen in het Europese recht, Groningen 2001, p. 286). Een lidstaat kan zich niet aan zijn uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen onttrekken: in zoverre is de exceptie niet van toepassing. Het communautaire beginsel van misbruik van recht kan echter de lidstaat die zijn verdragsverplichtingen niet is nagekomen, bepaalde verweren ontzeggen of bepaalde vorderingen onthouden. Anders dan uit de exceptie zou kunnen voortvloeien, vindt het beginsel bovendien toepassing in communautaire rechtsbetrekkingen waarbij particulieren partij zijn (zie HvJ EG 23 mei 1989, zaak 378/87 (Top Hit Holzbetrieb), Jur. 1989, p. 1359, r.o. 30).
193. Art. 7 lid 7, tweede volzin van de Procedurele verordening.

Vanzelfsprekend kan bij een negatieve beschikking op een voorgenomen steunmaatregel, deze maatregel niet ten uitvoer worden gelegd. Mocht de tenuitvoerlegging niettemin reeds hebben plaatsgevonden, dan kan de Commissie bepalen dat de desbetreffende lidstaat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn. In het verlengde hiervan ligt de mogelijkheid van de Commissie de – al dan niet voorlopige – terugbetaling te vorderen van reeds uitgekeerde steun.[194] Op deze rechtsfiguur zal in hoofdstuk 6 nader worden ingegaan.

## 5.3 Waarborgen en rechtsbescherming: beroep op de Gemeenschapsrechter

### 5.3.1 *Wie kan beroep instellen bij het Gerecht: het vereiste van rechtstreeks en individueel geraakt zijn*

De procedure van controle van nationale regeling op verboden staatssteun is, gelet op de algemene opzet ervan, een procedure die wordt ingeleid jegens de lidstaat die, gezien zijn communautaire verplichtingen, verantwoordelijk is voor de toekenning van de steun.[195] Tegen de aan de lidstaat gerichte beschikking van de Commissie staat voor de desbetreffende lidstaat beroep open bij het Gerecht van eerste aanleg.

Een bijzondere situatie nemen lagere overheden en publiekrechtelijke lichamen in. Hoewel ook dergelijke overheidsorganen gebonden zijn aan het beginsel van loyale samenwerking als vervat in artikel 10 EG,[196] kunnen deze overheidsorganen voor de toepassing van artikel 230 EG (*beroep tot nietigverklaring*) niet als lidstaat worden aangemerkt.[197] Daarentegen kunnen zij wel de nietigverklaring vorderen, indien zij, net als particulieren, door een beschikking van de Commissie rechtstreeks en individueel zijn geraakt. Onder welke omstandigheden kan gezegd worden dat van rechtstreeks en individueel geraakt zijn sprake is? In de rechtspraak worden de volgende situaties onderscheiden:[198]

1. De door de staatssteun begunstigde onderneming wordt allereerst rechtstreeks en individueel geraakt door de steunmaatregel.[199]
2. Daarnaast kan de situatie zich voordoen dat een marktdeelnemer een klacht indient, welke klacht vervolgens leidt tot een onderzoek door de Commissie.[200] Blijft deze klager bij dit onderzoek nauw betrokken, dan wordt deze klager

194. Art. 11 en 14 van de Procedurele verordening. Zie ook HvJ EG 24 februari 1987, zaak 310/85 (Deufil), Jur. 1987, p. 901, r.o. 24 en HvJ EG 4 april 1995, zaak C-350/93 (Commissie/Italië), Jur. 1995, p. I 699, r.o. 21-22. Deze bevoegdheid strekt ertoe de oorspronkelijke mededingingssituatie zo veel mogelijk te herstellen (HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 23).
195. HvJ EG 24 september 2002, gevoegde zaken C-74/00P en C-75/00P (Falck), Jur. 2002, p. I-7869, r.o. 81.
196. HvJ EG 26 september 1996, zaak C-168/95 (Luciano Arcaro), Jur. 1996, p. I-4705, r.o. 41.
197. GvEA 30 april 1998, zaak T-214/95 (Vlaams Gewest/Commissie), Jur. 1998, p. II-717, r.o. 28.
198. Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 375 e.v.
199. HvJ EG 17 september 1980, zaak 730/79 (Philip Morris), Jur. 1980, p. 2671.
200. Leidt de Commissie geen onderzoek in, dan kan de klager tegen dit besluit eveneens in beroep komen (GvEA 3 juni 1999, T-17/96 (TFl/Commissie), Jur. 1999, p. II-1757, r.o. 27-28). Zie ook S.P. Cras, Terug van weggeweest: het beroep wegens nalaten, SEW 2000, p. 95 e.v. en met name p. 108.

eveneens rechtstreeks en individueel geraakt door de beschikking die de Commissie naar aanleiding van die klacht neemt.[201]

3. Ook anderen dan de klager kunnen door een beschikking rechtstreeks en individueel geraakt worden.[202] Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan personen, ondernemingen of verenigingen die eventueel door de verlening van de steun in hun belangen worden geraakt, dat wil zeggen met name concurrerende[203] ondernemingen en beroepsorganisaties.[204] De Gemeenschapsrechter achtte in geval van een beschikking van de Commissie dat een steunmaatregel niet behoeft te worden aangemeld, een brancheverenigingen rechtstreeks en individueel geraakt, omdat deze vereniging in de betrokken sector tal van acties met betrekking tot het herstructureringsbeleid had ondernomen, als gesprekspartner van de Commissie was opgetreden met het oog op de vaststelling van richtsnoeren betreffende steunmaatregelen in die sector, en actief met de diensten van de Commissie over de desbetreffende steunmaatregel had onderhandeld.[205]

Toch is niet ieder beroep van een rechtstreeks en individueel geraakte onderneming ontvankelijk. Hiervan zal bijvoorbeeld geen sprake zijn, indien de onderneming een procesbelang ontbeert[206] of dit belang is komen te ontvallen.[207] Dit vereiste van procesbelang verlangt dat de uitkomst van de rechtsgang in het voordeel van de verzoeker kan zijn.[208] Dit is allereerst niet het geval wanneer een onderneming na het aanhangig maken van het beroep failliet gaat.[209] Een procesbelang ontbreekt

---

201. HvJ EG 28 januari 1986, zaak 169/84 (Cofaz), Jur. 1986, p. 391 (vgl. HvJ EG 15 december 1988, gevoegde zaken 166/86 en 220/86 (Irish Cement), Jur. 1988, p. 6489. Kan gezegd worden dat een klager, bijvoorbeeld door zijn betrokkenheid bij het onderzoek, rechtstreeks en individueel geraakt wordt door een beschikking, dan kan deze klager het onderzoek in tweede fase afdwingen door tegen deze positieve beschikking als bedoeld in art. 7 lid 1 Procedurele verordening in beroep te komen (HvJ EG 2 april 1998, zaak C-367/95 (Sytraval), Jur. 1998, p. I-1719, r.o. 40).
202. Zie op dit punt R. Barents, Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van de EG, Europese Monografieën nr. 45, Deventer 2002, p. 158 e.v. en met name ook p. 183-184.
203. Is een onderneming geen concurrent van het begunstigde bedrijf, dan ontbreekt een procesbelang en kan de onderneming niet in haar beroep worden ontvangen (GvEA 18 december 1997, zaak T-178/94 (ATM), Jur. 1997, p. II-2529, r.o. 35). Het enkele feit dat een marktdeelnemer concurrent is, volstaat niet reeds om deze marktdeelnemer als rechtstreeks en individueel geraakt aan te merken.
204. HvJ EG 14 november 1984, zaak 323/82 (Intermills/Commissie), Jur. 1984, p. 3809, r.o. 16.
205. HvJ EG 24 maart 1993, zaak C-313/90 (Comite international de la rayonne), Jur. 1993, p. I-1125, r.o. 19 e.v. Vergelijk HvJ EG 12 juli 1973, zaak 70/72 (Commissie/Duitsland), Jur. 1973, p. 813, r.o. 19 en hiervoor par. 5.1.2.
206. Wanneer bijvoorbeeld een onderneming geen concurrent is van het begunstigde bedrijf, ontbreekt een processueel belang en kan de onderneming niet in haar beroep worden ontvangen (GvEA 18 december 1997, zaak T-178/94 (ATM), Jur. 1997, p. II-2529, r.o. 35).
207. HvJ EG 14 december 1962, gevoegde zaken 5/62-11/62, 13/62, 14/62 en 15/62 (San Michele e.a.), Jur. 1962, p. 859 en GvEA 16 december 1993, zaak T-58/92 (Moat), Jur. 1993, p. II-1443, r.o. 32.
208. HvJ EG 19 oktober 1995, zaak C-19/93P (Rendo), Jur. 1995, p. I-3319, r.o. 13.
209. Dit veronderstelt wel dat het procesbelang uitsluitend werd ontleend aan de door de verleende staatssteun verbeterde positie van een concurrent (GvEA 27 april 1995, zaak T-443/93 (Casiliio Grani), Jur. 1995, p. II-1375, r.o. 7).

eveneens wanneer door de nietigverklaring de positie van de steunontvangende concurrent verbetert.[210]

### 5.3.2 *Omvang van de toetsing door de Gemeenschapsrechter: marginale toetsing én toetsing in volle omvang*

In het onderzoek van de verenigbaarheid van een nationale maatregel, moet de Commissie voorafgaand aan het nemen van de beschikking in feite een tweetal afzonderlijke beoordelingen maken. In eerste instantie moet de Commissie beoordelen of is voldaan aan de criteria geformuleerd in artikel 87 EG. De beoordelingen van de Commissie kunnen door de Gemeenschapsrechter in volle omvang worden getoetst,[211] tenzij dit een ingewikkelde economische beoordeling vergt.[212] De rechter neemt de beschikking hierbij als uitgangspunt.[213] In voorkomend geval zal hij zich ook rekenschap moeten geven van de feitelijke en juridische context waarin deze beschikking is gegeven. Ook het antwoord op de vraag of de nationale maatregel in voorkomend geval met andere verdragsbepalingen is te verenigen (zoals het verbod van artikel 90 EG),[214] kan door de Gemeenschapsrechter in volle omvang worden getoetst.

Is de Commissie tot het oordeel gekomen dat van verboden staatssteun sprake is, dan dient zij in tweede instantie te beoordelen of de steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Bij deze beoordeling moet de Commissie alle haar ter beschikking staande feiten en juridisch relevante omstandigheden in haar beschouwing betrekken. Bovendien moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen.[215] Deze vereisten tezamen hebben onvermijdelijk tot gevolg dat de Commissie lastige afwegingen van sociaal-economische aard moet maken,[216] die in sommige gevallen tot een van artikel 87 lid 1 EG afwijkend resultaat (moeten) kunnen leiden.[217] De ruime beoordelingsvrijheid die de Commissie aldus moet hebben, brengt mee dat de Gemeenschapsrechter zijn beoordelingen op dit vlak niet in de plaats van die van de Commissie behoort te stellen. De Gemeenschapsrechter kan de beoordelingen van de Commissie op dit punt slechts marginaal toetsen.[218] Zo blijft toetsing beperkt tot de beoordeling of de procedurevoorschriften en de

---

210. Het verbeteren van de positie van de concurrent betekent immers tegelijkertijd een verslechtering van de rechtstreeks en individueel geraakte concurrent, zodat de appellant door de uitkomst van de procedure niet in een betere processuele positie kan geraken (GvEA 30 april 1998, zaak T-16/96 (Cityflyer Express), Jur. 1998, p. II-757, r.o. 27).
211. HvJ EG 16 mei 2000, zaak C-83/98 (Frankrijk en Ladbroke Racing/Commissie), Jur. 2000, p. I-3271, r.o. 25.
212. HvJ EG 29 februari 1996, zaak C-56/93 (België/Commissie), Jur. 1996, p. I-723, r.o. 10 en 11 en GvEA 12 december 1996, zaak T-358/94 (Air France/Commissie), Jur. 1996, p. II-2109, r.o. 71. Hiervan was evenwel geen sprake in GvEA 27 januari 1998, zaak T-67/94 (Ladbroke Racing/Commissie), Jur. 1998, p. II-1, r.o. 52.
213. HvJ EG 14 februari 1990, zaak 350/88 (Delacre e.a.), Jur. 1990, p. I-395, r.o. 15.
214. Zie hoofdstuk 3 hiervoor.
215. HvJ EG 25 juni 1970, zaak 47/69 (Frankrijk/Commissie), Jur. 1970, p. 0487.
216. HvJ EG 14 januari 1997, zaak C-169/95 (Spanje/Commissie), Jur. 1997, p. I-135, r.o. 18 en HvJ EG 15 mei 1997, zaak C-355/95P, TWD, Jur. 1997, p. I-2549, r.o. 26.
217. HvJ EG 5 november 1997, zaak T-149/95 (Ducros), Jur. 1997, p. II-2031, r.o. 49.
218. GvEA 25 juni 1998, zaak T-371/94 (British Airways e.a.), Jur. 1998, p. II-2405, r.o. 81.

motiveringsplicht in acht zijn genomen, de feiten materieel juist zijn en of geen sprake is van een kennelijk verkeerde beoordeling of misbruik van bevoegdheid.

### 5.3.3 *Kan de lidstaat na het nemen van de beschikking alsnog de feiten aanvullen?*

Hiervoor kwam aan de orde dat de Gemeenschapsrechter met name de beoordeling van de verenigbaarheid van een nationale steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt slechts marginaal kan toetsen. Kan een lidstaat, na in eerste instantie te hebben verzuimd de door de Commissie verlangde informatie te hebben overgelegd, deze informatie alsnog aanleveren en vervolgens de rechtsgeldigheid van die beschikking aanvechten?

In dit kader moet worden opgemerkt dat marginale toetsing geen ruimte laat voor beoordeling van achteraf overgelegde informatie, nu deze informatie immers ten tijde van het nemen van de beschikking niet aan de Commissie ter beschikking stond.[219] Dit betekent dat de Gemeenschapsrechter geen acht zal kunnen slaan op dergelijke, achteraf overgelegde informatie.[220] Het verzuim van informatie waarvan de beoordeling uitsluitend aan de Commissie staat, zal derhalve *in beroep* niet hersteld kunnen worden. Zou dit anders zijn, dan zou de rechter alsnog gedwongen kunnen worden zijn oordeel op het punt van de verenigbaarheid van een nationale regeling met de gemeenschappelijke markt in de plaats te stellen van dat van de Commissie.

### 5.3.4 *Herstellen van verzuimen: herroeping*

Hiervoor kwam aan de orde dat het verzuim van een lidstaat om door de Commissie gevraagde informatie te verschaffen in beroep niet kan worden hersteld. Dit betekent echter niet dat ieder herstel onmogelijk is. Om begunstigden niet de gevolgen te laten dragen van het feilen van de lidstaat, is in de Procedurele verordening namelijk voor de Commissie in de mogelijkheid voorzien om een eerdere beschikking te herroepen. Hiertoe kan blijkens artikel 9 worden overgegaan wanneer de beschikking is genomen op basis van onjuiste informatie die voor het nemen van de beschikking 'van doorslaggevende betekenis' was. Het lijkt mij dat bij een negatieve beschikking ex artikel 7 lid 7, tweede volzin (gebrek aan informatie) van 'doorslaggevende betekenis' al snel sprake zal zijn. In andere gevallen behoeft dit niet het geval te zijn. Echter, wanneer particulieren de gevolgen dragen van een negatieve beschikking van de Commissie die (mede) het gevolg is van het verzuim van een lidstaat om alle (relevante) informatie aan te leveren, brengen overwegingen van zorgvuldigheid en evenredigheid mee dat door de Commissie nauwkeurig moet worden toegezien op de mogelijkheid van herroeping.[221]

---

219. HvJ EG 26 september 1996, zaak C-241/94 (Frankrijk/Commissie), Jur. 1996, p. I-4551, r.o. 33.
220. HvJ EG 10 juli 1986, zaak 234/84 (België/Commissie, Meura), Jur. 1986, p. 2263, r.o. 16.
221. HvJ EG 9 december 1965, gevoegde zaken 29/63, 31/63, 36/63, 39/63-47/63, 50/63 en 51/63 (Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence e.a./ Hoge Autoriteit), Jur. 1965, p. 1196 en met name p. 1231.

Uit artikel 9 volgt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het inleiden van de procedure tot herroeping en anderzijds de uitkomst van die procedure (de herroeping van de beschikking). Als aanleiding bestaat te veronderstellen dat van herroeping sprake zou kunnen zijn, wordt de in artikel 4 lid 4 van de verordening bedoelde tweede fase van het onderzoek van de Commissie opnieuw ingeleid. Dit onderzoek leidt uiteindelijk tot een van de in artikel 7 bedoelde beschikkingen.[222] Bij het inleiden van de procedure staat de uitkomst ervan derhalve geenszins vast. Gelet ook op evenbedoelde overwegingen van zorgvuldigheid en evenredigheid, moet dit laatste betekenen dat van het inleiden van een procedure tot herroeping slechts dan zou mogen worden afgezien, wanneer de overgelegde informatie voor herroeping van de betrokken beschikking *kennelijk* ontoereikend is.[223]

## 5.4 Waarborgen en rechtsbescherming: beroep op de nationale rechter

### 5.4.1 *Rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG*

Zoals hiervoor in paragraaf 5.3.2 aan de orde kwam, heeft de Commissie de bevoegdheid om bij de aan haar opgedragen beoordeling van de verenigbaarheid van een nationale steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt afwegingen te maken die in voorkomend geval tot een aan artikel 87 EG tegengesteld resultaat leiden. Deze door de Gemeenschapsrechter erkende bevoegdheid verlangt dat het verbod van deze laatste bepaling noch absoluut, noch onvoorwaardelijk is.[224] Artikel 87 lid 1 EG ontbeert derhalve rechtstreekse werking.[225] Hierdoor kan deze bepaling niet rechtstreeks door particulieren worden ingeroepen.[226]

> Het gebrek aan rechtstreekse werking laat uiteraard onverlet de mogelijkheid van de nationale rechter te toetsen aan de rechtstreeks werkende bepalingen betreffende het vrije verkeer (bijvoorbeeld artikelen 25, 28 en 90 EG). Hoewel een steunmaatregel naar zijn aard vaak beschermend werkt en daardoor leidt tot een zekere afscherming van de markt tegenover de producties van ondernemingen die de steun niet ontvangen, kan dit geen rechtvaardiging vormen voor beperkingen die verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van de krachtens het verdrag toegestane doelen van de maatregel. Wanneer vermeende steunmaatregelen kennelijk met die verbodsbepalingen in strijd zijn, kunnen deze elementen niet geacht worden noodzakelijk te zijn voor de werking van die steunmaatregel en kan de nationale rechter, al dan niet na het stellen van prejudici-

222. Zie hiervoor par. 5.2.
223. Deze beoordeling door de Commissie lijkt zich voor marginale toetsing door de Gemeenschapsrechter te lenen (zie omtrent de mogelijkheden van beroep tegen een confirmerende handeling Barents, a.w., p. 120).
224. HvJ EG 16 december 1992, zaak C-114/91 (Claeys), Jur. 1992, p. I-6559, r.o. 21-22.
225. HvJ EG 19 juni 1973, zaak 77/72 (Capolongo), Jur. 1973, p. 611, r.o. 6. Wat betreft de rechtstreekse werking zij verwezen naar Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w. p. 419 e.v.
226. HvJ EG 11 juni 1992, gevoegde zaken C-149/91 en C-150/91 (Sanders Adour), Jur. 1992, p. I-3899, r.o. 25.

ele vragen, deze elementen buiten toepassing laten (HvJ EG 22 maart 1977, zaak 74/76, Iannelli en Volpi, Jur. 1977, p. 557, r.o. 15).

