

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

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

Ter behandeling van de preadviezen van

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

© 2006 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, 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 veeelvoudingen 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 705 7
NUR 823
www.bju.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	7
Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)	12
Mevrouw mr. E. Steyger	12
Mr. R.J.N. Schlössels	20
Uitreiking van de VAR-prijs	28
Vervolg interventies, met reacties van de preadviseurs	31
Mr. R.H.C. Luja	31
Mr. P.C. Adriaanse	36
Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 18 mei 2005	47
Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)	51
Mr. J.W. van de Gronden	51
Mr. A.J. Bok	58
Mr. J.E.M. Polak	63
Mr. N. Verheij	71
Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt	75
Mr. R.J.G.M. Widdershoven	78
Mevrouw mr. R. Jacobs	80
Mr. A.W.H. Meij	82
Stellingenprocedure	86
Verslag van de secretaris over 2004	91
Bestuur en ereleden	95

Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

Het uitdijende bestuursrecht

Het bestuursrecht en het heelal

Bij het woord uitdijen denk ik primair aan het heelal. Wij zijn vertrouwd geraakt met een beeld, het uitdijende heelal, dat voor gewone stervelingen, waartoe ik zonder aarzeling de meeste beoefenaren van het bestuursrecht, inclusief mijzelf, reken, eigenlijk helemaal niet te begrijpen valt. Het 'heelal' omvat toch alles al? Maar als het al alles is, hoe kan het heelal dan nog elke seconde met een razende vaart groter worden? Toch is dat wel wat er gebeurt: het heelal dijt uit, al schijnt dat ooit te zullen ophouden en te worden gevolgd door een tegengestelde beweging, de implosie, tot alles weer terug is bij af. De vergelijking van het bestuursrecht met het heelal is wel enigszins gerechtvaardigd. Het bestuursrecht is om te beginnen een enorm uitgestrekt rechtsgebied. Een van mijn illustere voorgangers op de VU, Jan Borman, placht zijn eerste college bestuursrecht in het studiejaar luister bij te zetten door een karretje met alle wetten van de S&J-editie de collegezaal te laten binnenrijden. Hij toonde dan een handvol boekjes: dat was het privaatrecht. Daarna kwam er nog een handje: dat was het strafrecht. De rest van de onoverzienbare hoeveelheid wettenboekjes vormde het bestuursrecht. Het verhaal gaat dat de studenten vervolgens geruime tijd in doodse stilte terneer zaten en zich met een bang gemoed afvroegen of ze deze klap nog te boven zouden komen. Twintig jaar later is het bestuursrecht nog enorm in omvang toegenomen en het dijt, evenals het heelal, nog altijd uit met een grote vaart. Hier en daar komen we een zwart gat tegen, waarin sommigen het BW ontwaren,¹ horen we enkele meteorieten voorbijschieten als ongeleide projectielen, die ik niet van namen zal voorzien, maar het meest opvallende is toch die uitdijende, expansieve beweging, waarbij steeds meer ruimte (die op de een of andere manier dan toch al bestaan moet hebben) wordt opgeslokt. Voorlopig is het einde niet in zicht.

1. H.J. Simon & A.Q.C. Tak, Het BW als zwart gat, NTBR 1994, p. 173-180.

De ruimte die het bestuursrecht opslokt, was voorheen deels woest en ledig. Die opslokking noemen we juridisering. Zowel de Europese als de Nederlandse wetgever als ook de bestuursorganen, met hun beleidsregels en richtlijnen, en niet te vergeten de bestuursrechter nemen deel aan deze veroveringstocht in de ruimte. Maar deels was de ruimte reeds gevuld door privaatrecht en strafrecht. Zonder enige pretentie van volledigheid noem ik een paar ontwikkelingen die het uitdijen illustreren.

In de relatie tot het *privaatrecht* gaat het ten eerste om de jurisprudentie die beslissingen die in een publiekrechtelijke rechtsverhouding zijn genomen onder de rechtsmacht van de bestuursrechter heeft gebracht, ook al zijn die beslissingen eigenlijk geen besluiten. Denk aan terugvorderingen van te veel betaalde subsidies en uitkeringen, maar natuurlijk vooral aan het zelfstandige schadebesluit.² Al veel langer kennen we de leer van de formele rechtskracht, die het bestuursrecht voorrang geeft. Ook is de burgerlijke rechter geneigd zich inhoudelijk neer te leggen bij het oordeel van de bestuursrechter. In de sfeer van de wetgeving noem ik het wetsvoorstel Vierde tranche Awb, waarin een uitgebreide gedschuldenregeling is opgenomen die veel privaatrecht ten aanzien van het betalen en invorderen van gedschulden door en aan de overheid zal vervangen. Ook zullen beslissingen omtrent de tenuitvoerlegging van sancties een bestuursrechtelijke aankleding krijgen en voortaan aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd.

In de relatie tot het *strafrecht* is al een jaar of vijftien een beweging gaande die van opmars met een vraagteken³ en stille revolutie⁴ is uitgegroeid tot een ingrijpende herschikking van strafrecht en bestuursrecht. Ik heb het natuurlijk over de bestuurlijke boete. Naar schatting kennen nu al zo'n zestig wetten die bevoegdheid en het zullen er ongetwijfeld nog veel meer worden. Naast de terrorismebestrijding is de relatie tot het bestuursrecht momenteel hét onderwerp van debat in strafrechtelijke kringen. De opmars van de bestuurlijke boete, binnenkort ook op het terrein van de zogenaamde kleine ergernissen,⁵ wordt ondersteund enerzijds door het falen van het strafrecht en anderzijds door het zich terugtrekken door OM en politie op hun kerndomein, dat in de huidige tijd van populistisch taalgebruik zo graag wordt aangeduid als het vangen van boeven.

Tegenbewegingen

Maar er zijn tegenbewegingen, wellicht aanwijzingen voor een implosie. De eerste betreft de *wetgeving*. Het kabinet is bezig, althans dat zegt het, in het kader van herijking en modernisering van de wetgeving vele regels te schrappen. Helaas voor het kabinet denk ik dat dit meer schijn dan wezen is. Ik zal u bij wijze van anekdo-

2. Zie het VAR-preadvies van N. Verheij, Een eigen recht(er), in: *Verschuiving van de magische lijn*, VAR-geschrift 122, Alphen aan den Rijn: Samson 1999, p. 7-73.

3. F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

4. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (afscheidsrede KUN), Arnhem: Gouda Quint 1995.