Toch beoogt artikel 87 lid 1 EG effect te sorteren in de rechtsorde van de lidstaten. Om deze reden kan op deze bepaling wel degelijk een beroep worden gedaan en kan de nationale rechter in daartoe aanleiding gevende gevallen prejudiciële vragen stellen over de uitleg van het begrip staatssteun.[227] De nationale rechter kan zich echter niet uitspreken over de verenigbaarheid van de nationale maatregel met de gemeenschappelijke markt, ook niet na tussenkomst van de Gemeenschapsrechter. Deze beoordeling is immers bij uitsluiting aan de Commissie voorbehouden.[228]

Anders dan artikel 87 lid 1 EG bevat artikel 88 lid 3, laatste volzin EG volgens de Gemeenschapsrechter wel formele maatstaven die door de nationale rechter kunnen worden gehanteerd.[229] Het uit deze bepaling voortvloeiende verbod op tenuitvoerlegging van een voorgenomen, maar niet bij de Commissie aangemelde steunmaatregel, heeft namelijk wel rechtstreekse werking.[230] Bij een beroep op toepassing van deze bepaling kan de nationale rechter onderzoeken of de aanmelding bij de Commissie inderdaad ten onrechte achterwege is gebleven.[231] Daarbij kan de nationale rechter zich zelfs genoodzaakt zien het begrip steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG uit te leggen.[232] Daarbij kan deze rechter zich niet alleen op de voet van artikel 234 EG met uitleggingsvragen tot het Hof van Justitie van de EG wenden, ook kan, zoals in een volgende paragraaf aan de orde zal komen, de nationale rechter zich tot de Commissie wenden.[233]

Stelt de nationale rechter vast dat een regeling inderdaad ten onrechte niet is aangemeld, dan moet de rechter overeenkomstig het nationale recht uit deze vaststelling alle consequenties trekken, zowel voor de geldigheid van de handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als voor de terugvordering van de verleende financiële steun.[234] Daarmee spreekt de rechter zich echter niet uit over de verenigbaarheid van die maatregel met de gemeenschappelijke markt. Deze beoor-

---

227. HvJ EG 30 november 1993, zaak C-189/91 (Kirsammer-Hack), Jur. 1993, p. I-6185, r.o. 14 en HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weinlig), Jur. 1977, p. 595, r.o. 9.
228. HvJ EG 8 november 2001, zaak C-143/99 (Adria-Wien Pipeline), Jur. 2001, p. I-8365, r.o. 29.
229. HvJ EG 16 december 1992, gevoegde zaken C-144/91 en C-145/91 (Demoor), Jur. 1992, p. I-6613, r.o. 26.
230. HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90 (FNCE), Jur. 1991, p. I-5505, r.o. 12.
231. Bij een door een appellant verlangde toetsing van de Meststoffenwet aan art. 88 EG struikelde Hof Leeuwarden blijkens overweging 5.5 van de uitspraak van 1 februari 2002, rolnr. 3231/96, LJN AD8994 over de horde van art. 120 Grondwet die het hof op zijn weg meende te vinden (omtrent deze problematiek nader A.W. Hins & J.L. de Reede, Grondrechten, Europese integratie en nationale soevereiniteit, Staatsrechtconferentie 1997, Deventer 1997, p. 33-34, J. Drewes, Gebod tot toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen in de Nederlandse Grondwet?, Publicaties van de Staatsrechtkring nr. 22, Deventer 2003, p. 54 en L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendels & S. Préchal, De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, Groningen, 2002, p. 37 e.v.).
232. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 49.
233. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van hof Leeuwarden van 1 februari 2002 oordeelde dit hof echter: 'Voorts blijkt niet dat het bepaalde in artikel 93, eerste lid, van dat verdrag de Commissie op enig moment actie in de richting van de Staat der Nederlanden heeft doen ondernemen. Ook in zoverre is daarom geen aanwijzing te vinden voor de juistheid van het standpunt van belanghebbende dat de overschotheffing naar haar aard in strijd is met regels van Europees recht.' De Friese rechter was blijkbaar van mening dat, zolang de Commissie zich niet roert, van verboden staatssteun kennelijk geen sprake kan zijn.
234. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 39.

deling is immers bij uitsluiting voorbehouden aan de Commissie, uiteraard onder toezicht van de Gemeenschapsrechter.[235]

### 5.4.2 *Artikel 88 lid 3 EG en het nationale vereiste van een processueel belang*

Dat een begunstigde in voorkomend geval het recht op beroep bij het Gerecht van eerste aanleg toekomt, laat onverlet zijn recht om tegen de beschikking van de nationale autoriteiten waarmee in voorkomend geval uitvoering wordt gegeven aan de beschikking van de Commissie, bij de nationale rechter in beroep te komen.[236] Het staat echter niet op voorhand vast dat iedere justitiabele in het Nederlandse fiscale procesrecht de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG kan inroepen. De mogelijkheden hiertoe dienen namelijk te worden beoordeeld aan de hand van het geldende nationale procesrecht.[237] Daarbij is van belang dat in het fiscale recht het criterium van het *processueel belang* wordt gehanteerd. Op grond van dit criterium wordt een beroep afgewezen wanneer de beschikking door het volgen van die beroepsgang niet in een voor appellant gunstige zin kan worden aangepast (bijvoorbeeld de aanpassing bestaande uit een verlaging van een aanslag).[238] Dat het beroep overigens, op zichzelf bezien, gegrond kan zijn, doet hieraan niet af.[239] Het volgende voorbeeld kan een en ander verduidelijken.

Stel dat sprake is van een fiscale faciliteit met een specifiek karakter, in die zin dat deze maatregel een bepaalde onderneming begunstigt, en dat die maatregel ten onrechte niet bij de Commissie is aangemeld. Wanneer een onderneming er nu (terecht) van uit zou gaan dat deze faciliteit mogelijk als verboden staatssteun zou moeten worden aangemerkt, welk belang kan de onderneming dan hebben bij het inroepen van de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG als zodanig? De gebruikelijke invalshoek zal zijn dat die onderneming het specifieke karakter van de maatregel wil doorbreken en ten overstaan van de fiscale rechter te zijner aanzien gelijke toepassing van de faciliteit zal willen afdwingen. De onderneming zal een beroep doen op het nationale gelijkheidsbeginsel.[240] Echter, beroep op artikel 88 EG schort in het beste geval slechts de toekenning van de steun op, maar voorziet niet in de verplichting die faciliteit eveneens aan die justitiabele toe te kennen. Integendeel, bij toepassing van het nationale gelijkheidsbeginsel ontstaat de situatie dat

---

235. HvJ EG 11 juni 1992, gevoegde zaken C-149/91 en C-150/91 (Sanders Adour), Jur. 1992, p. I-3899, r.o. 25. Zie ook hiervoor par. 5.3.2.
236. HvJ EG 21 mei 1987, gevoegde zaken 133-136/85 (Walter Rau), Jur. 1987, p. 2289, r.o. 12. Uiteraard moet de nationale rechter ook de rechtsbescherming van justitiabelen waarborgen wanneer de Commissie ex art. 88 lid 2 EG beschikt dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (HvJ EG 16 december 1992, zaak C-114/91 (Claeys), Jur. 1992, p. I-6559, r.o. 23-24). Zie ook hfdst. 6 van deze bijdrage.
237. HvJ EG 21 mei 1987, gevoegde zaken 133-136/85 (Walter Rau), Jur. 1987, p. 2289, r.o. 11. Overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie, moet derhalve worden aangeknoopt bij hetgeen het nationale procesrecht hieromtrent bepaalt (zie ook par. 6.1).
238. Zie M.M.C. Feteris, Formeel belastingrecht, Fiscale Hand en Studieboeken nr. 9, Deventer 1999, par. X.2.2, p. 288, en Meyjes, Van Soest, Van den Bergen & Van Gelderen, Fiscaal procesrecht, Fiscale Hand- en Studieboeken nr. 6, Deventer 1997, p. 64.
239. Zie voor de communautaire rechtspleging op dit punt Barents, a.w., p. 575.
240. Zie R.H. Happé, Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming, Fiscale Monografieën nr. 77, Deventer 1996, p. 286 e.v.

de onderneming zich ten eigen voordele beroept op een onwettigheid waarvan de begunstigde van de steunmaatregel heeft geprofiteerd of dreigt te kunnen profiteren. In dit licht bezien, staat het communautaire legaliteitsbeginsel[241] dat de lidstaten, net als andere communautaire rechtsbeginselen,[242] bij de toepassing van het gemeenschapsrecht in acht hebben te nemen,[243] aan de toepassing van een dergelijk, aan het nationale recht ontleend beginsel in de weg.[244]

Tegelijkertijd kan ook een redenering worden gevolgd die tot een volstrekt andere uitkomst leidt. Zeker wanneer een steunmaatregel wordt gekenmerkt door een specifiek karakter, kan toepassing van het gelijkheidsbeginsel leiden tot doorbreking van deze specificiteit. In dat geval is echter niet langer voldaan aan de voorwaarden van artikel 87 lid 1 EG, waardoor deze nationale regeling niet langer als steunmaatregel kan worden aangemerkt. Uiteraard kan in dat geval ook niet aan toepassing van het communautaire legaliteitsbeginsel worden toegekomen, zodat een fraaie juridische 'kip-en-ei-situatie' ontstaat.

Verlangt een onderneming inderdaad slechts opschorting van een voorgenomen steunmaatregel ten gunste van een derde, dan zal de onderneming daar in fiscale zin in de regel zelf niet beter van kunnen worden. Een voldoende processueel belang voor de *fiscale* rechter ontbreekt derhalve. Wanneer inderdaad gezegd kan worden dat de justitiabele een concurrent is van de begunstigde onderneming en uit dien hoofde een voldoende belang heeft bij een dergelijke procedure,[245] zal deze onderneming zich niet tot de fiscale, maar tot een andere rechter moeten wenden.[246] In dit licht bezien, lijkt de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter op het punt van het vereiste van een processueel belang overeenkomstige toepassing te kunnen vinden.[247]

### 5.4.3 *Kan artikel 88 lid 3 EG worden ingeroepen door de inspecteur van de Belastingdienst?*

Bij het beantwoorden van de vraag wie in voorkomend geval een beroep zou kunnen doen op de bepaling van artikel 88 lid 3 EG moet bijzondere aandacht worden besteed aan de positie die de inspecteur van de Belastingdienst als bestuursorgaan in fiscale procedures inneemt. Wanneer bijvoorbeeld de termijn voor navordering of terugvordering van een nationale belasting korter is dan de termijn van tien jaar

---

241. HvJ EG 4 juli 1985, zaak 134/84 (Calvin E. Williams), Jur. 1985, p. 2225, r.o. 14.
242. HvJ EG van 26 april 1988, zaak 316/86 (Krücken), Jur. 1988, p. 2213, r.o. 22 en HvJ EG van 29 april 2004, gevoegde zaken C-487/01 en C-7/02 (Gemeente Leusden/Holin Groep), BNB 2004/260* m.nt. B.G. van Zadelhoff, r.o. 57.
243. Zie punt 65 van de conclusie van 24 oktober 2002 van A-G Geelhoed bij HvJ EG 29 april 2004, zaak C-17/01 (Sudholz), n.n.g, te kennen uit V-N 2004/24.16.
244. Zie ten aanzien van de doorwerking van communautaire rechtsbeginselen in het nationale procesrecht nader in par. 6.2 e.v. Overigens rechtvaardigt dit ook het feit dat de in het verleden aangegane en inmiddels onverenigbaar verklaarde concernfinancieringsfaciliteiten (zie par. 4.2.3) wel door de begunstigde bedrijven tot 2011 mogen worden uitgediend, maar, in afwijking van het nationale gelijkheidsbeginsel, in de tussentijd niet door andere ondernemingen mag worden toegepast.
245. Zie voor de (on)mogelijkheid van beroep door concurrerende ondernemingen nader E.M. Vermeulen, Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context, Den Haag 2001, p. 61 e.v.
246. Zie ook par. 5.4.1 van het preadvies van Den Ouden en Van Angeren.
247. Zie hiervoor par. 5.3.1.

genoemd in artikel 15 lid 1 van de Procedurele verordening, en aanleiding bestaat te veronderstellen dat die faciliteit in aanmerking zou komen om te worden aangemerkt als steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG, rijst de vraag of de inspecteur met een beroep op artikel 88 lid 3 EG alsnog de terugvordering van die belasting na ommekomst van de nationale naheffingstermijn kan bewerkstelligen.[248]

Dit lijkt twijfelachtig. Is de inspecteur zelf gebonden aan het beginsel van loyale samenwerking en uit dien hoofde gehouden tot de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht?[249] Moet hij bij de uitoefening van de aan hem opgedragen werkzaamheden, zo nodig op eigen gezag, met dat gemeenschapsrecht strijdig nationaal recht buiten toepassing laten?[250] Behoort bij ambtenaren in dienst van de bestuursorganen van de lidstaten de communautaire band strakker te knellen dan de nationale? De Gemeenschapsrechter bepaalde in dat kader dat justitiabelen rechtstreeks werkende bepalingen kunnen inroepen:[251]

> 'tegenover organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden'.

Niet de inspecteur als zodanig, maar de fiscus als geheel wordt door de Gemeenschapsrechter als bestuursorgaan aangemerkt.[252] Daarmee lijkt het twijfelachtig dat op grond van het gemeenschapsrecht gezegd zou moeten worden dat de inspecteur over de bevoegdheid zou beschikken, zo nodig op eigen gezag met het communautaire recht strijdige bepalingen buiten toepassing te laten. Integendeel, in het arrest van 15 mei 1986 oordeelde het Hof:[253]

> 'Wat nu een overheidspersoon als de Chief Constable betreft, zij opgemerkt dat hij blijkens de verwijzingsbeschikking een ambtenaar is die is belast met de leiding van de politie. Ongeacht zijn betrekkingen met de andere staatsorganen, treedt zulk een overheidspersoon, die door de Staat is belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid, niet op als een particulier. Hij mag niet profiteren van het feit dat de staat, waaraan hij zijn gezag ontleent, zich niet aan het gemeenschapsrecht houdt.'

Blijkens deze passage bestaat er aanleiding om ook hier het beginsel van misbruik van recht in te roepen. Het uitgangspunt dat de inspecteur geen voordeel mag halen

---

248. Zie met betrekking tot het hanteren van een nationale naheffingstermijn die korter is dan de termijn genoemd in art. 15 lid 1 van de Procedurele verordening hierna par. 6.4.3 e.v.
249. HvJ EG 26 september 1996, zaak C-168/95 (Luciano Arcaro), Jur. 1996, p. I-4705, r.o. 41.
250. HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (Simmenthal), Jur. 1978, p. 629, r.o. 24. Wanneer particulieren rechten ontlenen aan een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling is dit het geval (HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88 (Fratelli Costanzo), Jur. 1989, p. 1839, r.o. 31). De vraag is of gezegd kan worden dat de inspecteur een overheidsorgaan is in de zin van HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, CIF, Jur. 2003, p. I-8055, r.o. 48.
251. HvJ EG 22 juli 1990, zaak C-188/89 (Foster), Jur. 1990, p. I-3313, r.o. 18. Zie ook J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen 2002, p. 150-151.
252. HvJ EG 22 juli 1990, zaak C-188/89 (Foster), Jur. 1990, p. I-3313, r.o. 19.
253. HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (Johnston), Jur. 1986, p. 1651, r.o. 56.

uit het feit dat de staat, waar hij zijn gezag aan ontleend, heeft verzuimd zijn communautaire verplichtingen na te komen, geldt namelijk niet slechts in geval van gebrekkig geïmplementeerde, rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen. Volgens vaste rechtspraak van de Gemeenschapsrechter mag de inspecteur ook niet profiteren van het feit dat de staat heeft verzuimd de verplichting tot aanmelding ex artikel 88 EG na te komen.[254] Reeds om deze reden zou het verweer van de inspecteur strekkende tot toepassing van artikel 88 lid 3 EG door de nationale rechter afgewezen moeten worden.[255]

Zeker ook waar het staatssteun betreft, ligt die eigen ambtelijke verantwoordelijkheid ook niet voor de hand. Er is immers voorzien in procedures voor het aanmelden van steunmaatregelen, waarbij voor het inroepen van artikel 88 lid 3 EG door nationale ambtenaren geen plaats is ingeruimd.[256] Gebruik van de aangewezen procedures bevordert de efficiëntie van de Commissie bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de aangemelde faciliteit met de gemeenschappelijke markt.[257] Het is, zoals in voorgaande paragrafen reeds uitgebreid aan de orde kwam, volstrekt onwenselijk dat de nationale autoriteiten op alternatieve wijze, dat wil zeggen buiten deze procedure om, een aanzet tot de beoordeling van deze steunmaatregel zouden kunnen geven.

Inmiddels zijn prejudiciële vragen gesteld in een procedure waarin een Oostenrijkse inspecteur een arts de toepassing van een belastingfaciliteit onthield, omdat hij van mening was dat deze faciliteit als verboden staatssteun moest worden aangemerkt.[258] Naar aanleiding van de conclusie van advocaat-generaal Tizzano, laat Luja het belang van de volle werking van het gemeenschapsrecht prevaleren, waar hij schrijft:[259]

> 'Deze zaak is eigenlijk een schoolvoorbeeld van hoe de fiscus en de rechter zich dienen te gedragen als in wetgeving mogelijk een steunmaatregel schuil gaat.'

Toch bevredigt deze vaststelling ook de schrijver zelf niet. Hij voegt namelijk aan zijn vaststelling onmiddellijk de volgende opmerking toe:

> 'Maar de vraag is tegelijk of achter deze procedure niet een ander doel schuil gaat; de fiscus pareert namelijk het beroep van belanghebbende op nationale wetgeving die voor hem in gunstige zin afwijkt van de Zesde richtlijn met een beroep op het steunverbod.'

---

254. Zie hiervoor par. 5.1.3. Immers, niet uitgesloten kan worden dat de inspecteur een (processueel) voordeel zou kunnen behalen.
255. Zie ten aanzien van de doorwerking van beginselen van communautair recht in het nationale procesrecht nader par. 6.2 e.v.
256. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 41.
257. In de 'Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tossen nationale rechterlijke nstanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten' (95/C 312/07, opgenomen in PbEG 1995, C 312, p. 8) overweegt de Commissie in punt 25 zelfs: 'De toepassing van de voorschriften inzake aanmelding op het gebied van staatssteun is derhalve een essentieel onderdeel van de mogelijke rechtsvordering van particulieren en van ondernemingen.'
258. Conclusie A-G Tizzano 28 oktober 2004, zaak C-172/03 (Heiser), n.n.g.
259. R.H.C. Luja, Omzetbelasting, boetes en staatssteun, Weekblad 6607, 20 januari 2005, p. 54 e.v.

Helaas gaat de schrijver verder niet in op deze laatste, welhaast retorische vraag. Mogelijk zal de Gemeenschapsrechter te zijner tijd op dit punt duidelijkheid verschaffen.

### 5.4.4 *Samenwerking van de lijdelijke nationale rechter met de Commissie*

In het Nederlandse fiscale procesrecht geldt het uitgangspunt van de lijdelijkheid van de rechter. Meyjes, Van Soest, Van den Bergen en Van Gelderen omschrijven dit uitgangspunt als volgt:[260]

> 'Voorzover het geen punten betreft waar het hof ambtshalve op moet letten, is het hof *niet verplicht een onderzoek te doen naar feiten die niet zijn gesteld*. Gestelde feiten die door de wederpartij niet of niet voldoende zijn weersproken, komen daardoor vast te staan. In dit opzicht noemt men het hof wel *lijdelijk*.'

Hiervoor kwam aan de orde dat de nationale rechter zich in voorkomend geval genoodzaakt kan zien het begrip steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG uit te leggen. Daarbij kan de rechter niet alleen prejudiciële vragen stellen, maar ook de Commissie op bepaalde punten om opheldering verzoeken. In dat kader overwoog het Hof in het SFEI-arrest:[261]

> '50 De nationale rechterlijke instantie die twijfels heeft over de kwalificatie van de betrokken maatregelen als staatssteun, kan de Commissie om opheldering ter zake verzoeken. In haar bekendmaking van 23 november 1995 betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten (PB 1995, C 312, blz. 8), heeft de Commissie de nationale rechterlijke instanties uitdrukkelijk aangemoedigd met haar contact op te nemen wanneer zij met moeilijkheden worden geconfronteerd bij de toepassing van artikel 93 lid 3, van het Verdrag, en heeft zij gepreciseerd welk soort inlichtingen zij kan verstrekken. In dit verband zij erop gewezen, dat ingevolge het uit artikel 5 van het Verdrag voortvloeiend beginsel van loyale samenwerking tussen de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten (beschikking Hof van 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm., Zwartveld e.a., Jur. 1990, blz. I-3365, r.o. 17 en 18), de Commissie zo spoedig mogelijk dient te antwoorden op de verzoeken van de nationale rechterlijke instanties.'

In de beschikking *Zwartveld* waarnaar in de aangehaalde passage door het Hof wordt verwezen, oordeelde de Gemeenschapsrechter:[262]

---

260. Meyjes, Van Soest, Van den Bergen & Van Gelderen, a.w., p. 96-97. Zie ook Ch. J. Langereis, Fiscale rechtsbescherming, Fiscale Monografieën nr. 39, Deventer 1986, par. 9.3.5.3, p. 256, R.M.P.G. Niessen-Cobben, Behoorlijk fiscaal procesrecht, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 3, Arnhem 1995, p. 166.
261. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI e.a.), Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 50.
262. Beschikking van het HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 (Imm/Zwartveld), Jur. 1990, p. 3365, r.o. 17-18.

> 'In die rechtsgemeenschap worden de betrekkingen tussen de lidstaten en de gemeenschapsinstellingen ingevolge artikel 10 EG beheerst door het beginsel van loyale samenwerking. Dit beginsel verplicht niet enkel de lidstaten alle dienstige maatregelen te nemen om de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te waarborgen, zo nodig ook langs strafrechtelijke weg (arrest van 21 september 1989, zaak 68/88, Commissie/Griekenland, r.o. 23, Jur. 1989, blz. 2984), maar het verlangt ook, dat de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten over en weer loyaal samenwerken (arrest van 10 februari 1983, zaak 230/81, Luxemburg/Parlement, Jur. 1983, blz. 255, r.o. 37).
>
> 18 Deze verplichting van de gemeenschapsinstellingen tot loyale samenwerking is van bijzonder belang in de betrekkingen met de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten, die tot taak hebben te waken over de toepassing en de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde.'

Met betrekking tot de rol van de nationale rechter in dezen schrijft Barents:[263]

> 'Acht de nationale rechter het noodzakelijk om opheldering te verkrijgen over situaties ten aanzien waarvan alleen de Commissie bevoegd is, dan staat het hem vrij zich tot deze instelling te wenden. Dit kan het geval zijn als hij wordt geconfronteerd met een geschil tussen partijen bij een overeenkomst die valt onder artikel 81 lid 1, EG, hetgeen de vraag kan oproepen hoe het staat met een door partijen gedaan verzoek tot vrijstelling daarvan onder het derde lid van die bepaling. Hetzelfde geldt in het geval van steunmaatregelen, bijvoorbeeld of de betrokken lidstaat die maatregel heeft aangemeld en in welke stand zich het onderzoek van de Commissie bevindt. De Commissie is, binnen het kader van haar bevoegdheden, verplicht om aan dergelijke verzoeken tot informatie gehoor te geven (HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89, *Delimitis*, Jur. 1-935, r.o. 53). De Commissie heeft over deze samenwerking met de nationale rechter een aantal mededelingen gepubliceerd (Pb. 1995, C 312, 8).'

Op het eerste gezicht bezien lijken lijdelijkheid en de loyale samenwerking van artikel 10 EG met elkaar op gespannen voet te staan. Artikel 8:60 Awb voorziet echter in de mogelijkheid van het oproepen van getuigen, hetgeen ook ambtshalve door de rechter kan geschieden.[264] In dit licht bezien zou de rechter bij zijn de onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 87 EG ambtshalve de Commissie als *deskundige* kunnen raadplegen. Nu zelfs deskundigenbericht omtrent vragen van zuiver rechtskundige aard niet zijn uitgesloten, zal hiertegen geen bezwaar bestaan, mits de rech-

263. Zie Barents, a.w., p. 277.
264. Meyjes, Van Soest, Van den Bergen & Van Gelderen, a.w., p. 127. Zie ook Langereis, a.w., par. 9.3.5.3, p. 257 en Feteris, a.w., par. X.4.17.9, p. 339.

ter niet de beslissing omtrent het te beslechten geval aan de Commissie delegeert[265] en zolang de procespartijen de gelegenheid krijgen te reageren op het deskundigenbericht.[266] Gelet ook op het feit dat de Commissie een spoedige afhandeling van de verzoeken van nationale rechters nastreeft,[267] zal deze mogelijkheid in veel gevallen een praktisch alternatief kunnen blijken te zijn voor het inleiden van de inmiddels langjarige prejudiciële procedure.[268]

## 5.5 Inbreukprocedure

### 5.5.1 *Algemeen*

Hiervoor kwam aan de orde dat op basis van artikel 88 EG is voorzien in een bijzondere procedure voor de verenigbaarheid van nationale steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt. Deze bijzondere procedure staat los van de mogelijkheid die de Commissie heeft lidstaten ter zake van die regelingen rechtstreeks op grond van artikel 226 EG (inbreukprocedure) aan te spreken.[269] Beide procedures zijn echter niet vrij uitwisselbaar. Dat bleek in een procedure waarin de Commissie bij een Franse steunregeling de procedure van artikel 88 lid 3 EG opschortte en Frankrijk vervolgens op grond van artikel 226 EG aansprak wegens niet-nakoming van uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen.[270] Het Hof overwoog dat de Commissie die mogelijkheid weliswaar heeft, maar dat zij met laatstgenoemde procedure niet de onverenigbaarheid van de nationale regeling met de gemeenschappelijke markt kan vaststellen. Daartoe dient de met bijzondere waarborgen omgeven procedure van artikel 88 EG te worden gevolgd.

Ook wanneer de procedure van artikel 88 EG is gevolgd, kan de inbreukprocedure in zicht komen. Wanneer de Commissie negatief beschikt op de verenigbaarheid van een nationale maatregel, dan is de desbetreffende lidstaat gehouden binnen de daartoe gestelde termijn aan deze beschikking opvolging te geven. Deze beschikking

---

265. In de 'Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tossen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten' (95/C 312/07, opgenomen in PbEG 1995, C 312, p. 8) overweegt de Commissie in punt 30: 'De Commissie zal in haar antwoord niet ingaan op grond van de individuele zaak noch op de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt. Het door de Commissie gegeven antwoord is voor de nationale rechter niet bindend.' In het communautaire recht geldt iets dergelijks: zie GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01 (Valmont), n.n.g., te kennen uit AB 2005, nr. 37 m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, r.o. 72.
266. Meyjes, Van Soest, Van den Bergen & Van Gelderen, a.w., p. 131.
267. Zie de 'Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tossen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten' (95/C 312/07, opgenomen in PbEG 1995, C 312, p. 8), punt 31.
268. In de 'Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten' (95/C 312/07, opgenomen in PbEG 1995, C 312, p. 8) overweegt de Commissie in punt 30: 'In haar antwoord geeft de Commissie duidelijk aan dat haar standpunt voorlopig is en dat aan het recht van de nationale rechter om overeenkomstig artikel 177 aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen, in geen enkel opzicht afbreuk wordt gedaan.'
269. Zie R.H. Lauwaars & C.W.A. Timmermans, Europees recht in kort bestek, Deventer 2003, p. 268.
270. HvJ EG 30 januari 1985, zaak 290/83 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1985, p. 439, r.o. 17.

strekt niet steeds tot intrekking van de maatregel, maar kan ook tot aanpassing ervan strekken. Bovendien kan de Commissie de terugbetaling van reeds betaalde steun gelasten. Geeft de lidstaat niet of niet-tijdig opvolging aan deze beschikking, dan kan volgens de Gemeenschapsrechter 'de Commissie of iedere andere belanghebbende lidstaat zich in afwijking van de artikelen 226 en 227 rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden'.[271] In een dergelijk geval kan de aangesproken lidstaat geen ander verweer aanvoeren dan de volstrekte onmogelijkheid om de beschikking correct uit te voeren.[272] Overigens kan de lidstaat in de vaststelling dat van een dergelijke onmogelijkheid sprake is niet berusten. Het beginsel van loyale samenwerking verlangt namelijk dat, wanneer een lidstaat bij de uitvoering van een beschikking van de Commissie op 'niet-voorziene en onvoorzienbare moeilijkheden stuit, of zich bewust wordt van gevolgen die de Commissie niet voor ogen heeft gehad', deze problemen aan de Commissie voorlegt en daarbij passende wijzigingen van de betrokken beschikking dient voor te stellen om zo 'deze moeilijkheden te overwinnen'.[273]

### 5.5.2 *Inbreukprocedures en het staatssteun-verweer: misbruik van recht?*

In verschillende op artikel 226 EG gebaseerde procedures werd door de lidstaten als verweer tegen vermeende inbreuken op rechtstreeks werkende verdragsbepalingen als artikel 28 EG aangevoerd, dat de bestreden nationale maatregel geen met die verdragsbepaling strijdige maatregel vormde, maar eigenlijk een steunmaatregel was waarvan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht uitsluitend met toepassing van de op artikel 88 EG gebaseerde zou kunnen worden beoordeeld. Vanwege deze bijzondere procedure meenden de desbetreffende lidstaten dat de op artikel 226 EG gebaseerde vordering van de Commissie diende te worden afgewezen. De Gemeenschapsrechter dacht daar echter anders over en maakte korte metten met dit verweer. Want het feit dat een nationale maatregel eventueel als steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG zou kunnen worden aangemerkt, brengt, zoals ook hiervoor reeds bleek, volgens de Gemeenschapsrechter immers nog niet mee dat deze maatregel hierdoor aan de uit deze rechtstreeks werkende verdragsbepalingen voortvloeiende verboden zou worden onttrokken.

Opvallend is echter dat het Hof in deze arresten ook steevast gewag maakte van het feit dat de (vermeende) steunmaatregel niet overeenkomstig artikel 88 EG bij de Commissie was aangemeld.[274] Het lijkt mij dat het Hof had kunnen volstaan met de opmerking dat mogelijke toepassing van artikel 87 niet in de weg staat aan toepas-

---

271. HvJ EG 2 februari 1988, zaak 213/85 (Commissie/Nederland), Jur. 1988, p. 281, r.o. 6. Overigens kan de Commissie verzocht worden een dergelijke procedure in te leiden. Geeft de Commissie geen gevolg aan dat verzoek, dan staat hiertegen voor de verzoeker geen beroep open bij de Gemeenschapsrechter (Beschikking van 23 januari 1995, zaak T-84/94 (Bilanzbuchhalter/Commissie), Jur. 1995, p. II-101).
272. HvJ EG 4 april 1995, zaak C-350/93 (Commissie/Italië), Jur. 1995, p. I-699, r.o. 15.
273. Ibidem, r.o. 16.
274. HvJ EG 24 november 1982, zaak 249/81 (Commissie/Ierland), Jur. 1982, p. 4005, r.o. 19. HvJ EG 7 mei 1985, zaak 18/84 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1985, p. 1339, r.o. 13. HvJ EG 14 februari 1990, zaak 301/87 (Frankrijk/Commissie, Boussac Saint Frères), Jur. 1990, p. I-307, r.o. 11.

sing van bijvoorbeeld artikel 28 EG. Waarom wijst het Hof dan toch op het feit dat de lidstaat de regeling niet als steunmaatregelen bij de Commissie had aangemeld? Het lijkt erop dat ook dit voortvloeit uit het beginsel van misbruik van recht. Volgens de Gemeenschapsrechter kunnen justitiabelen die zich schuldig maken aan misbruik van recht, zich immers niet beroepen op het gemeenschapsrecht.[275] Dit is echter precies wat de desbetreffende lidstaten voor ogen stond: hoewel de steunmaatregel niet was aangemeld, beriepen deze lidstaten zich op het feit dat deze procedure gevolgd had moeten worden en alsnog gevolgd moet worden, om zichzelf zodoende van hun uit artikel 226 EG voortvloeiende aansprakelijkheden te bevrijden. Het beginsel van misbruik steekt hier een stokje voor. Het voorkomt dat lidstaten zich bij een inbreukprocedure, bijvoorbeeld wegens een met artikel 28 EG strijdige nationale regeling, zouden kunnen verschuilen achter de procedure voor beoordeling van staatssteun. Dit gevaar dreigt, nu, zoals ook in de voorgaande paragraaf aan de orde kwam, de procedure van artikel 88 EG met eigen waarborgen is omgeven, waarbij ook het Hof een andere rol speelt. Zouden de procedures van artikel 226 en artikel 88 EG door elkaar heen gaan lopen, dan zou een juiste rechtsbedeling onvermijdelijk in het gedrang komen.

275. Zie HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-367/96 (Kefalas), Jur. 1998, p. I-2843, r.o. 20.

# Deel III Doorwerking van het formele recht op het gebied van staatssteun in het nationale (fiscale) recht

# 6 Terugvordering en rechtsbescherming

## 6.1 Afzien van terugvorderen van onverenigbare staatssteun

### 6.1.1 *Terugvordering van onverenigbare staatssteun: aanvullende werking van het nationale recht*

Hiervoor kwam reeds zijdelings aan de orde dat de Commissie door middel van de op grond van artikel 88 lid 2 EG te nemen beschikking de terugvordering kan gelasten van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregelen. Aan deze bevoegdheid is nader invulling gegeven door middel van artikel 14 van de Procedurele verordening.[276] Uit deze bepaling, die een codificatie vormt van rechtspraak van het Hof,[277] blijkt dat de invulling van de materiële en formele procedures en bepalingen betreffende de terugvordering van onverenigbare staatssteun aan de lidstaten wordt overgelaten. In dat kader overwoog het Gerecht van eerste aanleg bijvoorbeeld in het Siemens-arrest:[278]

> '84 Aangezien artikel 2 van de beschikking (...) verwijst naar "de procedures en bepalingen van Belgisch recht" ter zake, blijft de wijze van uitvoering van de beschikking in casu uitdrukkelijk onder de vigeur van het nationale recht. Dat de Commissie in de bestreden beschikking een eventuele vermindering van het terug te vorderen bedrag met de over de toegekende steun betaalde belasting niet uitdrukkelijk heeft vermeld, vormt geen beletsel, dat de Belgische autoriteiten op het tijdstip van tenuitvoerlegging van de beschikking rekening houden met de door Siemens over het terug te vorderen steunbedrag betaalde belasting.

276. Verordening (EG) nr. 659/1999.
277. HvJ EG 21 mei 1987, gevoegde zaken 133-136/85 (Walter Rau), Jur. 1987, p. 2289, r.o. 11 en HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 12.
278. GvEA 8 juni 1995, zaak T-459/93 (Siemens), Jur. 1995, p. II-1675, r.o. 84-85.

85 Overeenkomstig de tekst van de beschikking kan verzoekster zich dus in voorkomend geval voor de bevoegde nationale autoriteiten beroepen op alle eventuele financiele nadelen of discriminaties waartoe terugbetaling van het nominale bedrag van de toegekende steun aanleiding zou kunnen geven.'

Het beginsel dat de bepalingen en formaliteiten benodigd voor de toepassing van het gemeenschapsrecht aan de afzonderlijke lidstaten worden overgelaten, wordt ook wel aangeduid met de term *procedurele autonomie*.[279] Omdat deze nationale procesrechtelijke bepalingen en formaliteiten dienen om uitvoering te geven aan uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten en verplichtingen, krijgen deze nationale bepalingen van procesrecht daardoor het karakter van 'aanvullend recht' in de zin van het Ferwerda-arrest.[280] Zoals hierna aan de orde zal komen, heeft dit tot gevolg dat de vrijheid om in dergelijke bepalingen te voorzien niet onbeperkt is, maar wordt begrensd door beginselen van communautair recht.

### 6.1.2 *Procedurele autonomie en de communautaire begrenzing daarvan*

Ingevolge het beginsel van 'procedurele autonomie' zijn lidstaten in voorkomend geval gehouden, overeenkomstig de in de desbetreffende lidstaat geldende nationale procedures en processuele beginselen, onverwijld tot terugvordering van onverenigbare steun over te gaan. Dit betekent echter niet dat de lidstaten geheel vrij zijn in het stellen van de voorwaarden voor en beperkingen aan deze terugvordering.[281] De procedurele autonomie van de lidstaten wordt namelijk door het communautaire recht in belangrijke mate ingeperkt. Zo moet een procedure tot terugvordering voldoen aan het *beginsel van effectieve rechterlijke controle*.[282] Dit beginsel is een van de grondbeginselen van de Europese Gemeenschap die ten grondslag liggen aan het constitutionele erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben.[283] Het beginsel vereist een *effectieve toegang* tot een (nationale) rechter.[284] Hiervan is sprake wanneer justitiabelen de mogelijkheid wordt geboden om aan het communautaire recht ontleende rechten daadwerkelijk en binnen een redelijke termijn in rechte te kunnen doen

279. HvJ EG 15 december 1971, gevoegde zaken 51/71 t/m 54/71 (International Fruit Company), Jur. 1971, p. 331, r.o. 4. Zie nader over het beginsel van de 'procedurele autonomie' Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 448 e.v. Zie ook J.A.R. van Eijsden, De schadevergoeding ter zake van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde belasting; grenzen aan de formele rechtskracht, Weekblad, nr. 6551 en De invloed van jurisprudentie van het HvJ EG op het formele belastingrecht (I), Weekblad, nr. 6588, 2004, p. 1143, G.J. van Slooten, Zijn niet-onredelijke beroepstermijnen wel doeltreffend?, Weekblad nr. 6568, 2004, p. 389 en de bijdrage van M.P. van Scheijndel in de jubileumbundel 'Alle wegen leiden naar Brussel, 50 jaar NOB, 50 jaar Europese jurisprudentie en wetgeving', Amsterdam 2004, p. 259 e.v.
280. HvJ EG 5 maart 1978, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617, r.o. 12.
281. Van Scheijndel, a.w., p. 260 schrijft: 'De procedurele autonomie eindigt daar waar de gemeenschapstrouw begint.'
282. Zie Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven, a.w., p. 83.
283. HvJ EG 22 september 1998, zaak C-185/97 (Coote), Jur. 1998, p. I-5199, r.o. 20 en 21 en GvEA 17 juli 1998, zaak T-111/96 (Promedia), Jur. 1998, p. 1998, p. II-2937, r.o. 60.
284. HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (Johnston), Jur. 1886, p. 1651, r.o. 17 en 18. Dit beginsel is ook van toepassing op de handelingen van gemeenschapsinstellingen, met dien verstande dat in dat geval de Gemeenschapsrechter bevoegd is (GvEA 27 juni 1995, zaak T-186/94 (Guerin Automobiles), Jur. 1995, p. II-1753, r.o. 23).

gelden. Of van een dergelijke effectieve toegang sprake is, kan door de Gemeenschapsrechter worden getoetst.[285] Daartoe beoordeelt de rechter of de rechtsgang voldoet aan de vereisten die daaraan door enerzijds het *gelijkwaardigheidsbeginsel* en anderzijds het *doeltreffendheidsbeginsel* worden gesteld.

### *6.1.3 Het gelijkwaardigheidsbeginsel*

Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen beroepsgang en procesregels voor op het communautaire recht gebaseerde vorderingen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.[286] Of anders gezegd: het nationale procesrecht dient aan justitiabelen met een communautaire vordering ten minste gelijke kansen te geven als aan justitiabelen met een aan het nationale recht ontleende vordering. Waar het de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven belastingen betreft, valt hier nog een voorstelling bij te maken. Maar hoe werkt dit uit bij de terugvordering van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun? Wie moet ten minste gelijke kansen hebben en waarop moet die gelijkheid betrekking hebben? Deze vragen lijken beantwoord te kunnen worden aan de hand van het Deutsche Milchkontor-arrest.[287] In dit arrest oordeelde het Hof met betrekking tot *het gelijkwaardigheidsbeginsel*:

> '(B)ij de toepassing van de nationale wettelijke regeling (mag) geen onderscheid worden gemaakt vergeleken met procedures ter beslissing van soortgelijke, doch zuiver nationale geschillen. Enerzijds moeten de nationale autoriteiten op dit gebied met dezelfde zorgvuldigheid te werk gaan en volgens modaliteiten die de invordering van de betrokken bedragen niet moeilijker maken dan in vergelijkbare gevallen die uitsluitend betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van overeenkomstige nationale rechtsvoorschriften. Afgezien van de voornoemde uitsluiting van een discretionaire bevoegdheid inzake de vraag of de terugvordering doelmatig is, mogen anderzijds de verplichtingen die de nationale wettelijke regeling oplegt aan ondernemingen waaraan ten onrechte financiële voordelen krachtens het gemeenschapsrecht zijn toegekend, niet zwaarder zijn dan die welke rusten op ondernemingen die ten onrechte soortgelijke voordelen op grond van het nationale recht hebben ontvangen; dit veronderstelt evenwel dat de twee categorieën begunstigden zich in een vergelijkbare situatie bevinden en een verschillende behandeling derhalve objectief niet te rechtvaardigen is.'

---

285. HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (Rewe), Jur. 1977, p. 1989 en zaak 45/76 (Comet), Jur. 1976, p. 2043.
286. HvJ EG 27 maart 1980, gevoegde zaken 66/79 en 127-128/79 (Salumi), Jur. 1980, p. 1237, r.o. 21 en HvJ EG 17 november 1998, zaak C-228/96 (Aprile), Jur. 1998, p. I-7141, r.o. 18 en 20-21. Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven, a.w., p. 77 e.v. Dit beginsel verlangt echter niet dat de lidstaat steeds de meest gunstige rechtsgang openstelt (HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96 (Edis), Jur. 1998, p. I-04951). De rechtsgang mag echter niet ongunstiger zijn dan die van toepassing is op soortgelijke nationale vorderingen.
287. HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 23.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist derhalve dat op de begunstigden van de terug te vorderen onverenigbare staatssteun, geen zwaardere verplichtingen drukken dan het geval zou zijn bij de terugvordering van vergelijkbare nationale vorderingen. Daarbij moet de nationale rechter volgens de Gemeenschapsrechter een objectief onderzoek doen naar 'zowel het voorwerp als de voornaamste kenmerken' van de vorderingen waarvan wordt gesteld dat het vergelijkbare vorderingen zijn'.[288] Deze vorderingen moeten daarbij in hun context worden bezien. Daarbij kan overigens niet reeds op grond van het feit dat op de beide vorderingen dezelfde procedurevoorschriften van toepassing zijn, worden geconcludeerd dat de procedure voldoet aan het gelijkwaardigheidsbeginsel. In plaats daarvan moet bijvoorbeeld ook worden bezien of een justitiabele in de communautaire rechtsgang niet bijvoorbeeld hogere kosten moet maken of striktere termijnen moet naleven.

### *6.1.4 Het doeltreffendheidsbeginsel*

Op grond van *het beginsel van doeltreffendheid* mag het nationale recht het voor justitiabelen niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken om hun aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten te doen gelden.[289] Zo moet bijvoorbeeld een recht op teruggaaf van in strijd met het communautaire recht betaalde (nationale) belasting daadwerkelijk en binnen een redelijke termijn kunnen worden uitgeoefend.[290] Wat het nationale procesrecht betreft, betekent dit dat een justitiabele zich binnen een redelijke termijn ten overstaan van een nationale rechter daadwerkelijk op zijn aan het communautaire recht ontleende rechten moet kunnen beroepen.[291]

In lijn met het beginsel van effectieve rechterlijke controle kent het doeltreffendheidsbeginsel twee aspecten:[292]

- Allereerst moet er een adequate beroepsgang zijn die een justitiabele de mogelijkheid biedt een beroep te doen op zijn recht op beroep.[293]
- Daarnaast moet de geboden beroepsgang ook zodanig zijn dat deze een justitiabele een reële mogelijkheid geeft zijn aan het communautaire recht ontleende recht te doen gelden.[294]

---

288. HvJ EG 1 december 1998, zaak C-326/96 (Levez), Jur. 1998, p. I-7835, r.o. 39 en 43. HvJ EG 16 mei 2000, zaak C-78/98 (Shirley Preston), Jur. 2000, p. I-3201, r.o. 49-52.
289. HvJ EG 27 februari 2003, zaak C-327/00 (Santex), Jur. 2003, p. I-1877, r.o. 50.
290. Bijvoorbeeld HvJ EG 9 november 1989, zaak 386/87 (Bessin et Salson), Jur. 1989, p. 3551.
291. HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (Peterbroeck), Jur. 1995, p. I-4599, r.o. 12.
292. HvJ EG 27 februari 2003, zaak C-327/00 (Santex), Jur. 2003, p. I-1877, r.o. 57.
293. HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (Johnston), Jur. 1886, p. 1651, r.o. 17 en 18.
294. Overigens lijkt de Gemeenschapsrechter ervan uit te gaan dat de verplichting tot het voorzien in een adequate rechtsgang niet los gezien moet worden van zekere minimumvereisten waaraan in de nationale rechtsorde geïmplementeerde regelgeving moet voldoen om contribuabelen ook daadwerkelijk in de gelegenheid te stellen de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten (en plichten) te kunnen doen gelden (zie met betrekking tot dit aspect van het rechtszekerheidsbeginsel HvJ EG 2 december 1986, zaak 239/85 (Commissie/België), Jur. 1986, p. 3645, r.o. 7).