5. Kamerstukken II 2004/05, 30 101.

tisch voorbeeld vertellen hoe bijvoorbeeld VROM bezig is het regelbestand terug te dringen.⁶ Dat gebeurt door:

- a. zuiver technische integratie door het samenvoegen van regelingen (het bekende nietje als integratiekader);
- b. het afschaffen van regels die niet meer kunnen worden toegepast omdat het probleem dat ze moesten oplossen niet meer bestaat;
- c. overheveling van regelgeving naar de regelgeving van een ander ministerie (dat schiet natuurlijk lekker op);
- d. het vervangen van de ene door de andere regel, waarbij nog maar moet worden afgewacht of men erin slaagt de nieuwe regel eenvoudiger te doen zijn;
- e. het intrekken van regels die nog niet gelden.

En dan te bedenken dat de VROM-regels maar zo'n drie procent uitmaken van het totale regelbestand op rijksniveau... Andere ministeries doen trouwens erg hun best om het bestuursrecht verder te laten groeien. Wat dacht u bijvoorbeeld van de in de maak zijnde Wet inburgering? Straks mogen pakweg 800.000 mensen een inburgeringsexamen nieuwe stijl gaan doen (voor de huidige inburgeringsexamens zouden wij trouwens waarschijnlijk collectief zakken) en als ze dat examen niet halen, volgt er een boete en kunnen betrokkenen geen permanente verblijfstitel krijgen. Talloze uitvoeringsregels vormen het onvermijdelijke sequeel van (ook) deze wet, waarvan de uitvoerbaarheid trouwens op voorhand uiterst twijfelachtig is. Procedures over wie wel en wie niet aan de examenverplichting onderworpen zijn, over de uitslag en over eventuele sancties en andere gevolgen zullen ons, bestuursrechtjuristen, weer van veel werk voorzien. Verder is het zo dat er in ons land maar iets hoeft te gebeuren dat 'de politiek' niet aanstaat of er wordt geroepen om regels. De discussie moet dan ook meer gaan over vragen als hoe de kwaliteit van wettelijke regels kan worden verbeterd, op welk overheidsniveau de regels moeten worden gesteld en of de regels wel door de overheid moeten worden gesteld. Ten slotte: wat wij hier in ons kikkerland ook doen, en of we nu voor of tegen de Grondwet voor Europa stemmen, heel veel regelgeving wordt ons eenvoudig opgelegd door Brussel. Nee, de uitdijende beweging gaat door, daarvan ben ik overtuigd, ook onder een 'andere overheid' en ook na de eventuele invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, waarvan op 3 mei 2005 een ambtelijk voorontwerp het licht zag.

Hier en daar zorgt de rechter voor een tegenbeweging. Zo heeft de bestuursrechter gemeend de juridisering van het gedogen een halt toe te moeten roepen door de weigering en de intrekking van een gedoogbeschikking, in weerwil van artikel 1:3 lid 2 Awb en de bestuursrechtelijke dogmatiek, in beginsel niet als besluiten aan te merken. De burgerlijke rechter heeft de bestuursrechtelijke expansie in het schadevergoedingsrecht enigszins bedwongen door de burger, ook nadat die een zelfstandig schadebesluit heeft gekregen en zelfs al heeft aangevochten, tot in een laat stadium, namelijk tot de bestuursrechter uitspraak doet, de mogelijkheid te bieden alsnog een vordering bij de burgerlijke rechter in te stellen, terwijl ook het niet tijdig

6. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 383.

instellen van beroep bij de bestuursrechter voor die mogelijkheid niet verhinderend werkt.⁷

Een spectaculaire tegenbeweging zien we in het strafrecht, waar de OM-afdoening ten tonele is verschenen en in een wetsvoorstel is neergelegd.⁸ De strekking daarvan is dat de transactie gaat verdwijnen ten gunste van een door de OvJ of een opsporingsambtenaar⁹ te nemen strafbeschikking. Zo'n strafbeschikking kan onder meer een taakstraf, de ontzegging van de rijbevoegdheid, maar, en daar gaat het mij nu vooral om, ook een boete inhouden. Niettegenstaande haar aard (straf) en haar benaming (strafbeschikking) wordt de strafbeschikking in het wetsvoorstel – zie het opschrift van de nieuwe titel IVA boek II Wetboek van Strafvordering – aangeduid als een daad van rechtsvervolgning, waardoor ingevolge artikel 1:6 Awb de Awb op deze sanctie niet van toepassing is.¹⁰ Een in wezen bestuursrechtelijk besluit, een bestuurlijke boete, genomen door een bestuursorgaan, ook al maakt dat orgaan deel uit van een strafrechtelijk apparaat, wordt hiermee aan het bestuursrecht onttrokken. In het wetsvoorstel is een quasi-bestuursrechtelijke procedure in elkaar gezet, met de mogelijkheid van verzet binnen veertien dagen (artikel 257e Sv) en in bepaalde gevallen vernietiging van de strafbeschikking door de strafrechter (artikel 354a Sv). Het verzet kan leiden tot intrekking of wijziging van de strafbeschikking door degene die de beschikking heeft genomen (dit lijkt een beetje op de bezwaarschriftprocedure) maar als dit niet gebeurt, brengt het verzet mee dat de zaak (niet de strafbeschikking als zodanig) alsnog door de rechter wordt behandeld. Voorop staat evenwel het nemen van een beschikking door officier of opsporingsambtenaar. Anders dan bij de Wet Mulder, die ook de figuur van de beschikking kent, met daarna administratief beroep, houdt de wet OM-afdoening het bestuursrecht buiten de deur. Nu komt de OM-afdoening in de plaats van de transactie, die naast vooral praktische voordelen zeker ook enkele principiële nadelen heeft, zoals Hartmann onlangs op een VAR-studiemiddag duidelijk heeft gemaakt. Dus wordt er geen bestuursrecht vervangen door strafrecht. Maar wat wel gebeurt is het bestuursrecht formeel buiten houden waar dat materieel wordt geïncorporeerd in wat in de ware zin des woords bestuursstrafrecht kan worden genoemd. Gebeurt dit wellicht mede om een dam op te werpen tegen de vloed van bestuurlijke boeten, onder het motto 'if you can't beat them, join them'? Maar dan ligt het voor de hand zoveel mogelijk in de pas te lopen met het bestuursrecht, zoals strafrechtjuristen 'ons' altijd terecht voorhouden dat 'wij' bij de regeling van de bestuurlijke boete toch vooral goed naar het strafrecht moeten kijken! Dan zie ik niet in waarom er pas een hoorplicht van de officier zou zijn bij een boete van meer dan 2000 euro (artikel 257c lid 2 Sv), terwijl het wetsvoorstel Vierde

7. HR 17 december 1999, AB 2000, 89 (Groningen/Raatgever).

8. Kamerstukken II 2004/05, 29 849.

9. In enkele gevallen kan ook een bestuursorgaan een strafbeschikking nemen, zoals het waterschapsbestuur op grond van art. 85 Waterschapswet. Mogelijk zullen meer bestuursorganen bevoegd worden gemaakt strafbeschikkingen te nemen. De transactie verdwijnt dus echter; ook de bestuurlijke transactie bij milieudelicten zal worden omgezet in een strafbeschikking. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 35.

10. 'Van een "vervolgning" is sprake zodra de rechter in de zaak gekend wordt' (Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 15). Hoe kan een OM-beschikking, die juist beoogt de rechter niet in de zaak te betrekken, dan als een daad van vervolging worden gezien?

tranche Awb de grens van de hoorplicht legt bij 340 euro. Ook ligt het dan niet voor de hand een termijn van twee weken voor het verzet te gunnen, waar in het bestuursrecht voor bezwaar en beroep de termijn van zes weken gebruikelijk is.¹¹ Echt schokkend voor menig strafrechtjurist zal zijn dat ook het strafrecht, voor tienduizenden zaken, waaronder ook relatief zware zaken, de figuur gaat kennen van de straf die wordt opgelegd door een ander orgaan dan de rechter. Het uitgangspunt dat binnen het strafrecht alleen de strafrechter een straf mag opleggen, wordt uitdrukkelijk losgelaten; de mogelijkheid van een beroep op de strafrechter (dat hier dus verzet heet) wordt blijkens de memorie van toelichting toereikend geacht.¹² En omdat, zo zegt diezelfde memorie van toelichting, het door bestuursorganen opleggen van bestraffende sancties in het bestuursrecht in ruime mate is aanvaard, ligt het niet langer voor de hand dit in een strafrechtelijke context uit te sluiten. Het bestuursrecht blijkt dus toch ook hier een uitdijende werking te hebben, zij het subtieler: het bestuursrecht als model voor het strafrecht.

De uitdaging

Waar leidt dit alles toe? Mijn conclusie is dat ondanks enkele tegenbewegingen de implosie van het bestuursrecht, zo die ooit zal plaatsvinden, ver achter onze tijdshorizon ligt. Het bestuursrecht zal fors blijven uitdijen, door de Europese Unie, door de wens belangen juridisch behoorlijk te beschermen, door het verlangen naar rechtszekerheid, doordat het bestuursrecht is geëmancipeerd en heeft laten zien een volwaardige tak van het recht te zijn, door de houding van burgerlijke rechter, die in zekere zin volgend is, en door het feit dat de handhaving al lang niet meer doelmatig kan plaatsvinden wanneer we daarvoor niet veel meer bestuursrecht inzetten. Ik ben niet bang voor een verder uitdijend bestuursrecht. Ik denk niet dat 'we' onze hand overspelen. Wel is het zaak het bestuursrecht krachtig verder te ontwikkelen. Die taak komt primair toe aan wetgever en rechter, waarbij de Awb en de toepassing daarvan een sleutelrol kunnen vervullen. Maar ook voor de VAR ligt hier een uitdaging. Gezamenlijk hebben wij een onwaarschijnlijk grote hoeveelheid bestuursrechtelijke kennis en ervaring. Dat we die ook ten algemenen nutte moeten inzetten, staat voor mij vast, al was het maar omdat in onze statuten staat dat de VAR zich toelegt op de ontwikkeling van het bestuursrecht. Ik heb er alle vertrouwen in dat we dat blijven doen. De preadviezen van vandaag vormen daarvan het zoveelste bewijs. Hoog tijd dus om die te gaan bespreken!

Ik dank u voor uw aandacht.

11. Het SP-kamerlid De Wit heeft een amendement ingediend dat ertoe strekt de termijn op zes weken te stellen. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 12.

12. Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 2.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Voorzitter: De preadviseur mevrouw Den Ouden gaat binnen enkele dagen bevallen. Zij zal daarom vandaag niet aanwezig zijn. Ik stel voor dat wij gezamenlijk even voor haar duimen!

Mevrouw mr. E. Steyger

Preadviezen als deze behoren bij iedere ambtenaar die een subsidie- of andere pot beheert waaruit ondernemingen een bijdrage kunnen ontvangen, als bijbel op het bureau, en misschien ook wel op het nachtkastje te liggen. Wat was het tijd dat dit onderwerp op de VAR besproken werd, en wat zijn het mooie preadviezen! Mijn complimenten.

Dat het bezorgen van een financieel voordeel in bijna elk geval een probleem kan vormen, werd opnieuw pijnlijk duidelijk uit een bericht in het Financieel Dagblad van 6 mei, waaruit blijkt dat commissaris Kroes van plan is de vier miljoen euro subsidie aan de dierentuinen Artis en Blijdorp te onderzoeken naar aanleiding van een klacht van de London Zoo. Dierentuinen, zegt u, zijn dat dan ook al ondernemingen? En wat voor concurrentie kan London Zoo van Blijdorp en Artis ondervinden? Ten aanzien van bezoekers lijkt dit onlogisch, want Rotterdam en Amsterdam enerzijds en Londen anderzijds lijken niet erg substitueerbaar voor een middagje aapjes kijken. Of betekent de subsidie voor de Nederlandse dierentuinen een nadeel voor Londen op de inkoopmarkt van giraffen? Bestaat zo'n markt dan? En zijn dierentuinen eigenlijk wel ondernemingen? En de hamvraag: hadden dierentuinen niet ook een educatieve taak, een natuurbehoudstaak en onderzoekstaak waarvoor ze zelfs samenwerken in de Nederlandse Vereniging van Dierentuinen? Met andere woorden: zijn dierentuinen, zo ze al ondernemingen zijn, niet ondernemingen met een taak van algemeen belang?

Hiermee ben ik dan meteen aanbeland bij mijn voornaamste kritiek op de preadviezen, namelijk dat de hele problematiek van steunmaatregelen te weinig is geplaatst in het kader van het algemene mededingingsrecht, waarvan het, verdragsrechtelijk, een integraal onderdeel uitmaakt. Dit wreekt zich vooral in het preadvies van Van Angeren en mevrouw Den Ouden, waar de problematiek van de subsidiëring van taken van algemeen belang het meest uitgebreid besproken wordt.