Voldoet een nationale rechtsgang niet aan deze vereisten, bijvoorbeeld doordat processuele beginselen of bepalingen van nationaal procesrecht of bestuurlijke praktijken in een lidstaat het een justitiabele onmogelijk maken daadwerkelijk en binnen een redelijke termijn zijn aan het communautaire recht ontleende rechten te doen gelden, dan is de nationale rechter verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen. Want hoewel de rechter de nationale bepalingen van procesrecht zo veel mogelijk gemeenschapsrechtconform moet uitleggen,[295] moet hij deze nationale bepalingen niettemin buiten toepassing laten, wanneer de toepassing ervan tot een resultaat zou leiden dat strijdig is met het gemeenschapsrecht in het algemeen en met het doeltreffendheidsbeginsel in het bijzonder.[296]

## 6.2 Gemeenschapsrechtconforme uitleg van het nationale procesrecht

Hiervoor werd gesproken over gemeenschapsrechtconforme uitleg van bepalingen van nationaal recht. Bovendien werd aangegeven dat de nationale rechter in voorkomend geval het nationale recht zelfs geheel buiten toepassing moet laten wanneer alleen langs deze weg een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat kan worden voorkomen. Welnu, wat betekent dit? Betekent dit dat wanneer een contribuabele teruggave van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde nationale belastingen vordert, de rechter gehouden is deze terugbetaling te bewerkstelligen, daarbij zo nodig buiten toepassing latende alle nationale bepalingen en beginselen die aan die terugbetaling in de weg zouden kunnen staan? En hoe zit het met de terugvordering van onverenigbare staatssteun? Geldt hier, *mutatis mutandis*, hetzelfde? Is de nationale rechter slechts een loket waar iedere op het communautaire recht gebaseerde vordering kan worden betekend en de (terug)betaling kan worden gedaan, respectievelijk in ontvangst genomen kan worden?

Om deze vragen te beantwoorden, keer ik terug naar de procedurele autonomie. In de literatuur is in het kader van de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven nationale belastingen in de afgelopen tijd uitgebreid stilgestaan bij de verhouding tussen de Nederlandse administratief rechtelijke beroepstermijn van zes weken enerzijds en de communautaire rechtspraak op het gebied van redelijke beroeps- en vervaltermijnen anderzijds.[297] Zoals ook Van Scheijndel schrijft,[298] kan

---

295. HvJ EG 26 september 2000, zaak C-262/97 (Engelbrecht), Jur. 2000, p. I-7321, r.o. 39. Een species van dit genus is de verplichting tot richtlijnconforme uitleg van nationaal recht ter implementatie van communautaire (HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89 (Marleasing), Jur. 1990, p. I-4135, r.o. 8).
296. HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (Simmenthal), Jur. 1978, p. 629, r.o. 24. Zie voor een recent voorbeeld hiervan: ABRvS 10 november 2004, rolnr. 200304823/1, AB 2004, nr. 40 m.nt. J.M. Verschuuren, r.o. 2.4.2.
297. J.J.P. Swinkels, De teruggaaf van in strijd met het Europees recht betaalde Nederlandse belasting, Weekblad nr. 2003/6538 en G.J. van Slooten, Zijn niet-onredelijke beroepstermijnen wel doeltreffend?, Weekblad 2004/6568. J.A.R. van Eijsden, De invloed van recente jurisprudentie van het HvJ EG op het formele belastingrecht, Weekblad 2004/6588, p. 1143 e.v. en Weekblad 2004/589, p. 1183 e.v. Zie ook HR 23 januari 2004, rolnr. 38.653, AB 2004/258 m.nt. Widdershoven.
298. Van Scheijndel, a.w., p. 259 e.v.

de Nederlandse termijn van zes weken, die overigens 'magertjes afsteekt' bij de termijnen tot vijf jaar zoals deze in andere lidstaten worden gehanteerd,[299] slechts in overeenstemming worden gebracht met het gemeenschapsrecht wanneer het rechtsoordeel vervat in de Rewe- en Comet-arresten zeer strikt wordt opgevat. In deze laatste arresten oordeelde het Hof namelijk:[300]

> '(...) Het is dan ook, bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling, een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen;
>
> (...) Bij ontbreken van (...) harmonisatiemaatregelen moeten de in het gemeenschapsrecht toegekende rechten worden uitgeoefend voor de nationale rechter met inachtneming van de door het nationale recht vastgestelde vereisten;
>
> Dit zou slechts anders zijn, indien deze vereisten en termijnen het in de praktijk onmogelijk zouden maken rechten uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven; (...)'

Uit deze passage blijkt onmiskenbaar dat bij de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven belastingen *het gelijkwaardigheidsbeginsel* het uitgangspunt is. Een nationale rechtsgang die gelijkwaardig is, voldoet in beginsel aan de communautaire vereisten die daaraan door het gemeenschapsrecht worden gesteld, tenzij deze rechtsgang niet aan *het doeltreffendheidsbeginsel* voldoet.[301] Dit laatste beginsel geldt derhalve als een 'ondergrens'. Anders gezegd: de (gelijkwaardige) aanvullendrechtelijke bepalingen van nationaal procesrecht blijven *slechts dan* buiten toepassing wanneer de toepassing daarvan strijdigheid met het *communautaire doeltreffendheidsbeginsel* tot gevolg zou hebben. Concreet voorbeeld van een geval waarin het nationale procesrecht moest wijken voor het gemeenschapsrecht, kan allereerst worden gevonden in het Fingruth-arrest.[302] Zoals in paragraaf 6.4.2 aan de orde zal komen, was daarnaast iets dergelijks ook aan de orde in het kort na het Fingruth-arrest gewezen (en geruchtmakende) Emmott-arrest.[303]

---

299. Zie punt 5.13 van de conclusie van A-G Wattel van 18 september 2003 bij HR 23 januari 2004, nr. 38.653, AB 2004/258 m.nt. Widdershoven.
300. HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (Comet), Jur. 1976, p. 2043, r.o. 13-16. HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (Rewe), Jur. 1976, p. 1989, r.o. 5.
301. Ook in HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 32 brengt het Hof de nuancering van het doeltreffendheidsbeginsel aan op het gelijkwaardigheidsbeginsel.
302. HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 129/87 (Fingruth), Jur. 1988, p. 6121, r.o. 15. Hierbij moet echter worden gewezen op het feit dat het Hof in deze procedure niet aan het doeltreffendheidsbeginsel toetste, maar, in plaats daarvan, de nationaalrechtelijke vervaltermijn liet wijken voor het vertrouwen dat een justitiabele aan het volgen van een bepaalde procedure van rechtstreeks werkend communautair recht mocht ontlenen (volle werking van het gemeenschapsrecht).
303. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90 (Emmott), Jur. 1991, p. I-4269.

## 6.3 Begrenzing van de procedurele autonomie en terugvordering van onverenigbare staatssteun

Het is vaste rechtspraak van de Gemeenschapsrechter dat de terugvordering van onverenigbare staatssteun moet geschieden volgens de daartoe geëigende nationale procedures.[304] Zoals hiervoor aan de orde kwam, moeten deze nationale procedures voldoen aan het *gelijkwaardigheidsbeginsel* enerzijds en het *doeltreffendheidsbeginsel* anderzijds. Wanneer artikel 14 van de Procedurele verordening met deze beide laatste begrippen wordt bezien, dan blijken de door deze beide beginselen gestelde vereisten in deze bepaling te zijn vervat. Zo vormt het vereiste dat 'de terugvordering volgens de nationaal rechtelijke procedures van de betrokken lidstaat dient te geschieden' een uitvloeisel van *het gelijkwaardigheidsbeginsel*. Tegelijkertijd geven de volgende vereisten invulling aan *het doeltreffendheidsbeginsel*:

1. Deze nationaalrechtelijke procedures dienen een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie mogelijk te maken.
2. Daartoe nemen de betrokken lidstaten in geval van een procedure voor een nationale rechterlijke instantie en rechtbank alle nodige maatregelen.
3. 'Alle nodige maatregelen' omvatten mede voorlopige maatregelen, waarover de lidstaten binnen hun nationale rechtsstelsel beschikken om onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie te bereiken.
4. Deze maatregelen doen geen afbreuk aan de communautaire wetgeving.

Beoogt artikel 14 met dit laatste vereiste aan te geven dat het doeltreffendheidsbeginsel een 'ondergrens' vormt? En hoe verhoudt zich deze bepaling tot het oordeel van het Hof in de BUG-Alutechnik-[305] en Alcan Deutschland-arresten[306] alwaar het Hof oordeelde dat 'het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking moet 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'? In de volgende paragraaf zal hier nader op worden ingegaan.

---

304. HvJ EG 21 maart 1990, zaak 142/87 (België/Commissie, Tubemeuse), Jur. 1990, p. I-959, r.o. 61, HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 12 en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 24. Overigens is bij terugvordering de onverenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt een gegeven. Of in voorkomend geval van terugvordering kan worden afgezien, kan derhalve niet aan de criteria getoetst worden die gelden voor de beoordeling van die verenigbaarheid. Een andere opvatting lijkt Kors te zijn toegedaan. Hij acht het in zijn commentaar bij NTFR 2003/997 'opvallend, dat Nederlandse argumenten die bij de toetsing van het CFA-regime aan art. 87 lid 1 van het Verdrag resoluut door de Commissie van de hand zijn gewezen, wel door de Commissie worden gehanteerd ter onderbouwing van het gewettigd vertrouwen en zelfs voor de noodzaak van een overgangsperiode'.
305. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 19.
306. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 24.

## 6.4 Alle nodige maatregelen als uiting van het doeltreffendheidsbeginsel als 'ondergrens'?

### 6.4.1 *Een uitputtende regeling laat geen ruimte voor het vertrouwensbeginsel*

Zoals ook hiervoor in paragraaf 5.5.1 aan de orde kwam, kan een lidstaat slechts van terugvordering van onverenigbare staatssteun afzien wanneer deze terugvordering 'volstrekt onmogelijk' is. Wanneer is hiervan sprake? Deze vraag kwam aan de orde in het BUG-Alutechnik-arrest.[307] Op het verweer van de Duitse regering dat een regel van Duits procesrecht de terugvordering volstrekt onmogelijk zou maken, antwoordde het Hof dat:

> '(...) Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een lidstaat zich immers niet ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van in het gemeenschapsrecht besloten liggende verplichtingen beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties.
>
> 19 Met name moet een 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.'

Blijkens het slot van de aangehaalde passage moet het gemeenschapsrecht in overeenstemming met *het doeltreffendheidsbeginsel* worden toegepast en 'moet het belang van de gemeenschap ten volle in aanmerking worden genomen'. Voordien was reeds in het Balkan-Import-Export-arrest[308] de vraag aan de orde gekomen of van de door het nationale recht beheerste navordering van monetair compenserende bedragen kon worden afgezien op grond van een aan dat nationale recht ontleende billijkheidsbepaling. Het Hof oordeelde dat daarvan:[309]

> '(...) geen sprake kan zijn zodra daardoor in de draagwijdte van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen betreffende de grondslag, de heffingsvoorwaarden en het bedrag van een door dat gemeenschapsrecht voorziene belasting wijziging wordt gebracht'.

Nadien werd de Gemeenschapsrechter verzocht zich in het Ferwerda-arrest uit te spreken over de vraag of een nationaal rechtszekerheidsbeginsel, dat in de weg zou staan aan terugbetaling van ten onrechte verleende exportrestituties, afbreuk zou kunnen doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht.[310] Het Hof

---

307. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 18-19.
308. HvJ EG 28 juni 1977, zaak 118/76 (Balkan-Import-Export), Jur. 1977, p. 1177, r.o. 5.
309. Zie ook HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 19, van 2 februari 1989, zaak 94/87 (Commissie/Duitsland), Jur. 1989, p. 175, r.o. 12 en van 13 juni 2002, zaak C-382/99 (Grenspomphouders), Jur. 2002, p. I-5163, r.o. 90.
310. Zie omtrent de 'volle werking' van het gemeenschapsrecht Barents, a.w., p. 83 e.v.

borduurde verder op de met het Balkan-Import-Export-arrest gekozen invalshoek en oordeelde dat dit niet het geval is, want:[311]

> '15 Te dezen moet worden opgemerkt, dat geen enkele overweging die op grond van een der wettelijke regelingen van de lidstaten wordt of kan worden afgeleid uit een beginsel van rechtszekerheid, zonder meer een beletsel kan vormen voor een vordering tot terugbetaling van communautaire financiële voordelen die onverschuldigd zijn betaald. In elk concreet geval moet worden onderzocht, of die toepassing niet de grondslag aantast van de bepaling die deze terugvordering voorschrijft, en tot gevolg heeft dat de vordering praktisch onmogelijk wordt gemaakt. (...)
>
> 17 Hoewel het niet aan het Hof van Justitie staat, in het kader van een prejudiciële procedure de betrokken nationale bepaling uit te leggen of de juiste strekking ervan vast te stellen, moet toch worden opgemerkt dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht het niet tegen een algemeen beginsel van dit recht indruist wanneer toepassing wordt gegeven aan een aan het nationale recht ontleend beginsel van rechtszekerheid, ingevolge waarvan onverschuldigd toegekende financiële voordelen niet kunnen worden teruggevorderd indien de gemaakte vergissing niet te wijten is aan door de begunstigde verstrekte onjuiste gegevens, of indien, ondanks onjuiste, zij het te goeder trouw verstrekte gegevens, de vergissing gemakkelijk kon worden voorkomen.'

Toch is ook hier sprake van een 'ondergrens' want, zo vervolgt het Hof in r.o. 18:[312]

> '(Er) blijft evenwel te onderzoeken of artikel 6 van verordening nr. 1957/69, en inzonderheid lid 5 van dit artikel, waarvan uitlegging wordt gevraagd, een bijzondere bepaling vormt waarvoor de verwijzing naar het nationale recht niet geldt en die daarvoor een communautaire regel in de plaats stelt, inhoudende dat de begunstigde onvoorwaardelijk verplicht is de abusievelijk aan hem toegekende restitutie terug te betalen.'

Deze laatste, aanvullende voorwaarde is een belangrijke nuancering op eerdere rechtspraak waar in het Balkan-Import-Export-arrest nog naar werd verwezen. In die oudere rechtspraak kwam het Hof namelijk steeds tot het oordeel dat de mogelijkheden voor het afzien van na- of terugvordering bij uitsluiting dienden te worden beoordeeld aan de hand van (aanvullend) nationaal recht.[313] Overigens kwam het Hof in het Ferwerda-arrest bij het onderzoek of de desbetreffende regeling voor terugbetaling een dwingende en in dat geval uitputtende communautaire regeling betrof, dat wil zeggen een regeling waarbij geen (of niet langer) ruimte bestaat voor

---

311. HvJ EG 5 maart 1978, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617, r.o. 18. Net als het arrest HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, had dit arrest betrekking op verordening (EEG) nr. 729/70.
312. De vraag is of verordening (EEG) nr. 1957/69 een dergelijke uitputtende regeling kon bevatten. Hoewel het Hof daar kennelijk wel van uitging, staat het geenszins vast dat de terugvordering van de restituties wel tot de exclusieve communautaire bevoegdheden behoorde.
313. HvJ EG 25 oktober 1972, zaak 96/71 (Haegeman), Jur. 1972, p. 1005, r.o. 7, HvJ EG 4 april 1974, gevoegde zaken 178-180/73 (Belgische Staat/Luxemburg), Jur. 1974, p. 383, r.o. 17 en HvJ EG 5 mei 1977, zaak 110/76 (Pretore te Cento/X), Jur. 1977, p. 851, r.o. 6.

de aanvullende werking van het nationale recht, uiteindelijk tot de conclusie dat dat in die procedure niet zo was. Dit was anders in het BUG-Alutechnik-arrest. In deze procedure stuitte de Gemeenschapsrechter wel op een dergelijke dwingende communautaire bepaling.[314] Met betrekking tot artikel 88 EG oordeelde het Hof dat van een rechtens te beschermen vertrouwen geen sprake kan zijn, wanneer de door deze bepaling voorgeschreven procedure voor aanmelding bij de Commissie niet is gevolgd. Het Hof oordeelde:[315]

> '14 (...) 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 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.
>
> 15 Bovendien heeft de Commissie de potentiële ontvangers van staatssteun in een in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen gepubliceerde mededeling gewezen op de onzekere aard van onwettig toegekende steun, dat wil zeggen op het risico dat zij gedwongen worden om deze terug te betalen (PB 1983, C 318, blz. 3).
>
> 16 Uiteraard valt niet uit te sluiten, dat de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten. In een dergelijk geval staat het aan de nationale rechter, zo die wordt aangezocht, de omstandigheden van het geval te beoordelen, eventueel na het Hof van Justitie prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld.
>
> 17 Een lidstaat wiens instanties een steun in strijd met de procedureregels van artikel 88 hebben toegekend, kan zich daarentegen niet op het gewettigd vertrouwen van de ontvangers van de steun beroepen om zich te onttrekken aan zijn verplichting, de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen. Zou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 87 en 88 elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onwettig gedrag zouden kunnen beroepen om door de Commissie op grond van deze verdragsartikelen gegeven beschikkingen elke werking te ontnemen.'

---

314. Met dit oordeel rekent het Hof de terugvordering van onverenigbare staatssteun kennelijk tot een rechtstreeks uit het EG-Verdrag voortvloeiende exclusieve communautaire bevoegdheid. Blijkens de preambule van Verordening (EEG) nr. 1697/79 kon de navordering van ten onrechte niet betaalde douanerechten, de heffing waarvan tot de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap behoort en welke rechten deel uit maken van de eigen middelen van de Gemeenschap, slechts worden gebaseerd op (het huidige) art. 308 EG.
315. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 14-17. In dezelfde zin bijvoorbeeld ook HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Italië/Commissie), n.n.g., r.o. 76 en 86 en GvEA 5 augustus 2003, gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01, Jur. 2003, p. II-2957, r.o. 201.

Ondanks dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsbeginselen, om reden waarvan dit door de nationale autoriteiten bij de toepassing van het gemeenschapsrecht in acht genomen zou moeten worden, moet op grond van het voorgaande worden geconcludeerd dat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden,[316] voor een rechtens te beschermen vertrouwen geen ruimte bestaat wanneer bij het verlenen van staatssteun ten onrechte niet de procedure van artikel 88 EG werd gevolgd.[317]

### 6.4.2 *Het doeltreffendheidsbeginsel en het trio BUG-Alutechnik, Fingruth en Emmott*

Hiervoor concludeerde ik in paragraaf 6.2 dat de aanvullendrechtelijke bepalingen van nationaal procesrecht *slechts dan* buiten toepassing blijven, wanneer toepassing ervan tot strijdigheid met het *communautaire doeltreffendheidsbeginsel* zou leiden.[318] Als voorbeeld van een dergelijk geval wees ik op het Fingruth-arrest. Ook in het Emmott-arrest was de situatie aan de orde waarin Emmott rechten wenste te ontlenen aan een niet-tijdig geïmplementeerde, rechtstreeks werkende richtlijnbepaling.[319] De uitoefening van deze rechten werd haar evenwel onmogelijk gemaakt door een nationale bestuurspraktijk.[320] Het Hof oordeelde:

> '18 Volgens artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, maar wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen. Hoewel deze bepaling de lidstaten vrij laat bij de keuze van de middelen en wegen voor de uitvoering van de richtlijn, doet deze vrijheid niet af aan de verplichting van elke lidstaat om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren (zie arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, Jurispr. 1984, blz. 1891).'

Mede op basis van dit fundament kwam het Hof tot een oordeel dat nadien moest worden genuanceerd.[321] Anders dan uit dit arrest leek voort te vloeien, bedoelde het Hof met het arrest niet tot uitdrukking te brengen dat iedere gebrekkige richtlijnimplementatie reeds tot gevolg zou hebben dat beroepstermijnen niet zouden gaan lopen totdat deze implementatie alsnog perfect zou zijn geworden. Het Hof oordeelde namelijk in het Steenhorst-Neerings-arrest:[322]

---

316. Zie met betrekking tot het vertrouwensbeginsel HvJ EG 26 april 1988, zaak 316/86 (Kruecken), Jur. 1988, p. 2213, r.o. 22. Zie overigens hiervoor par. 6.5.2.
317. Zie ook HvJ EG 24 februari 1987, zaak 310/85 (Deufil), Jur. 1987, p. 901, r.o. 24-25 en GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g.
318. In dezelfde zin A-G Wattel in diens conclusie bij HR 23 november 2004, nr. 38.701, punt 7.8 e.v.
319. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90 (Emmott), Jur. 1991, p. I-4269.
320. Ibidem, r.o. 12-14.
321. Zie bijv. HvJ EG 15 september 1998, gevoegde zaken C-279/96, C-280/96 en C-281/96 (Ansaldo), Jur. 1998, p. I-5025, r.o. 25-26. Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven, a.w. en Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 454.
322. HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91 (Steenhorst Neerings), Jur. 1993, p. I-5475.

> '22 Vervolgens moet worden opgemerkt, dat het verval van recht, voortvloeiend uit het verstrijken van beroepstermijnen, beantwoordt aan de noodzaak te voorkomen dat de wettigheid van administratieve beslissingen te allen tijde kan worden aangetast. Blijkens het arrest Emmott weegt deze noodzaak echter niet op tegen de noodzaak de rechten die een particulier ontleent aan de rechtstreekse werking van de bepalingen van een richtlijn, te beschermen, zolang de gebrekkige lidstaat van wie de beslissingen uitgaan, deze bepalingen niet naar behoren in nationaal recht heeft omgezet.'