Van Angeren en mevrouw Den Ouden gaan uitgebreid in op de vraag onder welke omstandigheden een taak van algemeen belang gesubsidieerd kan worden, zonder dat de subsidiëring als staatssteun moet worden aangemerkt. Daarvoor bezien zij eerst het ook door het Hof gemaakte onderscheid tussen taken van niet-economisch belang en diensten van algemeen economisch belang. Diensten van niet-economisch belang zijn overheidsprerogatieven, de categorie activiteiten die geen dienst zijn in de zin van artikel 50 EG, zoals bekostigd onderwijs, en de wat warrige categorie niet-economische diensten, zoals uitvoering van stelsels van sociale zekerheid. Diensten van algemeen economisch belang zijn andere diensten die wel een expliciet economische, of zo u wilt commerciële component hebben. In navolging van het HvJ en de Commissie wijzen de preadviseurs er nadrukkelijk op dat het aan de lidstaten is om te bepalen welke diensten zij als ‘van algemeen economisch belang’ beschouwen. Tegelijkertijd wijzen ze echter op het arrest Corbeau, waarin wordt gesteld dat koeriersdiensten niet onder de voorbehouden dienst van postbezorging kunnen worden begrepen, omdat het hier niet gaat om een dienst van algemeen economisch belang.

De crux voor de financiering van diensten van algemeen belang zit hem in twee typisch aan artikel 86, en niet artikel 87 EG, gekoppelde punten. Het eerste punt is dat zowel uit het genoemde Corbeau-arrest als uit de ook ruimschoots besproken Altmark-criteria blijkt dat de lidstaten helemaal niet vrij zijn om te bepalen wat zij als diensten van algemeen belang aanmerken, wat het Hof of de Commissie daarover ook moge zeggen. Integendeel, juist uit Corbeau én uit het feit dat Altmark een vrijstelling van de meldingsplicht vormt voor precies omschreven diensten van algemeen belang, volgt dat de Commissie en ook het Hof wel degelijk toetsen om welke diensten het gaat. Dat moet ook wel, want als de compensatie die wordt betaald voor de diensten van algemeen belang specifiek gekoppeld is aan die openbaredienstverplichtingen ofwel aan het zijn van een publieke taak, dan moet zowel de omvang van de dienst als de dienst zelf getoetst worden.

Het tweede punt dat Van Angeren en mevrouw Den Ouden met hun onderscheid lijken te vergeten, is dat het Hof in het mededingingsrecht het onderscheid tussen de categorieën diensten van niet-economisch belang en diensten van algemeen economisch belang ophoudt toe te passen op het moment dat de uitvoerende organisatie van dergelijke diensten additionele commerciële taken oppakt. Dit blijkt uit het arrest Höfner, dat geen betrekking had op staatssteun, maar op misbruik van machtspositie van een arbeidsbureau, omdat dit ook letterlijk het alleenrecht had op headhunting. Headhunting was naar de mening van het Hof geen taak van algemeen belang, waardoor het Duitse arbeidsbureau werd aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 86 EG.

Zodra een entiteit een commerciële taak uitoefent (of dit nu ingesloten is in het bij wet verstrekte exclusieve recht of dat de entiteit zijn ‘product in de markt gaat zetten’, zoals dat heet) wordt hij daarmee een onderneming in de zin van artikel 86 EG. Dat geldt dus niet alleen voor de klassieke ondernemingen met een taak van algemeen economisch belang als nutsbedrijven, maar tevens voor de moderne op de markt gerichte uitvoeringsorganisatie van een overheidsprerogatief, een onderwijsinstelling of een uitvoerder van een stelsel van sociale zekerheid bijvoorbeeld.

Deze jurisprudentie heeft enige gevolgen. Om te beginnen kan de entiteit met een publieke taak aangepakt worden voor misbruik van machtspositie vanwege het enkele feit dat hij een vergoeding krijgt, dan wel, hetgeen de situatie was in Höfner, vanwege het feit dat zijn voorbehouden publieke taak is uitgebreid met elementen die evengoed in concurrentie kunnen gebeuren. Dit geldt zelfs als de entiteit zelf helemaal niets doet om dat misbruik van machtspositie te initiëren, maar gewoon de wet naleeft. Corbeau biedt slechts een mogelijke uitzondering op het verbod van artikel 82 EG (het verbod van misbruik van machtspositie) doordat het de mogelijkheid openlaat dat de entiteit onder omstandigheden met de commerciële dienst, het commerciële onderdeel van die voorbehouden taak, de lasten van de publieke taak compenseert. Is deze compensatie volledig, dan is er uiteraard geen mogelijkheid voor vergoeding. In die zin werken het uitbreiden van de publieke taak met commerciële elementen ter compensatie van die publieke taak en een compenserende vergoeding voor die taak, dus een bijdrage voor de precies omschreven taak, als communicerende vaten die aan dezelfde eisen moeten voldoen.

Op het moment dat een vergoeding voor een publieke taak of aan een overheidsbedrijf als misbruik van machtspositie wordt aangemerkt, komt de hele staatssteunproblematiek er niet aan te pas, maar voor de subsidiegever dan wel steunverstrekker is dit een risico dat niet onderschat moet worden. Dat blijkt ook uit het arrest Connect Austria.¹³ Wanneer de vergoeding wél als staatssteun wordt aangemerkt, betekent dit dat zodra de organisatie een onderneming in de zin van artikel 86 EG is geworden, de hele Altmark-Transmolen begint te draaien: is er sprake van een publieke taak, is deze precies genoeg omschreven, is de compensatie vooraf op objectieve en transparante wijze vastgesteld, is het inderdaad niet meer dan compensatie en is die compensatie, kort gezegd, marktconform? Dat zijn de vier Altmark-criteria.

Dit alles betekent dat wanneer bijvoorbeeld bekostigde onderwijsinstellingen zich op de markt voor commercieel onderwijs begeven, zij ondernemingen in de zin van artikel 86 EG worden. Onderwijs als zodanig is niet uitgezonderd van de staatssteunbepalingen, de uitzondering geldt alleen voor bekostigd onderwijs. Dat wordt niet aangemerkt als dienst in de zin van artikel 50 EG, dus is het geen commerciële activiteit. Op het moment dat een bekostigde onderwijsinstelling leuke cursussen tegen een commercieel aantrekkelijke prijs gaat aanbieden (of iets anders doet in concurrentie met de LOI), wordt zo'n onderwijsinstelling onderneming in de zin van artikel 86 EG. En laten we ons niet rijk rekenen door het Commissiebeleid ten aanzien van de Digitale Universiteit. De reden waarom het door Hessel op pagina 35 aangehaalde Ontwikkel en Expertise Centrum (OEC) van de Digitale Universiteit aan de status van onderneming ontsnapte, was dat daarop een pre-Altmarktoets was losgelaten, en de gehele financiering van de Digitale Universiteit als steun was gemeld bij de Commissie. Dit laatste omdat de Digitale Universiteit ook nog uit twee BV'tjes bestaat die op volstrekt marktconforme wijze zaken doen met het OEC. Kortom, de Digitale Universiteit was voorafgaand aan de oprichting gescreend. Dat valt van het huidige onderwijsstelsel echter niet te zeggen, hetgeen betekent dat zelfs de invoering van variabele collegegelden, waarbij deze een relatie krijgen met de

13. HvJ EG 22 mei 2003, C-462/99 (Connect Austria).

verleende onderwijsdiensten, de financiering van het bekostigd hoger onderwijs op zijn kop kan zetten. Hetzelfde geldt voor uitvoeringsorganisaties van sociale zekerheid. Als dit ondernemingen zijn, dan is de financiering die zij voor de uitvoering van hun taak verkrijgen zowel toetsbaar onder artikel 87 EG als onder artikel 86 EG.

Ik kom terug op mijn dierentuinen. Wat precies de rechtsvorm is waarin zij gegoten zijn, weet ik niet. Ik weet dat zij een vergunning hebben op basis van het besluit 'Dierentuinen' dat onder de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren hangt. Ik weet dat zij lid zijn van de NVD,¹⁴ dat zij via enkele stichtingen taken hebben ten aanzien van natuurbehoud en dat zij (universitair) onderzoek op verschillende terreinen faciliteren. Daarnaast wordt ook verwezen in allerlei diplomaregels van het ministerie van Onderwijs. Dat zij ondernemingen zijn, lijkt mij vrij zeker, en ik denk dat het beargumenteerbaar is dat zij een taak van algemeen belang hebben. Het vervelende is natuurlijk dat niemand ooit bedacht heeft dat ook op dierentuinen de Altmark-criteria moesten worden toegepast, en die vervelende situatie zal zich meer en meer gaan voordoen. Want niet alleen worden nieuwe ondernemingen met publieke taken belast, veel vaker wil en moet een bestaand niet op winst gericht particulier initiatief, dat is belast met een publieke taak, de markt op. En daarin schuilt het gevaar van de toepasselijkheid van artikel 87 EG. Ik hoor graag van de preadviseurs hoe zij deze problematiek inschatten.

Mr. J.R. van Angeren

Aan de ene kant is mevrouw Steyger lovend over het preadvies en wordt het zelfs vergeleken met de bijbel. Welk groter compliment kun je krijgen! Aan de andere kant is daar natuurlijk meteen het kritiekpunt. Als ik het goed begrijp, houdt dat in dat de financiering van diensten van algemeen economisch belang te weinig in het algemene mededingingsperspectief is geplaatst. Dat is wellicht waar, maar dat is volgens mij ook uitdrukkelijk de bedoeling geweest, omdat het beschrijven van het algemene mededingingsrecht (als kader) hier zo uitvoerig zou moeten dat het preadvies helemaal te dik zou worden. Zelfs over het onderwerp diensten van algemeen economisch belang kun je al boeken volschrijven. De voorzitter van de VAR had gezegd: jullie mogen met dit preadvies alles doen, maar het mag niet te dik worden, want het moet nog door de brievenbus kunnen! Ik ben bang dat het preadvies op het moment dat ik het algemene mededingingsrecht had moeten beschrijven niet meer door de brievenbus had gekund.

Mevrouw Den Ouden en ik hebben het preadvies geplaatst in het perspectief van het Nederlands subsidierecht. Het is dus niet zozeer de bedoeling geweest om het gehele Europese mededingingsrecht en het Europees Verdrag te beschrijven, als wel het omgekeerde, om vanuit het Nederlands subsidierecht te bekijken hoe men een invulling kan geven aan bepalingen van het Verdrag. Dat betekent dat wij bij het onderscheid dat wij hebben gemaakt tussen financiering van diensten van algemeen economisch belang en niet-algemeen economisch belang heel duidelijk hebben

14. Nederlandse Vereniging van Dierentuinen.

aangegeven wanneer men daarmee te maken krijgt. Het is een onderscheid in drieën. In de eerste plaats zijn er de overheidsprerogatieven. Dan hebben we met het Verdrag niets te maken en kan de Nederlandse subsidieverstrekker opgelucht zijn. De tweede situatie bestaat als het geen diensten zijn in de zin van het Verdrag. Ook dan heeft de Nederlandse subsidieverstrekker niets met het Verdrag te maken. De derde categorie betreft de niet-economische activiteiten.

Natuurlijk besef ik dat het wanneer een subsidie wordt verstrekt voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang mogelijk is dat misbruik wordt gemaakt (in de zin van artikel 86 lid 2 EG) van die positie doordat subsidie is verkregen. Als het om subsidies gaat zal dat hoogstwaarschijnlijk worden uitgevochten in Europeesrechtelijke context. In nationaalrechtelijke context is het de bedoeling dat goed wordt gemotiveerd dat het een dienst van algemeen economisch belang is, en dat hiervoor passende subsidies worden verstrekt die voldoen aan de criteria van Altmark. Op het moment dat een subsidie goed gemotiveerd is verstrekt overeenkomstig deze criteria, is het voor de Nederlandse rechter zeer goed betoogbaar dat de subsidiebeschikking onaantastbaar is geworden, wanneer hiertegen niet tijdig bezwaar is gemaakt en deze naar Nederlands recht niet meer op verenigbaarheid met het arrest Altmark kan worden getoetst. Op Europees niveau moet dan verder worden uitgevochten in hoeverre de Europese Commissie dwingt tot terugvordering van een eventueel in strijd met de Altmark-criteria verstrekte subsidie.