Blijkens dit laatste oordeel beoogde het Hof in het Emmott-arrest een afweging te maken tussen het belang van het handhaven van de procedurele autonomie enerzijds en het feit dat de lidstaat bij de implementatie zijn verplichtingen niet was nagekomen. In dit licht bezien valt te begrijpen waarom niet iedere schending van gemeenschapsrecht een doorbreking van de procedurele autonomie oplevert: zo tast schending van het rechtstreekse werkende verbod op fiscale discriminatie als vervat in artikel 90 EG, de procedurele autonomie bijvoorbeeld niet aan.[323] Voor doorbreking is daarentegen vereist dat de uitoefening van de aan deze rechtstreekse werking te ontlenen rechten door het toepasselijke nationale procesrecht of door een bestuurlijke praktijk illusoir wordt gemaakt.[324] Aldus bezien is niet alleen het Fingruth-arrest, maar ook het Emmott-arrest een uitvloeisel van de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel.

Uit het hiervoor aangehaalde BUG-Alutechnik-arrest volgt dat de volle werking van het gemeenschapsrecht ook kan verlangen dat bepalingen van nationaal procesrecht of nationale bestuurlijke praktijk buiten toepassing blijven wanneer dit buiten toepassing laten niet ten voordele van particulieren strekt. Daarmee verschilt het oordeel van het Hof in het BUG-Alutechnik-arrest in wezen niet van dat van de Fingruth- en Emmott-arresten. In deze arresten was immers sprake van een rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht die voor justitiabelen concreet in te roepen en door de nationale autoriteiten te handhaven verplichtingen (BUG-Alutechnik-arrest) of rechten (Fingruth- en Emmott-arrest) schiep, en die in de desbetreffende gevallen niet door een bepaling van nationaal procesrecht (BUG-Alutechnik-arrest) of door een nationale bestuurlijke praktijk (Fingruth- en Emmott-arrest) opzij gezet kon worden.

### *6.4.3 Het doeltreffendheidsbeginsel en de toepassing van de nationale naheffingstermijn*

Het voorgaande doet echter onmiddellijk de vraag rijzen hoe deze vaststelling zich verhoudt tot bijvoorbeeld de nationale, in het Nederlandse fiscale recht geldende naheffingstermijn van vijf jaar.[325] Artikel 15 van de Procedurele verordening voorziet namelijk in een communautaire verjaringstermijn voor terugvordering van onverenigbare staatssteun van tien jaar. Het voorgaande moet meebrengen dat in dit opzicht de procedurele autonomie moet wijken voor de volle werking van artikel

---

323. HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-90/94 (Haahr Petroleum), Jur. 1997, p. I-4085, r.o. 53.
324. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90 (Emmott), Jur. 1991, p. I-4269, r.o. 12-14 en HvJ EG 2 december 1997, zaak C-188/95 (Fantask), Jur. 1997, p. I-6783, r.o. 51.
325. Art. 16 lid 3 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

15.[326] Anders gezegd, zou een begunstigde in geval van terugvordering van fiscale staatssteun (in een zuiver nationale procedure) het overschrijden van de nationale naheffingstermijn van vijf jaar kunnen ingeroepen, dan dient deze nationale bepaling niettemin buiten toepassing te blijven, voorzover de communautaire naheffingstermijn van tien jaar nog niet zou zijn verstreken.

De juistheid van deze conclusie wordt bevestigd door het Alcan Deutschland-arrest.[327] In die procedure was de situatie aan de orde dat de Duitse autoriteiten een termijn hadden laten verstrijken, waardoor zij op grond van nationale wetgeving niet mochten overgaan tot het uitvoering geven aan de beschikking van de Commissie tot terugvordering van onverenigbare staatssteun. Ook hier stond het doeltreffendheidsbeginsel in de weg aan de onverkorte toepassing van de procedurele autonomie. Het Hof oordeelde namelijk dat de Duitse nationale bepaling geen afbreuk kon doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht.

## 6.5 De beperkte toepassing van het communautaire vertrouwensbeginsel

### *6.5.1 Geen aanmelding, geen vertrouwen: behoudens uitzonderlijke situaties*

Hiervoor kwam aan de orde dat het communautaire vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsbeginselen en om die reden door de nationale autoriteiten bij de toepassing van het gemeenschapsrecht in acht zou moeten worden genomen. Dit bleek evenwel niet het geval wanneer sprake was van een situatie waarin een steunmaatregel ten onrechte niet was aangemeld overeenkomstig artikel 88 EG.[328] Slechts onder 'uitzonderlijke omstandigheden' kan in een dergelijk geval een beroep worden gedaan op het communautaire vertrouwensbeginsel. In de rechtspraak van de Gemeenschapsrechter kan slechts een enkel voorbeeld worden gevonden van een dergelijk uitzonderlijk geval. Dit betreft het RSV-arrest.[329] In deze procedure had de Commissie er buitensporig lang over gedaan om tot een beschikking te komen. Onder die omstandigheden oordeelde de Gemeenschapsrechter dat een rechtens te beschermen vertrouwen was gewekt bij de begunstigde dat de steun niet zou worden teruggevorderd. In een andere procedure concludeerde de Commissie uit eigen beweging tot dergelijke uitzonderlijke omstandigheden. In de procedure die betrekking had op het Nederlandse concernfinancieringsregime[330] zag de Commissie namelijk af van terugvordering, nu zij vanwege de overeenkomst met een in België gehanteerd regime dat door haar was goedgekeurd, van mening was dat de

326. In deze zin ook R.H.C. Luja, Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO, hfdst. VII, par. 3.1.3, p. 235. Zie ter illustratie ook Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 november 2003, nr. DGB2003/6058M, par. 2, te raadplegen via www.minfin.nl/03-6058.doc.
327. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 27.
328. Omgekeerd leidt dit tot de conclusie dat wanneer de procedure van art. 88 EG wél is gevolgd, het gemeenschapsrecht in voorkomend geval wel degelijk ruimte laat voor een beroep op het dit beginsel. In deze zin GvEA 8 juni 1995, zaak T-459/93 (Siemens), Jur. 1995, p. II-1675.
329. HvJ EG 24 november 1987, zaak 223/85 (RSV), Jur. 1987, p. 4617.
330. Zie hiervoor par. 4.2.3.

Nederlandse begunstigden erop hadden mogen vertrouwen dat ook het Nederlandse regime verenigbaar verklaard zou worden.[331]

### 6.5.2 *Het karakter van 'uitzonderlijke situaties' als uitvloeisel van het vertrouwensbeginsel*

Dat situaties door de Gemeenschapsrechter bijna nooit als 'uitzonderlijk' worden aangemerkt, is allereerst een indicatie van de betekenis van de term 'uitzonderlijk'. Daarnaast hangt het vooral ook samen met de inhoud en de werking van het communautaire vertrouwensbeginsel. Zo oordeelde de Gemeenschapsrechter in het Molkerei Wagenfeld-arrest:[332]

> 'Voorts kan ten aanzien van een gemeenschapsregeling slechts een beroep worden gedaan op het vertrouwensbeginsel, wanneer de Gemeenschap zelf een situatie heeft geschapen die een gewettigd vertrouwen kan opwekken.'

Wordt de rechtspraak op het punt van het communautaire vertrouwensbeginsel bezien, dan betekent dit dat bij artikel 88 EG slechts in bepaalde gevallen van een rechtens te beschermen vertrouwen sprake kan zijn. Zo moet het vertrouwen dat is gewekt betrekking hebben op de toepassing van deze bepaling (de totstandkoming van een regeling, de aanmelding,[333] het verloop[334] en de beëindiging[335] daaronder begrepen).[336] Bovendien kan een vertrouwen slechts worden gewekt door een nauwkeurige uitlating of gedraging van de Commissie zelf.[337] Deze mogen bovendien niet *contra legem* zijn[338] en de Gemeenschapsrechter verlangt van een justitiabele dat hij rekening houdt met mogelijke ontwikkelingen in de toekomst.[339] Wil een beroep op het vertrouwensbeginsel slagen, dan moet aan alle essentiële voorwaarden van de desbetreffende regeling zijn voldaan,[340] daaronder begrepen het verschaffen van de nodige inlichtingen.[341] In dit opzicht vormt het beginsel van misbruik van recht het

---

331. Deze overwegingen blijken niet uit de beschikking, maar wel uit het persbericht van de Commissie van 18 februari 2003, IP/03/242. Zie ook P.J. Wattel, Belastingconcurrentie, staatssteun, de EG-gedragscode en de Nederlandse CFM, NTER 1998, nr. 1/2, p. 17 en met name p. 21.
332. HvJ EG 6 maart 2003, zaak C-14/01 (Molkerei Wagenfeld), n.n.g. en HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (Duff), Jur. 1996, p. I-569, r.o. 20.
333. GvEA 29 september 2000, zaak T-55/99, Jur. 2000, p. II-3207, r.o. 128.
334. Zie bijv. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (Italië/Commissie), n.n.g.
335. Zie bijv. HvJ EG 14 januari 1997, zaak C-169/95 (Spanje/Commissie), Jur. 1997, p. I-135, r.o. 53.
336. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-278/00 (Griekenland/Commissie), n.n.g., r.o. 104.
337. GvEA 15 december 1999, gevoegde zaken T-132/96 en 143/96 (Freistaat Sachsen, Volkswagen AG en Volkswagen Sachsen GmbH/Commissie), Jur. 1999, p. II-3663, r.o. 300, GvEA 6 maart 2002, gevoegde zaken T-92/00 en T-103/00 (Territorio Histórico de Álava e.a.), Jur. 2002, p. II-1385, r.o. 54, GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g., r.o. 81.
338. HvJ EG 15 december 1982, zaak 5/82 (Maizena), Jur. 1982, p. 4601.
339. HvJ EG 24 oktober 1997, zaak T-243/94 (British Steel/Commissie), Jur. 1997, p. I-1887, r.o. 76-77.
340. Volgens de Gemeenschapsrechter mag evenzo van een zorgvuldige marktdeelnemer worden verlangd dat hij zich ervan vergewist of de procedure van art. 88 EG in acht is genomen: GvEA 1 juli 2004, zaak T-308/00 (Salzgitter), n.n.g., r.o. 165.
341. HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-303/88 (Italië/Commissie), Jur. 1990, p. I-1433, r.o. 43 en GvEA 15 december 1999, gevoegde zaken T-132/96 en 143/96 (Freistaat Sachsen, Volkswagen AG en Volkswagen Sachsen GmbH/Commissie), Jur. 1999, p. II-3663, r.o. 305.

complement van het vertrouwensbeginsel.[342] Het beginsel van misbruik van recht brengt namelijk mee dat niet de lidstaat, maar uitsluitend de begunstigde het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen inroepen.[343] Daarbij is het van belang in de gaten te houden dat wat het beroep op het vertrouwensbeginsel betreft het adagium 'wie stelt bewijst' van toepassing is.[344] Bij het analyseren van de rechtspraak moet bovendien rekening worden gehouden met de rechtsgang waarin het beroep op het vertrouwensbeginsel is aangevoerd. Anders gezegd: wanneer aangevoerde feitelijke omstandigheden in een bepaalde beroepsprocedure in een bepaalde rechtsgang niet de conclusie van een rechtens te beschermen vertrouwen kunnen dragen, behoeft dat niet automatisch te betekenen dat deze feiten hiertoe ook in een andere fase van de beroepsgang een dergelijk vertrouwen niet kunnen dragen. Zo kwam in het Fleuren Compost-arrest de situatie aan de orde waarin een begunstigde was afgegaan op een officiële publicatie van de Nederlandse autoriteiten in de Nederlandse Staatscourant.[345] De vraag was of de begunstigde aan deze publicatie, die achteraf onjuist bleek, een rechtens te beschermen had mogen ontlenen. Het Gerecht oordeelde:

> '137. Impliciet volgt echter uit de rechtspraak van het Hof (arrest Hof van 20 september 1990, *Commissie/Duitsland*, aangehaald in punt 135 hierboven, punten 13-16, en arrest *Alcan Deutschland*, aangehaald in punt 135 hierboven, punten 24 en 25), en door het Gerecht is tweemaal uitdrukkelijk geoordeeld (GvEA 8 juni 1995, *Siemens/Commissie*, T 459/93, Jurispr. blz. II-1675, punten 104 en 105, en 27 januari 1998, *Ladbroke Racing/Commissie*, T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punt 83), dat deze begunstigden dergelijke uitzonderlijke omstandigheden op basis van de relevante nationale bepalingen alleen kunnen aanvoeren in het kader van de terugvorderingsprocedure voor de nationale rechter, die als enige de omstandigheden van het geval dient te beoordelen, eventueel na het Hof prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld.'

Op basis van dit uitgangspunt kon volgens het Gerecht een onjuiste publicatie in de Nederlandse Staatscourant dan ook geen rechtens te beschermen vertrouwen doen ontstaan *jegens de Commissie*. Het Gerecht oordeelde namelijk:

> '143. Wat het argument betreft, dat de Nederlandse autoriteiten in een document genaamd Toelichting voor de Staatscourant betreffende wijziging d.d. 13 oktober 1994 duidelijk hebben aangegeven dat vóór 1 januari 1995 ingediende steunaanvragen onder de BPM zouden worden behandeld en dat zij werden gedekt door de goedkeuring van de Commissie, zij hieraan toegevoegd dat eventuele verwachtingen die de Nederlandse autoriteiten ten onrechte zouden hebben gewekt zonder de Commissie daarvan op de

342. Hof van 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21 en GvEA 13 maart 2003, zaak T-125/01 (Peix), Jur. 2003, p. II-865, r.o. 107. Zie ook hiervoor par. 5.1.3.
343. HvJ EG 14 september 1994, gevoegde zaken C-278/92 t/m C-280/92 (Spanje/Commissie), Jur. 1994, p. I-4103, r.o. 76. In dezelfde zin ook GvEA 5 augustus 2003, gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01 (P&O European Ferries (Vizcaya)), n.n.g., r.o. 202.
344. GvEA 15 juni 2000, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 en T-23/98 (Alzetta e.a./Commissie), Jur. 2000, p. II-2319, r.o. 173-174.
345. GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g., r.o. 137.

hoogte te stellen, in geen geval de rechtmatigheid van de bestreden beschikking kunnen aantasten. Zou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 87 EG en 88 EG elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag of nalatigheid zouden kunnen beroepen om aan beschikkingen die de Commissie op grond van verdragsbepalingen heeft gegeven, elke werking te ontnemen (zie in die zin arresten Hof van 20 september 1990, *Commissie/Duitsland*, aangehaald in punt 135 hierboven, punt 17, en 14 januari 1997, *Spanje/Commissie*, C-169/95, Jurispr. blz. I-135, punt 48; conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn bij arrest Hof van 24 november 1987, *RSV/Commissie*, 223/85, Jurispr. blz. 4617, 4639 en 4652).

144. Hoe betreurenswaardig zij ook is, de onjuiste informatie die de Nederlandse autoriteiten in hun mededeling van 13 oktober 1994 hebben verstrekt, heeft bij verzoekster dus geen gewettigd vertrouwen jegens de Commissie kunnen doen ontstaan.

De aangehaalde passage sluit aan bij de eerdere conclusie dat alleen gedragingen of concrete toezeggingen *van de Commissie zelf* tot een rechtens te beschermen vertrouwen *jegens deze* kunnen leiden. Het uitsluitend aan dergelijke gedragingen of toezeggingen te ontlenen vertrouwen wordt door het vertrouwensbeginsel als communautair ongeschreven rechtsbeginsel beschermd. Artikel 14 lid 1, laatste volzin van de Procedurele verordening bepaalt dat 'de Commissie geen terugvordering van onverenigbare steun verlangt indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht'. Het communautaire vertrouwensbeginsel is een dergelijk algemeen beginsel, zodat deze bepaling voorziet in de mogelijkheid om van het bevelen van terugvordering af te zien wanneer dit strijd zou opleveren met het communautaire vertrouwensbeginsel. Deze bepaling vormt daarmee een codificatie van eerdere rechtspraak van de Gemeenschapsrechter.

## 6.6 De nationale autoriteiten en de werking van het vertrouwensbeginsel

Met de vaststelling dat onjuiste vermeldingen door de Nederlandse autoriteiten in een daartoe aangewezen officiële uitgave, geen rechtens te beschermen vertrouwen opleveren *jegens de Commissie*, is niet gezegd dat dit geen rechtens te beschermen vertrouwen zou kunnen opleveren *jegens de nationale Nederlandse autoriteiten*. Integendeel, in het feit dat het Gerecht in het Fleuren Compost-arrest zelfs expliciet verwijst naar met name r.o. 16 van het BUG-Alutechnik-arrest,[346] lijkt besloten te liggen dat het Gerecht deze mogelijkheid onderkent. Uit de procedurele autonomie van de lidstaten, en met name uit de beperkingen die *het doeltreffendheidsbeginsel* hierop aanbrengt, volgt dat een beroep op een nationaal vertrouwensbeginsel evenwel slechts aan de orde kan zijn indien en voorzover een dergelijk beroep geen 'afbreuk doet aan de volle werking van het gemeenschapsrecht'.[347] Het abuis van de publica-

346. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 16.
347. Zie hiervoor par. 6.4.

tie in de Staatscourant is echter stellig incidenteel van karakter en brengt niet mee dat gezegd moet worden dat sprake is van een 'een nationale praktijk', welke *het doeltreffendheidsbeginsel* opzij zet. Zoals ook blijkt uit rechtspraak van met name het Gerecht, is hierdoor geen sprake van enige belemmering voor de toepassing door de nationale rechter – eventueel na op de voet van artikel 234 EG prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld – van het *nationale* vertrouwensbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.[348]

In een van de voorgaande paragrafen werd opgemerkt dat *het vertrouwensbeginsel* deel uitmaakt van de communautaire rechtsbeginselen en om die reden door de nationale autoriteiten bij de toepassing van het gemeenschapsrecht in acht genomen moet worden.[349] In aanvulling hierop kan worden gewezen op het Kruecken-arrest, waarin het Hof oordeelde:[350]

> 'Het vertrouwensbeginsel maakt deel uit van de communautaire rechtsorde (zie het arrest van 3 mei 1978, zaak 112/77, *Toepfer*, Jur. 1978, blz. 1019) en elke met de toepassing van dit recht belaste nationale instantie is gehouden, de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht te eerbiedigen (arrest van 27 september 1979, zaak 230/78, *Eridania*, Jur. 1979, blz. 2749). Derhalve is de nationale instantie die bevoegd is ter zake van de toepassing van de uitvoerrestituties in het kader van de gemeenschappelijke ordening der landbouwmarkten, verplicht het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de handelaren te eerbiedigen.'

Eveneens kwam aan de orde dat dit *communautaire* vertrouwensbeginsel niet van toepassing is op door nationale autoriteiten gewekt vertrouwen, maar dat in dat geval een beroep moet worden gedaan op een aan *het nationale recht* te ontlenen vertrouwensbeginsel. De toepassing van dit laatste beginsel is echter niet onbeperkt, zo blijkt uit het TWD Textilwerke Deggendorf-arrest.[351] In dit arrest kwam de vraag aan de orde of het opschorten van uitbetaling van steun aan de ene onderneming totdat de steun door een andere onderneming was terugbetaald, een 'ongerechtvaardigde inmenging' in de nationale rechtsorde zou vormen. Dit zou het geval zijn, omdat op het moment dat de Commissie de beschikking had gegeven, de verplichting tot terugbetaling nog geenszins vaststond. De onderneming had namelijk een beroep gedaan op uitzonderlijke omstandigheden die in de weg zouden kunnen blijken te staan aan de terugvordering. Het Gerecht wees de klacht af en oordeelde:

> '70. In casu staat vast, dat de (terug te betalen) steun niet met inachtneming van de procedure van artikel 88 lid 3, EG is toegekend. Overeenkomstig het reeds aangehaalde arrest (HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, *BUG-Alutechnik*, Jur. 1990, blz. I-3437, r.o. 16) kan de vertrouwensbescherming waarop verzoekster in het nationale geding

348. GvEA 8 juni 1995, zaak T-459/93 (Siemens), Jur. 1995, p. II-1675, r.o. 104 en GvEA 13 juni 2000, gevoegde zaken T-204/97 en T-270/97 (EPAC), Jur. 2000, p. II-1975, r.o. 143.
349. Zie hiervoor par. 6.4.1. Zie ook par. 6.5.1.
350. HvJ EG 26 april 1988, zaak 316/86 (Kruecken), Jur. 1988, p. 2213, r.o. 22.
351. GvEA 13 september 1995, gevoegde zaken T-244/93 en T-486/93 (TWD Textilwerke Deggendorf), Jur. 1995, p. II-2265, r.o. 64 e.v.

aanspraak maakt, slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden toegekend. Het staat eveneens vast, dat de nationale rechter het Hof niet krachtens artikel 234 EG om een prejudiciële beslissing heeft verzocht teneinde te vernemen, of zich in casu dergelijke uitzonderlijke omstandigheden in de zin van het gemeenschapsrecht voordoen.

71.Het Gerecht is dan ook van oordeel, dat de gemeenschappelijke rechtsorde de Commissie niet verplichtte de afloop van het nationale geding – waarin overigens het vermeende gewettigd vertrouwen van verzoekster na meer dan acht jaar procederen nog steeds niet vast is komen te staan – af te wachten alvorens artikel 2 van de betrokken beschikkingen vast te stellen. Elke andere uitlegging zou de artikelen 87 en 88 van het Verdrag hun nuttige werking ontnemen.'

Naar het oordeel van het Gerecht, dat (ook) op dit punt door het Hof in stand werd gelaten,[352] kan aan toepassing van een nationaal vertrouwensbeginsel slechts worden toegekomen, wanneer sprake is van 'uitzonderlijke omstandigheden' in communautaire zin.[353]

Wordt een en ander in hun onderlinge samenhang bezien, dan moet worden vastgesteld dat het bedoelde oordeel van het Gerecht tot gevolg heeft dat het communautaire recht doorwerkt in het toepassingsbereik van het nationale vertrouwensbeginsel.[354] Zo kunnen bepaalde, niet zuiver interne situaties onder omstandigheden door het communautaire recht van de toepassing van dit beginsel worden uitgesloten.[355] Deze benadering laat zich verenigen met het Deutsche Milchkontor-arrest.[356] In dit laatste arrest oordeelde het Hof namelijk:

'30.(...) er moet op worden gewezen dat de beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid deel uitmaken van de communautaire rechtsorde. Derhalve kan geen strijdigheid met deze rechtsorde worden aangenomen indien een nationale regeling het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid beschermt op een gebied als de terugvordering van onverschuldigd betaalde communautaire steun.'

Gezien het voorgaande moet namelijk de conclusie worden getrokken dat deze doorwerking blijkbaar twee kanten op werkt. Enerzijds betreft het de door laatstgenoemd arrest geboden verruiming doordat ruimte wordt gelaten voor een beroep op een dergelijk nationaal beginsel, terwijl anderzijds uit het TWD Textilwerke Deggendorf-arrest volgt dat uit de volle werking van het gemeenschapsrecht in voorkomend

352. HvJ EG 15 mei 1997, zaak C-355/95 P (TWD II), Jur. 1997, p. I-2549, r.o. 12-14 en 24-29.
353. Vgl. Barents & Brinkhorst, a.w., p. 384.
354. A.W.M. Bijloos & J.S. van den Oosterkamp, De verhouding van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht tot de Algemene wet bestuursrecht, SEW 1990, nr. 12, p. 567, alwaar is opgenomen een verwijzing naar de memorie van toelichting, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, p. 9.
355. Zie in deze zin H.G. Schermers, Algemene rechtsbeginselen als bron van gemeenschapsrecht, SEW 1983, nr. 9, p. 514 e.v. Zie ook K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, Europees recht en de Nederlandse rechter, Deventer 2004, p. 45. Vermeulen, a.w., p. 117 en 177 en Barents & Brinkhorst, a.w., p. 234.
356. HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82 t/m 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 30.

geval beperkingen kunnen voortvloeien die het toepassingsbereik van die nationale beginselen juist beperken.

## 6.7 Uitzonderlijke omstandigheden als 'communautair begrip'

### *6.7.1 'Uitzonderlijke omstandigheden' als communautair begrip met autonome betekenis*

In de vorige paragraaf werden r.o. 70-71 uit het TWD Textilwerke Deggendorf-arrest aangehaald. In deze passage ligt niet alleen besloten dat 'uitzonderlijke omstandigheden' het toepassingsbereik van het nationale vertrouwensbeginsel kunnen beperken. Ook volgt uit de laatste volzin van r.o. 70 dat het Gerecht zich op het standpunt stelt dat van uitzonderlijke omstandigheden, die een dergelijk beroep op een nationaal vertrouwensbeginsel zouden kunnen dragen, geen sprake kan zijn wanneer de nationale rechter hieromtrent geen prejudiciële vragen heeft gesteld. Dit betekent dat het Gerecht blijkbaar prejudiciële uitlegging noodzakelijk acht voor de nationale rechter om tot dergelijke 'uitzonderlijke omstandigheden' te kunnen concluderen. Dit kan slechts betekenen dat het Gerecht het begrip 'uitzonderlijke omstandigheden' aanmerkt als een communautair begrip dat een autonome betekenis heeft.

Wanneer het gemeenschapsrecht uitgaat van een autonome betekenis van een begrip, is dit vanwege een harmonisatiedoel.[357] Immers, door het hanteren van een begrip met communautaire betekenis kan de eenvormige en volle werking van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten worden verzekerd.[358] Wanneer een begrip een communautair karakter heeft, brengt dit een tweetal aspecten mee. Allereerst volgt hieruit dat de betekenis van dat begrip kan afwijken van gelijkluidende begrippen uit het nationale recht van de lidstaten. Daarnaast kan, zoals in het TWD Textilwerke Deggendorf-arrest besloten ligt, slechts door de Gemeenschapsrechter uitleg aan een dergelijk begrip worden gegeven. Weliswaar kan het begrip na uitlegging door de nationale rechter worden *toegepast*, maar vanwege het casuïstische karakter van het begrip 'uitzonderlijke omstandigheden', zal deze uitlegging zich niet snel lenen voor het veronderstellen van een *acte éclairé*, en al helemaal niet voor het veronderstellen van een *acte clair*.[359]

Heeft de nationale rechter volgens het Gerecht op dit punt geen enkele bevoegdheid, dan moet dit evenzo voor andere nationale autoriteiten gelden. Daardoor zullen deze nationale autoriteiten niet anders kunnen dan ieder beroep op 'uitzonderlijke omstandigheden' van de hand wijzen, om zodoende, overeenkomstig het Foto Frost-arrest,[360] de nationale rechter in de gelegenheid te stellen de Gemeenschapsrechter voor ieder afzonderlijk geval om uitlegging van het begrip te vragen.

---

357. In die zin HvJ EG 29 april 2004, zaak C-240/01 (Commissie/Duitsland), n.n.g., r.o. 19.
358. Zie R. Barents, De communautaire rechtsorde, Europese monografieën nr. 65, Deventer 2000, p. 242 e.v. en p. 287 e.v.
359. HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (Cilfit), Jur. 1982, p. 3415, r.o. 13 en 16.
360. HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85 (Foto Frost), Jur. 1987, p. 4199, r.o. 14.

### 6.7.2 *Behoort de uitleg van het autonome begrip 'uitzonderlijke omstandigheden' niet aan de Commissie worden gelaten?*

Zou het begrip 'uitzonderlijke omstandigheden' inderdaad in die zin moeten worden opgevat dat uitlegging ervan *a fortiori* niet zou kunnen geschieden door de nationale rechter, dan rijst de vraag of het belang van de uniforme toepassing van dit begrip niet gebiedt dat de toepassing ervan aan de Commissie wordt gelaten. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan de introductie van een samenwerkingsprocedure, die voorziet in een bevoegdheidsverdeling tussen nationale autoriteiten enerzijds en de Commissie anderzijds. Hierbij zou aan de nationale autoriteiten, in overeenstemming met het Foto Frost-arrest, de bevoegdheid toekomen te concluderen dat van 'uitzonderlijke omstandigheden' *geen* sprake is. Tegen een dergelijke uitspraak kan in beroep worden gekomen bij de nationale rechter, die zich in daartoe aanleiding gevende gevallen met een uitleggingsvraag kan wenden tot de Gemeenschapsrechter. Zijn deze nationale autoriteiten daarentegen van mening dat zij niet tot een dergelijk oordeel kunnen komen, of zijn zij van mening dat wel degelijk van 'uitzonderlijke omstandigheden' sprake zou kunnen zijn, dan zouden zij het geval aan de Commissie moeten voorleggen ter beoordeling, onder toezicht uiteraard van de Gemeenschapsrechter.

Deze oplossing doet allereerst recht aan het belang van uniforme toepassing van dit begrip in de lidstaten. Tegelijkertijd wordt voorkomen dat verschillen van inzicht kunnen ontstaan tussen de rechterlijke instanties van de lidstaten over de uitleg van het begrip, waardoor de eenheid van de communautaire rechtsorde zelf in gevaar kan worden gebracht en afbreuk kan worden gedaan aan het fundamentele vereiste van rechtszekerheid.[361] Bovendien voorkomt het de omslachtige procedure dat de nationale autoriteiten, wanneer zij in een bepaald geval van mening zouden zijn dat van 'uitzonderlijke omstandigheden' sprake zou zijn, het beroep van een belanghebbende daarop niettemin zouden moeten afwijzen, om zodoende de nationale rechter de mogelijkheid te bieden prejudiciële vragen te stellen.

### 6.7.3 *De samenwerkingsprocedure zoals deze elders reeds wordt toegepast*

Een samenwerkingsprocedure als hiervoor geschetst wordt elders reeds toegepast. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de vraag of aanleiding bestaat om van navordering van op grond van rechtstreeks werkend communautair recht geheven douanerechten af te zien vanwege een vergissing van de bevoegde nationale douaneautoriteiten.[362] Illustratief voor het belang van deze samenwerkingsprocedure zijn de overwegingen

---

361. In deze zin HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85 (Foto Frost), Jur. 1987, p. 4199, r.o. 15.
362. Zie voor het in art. 220 lid 2, aanhef en letter b Verordening (EEG) nr. 2913/92 jo. art. 869 e.v. Verordening (EG) nr. 2454/93 geformuleerde autonome begrip de 'ambtelijke vergissing', Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven, a.w., p. 224. Zie ook E.N. Punt & D.G. van Vliet, Douanerechten, Fiscale Monografieën nr. 90, Deventer 2000, p. 421 e.v. M. Lux, Guide to Community Customs kegislation, Brussel 2002, p. 487 e.v. T. Lyons, EC Customs Law, Oxford 2001, p. 393 e.v. Zie in dit kader ook de procedure van art. 239 Verordening (EEG) nr. 2913/92 (het CDW) jo. art. 899 e.v. Verordening (EG) nr. 2454/93 (de TCDW). Zie Punt & Van Vliet, a.w., p. 404 e.v., Lux, a.w., p. 497 e.v. en Lyons a.w., p. 422 e.v.

uit de preambule van de verordening waarmee deze samenwerkingsprocedure destijds werd ingevoerd:[363]

> 'Overwegende dat, gelet op het feit dat de voorwaarden van de inachtneming waarvan voor de bevoegde autoriteiten de mogelijkheid afhankelijk is om niet over te gaan tot de navordering van de rechten krachtens artikel 5 lid 2 (van verordening (EEG) nr. 1697/79), vrij nauwkeurig zijn vastgelegd, het mogelijk lijkt genoemde bevoegde autoriteiten de taak toe te vertrouwen zelf te beslissen niet over te gaan tot navordering van een bedrag aan rechten lager dan 2 000 ecu, wanneer zij met eigen middelen in staat zijn zich ervan te verzekeren of het betrokken geval aan al deze voorwaarden voldoet;
>
> dat evenwel, om een uniforme interpretatie van het bepaalde in genoemd artikel 5 lid 2, te waarborgen, moet worden voorzien in de periodieke toezending aan de Commissie door elke lidstaat van de lijst van gevallen waarin deze bepalingen zijn toegepast;
>
> Overwegende dat wanneer de bevoegde autoriteiten van de lidstaten niet in staat zijn zich met eigen middelen ervan te verzekeren of het betrokken geval aan alle in artikel 5 lid 2, van verordening (EEG) nr. 1697/79 genoemde voorwaarden voldoet en, in elk geval, wanneer het bedrag van de rechten dat niet is geheven gelijk is aan of meer is dan 2 000 ecu, moet elke beslissing van genoemde bevoegde autoriteiten afhankelijk worden gesteld van een beschikking van de Commissie, welke wordt gegeven na overleg met een groep van deskundigen bestaande uit vertegenwoordigers van alle lidstaten.'

Nog steeds bepaalt artikel 870 van de Verordening (EG) nr. 2454/93 dat een lijst als in de aangehaalde overweging bedoeld, aan de Commissie ter beschikking moet worden gesteld. Het zal geen nadere toelichting behoeven dat de beschikbaarheid van dergelijke lijsten het toezicht op de eenvormige toepassing aanzienlijk vereenvoudigt.

363. Zie de inmiddels ingetrokken Verordening (EEG) nr. 1573/80 van de Commissie van 20 juni 1980 tot vaststelling van de uitvoeringsbepalingen van art. 5 lid 2 van Verordening (EEG) nr. 1697/79.

# 7 Terugvordering in Nederland van onverenigbare staatssteun in de vorm van belastingfaciliteiten

## 7.1 Het onderscheid tussen directe en indirecte belastingen en enkele andere voor de heffing van Nederlandse belastingen relevante aspecten

### 7.1.1 *Algemeen*

Het Nederlandse fiscale recht maakt onderscheid tussen aanslagbelastingen (directe belastingen als inkomstenbelastingen en vennootschapsbelasting) enerzijds en aangiftebelastingen (indirecte belastingen als omzetbelasting en accijnzen) anderzijds. Directe en indirecte belastingen kennen ieder hun eigen heffingsregime. Doordat, anders dan bij indirecte belastingen het geval is, bij directe belastingen in beginsel geen aanslag wordt opgelegd zonder dat de aangifte wordt beoordeeld, geldt voor *navordering* van directe belastingen een strikter regime dan bij indirecte belastingen het geval is. Zo kan navordering slechts aan de orde zijn wanneer sprake is van 'een nieuw feit'. In geval van *naheffing* van indirecte belastingen wordt een dergelijk vereiste niet gesteld. In het navolgende zal nader op een en ander worden ingegaan.

### 7.1.2 *Navordering van directe belastingen*

Directe belastingen zijn belastingen die bij wege van aanslag worden geheven (artikel 11 e.v. Algemene wet inzake rijksbelastingen; hierna: de AWR). Als voorbeeld hiervan kan worden genoemd de heffing van vennootschapsbelasting (artikel 24 lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969).
Ten onrechte niet betaalde vennootschapsbelasting moet worden nagevorderd overeenkomstig artikel 16 Awr. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat navordering pas mogelijk is als sprake is van een 'nieuw feit'. Dat is het geval als de inspecteur het feit bij het opleggen van de aanslag niet kende of behoefde te kennen.[364] De vraag is of het als onrechtmatig aanmerken van een belastingfaciliteit een nieuw feit is.[365] Daarbij is

364. Ch.J. Langereis, Belastingprocedures, FED Fiscale studieserie, Deventer 1994, p. 39.
365. Zie R.H.C. Luja, Een gerechtvaardigd vertrouwen in belastingfaciliteiten, Weekblad 1999/6351, p. 1045 e.v., met name par. 2.2.

van belang dat een tot een te hoog bedrag verrekende voorheffing, voor het verstrijken van de navorderingstermijn vrijwel steeds kan nagevorderd, zij het dat de inspecteur hierbij wel is gebonden aan de (nationale) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[366]

In artikel 16 lid 3 AWR is de bevoegdheid tot het vaststellen van een navorderingsaanslag gekoppeld aan een verjaringstermijn van vijf jaren na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan. In artikel 52 lid 4 AWR is een bewaarplicht van zeven jaar vastgelegd. In het eerste lid van artikel 52 Awr is bepaald dat administratieplichtigen zijn gehouden van hun vermogenstoestand en van alles betreffende hun bedrijf, zelfstandig beroep of werkzaamheid naar de eisen van dat bedrijf, dat zelfstandig beroep of die werkzaamheid op zodanige wijze een administratie te voeren. Daartoe moeten zij de tot die administratie behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze bewaren, dat hieruit te allen tijde hun rechten en verplichtingen alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens duidelijk blijken. De bewaarplicht geldt voor een termijn van zeven jaar.[367]

### *7.1.3 Naheffing van indirecte belastingen*

Indirecte belastingen, zoals omzetbelasting (artikel 14 Wet op de omzetbelasting 1968) en accijnzen (artikel 53 Wet op de accijns), worden volgens hoofdstuk IV, artikelen 19 e.v. AWR, op aangifte voldaan. Laatstgenoemde bepalingen zijn echter niet van toepassing op alle indirecte belastingen. Zo worden douanerechten, maar ook accijns en omzetbelasting ter zake van invoer, geheven bij wege van uitnodiging tot betaling (hoofdstuk IVA, artikel 22a e.v. AWR).

Ten onrechte niet betaalde indirecte belastingen, andere dan douanerechten, kunnen op grond van artikel 20 Awr worden nageheven. Voor naheffing wordt niet het vereiste gesteld van een 'nieuw feit'.[368] Toch is de mogelijkheid om naheffingsaanslagen op te leggen zeker niet onbeperkt. Ook hier geldt namelijk dat de inspecteur bij het opleggen ervan gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[369]

Ook ten aanzien van de indirecte belastingen geldt dat de bevoegdheid tot naheffing vervalt na verloop van vijf jaar. In dit geval te rekenen vanaf het einde van het kalenderjaar waarin de belastingschuld is ontstaan of de teruggaaf is verleend. Ook hier geldt ingevolge artikel 52 lid 4 AWR een bewaarplicht van zeven jaar.

366. Langereis, a.w., p. 40.
367. Nu deze bewaartermijn aanmerkelijk korter is dan de communautaire termijn voor terugvordering van staatssteun, deze bedraagt immers tien jaar vanaf de dag van het verlenen van de steun, kan dit aanleiding geven tot problemen (zie par. 7.1.5).
368. Zie Feteris, a.w., p. 96 e.v.
369. Langereis, t.a.p.

### 7.1.4 *Begunstigde is niet altijd de belastingplichtige*

Bij het naheffen of navorderen van belastingen voorziet de wet niet slechts in een belastbaar feit, maar ook in het aanwijzen van één of meer voor de betaling van die belasting aansprakelijke personen. Bij terugvordering van staatssteun is het uitgangspunt evenwel dat deze steun moet worden teruggevorderd van de door deze steun begunstigde ondernemingen. Blijkens de situatie van de grenspomphouders, is de onderneming aan wie in eerste instantie de steun werd verleend niet steeds de uiteindelijke begunstigde daarvan.

De Nederlandse fiscale wetgeving voorziet niet in alle gevallen in de mogelijkheid om belastingen achteraf van een ander dan de oorspronkelijke belastingschuldige te heffen of te vorderen. Waar de procedure van naheffing van indirecte belastingen onder bepaalde omstandigheden nog in de mogelijkheid daartoe voorziet, is dat bij de navordering van directe belastingen (vennootschapsbelasting, inkomstenbelastingen) niet het geval. Dit brengt mee dat wanneer onverenigbare fiscale staatssteun zou moeten worden teruggevorderd via de daartoe aangewezen nationale procedures, problemen kunnen ontstaan wanneer nagevorderd zou moeten worden en de faciliteit uiteindelijk ten goede is gekomen aan een ander (zijnde de begunstigde) dan degene aan wie deze steun werd verleend (de belastingplichtige). Bij naheffing van indirecte belastingen zal hiervan niet in alle gevallen sprake behoeven te zijn, nu onder bepaalde omstandigheden betoogd zou kunnen worden dat de begunstigde degene is 'aan wie ten onrechte, of tot een te hoog bedrag, vrijstelling of vermindering van inhouding dan wel teruggaaf is verleend', ten gevolge waarvan deze begunstigde als de in artikel 20 lid 2, eerste volzin AWR bedoelde, voor de betaling van die na te heffen belasting aansprakelijke persoon is aan te merken.

### 7.1.5 *Verplichtingen ten dienste van de terugvordering*

In het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 november 2003, nr. DGB2003/6058M staat in paragraaf 2 met betrekking tot de terugvordering van de volgens de Commissie door de Nederlandse regering aan bepaalde zeeslepers onrechtmatig verleende steun het volgende te lezen:[370]

> 'Aangezien de, volgens de Europese Commissie ten onrechte, verleende steun is verleend in de vorm van belastingvoordelen is besloten die steun door de Belastingdienst te laten terugvorderen. Dit is mogelijk omdat vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EG meebrengt dat toepassing van het nationale recht de toepassing en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet mag aantasten. Dit geldt onverkort voor het belastingrecht. Het Europese recht doorbreekt de nationale rechtsregels die verhinderen dat in bepaalde omstandigheden het opleggen van naheffings- c.q. navorderingsaanslagen niet (meer) mogelijk is. Dit betekent ook dat de in de nationale wetgeving

370. Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 november 2003, nr. DGB2003/6058M (te raadplegen via www.minfin.nl/03-6058.doc). Zie met betrekking tot deze regeling hiervoor par. 4.2.4.

aan de inlichtingenverplichting en de bewaarplicht gestelde grenzen moeten worden doorbroken.

Het staat de reders overigens vrij om gebruik te maken van hun recht tegen de opgelegde naheffings- en navorderingsaanslagen bezwaar te maken en beroep in te stellen.'

In hoofdstuk 6 is uitgebreid ingegaan op de aan het nationale recht ontleende mogelijkheden tot afzien van terugvordering van onverenigbare staatssteun. In dat licht bezien kan de staatssecretaris worden gevolgd, voorzover hij met 'nationale rechtsregels' doelt op 'nationale bepalingen, praktijken of situaties' zoals deze volgens het Hof op grond van het doeltreffendheidsbeginsel geen afbreuk kunnen doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht. Te dezen is echter belangrijker dat de staatssecretaris een stap verder gaat en stelt dat:

'dit ook betekent dat de in de nationale wetgeving aan de inlichtingenverplichting en de bewaarplicht gestelde grenzen moeten worden doorbroken'.

Nu concrete bepalingen in de Procedurele verordening omtrent de bewaarplicht en de bewaartermijn ontbreken, lijkt dit standpunt ontleend aan artikel 15 lid 1 van deze verordening. Het lijkt echter twijfelachtig of dergelijke verplichtingen in deze bepaling gelezen kunnen worden, nu dit het toepassingsbereik van deze bepaling bij verre lijkt te overschrijden. Wat betreft de bewaartermijn kan noch in deze bepaling, noch elders in het gemeenschapsrecht een bepaling worden gevonden 'waarvoor de verwijzing naar het nationale recht niet geldt en daarvoor een communautaire regel in de plaats stelt'.[371] In dat geval kan van een inperking van de autonomie van de lidstaten geen sprake zijn en blijft het Eridania-arrest onverkort van kracht. In dit arrest overwoog het Hof namelijk in algemene termen dat:[372]

'De rechtstreekse toepasselijkheid van een verordening sluit niet uit dat de tekst zelf van deze verordening een communautaire instelling of een lidstaat machtigt tot het nemen van uitvoeringsmaatregelen. De wijze waarop deze bevoegdheid wordt uitgeoefend, wordt in het laatste geval geregeld door het publiekrecht van de betrokken lidstaat; de rechtstreekse toepasselijkheid van de handeling waarbij de lidstaat tot het nemen van de betrokken nationale maatregelen wordt gemachtigd, zal tot gevolg hebben dat de nationale rechterlijke instanties toezicht kunnen houden op de verenigbaarheid van die nationale maatregelen met de inhoud van de gemeenschapsverordening.'