Dan kom ik op de diertuin. Het is moeilijk voorstelbaar dat het hebben van een diertuin een overheidsprerogatief is, dat lijkt mij een stapje te ver. Het is misschien bepleitbaar dat het verlenen van diensten door een diertuin geen dienst is in de zin van het Verdrag, maar ook dat is moeilijk. Stel dat het een dienst is van algemeen economisch belang, dan zou ik de diertuin aanraden om goed te bekijken of de subsidiëring voldoet aan de criteria van het arrest Altmark. In het preadvies ben ik ingegaan op de vraag in hoeverre titel 4.2 van de Awb, de subsidietitel, de mogelijkheid biedt om aan de criteria van het arrest Altmark te voldoen. Volgens mij is dat mogelijk. Zou een Nederlandse concurrent van de diertuin tijdig bezwaar maken tegen al die subsidiebeschikkingen, en zou het bestuursorgaan goed kunnen motiveren dat het voldoet aan de criteria van Altmark, dan zal die concurrent een moeilijke taak hebben. Het is dan immers in elk geval geen staatssteun en de concurrent kan hoogstens nog bij de Commissie klagen om te kijken of wel aan de criteria van Altmark is voldaan. Als de Commissie daarin meegaat, komt er in het ergste geval een terugvorderingsbeschikking. Ik las echter zojuist in het nieuwste scoreboard voor staatssteun van 2005 dat terugvordering door de Commissie ongeveer in vijf procent van de gevallen daadwerkelijk tot terugvordering leidt. Mevrouw Den Ouden is in haar deel van het preadvies uitvoering ingegaan op de vraag in hoeverre de subsidietitel ook daar zou moeten worden aangepast, dus ik denk dat de diertuin het in zo'n geval nog wel een tijdje uithoudt!

Mr. B. Hessel

Aansluitend op Van Angeren, wil ook ik natuurlijk eerst zeggen dat de brievenbus voor ons een grote belemmering is geweest om flink uit te halen. Ik vind het altijd

enigszins merkwaardig dat als je over één onderdeel van het Europese recht een preadvies schrijft, er allerlei dingen bijgehaald worden. Dan had je de vier vrijheden er ook nog wel bij kunnen halen!

Bij de koppeling naar het mededingingsrecht van artikel 81 en 82 EG bestaat het grote probleem dat de Altmark-criteria bij staatssteun een uitzondering vormen op de hoofdlijn van het Verdrag, waarbij artikel 86 lid 2 EG weer een uitzondering vormt op het verbod. Ik ben het met Van Angeren eens dat je niet kunt weerspreken dat een diertuin een onderneming is; de diensten die worden aangeboden zijn zonder meer diensten in de zin van het vrij verkeer van diensten, anders dan bij het regulier onderwijs. Maar als een diertuin een onderneming is, betekent dat niet dat direct aan de Altmark-criteria is voldaan. Dat is volgens mij het grote probleem met het Altmark-arrest, eerlijk gezegd een draak van een arrest! Nu wordt er immers van uitgegaan dat overheden zelf het rekenwerk en voorwerk verrichten om te zorgen dat ze er niet onder vallen, en uiteindelijk heeft de Commissie achteraf nog de kans om te zeggen: nou, jullie hebben je best gedaan, maar dit is toch niet wat we wilden. Dat is het grote verschil met het mededingingsrecht van artikel 81 en 82 EG, waarbij op een gegeven moment via artikel 86 lid 2 EG een beroep wordt gedaan op een uitzondering. Bij de staatssteun gaat het om de vraag of je, als je aan die criteria voldoet, niet te maken hebt met staatssteun.

Wat de Artis-Blijdorpzaak betreft ben ik het in zoverre met mevrouw Steyger eens dat ik me afvraag of je met je gezonde verstand kunt spreken van verstoring van de tussenstaatse handel. U hebt in mijn preadvies gelezen dat de Commissie soms verder gaat dan het gezonde verstand, dus ik sluit niet uit dat wanneer de zaak bij de juristen van de Commissie komt, zij toch op een of andere manier een verstoring van die tussenstaatse handel weten te bedenken. Ik zie dat op dit moment niet, ook omdat ik mij bij een markt van giraffen niet zoveel kan voorstellen, maar ik sluit het niet helemaal uit. Als dan blijkt dat het toch onder artikel 87 lid 1 EG valt, dan is het maar weer de vraag of je van tevoren al kunt zeggen dat je die Altmark-criteria in acht neemt. Dat is natuurlijk het algemene probleem: nu het Altmark-arrest gewezen is, proberen verschillende overheden postuum nog een aantal zaken onder die criteria te proppen. Dat zal niet de bedoeling van de Commissie zijn, want dan had dat van tevoren moeten worden bedacht, en het zal ook heel vaak lastig zijn. Als men tot de conclusie komt dat er sprake is van verstoring van de tussenstaatse handel, dan zou een beroep moeten worden gedaan op excepties (cultuur, onderwijs of onderzoek bijvoorbeeld) om ervoor te zorgen dat die steun alsnog kan worden gered.

Mevrouw mr. E. Steyger

Ik vind het nog steeds een bijbel, want het zijn volgens mij echt hele goede preadviezen. Mijn kritiek was alleen dat het nog wat méér had gekund. Los van de brievenbus, wat ik overigens een uitstekend argument vind, begrijp ik heel goed dat de preadviseurs niet het gehele mededingingsrecht kunnen beschrijven, maar het gaat mij nu toch iets te vlot om een scheiding aan te brengen tussen mededingingsrecht en steun. Het hóórt bij elkaar, en het is ook niet zo dat Altmark een uitzondering op de uitzondering is. Altmark is een invulling van de uitzondering van artikel 86 lid 2

EG, om de simpele reden dat artikel 86 EG de lidstaat de mogelijkheid biedt om publieke taken in ruime zin uit te zonderen van de werking van het mededingingsrecht. Kortom, een onderneming die zo'n taak vervult mag een aantal dingen die een gewone onderneming niet mag, deze mag samenwerken met andere ondernemingen. Ook bij dierentuinen gebeurt dat. Die giraffenmarkt bestaat inderdaad niet, die worden namelijk gewoon tussen de dierentuinen onderling verdeeld, zodat iedere dierentuin een giraffe heeft en er af en toe eens wat jongen geboren worden. Die samenwerking kan niet als het een onderneming is zonder publieke taak.

Altmark is inderdaad zonder meer een draak van een arrest, want het klinkt heel leuk, maar de overheid kan er niet aan voldoen. Het idee van Altmark is echter het volgende geweest. Oorspronkelijk was in eerdere arresten gezegd dat subsidie voor zo'n publieke taak moet worden gemeld. Dan wordt alles getoetst, ook de verenigbaarheid. Nu is er in Altmark gezegd: nee, als je aan deze criteria voldoet, dan hoef je niet te melden. Dat impliceert echter dat de publieke taak van artikel 86 EG wordt ingevuld. Dat was eigenlijk mijn waarschuwing: er zou nog een addendum bij het bijbeltje moeten worden gemaakt, een soort rectificatie. God wist niet dat hij dat óók nog zou krijgen! Het probleem is dat je moet oppassen op het moment dat een entiteit commercieel leuke dingen gaat doen voor de mensen. Op het ogenblik wordt immers enorm gestimuleerd dat al dit soort uitvoeringsorganisaties ook op commerciële basis leuke dingen gaan doen voor de mensen, omdat ze dan zelfvoorzienend worden en dat vinden we (we zijn kennelijk heel concurrentiegericht) allemaal een goed idee. Ik wil toch nogmaals benadrukken dat dit echt een punt is dat voor mij ontbreekt, en ook een waarschuwing geven aan al die ambtenaren die hopelijk met jullie mooie werk aan de slag gaan.