Hoe het ook zij, het verdient aanbeveling om in het bijzonder de bepalingen betreffende de bewaarplicht als vervat in de Algemene wet inzake rijksbelastingen te nuanceren en desnoods aan te passen, zodat duidelijk is dat deze in geval van fiscale staatssteun van toepassing kunnen blijven, ook na het verstrijken van de in artikel 52 lid 4 van deze wet genoemde termijn van zeven jaar.

---

371. HvJ EG 5 maart 1978, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617, r.o. 18. Zie hiervoor par. 6.4.1.
372. HvJ EG 27 september 1979, zaak 230/78 (Eridania), Jur. 1979, p. 2749, r.o. 34.

## 7.2 Rechtsgrond voor terugvordering: rechtstreeks of via een nationale beschikking?

Hiervoor kwam in paragraaf 6.5 aan de orde dat in de procedure van beroep tegen de terugvorderingsbeschikking van de Commissie slechts een beroep kan worden gedaan op feiten en omstandigheden die het handelen van de Commissie als gemeenschapsinstelling regarderen. Handelingen van de nationale autoriteiten kunnen niet aan de Commissie worden tegengeworpen. Deze kunnen slechts worden aangevoerd in de afzonderlijke procedure die ten overstaan van de nationale rechter wordt gevoerd tegen de tenuitvoerlegging van die beschikking van de Commissie. Impliceert een afzonderlijke procedure ook een afzonderlijke beschikking? Anders gezegd, kunnen de begunstigden van onverenigbare staatssteun op grond van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie rechtstreeks tot terugbetaling worden aangesproken?

Nu het gemeenschapsrecht hierover zwijgt, kan deze vraag niet eenvoudig worden beantwoord. Er bestaat echter een aantal aanknopingspunten waaruit zou kunnen worden afgeleid dat, hoewel de procedurele autonomie van de lidstaten zich daar niet tegen zou verzetten, het niettemin de bedoeling is dat de autoriteiten van de lidstaten in een afzonderlijke, tot de desbetreffende begunstigden gerichte titel, voorzien, zoals bijvoorbeeld een beschikking.[373] Het eerste aanknopingspunt daartoe kan worden gevonden in het feit dat, doordat de terugvorderingsbeschikking van de Commissie slechts op bepaalde aspecten kan worden getoetst en op andere niet, dit specifieke eisen stelt aan de motivering van die beschikking.[374] Om dezelfde beschikking door een andere, bijvoorbeeld de nationale rechter op andere gronden te laten beoordelen, zal in de regel tot het constateren van motiveringsgebreken moeten leiden. Deze gebreken kunnen aan de terugvordering in de weg staan. Een tweede aanknopingspunt bestaat in het feit dat in de terugvorderingsbeschikking van de Commissie, naast de gedeelten van de motivering die uitsluitend voor een procedure ten overstaan van de nationale rechter van belang zijn, ook bepaalde voor de terugvordering van de onverenigbare staatssteun essentiële elementen mogen ontbreken. Zo overwoog het Hof in het Grenspomphouders-arrest:[375]

> 'Daaraan zij toegevoegd dat de verplichting van een lidstaat om het precieze bedrag van de terug te vorderen steun te berekenen, in het bijzonder wanneer deze berekening zoals in casu, waar het om een groot aantal tankstations gaat, afhankelijk is van gege-

373. Naast de navorderingsaanslag en de naheffingsaanslag wijst A-G Wattel in zijn conclusie van 23 november 2004, nr. 38.701, punt 7.10 op de figuur van verrekening ex art. 24 lid 2 Invorderingswet 1990. Niet duidelijk wordt of daarmee slechts wordt gedoeld op de te volgen procedure (zie par. 7.3). Zou dit niet zo zijn, dan moet dit gebaseerd zijn op de gedachte dat de negatieve beschikking van de Commissie kennelijk een voldoende titel vormt om op basis daarvan tot verrekening over te gaan, nu verrekening door de Hoge Raad immers als betaling van een belastingschuld wordt aangemerkt (zie HR 29 oktober 2004, nr. C03/002HR, AB 2005/31 m.nt. F.J. van Ommeren en met name punt 5 van deze aantekening en H. Vermeulen, De geldschuldenregeling in de vierde tranche Awb voor het belastingrecht, Weekblad 2005/6607, p. 39, par. 3.2).

374. HvJ EG 10 mei 1960, gevoegde zaken 3/58 t/m 18/58 en 25/58 t/m 26/58 (Barbara Erzbergbau e.a.), Jur. 1960, p. 369 en 15 juli 1960, gevoegde zaken 36-38 en 40/59 (Nold e.a.), Jur. 1960, p. 857.

375. HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99 (Grenspomphouders), Jur. 2002, p. I-5163, r.o. 91.

vens die niet door die lidstaat aan de Commissie zijn meegedeeld, past in het ruimere kader van de verplichting tot loyale samenwerking die de Commissie en de lidstaten wederzijds bindt bij de uitvoering van de verdragsbepalingen inzake staatssteun.'

Ontbreken bepaalde essentiële gegevens, dan dienen de autoriteiten van de lidstaten, als uitvloeisel van het in artikel 10 EG vervatte beginsel van loyale samenwerking, deze elementen aan te vullen.[376] In een dergelijk geval geldt ook weer dat de terugvorderingsbeschikking van de Commissie in de regel niet zal kunnen dienen als basis voor de daadwerkelijke terugvordering van de onverenigbare staatssteun.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat, hoewel de nationale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie weliswaar 'geen enkele beoordelingsbevoegdheid hebben',[377] deze terugvorderingsbeschikking niettemin ongeschikt is om de daadwerkelijke terugvordering te bewerkstelligen. In plaats daarvan zal, als uitvloeisel van de procedurele autonomie, in ieder geval wat de Nederlandse rechtspraktijk betreft, een naar behoren gemotiveerde (en in voorkomend geval aangevulde) beschikking van de nationale autoriteiten vereist zijn. In het geval van een bevel tot terugvordering van als onverenigbaar aangemerkte staatssteun in de vorm van een belastingfaciliteit, dient derhalve te worden voorzien in een (voldoende) rechtsgeldige titel tot terugvordering van die staatssteun. Waar het belastingfaciliteiten betreft, zou hierbij gedacht kunnen worden aan het gebruik van de procedure tot navordering of naheffing van belasting. In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre deze nationale procedures hiertoe geschikt zijn.

## 7.3 De procedure tot navordering en de volle werking van het gemeenschapsrecht

### *7.3.1 Doet het Nederlandse vereiste van een 'nieuw feit' afbreuk aan de volle werking?*

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat, om tot navordering van onverenigbare staatssteun verleend in de vorm van een faciliteit voor de heffing van directe belastingen te kunnen komen, voldaan moet zijn aan het vereiste van 'een nieuw feit'. Op grond van dit vereiste kunnen, kort gezegd, feiten die bij het opleggen van de aanslag bekend waren of redelijkerwijs bekend konden zijn, geen aanleiding vormen voor navordering voor de in verband met die feiten meerverschuldigde belasting. Luja stelde zich in eerste instantie op het standpunt dat 'het nieuw-feit vereiste de rechtszekerheid beoogt te waarborgen' en dat deze beperking aan terugvordering via de fiscale weg in de weg zou staan.[378] In zijn dissertatie stelt hij zich echter terughoudender op.[379] Zo spreekt hij aldaar van de mogelijkheid dat deze bepaling buiten toepassing zou moeten blijven,

376. Ibidem, r.o. 92.
377. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 36.
378. RR.H.C. Luja, Terugvordering van fiscale staatssteun, TFB 2001, nr. 9, p. 7.
379. R.H.C. Luja, Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO, hfdst. VII, par. 3.1.4, p. 236-237.

nu het gemeenschapsrecht zich tegen de toepassing ervan zou kunnen verzetten. In de opmerking van Luja dat het 'nieuw-feit vereiste de rechtszekerheid beoogt te waarborgen', ligt besloten dat artikel 16 lid 1 Awr bepaalde rechten doet ontstaan voor contribuabelen die bij de intrekking in acht moeten worden genomen. Daarmee dringt zich de vraag op of het 'nieuw-feit vereiste' niet overeenkomstig het Alcan Deutschland-arrest buiten toepassing moet blijven. Ook bij navordering geldt namelijk dat het communautaire recht de nationale autoriteiten geen enkele beoordelingsbevoegdheid laat ter zake van de terug- of navordering. Verlangt de Gemeenschapsrechter dat een prudent marktdeelnemer kon weten dat een nationale regeling ten onrechte niet als staatssteun was aangemeld, dan valt echter niet goed in te zien waarom ditzelfde niet ook van de inspecteur mag worden verlangd. Had de inspecteur redelijkerwijs bekend kunnen zijn met het feit dat de staatssteun niet was aangemeld en derhalve niet door de Commissie was beoordeeld, dan lijkt het ten zeerste de vraag of van een 'nieuw feit' sprake kan zijn. Zou dat inderdaad niet het geval zijn, dan maakt de procedure tot navordering iedere terugvordering op voorhand onmogelijk. Daarmee doet het vereiste van een nieuw feit afbreuk aan de volle werking van het gemeenschapsrecht. Welnu, wat betekent dit? Het kan niet zo zijn dat een nationale regeling de volle werking van het gemeenschapsrecht aantast, in die zin dat een nationale regeling of bestuurlijke praktijk iedere toepassing van een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichting op voorhand onmogelijk maakt. Anders dan bij het in paragraaf 6.4.3 gegeven voorbeeld van de naheffingstermijn, welke omwille van de volle werking buiten toepassing gelaten zou moeten worden, is voor de vraag of überhaupt aan navordering kan worden toegekomen, ook een andere oplossing denkbaar.

### *7.3.2 Doeltreffendheidsbeginsel als bodemvereiste: aanpassing van de nationale regeling?*

Zou op grond van het voorgaande gezegd moeten worden dat het vereiste van 'een nieuw feit' als voorwaarde voor navordering buiten beschouwing moet worden gelaten, dat rijst de vraag welke gevolgen dit meebrengt voor de toepassing van de nationale procedure tot navordering van onverenigbare fiscale staatssteun in de vorm van directe belastingfaciliteiten. Luja meent dat hierdoor de fiscale procedure van navordering niet langer bruikbaar zou zijn voor de terugvordering van onverenigbare fiscale staatssteun. Het is echter de vraag of dit zo is. Zoals hiervoor in paragraaf 6.1.4 aan de orde kwam, moet de rechter streven naar een gemeenschapsrechtconforme uitleg om zodoende zorg te dragen voor de volle werking van het gemeenschapsrecht. Zo nodig moet hij elke strijdige nationale bepaling buiten toepassing laten. Zou de rechter het vereiste van 'een nieuw feit' buiten toepassing laten, dan zou staatssteun kunnen worden teruggevorderd met toepassing van de procedure tot navordering. Overigens merkt Luja in dit kader terecht op dat 'this approach could have the undesirable effect that certain parts of national procedures are applicable and others are not'.[380] Niettemin moet worden vastgesteld dat de Gemeenschapsrechter dit effect heeft onderkend en, hoe onwenselijk dit ook moge zijn, heeft aanvaard. In de Nederlandse situatie leidt dit overigens niet tot dramatische gevol-

380. R.H.C. Luja, t.a.p.

gen, nu de procedure tot navordering waarbij het vereiste van 'een nieuw feit' niet zou worden gesteld, overeenkomst vertoont met de procedure tot naheffing van indirecte belastingen.[381] Bij die procedure wordt de bevoegdheid tot naheffing slechts begrensd door de nationale beginselen van behoorlijk bestuur. Zoals hiervoor in paragraaf 6.6 aan de orde kwam, kunnen deze beginselen overigens op grond van de procedurele autonomie eveneens toepassing vinden bij de terugvordering van onverenigbare staatssteun. Dit is slechts anders wanneer deze beginselen afbreuk zouden doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht. In paragraaf 6.6 werd aangegeven dat deze volle werking in ieder geval niet geacht kan worden in het gedrang te komen, wanneer deze nationale beginselen een inhoud en betekenis kan worden toegekend die overeenkomt met die van de corresponderende ongeschreven communautaire rechtsbeginselen.

### *7.3.3 Staat het gelijkwaardigheidsbeginsel in de weg aan toepassing van de nationale regeling?*

Vanuit nationaal perspectief bezien lijken aldus geen onoverkomelijke bezwaren te bestaan tegen het buiten toepassing laten van het vereiste van 'een nieuw feit'. Er is echter ook een andere oplossing denkbaar. Het kan namelijk niet op voorhand worden uitgesloten dat het communautaire *gelijkwaardigheidsbeginsel* zich verzet tegen het buiten toepassing laten van het vereiste van 'een nieuw feit'. Zoals hiervoor in paragraaf 6.1.4 aan de orde kwam, moet er op grond van dit beginsel voor de terugvordering van fiscale staatssteun die procedures worden gebruik die ook voor vergelijkbare nationale vorderingen worden gebruikt. De vraag rijst of door het buiten beschouwing laten van één van de voorwaarden ('het nieuwe feit'), nog wel sprake is van een zelfde procedure. Zou dit niet het geval zijn, dan wordt hierdoor niet langer aan het gelijkwaardigheidsbeginsel voldaan. Zou deze lijn van redeneren echter juist zijn, dan zou dit betekenen dat een afzonderlijke procedure, zoals door Luja wordt voorgestaan, in dit geval geen uitkomst zou kunnen bieden.

Het ligt niet voor de hand dat het gelijkwaardigheidsbeginsel zo strikt zou moeten worden toegepast. Dit lijkt allereerst te volgen uit het Simmenthal-arrest.[382] Dat de nationale rechter de bepalingen van nationaal recht die afbreuk doen aan de volle werking van het communautaire recht buiten toepassing moet laten, mag hem niet van de regen in de drup van de gelijkwaardigheid kunnen doen belanden. Ook kan een rechtsoverweging van het Hof in het Deutsche Milchkontor-arrest een aanknopingspunt kunnen bieden.[383] Het Hof oordeelde namelijk:

> 'In de tweede plaats mag bij de toepassing van de nationale wettelijke regeling geen onderscheid worden gemaakt vergeleken met procedures ter beslissing van soortgelijke, doch zuiver nationale geschillen. Enerzijds moeten de nationale autoriteiten op dit

381. Bij het vorderen van nabetaling van indirecte belastingen wordt gesproken over 'naheffing', terwijl de term 'navordering' is gereserveerd voor het vorderen van nabetaling van directe belastingen.
382. HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (Simmenthal), Jur. 1978, p. 629, r.o. 24.
383. HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82 t/m 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 23.

gebied met dezelfde zorgvuldigheid te werk gaan en volgens modaliteiten die de invordering van de betrokken bedragen niet moeilijker maken dan in vergelijkbare gevallen die uitsluitend betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van overeenkomstige nationale rechtsvoorschriften. Afgezien van de voornoemde uitsluiting van een discretionaire bevoegdheid inzake de vraag of de terugvordering doelmatig is, mogen anderzijds de verplichtingen die de nationale wettelijke regeling oplegt aan ondernemingen waaraan ten onrechte financiële voordelen krachtens het gemeenschapsrecht zijn toegekend, niet zwaarder zijn dan die welke rusten op ondernemingen die ten onrechte soortgelijke voordelen op grond van het nationale recht hebben ontvangen; dit veronderstelt evenwel dat de twee categorieën begunstigden zich in een vergelijkbare situatie bevinden en een verschillende behandeling derhalve objectief niet te rechtvaardigen is.'

In lijn met deze overweging is een drietal oplossingen mogelijk. Allereerst kan het zijn dat het *gelijkwaardigheidsbeginsel* zich *niet* verzet tegen het buiten toepassing laten van bepaalde elementen van een nationale regeling, nu hierdoor *de invordering* van de betrokken bedragen niet moeilijker wordt gemaakt. Vanuit communautair perspectief bezien wordt door het buiten toepassing laten van het vereiste van een 'nieuw feit' de terugvordering zelfs makkelijker gemaakt. Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat onverenigbare staatssteun in de vorm van *directe* belastingfaciliteiten in dat geval met toepassing van de (aangepaste) procedure tot *navordering* kan worden teruggevorderd.

Daarnaast is het denkbaar dat het *gelijkwaardigheidsbeginsel* zich *wel* verzet tegen het buiten toepassing laten van bepaalde elementen van een nationale regeling. In dat geval zijn twee benaderingen denkbaar. Enerzijds kan het standpunt worden ingenomen dat de reguliere procedure tot navordering aan de ene kant en de terugvordering van fiscale staatssteun in de vorm van directe belastingen aan de andere kant niet gelijkwaardig zijn.[384] Hierdoor staat het *gelijkwaardigheidsbeginsel* niet in de weg aan het buiten toepassing laten van de met het doeltreffendheidsbeginsel strijdige elementen – of aan de toepassing van een andere regeling. Er is in dat geval immers geen gelijkwaardige nationale procedure. Hierdoor kan ook bij deze benadering staatssteun in de vorm van directe belastingfaciliteiten met toepassing van de (aangepaste) procedure tot *navordering* worden teruggevorderd.[385]

Anderzijds kan ook worden verdedigd dat de gelijkwaardigheid moet worden beoordeeld aan de hand van de procedure die de meeste kans op daadwerkelijke terugvordering biedt. In dat geval zou niet naar de aard van de destijds verleende belastingfaciliteit moeten worden gekeken,[386] maar in plaats daarvan naar de proce-

384. Uiteraard als gevolg van de vereisten die het communautaire doeltreffendheidsbeginsel aan deze procedure tot navordering stelt.
385. Opgemerkt moet worden dat in dit geval de gelijkwaardigheid wordt beoordeeld op basis van de procedure die bij de terugvordering wordt gevolgd, en niet op basis van de aard van de vordering die in het geding is.
386. Bij een directe-belastingenfaciliteit zou dit een procedure tot navordering zijn. Zie in dit kader de conclusie van A-G Wattel bij HR 23 november 2004, nr. 38.701, punt 7.10.

dure die de minste procedurele complicaties oplevert.[387] Hoewel deze laatste benadering ook bepaald geen schoonheidsprijs verdient, er wordt immers verlangd dat bij de keuze van een te volgen procedure (dat wil zeggen vooraf) een inschatting wordt gemaakt van alle mogelijke procedurele complicaties, zou ook deze benadering kunnen worden verdedigd door te verwijzen naar het arrest van het Hof van 10 juni 1993.[388] Het Hof oordeelde namelijk:

> 'Waar het, zoals in het onderhavige geval, een steun betreft die in de vorm van een belastingvrijstelling is verleend en waarvan de onwettigheid naar behoren is vastgesteld, is het onjuist te stellen, zoals verweerster doet, dat de terugvordering van de steun in kwestie noodzakelijkerwijs de vorm van een belastingheffing met terugwerkende kracht moet aannemen, die als zodanig volstrekt onmogelijk zou kunnen worden geëffectueerd, met name gelet op de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.'

Welke benadering ook juist moge zijn, bezien in het licht van dit arrest hebben de drie oplossingen met elkaar gemeen dat het *gelijkwaardigheidsbeginsel* op zichzelf niet een grond vormt om van terugvordering af te zien.

## 7.4 Toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel op heffing op naar Nederlands nationaal recht geheven belastingen

Wordt de ingevolge een onverenigbare steunmaatregel verleende belastingfaciliteit met inachtneming van het voorgaande teruggevorderd via de procedure van hetzij navordering, hetzij naheffing, dan komt de vraag op of de nationale beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen en het nationale vertrouwensbeginsel in het bijzonder aan deze terugvordering in de weg kunnen staan. Want in algemeenheid geldt in het Nederlandse nationale fiscale recht, dat de mogelijkheid tot navorderen en met name ook tot naheffen van indirecte belastingen, wordt beperkt door de nationale algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie hiervoor paragraaf 6.6).[389]

Deze beginselen spelen bijvoorbeeld een rol bij beleidsregels. Dit zijn niet bij of krachtens wettelijke bepaling vastgesteld beleidsvoornemens van (bijvoorbeeld) de fiscus. Hoewel beleidsregels (per definitie) het karakter van algemeen verbindend voorschrift ontberen, om reden waarvan beleidsregels als zodanig geen verplichtingen aan belastingplichtigen kunnen opleggen,[390] kunnen belastingplichtigen daar-

---

387. Ondanks dat van een directe-belastingenfaciliteit sprake was, zou de procedure tot naheffing moeten worden gevolgd, nu het volgen van deze procedure niet de belemmering van het vereiste van een nieuw feit kent.
388. HvJ EG 10 juni 1993, zaak C-183/91 (Commissie/Griekenland), Jur. 1993, p. I-3131, r.o. 17.
389. HR 7 januari 1970, nr. 16.201, BNB 1970/78. Zie ook HR 17 oktober 1970, nr. 16.396, BNB 1971/3* m.nt. J. Hollander.
390. Op grond van het in art. 104 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel kunnen belastingen immers slechts uit kracht van wet worden geheven. Zie P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek, De Grondwet, Zwolle 1992, p. 935.

aan wel een rechtens te beschermen vertrouwen ontlenen.[391] Dit vertrouwen staat er weliswaar in beginsel *niet* aan in de weg dat een beleidsregel, wat toekomstige situaties betreft, wordt ingetrokken, maar *wel* dat aan deze intrekking terugwerkende kracht zou worden verleend. Daarnaast kan ook een beroep op een opgewekt vertrouwen worden gedaan wanneer het beleidsvoornemen *contra legem* zou zijn.[392] Happé formuleert deze voorrangsregel als volgt:[393]

> 'Indien een belastingplichtige zich in redelijkheid beroept op het vertrouwen dat hij aan een gepubliceerde beleidsregel heeft mogen ontlenen, dan dient de aanslag dienovereenkomstig te worden vastgesteld, ook al zou de wet de fiscus terzake niet een bepaalde beleidsvrijheid laten.'

In het nationale recht wordt bovendien de figuur van de toezegging onderscheiden. Ook deze figuur kan onder bepaalde voorwaarden een rechtens te beschermen vertrouwen wekken.[394] Dit kan, zo blijkt uit het arrest van 26 september 1979, zelfs het geval zijn bij een toezegging *contra legem*.[395] Happé brengt een en ander als volgt tot uitdrukking:[396]

> 'De juiste wetstoepassing wordt opzij gezet ingeval de bevoegde inspecteur als toezeggingen op te vatten uitlatingen heeft gedaan waaraan belastingplichtige het vertrouwen heeft mogen ontlenen dat de inspecteur, na kennisneming van alle daartoe vereiste bijzonderheden van het de belastingplichtige zelf betreffende geval aan wettelijke en beleidsregels in zijn geval een bepaalde toepassing zal geven. Deze regel lijdt uitzondering indien de door de belastingplichtige aan de inspecteur verschafte, voor diens toezegging relevante gegevens onjuist zijn, alsmede indien de gedane toezeggingen zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing dat een belastingplichtige niet op nakoming van die toezegging in redelijkheid mocht rekenen.'

Men zou de stelling kunnen betrekken dat de situatie waarin een nationale regeling wordt aangemerkt als onverenigbare staatssteun, overeenkomt met de situatie waarin sprake is van een beleidsregel *contra legem*. Dit zou echter tot gevolg hebben dat het nationale recht, in strijd met het *doeltreffendheidsbeginsel*, op voorhand iedere terugvordering van onverenigbare staatssteun onmogelijk zou maken (zie hiervoor paragraaf 6.4).

Voor de figuur van de toezegging lijkt dit anders te zijn. Wanneer immers sprake is van een nationale regeling die in strijd met artikel 88 lid 3 EG niet is aangemeld, of

---

391. HR 12 april 1978, nr. 18.452, BNB 1978/135. Zie HR 11 oktober 1985, nr. 12.538, NJ 1986, 322 en 28 maart 1990, nr. 25.668, BNB 1990/194 (Leidraad-arrest). In deze laatste rechtspraak aanvaardde de Hoge Raad dat beleidsregels, hoewel deze niet bij of krachtens wet zijn vastgesteld, onder voorwaarden toch als recht in de zin van (thans) art. 79 Wet op de rechterlijke organisatie kunnen worden aangemerkt.
392. Zie ook L.A. de Blieck, P.J. van Amersfoort, J. de Blieck & E.A.G. van der Ouderaa, Algemene wet inzake rijksbelastingen, FED Fiscale studieserie, Deventer 1995, p. 214 e.v.
393. Zie Happé, a.w., p. 121.
394. Zie Happé, a.w., p. 114 e.v. De Blieck c.s., a.w., p. 223 e.v.
395. HR 26 september 1979, nr. 19.250, BNB 1979/311.
396. Happé, a.w., p. 187.

wanneer een terugvorderingstermijn wordt gehanteerd die korter is dan de in artikel 15 lid 1 van de Procedurele verordening genoemde termijn, kan worden gezegd dat de toezegging, die overigens geacht zou kunnen worden te bestaan uit het bedrag van de terug te vorderen begunstiging, 'zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing, dat belastingplichtige op nakoming van die toezegging in redelijkheid niet mocht rekenen'. Deze benadering doet niet alleen recht aan laatstgenoemd arrest van de Hoge Raad, maar ook aan het Alcan Deutschland-arrest van het Hof,[397] waar het Hof immers bepaalde dat de kortere Duitse terugvorderingstermijn buiten toepassing moest blijven. Tegelijkertijd laat de rechtsfiguur van de toezegging echter ruimte voor een rechtens te beschermen vertrouwen in situaties als aan de orde in het Fleuren Compost-arrest, waar de begunstigde was afgegaan op een onjuistheid in een officiële publicatie van de Nederlandse autoriteiten in de Nederlandse Staatscourant.[398]

397. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591.
398. GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01 (Fleuren Compost), n.n.g., r.o. 137.

# 8 Slotopmerkingen en aanbevelingen

Samengevat kwam in het voorgaande aan de orde:

1. De criteria voor de beantwoording van de vraag of een nationale regeling verboden staatssteun vormt, dat wil zeggen een nationale regeling die aan de in artikel 87 lid 1 EG geformuleerde criteria voldoet, staan aan voortdurende rechtsverfijning bloot. Het casuïstische karakter ervan, maakt de eenduidige beantwoording van de vraag of een nationale regeling als verboden staatssteun moet worden beschouwd, in de praktijk nagenoeg onmogelijk.

2. De Commissie kan een steunmaatregel, hoewel deze voldoet aan de criteria voor verboden staatssteun, uit sociaal-economische overwegingen niettemin verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt. Omgekeerd kan ook een nationale regeling die aan de Commissie ter beoordeling is voorgelegd en die geen verboden staatssteun blijkt te zijn, niettemin door de Commissie onverenigbaar worden verklaard wanneer deze regeling niet in overeenstemming kan worden gebracht met uit andere bepalingen van het EG-Verdrag voortvloeiende voorwaarden of beperkingen.

3. Een van de fundamentele uitgangspunten van het communautaire recht vormt het belang van de volle werking van het gemeenschapsrecht. Het belang van de eenvormige toepassing van het rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht dat met voorrang boven het nationale recht moet worden toegepast, wijkt echter voor het communautaire beginsel van misbruik van recht. Op grond van dit beginsel wordt een aan het communautaire recht ontleende vordering afgewezen wanneer deze samenhangt met een verzuim van de vorderende partij de uit dat communautaire recht voortvloeiende verplichtingen na te leven. Hierbij is niet van belang of de vorderende partij al dan niet een lidstaat is. Evenmin veronderstelt het beginsel dat sprake moet zijn van frauduleuze gedragingen: reeds het niet in acht nemen van door bepalingen van gemeenschapsrecht verlangde zorgvuldigheid of het niet voldoen aan een verplichting tot het verschaffen van inlichtingen volstaat voor toepassing van dit beginsel.

4. Ondanks de procedurele autonomie moet een nationale rechtsgang niettemin aan bepaalde communautaire minimumvereisten voldoen. Het belangrijkste vereiste is het gelijkwaardigheidsbeginsel. Slechts wanneer de volle werking van het gemeenschapsrecht in het gedrang kan komen, stelt het doeltreffendheidsbeginsel hierop aanvullende eisen. Dit zal zich voor kunnen doen bij nationale bepalin-

gen of beginselen van procesrecht of bepaalde nationale bestuurspraktijken die in de weg staan aan toepassing van rechtstreeks werkende bepalingen van communautair recht, dat wil zeggen bepalingen waarvoor een verwijzing naar het nationale recht niet geldt en die daarvoor een regel van communautair recht in de plaats stelt.

5. Onverenigbaar verklaarde staatssteun moet in voorkomend geval worden teruggevorderd. Was de steunmaatregel ten onrechte niet aangemeld, dan kan de begunstigde zich slechts in 'uitzonderlijke situaties' op een rechtens te beschermen vertrouwen beroepen. Uitsluitend 'uitzonderlijke situaties' die zijn ontstaan door toedoen van de Commissie kunnen, ten overstaan van de Gemeenschapsrechter, aan de Commissie worden tegengeworpen. 'Uitzonderlijke situaties' die zijn ontstaan door toedoen van de nationale autoriteiten kunnen niet aan de Commissie worden tegengeworpen, doch slechts in beroep voor de nationale rechter worden ingebracht, mits deze 'uitzonderlijke situaties' niet het gevolg zijn van nationale bestuurspraktijken waarvan gezegd moet worden dat deze afbreuk doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht.

Mede op basis hiervan wil ik het volgende aanbevelen:

6. Uit communautaire rechtspraak blijkt dat het hiervoor genoemde begrip 'uitzonderlijke situaties' een communautair begrip is. Om reden van eenvoud en in het belang van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, verdient het aanbeveling dat de Commissie, uiteraard onder toezicht van de Gemeenschapsrechter, bij de uitleg van dit begrip een centrale rol gaat vervullen, in die zin dat de nationale autoriteiten mogen vaststellen dat van dergelijke 'uitzonderlijke situaties' geen sprake is, terwijl de vaststelling dat dit wel het geval is, slechts gedaan kan worden door de Commissie.

7. De Nederlandse procedure voor navordering en naheffing van belastingen voorziet niet, althans niet in alle gevallen, in de mogelijkheid om onverenigbaar verklaarde staatssteun terug te vorderen in die gevallen waarin de begunstigde een ander is dan de (oorspronkelijke) belastingplichtige. Het verdient aanbeveling de desbetreffende wettelijke bepalingen in deze zin aan te passen, althans te voorzien in een regeling die terugvordering ook in deze gevallen mogelijk maakt.

8. De nationale navorderingstermijn en de naheffingstermijn vervat in de Algemene wet inzake rijksbelastingen zijn structureel korter dan de verjaringstermijn van tien jaar zoals deze is vervat in de Procedurele verordening en doen afbreuk aan de volle werking van deze bepaling. Zolang de procedures tot navordering en naheffing de aangewezen procedures blijven om onverenigbare staatssteun terug te vorderen, verdient het omwille van de rechtszekerheid aanbeveling deze nationale termijn in overeenstemming te brengen met de in de Procedurele verordening gehanteerde termijn, althans te voorzien in een wette-

lijke regeling die terugvordering ook na het verstrijken van deze termijn mogelijk maakt.

9. De administratieve bewaarplicht is naar Nederlands recht korter dan de in de Procedurele verordening vervatte verjaringstermijn. Het verdient aanbeveling om de nationale termijn op de communautaire verjaringstermijn te laten aansluiten.

# Stellingen

1. Een verdeling van de bewijslast ten nadele van de Staat, in die zin dat de Staat gehouden is desverlangd aan de rechter het bewijs te leveren dat van verboden staatssteun *geen* sprake is, kan een zelfreinigend effect bewerkstelligen dat het huidige systeem van handhaving van de staatssteunregels ontbeert (stelling ontleend aan paragraaf 4.3).

2. Een concurrent van een door een ten onrechte niet aangemelde belastingfaciliteit begunstigde onderneming aan wie zelf geen beroep op de desbetreffende fiscale faciliteit toekomt, heeft weliswaar een procesbelang, maar niet in de *fiscale* procedure, om reden waarvan hij door de *fiscale* rechter niet-ontvankelijk verklaard moet worden (stelling ontleend aan paragraaf 5.4.2).

3. Het verweer van de inspecteur dat een belastingfaciliteit in feite een ten onrechte niet-aangemelde steunmaatregel vormt, behoort door de rechter te worden afgewezen, omdat de inspecteur geen processueel voordeel mag kunnen halen bij het verzuim van de lidstaat de desbetreffende maatregel als steunmaatregel bij de Commissie aan te melden (stelling ontleend aan paragraaf 5.4.3).

4. De samenwerking met de Commissie die het gemeenschapsrecht van de lijdelijke Nederlandse fiscale rechter in staatssteunzaken verlangt, behoeft het voor het deskundigenbericht geschapen nationale, procesrechtelijke kader niet te overstijgen (stelling ontleend aan paragraaf 5.4.4).

5. Naar maatstaven van nationaal fiscaal recht bezien, moeten belastingfaciliteiten, waarvan de aanmelding bij de Commissie ex artikel 88 lid 3 EG ten onrechte achterwege blijkt te zijn gebleven, naar Nederlands recht worden gekarakteriseerd als 'toezegging', zodat, in weerwil van de negatieve beschikking van de Commissie, de terugvordering van de met die faciliteit gemoeide bedragen onder 'uitzonderlijke omstandigheden' achterwege kan blijven (stelling ontleend aan paragraaf 7.4).

# Bestuur en ereleden

**Bestuur**

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mevrouw mr. E.C. Drexhage (secretaris)
Mevrouw mr. S. Verhage (adjunct-secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Mr. H.J.M. Havekes
Prof. dr. M. Herweijer
Mr. B.C. Knieriem
Mr. E.C. Lisser
Mr. A.W.H. Meij
Mevrouw mr. W. den Ouden
Prof. mr. J.E.M. Polak
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mevrouw mr. W.G.B. van de Ven
Prof. mr. N. Verheij
Prof. mr. P.J. Wattel

**Ereleden**

Mr. J.M. Polak
Mevrouw mr. A. Rothuizen-Geerts
Prof. mr. M. Scheltema

# Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

| | | | |
|---|---|---|---|
| II | mr. A. Koelma<br>mr. R. Kranenburg | De verhouding van staatsrecht en administratief recht | (1940) |
| IV | mr. J. Kruseman<br>mr. J.H. Scholten | De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht | (1941) |
| VI | mr. A. Kleyn<br>mr. J.V. Rijperda Wierdsma | De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten | (1942) |
| VIII | mr. L.J.M. Beel<br>mr. G.J. Wiarda | Publiekrechtelijke overeenkomsten | (1943) |
| X | mr. E. Bloembergen<br>mr. H.E.R.E.A. Frank | Administratieve rechtspraak op economisch terrein | (1946) |
| XIII | mr. J.M. Kan<br>mr. W.G. Vegting | De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente | (1947) |
| XV | dr. G.A. van Poelje<br>mr. A.M. Donner<br>dr. Jules Lespes | Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht | (1948) |
| XVII | mr. S. Fockema Andreae<br>mr. D. Simons | Het administratief recht in de Grondwet | (1949) |
| XIX | dr. S.O. van Poelje<br>mr. C.H.F. Polak | Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht | (1950) |
| XXII | mr. H. Fortuin<br>mr. A.J. Hagen | De voorwaardelijke beschikking | (1951) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| XXIV | dr. I. Samkalden<br>mr. G.J. Wiarda | Algemene beginselen van behoorlijk bestuur | (1952) |
| XXVI | dr. J.W. Noteboom<br>mr. L.R.J. Ridder van Rappard | Samenwerking van overheid en particulieren | (1953) |
| XXIX | dr. W.F. Prins<br>mr. H.D. van Wijk | Politiedwang | (1954) |
| XXXI | mr. D. Simons<br>dr. F.E. de Visschere<br>mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen | Bestuursrecht en bestuurskunde | (1955) |
| XXXIV | dr. B. de Goede<br>dr. M. Troostwijk | Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen | (1956) |
| XXXVI | mr. A.D. Belinfante<br>mr. A. Mulder | De verhouding van administratieve sancties en straffen | (1957) |
| XXXVIII | mr. J. Korf<br>mr. L.G. van Reijen | De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen | (1958) |
| XL | mr. B. Bolkestein<br>dr. D. van der Wel | Het goedkeuringsrecht | (1959) |
| XLII | mr. A.M. Donner<br>mr. I. Samkalden | Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied? | (1960) |
| XLIV | mr. R.A.V. Baron van Haersolte<br>dr. H.A. Brasz<br>mr. J.G. Steenbeek | De overheidssubsidie | (1961) |
| XLVI | mr. W.F. Leemans<br>mr. W.M.J.C. Phaf | Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden | (1962) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| XLIX | mr. E.H. s'Jacob<br>mr. J.C. Somer | De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig | (1963) |
| LIV | mr. W. Duk<br>mr. H.J.M. Jeukens | Terugwerkende kracht | (1965) |
| LVII | mr. J.M. Kan<br>mr. N.H. Muller<br>mr. R. Streng | Doeltreffendheid van het administratief beroep | (1966) |
| LIX | mr. D. van Duyne<br>mr. J. Bulthuis | Het plan in het openbaar bestuur | (1967) |
| LX | mr. L.J. Brinkhorst<br>mr. T. Koopmans<br>mr. A.D. Peiffer<br>mr. W.M.J.C. Phaf<br>prof. mr. S.O. van Poelje | Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid | (1968) |
| LXII | mr. O.A.C. Verpalen<br>mr. F.J. Beunke | Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad | (1969) |
| LXIV | mr. F.H. van der Burg | Overheid en onderdaan in een representatieve democratie | (1970) |
| LXVI | mr. J.A.M. van Angeren<br>mr. Th.J.C. Verduin | De sanctionering van het administratief recht | (1971) |
| LXIX | mr. A.M. Donner<br>mr. P.J. Boukema<br>mr. H.J.M. Jeukens | Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner | (1972) |
| LXX | mr. L.J.M. de Leede<br>mr. J.P. Scheltens | Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht | (1973) |
| LXXIV | mr. M. Scheltema<br>mr. W. Konijnenbelt | De rechtsverwerking in het administratieve recht | (1974) |
| LXXVI | mr. B. Plomp<br>drs. E.L. Berg | Milieuheffingen | (1975) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| LXXVIII | mr. W. Brussaard<br>J. Rothuizen | Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening | (1976) |
| LXXX | mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch<br>mr. R. Samkalden | Advisering in het bestuursrecht | (1977) |
| LXXXII | mr. A.G. van Galen<br>mr. H.Th.J.F. van Maarseveen | Beginselen van administratief procesrecht | (1978) |
| LXXXIV | mr. R. Bergamin<br>mr. C.J.G. Olde Kalter | Overheidspersoneel en grondrechten | (1979) |
| LXXVI | mr. F.W. ter Spill<br>mr. A.Q.C. Tak | Onwetmatig bestuur | (1981) |
| LXXXVIII | mr. P.J.J. van Buuren<br>mr. M. de Groot-Sjenitzer | De omvang van de rechtsbescherming | (1982) |
| XC | mr. F.J.P.M. Hoefnagel<br>mr. drs. Alex Reinders | Kunst, kunstbeleid en administratief recht | (1983) |
| XCII | mr. Chr. Kooij<br>dr. F.P.C.L. Tonnaer | Vergunningverlening in stroomversnelling | (1984) |
| XCIII | mr. D.W.P. Ruiter<br>drs. C.J.N. Versteden | Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht | (1985) |
| XCIV | mr. D.A. Lubach<br>mr. W.A.M. van Schendel | Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht | (1986) |
| XCVI | mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens<br>mr. J.W. Ilsink<br>mr. R.E. de Winter | De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving | (1987) |
| XCIX | mr. E.M.H. Hirsch Ballin<br>mr. J.H. van Kreveld | Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen | (1988) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| z.nr. | mr. drs. J.P. Balkenende<br>mr. drs. B.M.J. van der Meulen<br>mr. J.S. van den Oosterkamp<br>mr. G. Sebus<br>mr. W.A.C. Verouden<br>mr. drs. S.O. Voogt | Bestuursrecht na 1992 | (1989) |
| 102 | mr. N.S.J. Koeman<br>mr. J.H.W. de Planque | Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter | (1989) |
| 104 | mr. Th.G. Drupsteen<br>mr. K.J. Kraan | De beslechting van bestuursgeschillen | (1990) |
| 106 | mr. J.B.J.M. ten Berge<br>mr. E.J. Daalder<br>dr. J. Naeyé | De Nationale ombudsman | (1991) |
| 108 | mr. M.B. Koetser<br>mr. Ch.J. Langereis<br>mr. R.M. van Male | De belanghebbende | (1992) |
| 110 | mr. H. Franken<br>mr. dr. I.Th.M. Snellen<br>mr. J. Smit<br>mr. A.W. Venstra | Beschikken en automatiseren | (1993) |
| 112 | mr. D. Allewijn<br>prof. mr. P. Nicolaï<br>mr. M. Schreuder-Vlasblom | Het nieuwe bestuursprocesrecht | (1994) |
| 114 | mr. J.T.K. Bos<br>mr. G.A.M. Giesen<br>mr. J. de Groot<br>prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels | Handhaving van het bestuursrecht | (1995) |
| 116 | mr. E. Steyger<br>mr. R.J.G.M. Widdershoven<br>mr. A.W.H. Meij | Europees recht en het Nederlands bestuursrecht | (1996) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 118 | mr. C.P.J. Goorden<br>mr. M.M. den Boer<br>mr. F.K. Buijn | Zbo's, verzelfstandiging en privatisering | (1997) |
| 120 | mr. H.P. Heida<br>prof. mr. F.A.M. Stroink<br>mr. P.C.E. van Wijmen | Complexe besluitvorming | (1998) |
| 122 | mr. A.J.C. de Moor-van Vugt<br>mr. J.L. de Wijkerslooth<br>mr. N. Verheij | Verschuiving van de magische lijn | (1999) |
| 124 | prof. mr. C.A.J.M. Kortmann<br>prof. mr. B.P. Vermeulen<br>mr. P.J.J. Zoontjens | De Awb en de bijzondere wetgeving | (2000) |
| 126 | mr. B.J. van Ettekoven<br>mr. M.A. Pach<br>prof. dr. I.C. van der Vlies | Alternatieven van en voor de bestuursrechter | (2001) |
| 128 | mr. J.E. Hoitink<br>prof. mr. G.E. van Maanen<br>mr. drs. B.P.M. van Ravels<br>prof. mr. B.J. Schueler | Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad | (2002) |
| 130 | prof. mr. B.M.J. van der Meulen<br>mr. A.T. Ottow | Toezicht op markten | (2003) |
| 132 | mr. T. Barkhuysen<br>mr. A.B. Blomberg<br>mr. M.K. Bulterman<br>prof. mr. J.M. Verschuuren | De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht | (2004) |