Mr. W.W. Geursen

Ik vind het moeilijk om het Altmark-arrest helemaal in artikel 86 EG te plaatsen, want ik heb het idee dat dit arrest een invulling is van het begrip voordeel. Als dan aan de criteria van het Altmark-arrest wordt voldaan, zou er geen voordeel zijn, en dus geen staatssteun. De toets van artikel 86 EG komt dan niet meer aan bod. Dit is misschien een wat formele scheiding, maar ik denk ook een juiste scheiding. Ik kan me herinneren dat advocaat-generaal Léger tweemaal in de Altmark-zaak heeft geconcludeerd, en in de eerste conclusie de vrees aangaf dat artikel 86 EG volledig van zijn functie zou zijn ontdaan op het moment dat, zoals nu is gebeurd, de vier criteria worden ingekleurd als 'er is geen voordeel'. De Commissie heeft dan namelijk geen toezichtsfunctie meer. Ik heb het idee dat de Altmark-criteria hier artikel 86 EG worden ingeschoven, en dat lijkt mij geen juiste conclusie.

Mr. B. Hessel

Geursen heeft volkomen gelijk. Dat is ook het probleem dat ik zojuist noemde in mijn reactie op mevrouw Steyger: het verschil met het gewone mededingingsrecht is dat daar artikel 86 EG nog als uitzondering bestaat. Maar door de redenering dat er

geen sprake is van voordeel onder bepaalde omstandigheden (als die vier criteria in acht zijn genomen, is er geen verboden staatssteun in de zin van artikel 87 EG) ontsnap je helemaal aan het verhaal. Wat Geursen zegt is dus juist. Er is alleen één punt: we hebben gemerkt dat de Commissie ook in de gaten heeft dat Altmark in de praktijk waarschijnlijk niet zou werken. Zij heeft daarom bij wijze van vangnet nog een aantal ontwerpbesluiten genomen, ondanks het feit dat als nu aan de Altmark-criteria is voldaan je zou menen dat er geen sprake is van staatssteun. Als je dus niet aan die Altmark-criteria voldoet, dan komt artikel 86 EG weer in het vizier. En dat maakt het alleen maar extra lastig.

Mr. J.R. van Angeren

Ik ben het eens met Hessel dat artikel 86 EG en Altmark uit elkaar moeten worden gehaald. Eén opmerking daarbij: iedereen zegt dat Altmark zo'n draak van een arrest is, maar is dat nu wel zo? Ik zie juist met name grote voordelen van het arrest voor Nederlandse bestuursorganen, omdat zij nu zelf kunnen beoordelen in hoeverre aan de Altmark-criteria wordt voldaan en met behulp van titel 4.2 van de Awb de subsidie zo kunnen inrichten dat aan die criteria kán worden voldaan. Zij hoeven dan niet aan te melden en kunnen als er een rechtszaak komt voor de Nederlandse bestuursrechter (ik laat nu even het Europese recht buiten beschouwing) in ieder geval zeggen: we hebben getoetst aan Altmark, we hebben dat beoordeeld, naar ons oordeel voldoet het eraan, dus we hoefden het niet aan te melden. Het probleem in veel subsidie zaken is dat niet onder ogen is gezien dat er sprake is van staatssteun, en dan kan de Nederlandse bestuursrechter niets anders zeggen dan: ja, u hebt het niet onder ogen gezien, u hebt het ook niet aangemeld, er geldt voor u een vergewisplicht. Met Altmark kan het Nederlandse bestuursorgaan echter zelf een heel eind komen door te zeggen dat het goed heeft onderzocht en aan Altmark heeft voldaan. Dan is het aan de Nederlandse bestuursrechter om te beoordelen of voldoende is onderzocht, en de klagende concurrent kan naast de bestuursrechter natuurlijk altijd nog naar Brussel gaan. Ik denk dus dat Altmark voor het Nederlandse bestuursrecht helemaal niet zo'n draak van een arrest is. Ik ben het met Hessel eens dat je niet postuum de Altmark-criteria kunt gaan toepassen, maar voor het subsidierecht althans geldt, zoals ik al zei, dat een subsidie een beschikking is. Mocht deze niet voldoen aan de criteria van Altmark en is hij inmiddels onaantastbaar, dan is het voor het Nederlandse bestuursrecht ook niet zo erg dat hij niet voldoet aan de criteria van Altmark.

Mevrouw mr. E. Steyger

Ik denk dat ik een beetje verkeerd begrepen ben. Ik heb niet gezegd dat Altmark de werking van artikel 86 EG uitsluit. Integendeel, artikel 86 EG bevat nog veel meer verplichtingen, namelijk dat de bewuste entiteit zich, waar dat wél kan, netjes volgens de mededingingsregels moet gedragen. Het is alleen een uitzondering *voor* zover de publieke taak een beletsel is. De relatie tussen Altmark en artikel 86 EG impliceert voor een compenserende bijdrage dat je inderdaad niet meer hoeft te

melden. Die publieke taak waarvoor je compenseert, moet echter worden gelinkt aan de publieke taak van artikel 86 EG. Als je die relatie niet aanbrengt, ben je verkeerd bezig en dat gaat zich met name wreken, en dat was mijn hele boodschap, op het moment dat een entiteit zowel commerciële activiteiten verricht als een publieke taak heeft. Dat gebeurt inmiddels zó vaak, want dat is nu juist de wens van de regering, dat daarmee een enorm probleem ontstaat. Maar ik zeg dus niet, en dat heeft Geursen ook verkeerd begrepen, dat op het moment dat aan Altmark is voldaan, geen rekening hoeft te worden gehouden met artikel 86 EG. Integendeel, maar de artikelen 81, 82 en 86 EG horen als conglomeraat bij elkaar, en die relatie moet je volgens mij constant in het oog houden.

Mr. R.J.N. Schlössels

Vorige week, dat moet ik direct toegeven, behoorde ik nog tot de groep bestuursrechtjuristen die dacht dat het vandaag toch vooral zou gaan over een tamelijk duistere uithoek van het bestuursrecht. Toen mevrouw De Moor-van Vugt de ‘gewone’ bestuursrechtjuristen in het laatste nummer van het NTB opriep zich niet te laten afschrikken door de term staatssteun (en dwalenden uit de droom wilde helpen) heb ik de preadviezen uiteindelijk ter hand genomen. Ik ben erin gaan lezen, en ik moet zeggen: dat leidde niet tot teleurstelling. Het algemeen bestuursrecht levert in ieder geval voldoende stof op om vragen te stellen! Mijn vraag is ook van meer algemeen bestuursrechtelijke aard en houdt verband met het nadeelcompensatierecht. Misschien verwachtten de preadviseurs dat niet direct.

Om het kort te houden, val ik maar direct met de deur in huis. Ik zou van de preadviseurs graag willen weten of, en zo ja wanneer, het aanbieden van nadeelcompensatie bij een rechtmatige overheidsdaad in strijd kan komen met de communautaire regels inzake staatssteun. Deze vraag heeft niet direct betrekking op de door de preadviseurs uitvoerig belichte Altmark-criteria,¹⁵ ofschoon ik niet uitsluit dat deze criteria deels naar analogie toepassing zouden kunnen vinden, en ook zouden moeten vinden. Voor de duidelijkheid: mijn vraag ziet op ‘reguliere’ ondernemingen, die volstrekt commerciële activiteiten verrichten en, overeenkomstig de beginselen en regels van het nadeelcompensatierecht, compensatie ontvangen omdat zij door rechtmatig overheidshandelen worden getroffen.

Misschien doet de vraag naar de relatie tussen nadeelcompensatie en staatssteun wat vreemd aan, omdat nadeelcompensatie met name wordt gezien als een vorm van schadevergoeding. Althans niet als een financiële bijdrage die bewerkstelligt dat een bepaalde onderneming een niet-marktconform voordeel ontvangt.

Het is echter niet moeilijk om voorbeelden te vinden van situaties waarin nadeelcompensatie de mededinging tussen ondernemingen, ook in grensoverschrijdend perspectief, kan beïnvloeden en de compensatie als een relatief, of zelfs echt voordeel kan worden aangemerkt. Denk bijvoorbeeld aan een grensoverschrijdende weg die door de betrokken nationale overheden langdurig wegens reconstructie wordt

15. HvJ 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-7747.

afgesloten, terwijl betrokken ondernemingen aan weerszijden van de grens niet een beroep zouden kunnen doen op soortgelijke compensatieregelingen. Te denken valt ook aan situaties waarin slechts bepaalde (kwetsbare) ondernemingen een financiële compensatie ontvangen, omdat de import van dierlijke producten op grond van nationale en/of communautaire regels tijdelijk op veterinaire gronden is verboden. Ik wijs dan in het bijzonder op het bekende Harrida-arrest van de Hoge Raad dat daarop betrekking had.¹⁶

Vaststaat dat nadeelcompensatie in de regel wordt bekostigd uit staatsmiddelen. Vaststaat óók dat een compensatie per definitie ten goede komt aan bepaalde ondernemingen. Het hangt bijgevolg naar mijn idee volledig op het vereiste van niet-marktconform voordeel, zoals zich dat bij nadeelcompensatie zou kunnen voordoen. En juist op dit punt kunnen er in de sfeer van de nadeelcompensatie twijfels rijzen, omdat het relevante recht zich bedient van mijns inziens soms volstrekt ongreepbare begrippen als ‘normaal maatschappelijk risico’ en ‘normaal ondernemersrisico’. Om enigszins in Altmark-terminologie te blijven: in het nadeelcompensatierecht zijn de parameters op basis waarvan een compensatie wordt bepaald, weinig doorzichtig. Hoe groot een te dragen risico is, blijft vaak koffiedik kijken. Een te dragen risico wordt bovendien tot op zekere hoogte beleidsmatig door de overheid ingevuld. Hierdoor ontstaat volgens mij het gevaar dat er in bepaalde gevallen sprake kan zijn van bevoordeling.

Ook is er nog de kwestie van het draagkrachtbeginsel. Hierbij gaat het om de vraag of bij het toewijzen van nadeelcompensatie betekenis mag worden toegekend aan de financiële draagkracht van ondernemingen. De Hoge Raad heeft zoals bekend de toepassing van dit beginsel in het Meiland-arrest verworpen, omdat, en dan volg ik even de Hoge Raad, het rekening houden met bedrijfseconomische omstandigheden zou leiden tot een niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen, slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend, onderscheid binnen de groep van te compenseren ondernemers.¹⁷ Dit impliceert mijns inziens dat rekening houden met draagkracht in ieder geval concurrentieverhoudingen zou kunnen verstoren. Met het arrest van de Hoge Raad staat intussen niet vast dat draagkracht geen rol speelt bij het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie. Ook dit maakt mij nieuwsgierig naar de mening van de preadviseurs.

Voorzitter, ik zou hierover nog meer kunnen zeggen, dat doe ik niet, maar ik denk dat het geschetste probleem duidelijk is. Graag krijg ik een reactie van de preadviseurs op de vraag of, en in hoeverre, het nationale nadeelcompensatierecht onder omstandigheden op gespannen voet kan staan met het communautaire recht inzake staatssteun. Ik verwacht eigenlijk alleen enige indicatieve opmerkingen. Vóór de vergadering sprak ik even met mevrouw De Moor-van Vugt en zij verzekerde mij dat er op dit punt relevante rechtspraak uit Luxemburg bestaat, die ik niet ken, maar die de preadviseurs mij misschien kunnen voorhouden.

16. HR 20 juni 2003, JB 2003/223 m.nt. GeVM, AB 2004, 84 m.nt. PvB (Harrida BV).

17. Zie HR 3 april 1998, JB 1998/128 m.nt. R.J.N.S., AB 1998, 256 m.nt. ThGD (Meiland). Vgl. bijv. ABRvS 22 februari 2001, AB 2001, 134 m.nt. AvH (Ankersmit metaalbedrijven BV).

Mr. B. Hessel

Schlössels stelt een heel interessante vraag. Als ik bij provincies en gemeenten over de vloer kom, denken mensen heel vaak dat alleen de afdeling economische zaken met staatssteun te maken heeft. Dan ga ik ook altijd even een rondje maken bij mensen die grondaankopen en dergelijke doen, en geef ik aan dat er inderdaad een probleem is, namelijk dat er een overlap kan ontstaan met staatssteun. Nu is het al lange tijd geleden dat ik mij met nadeelcompensatie heb beziggehouden, maar het verhaal dat ik daarover nu meestal nog vertel (en door anderen, de mensen in de zaal, tot nu toe voor zoete koek is geslikt!) is het volgende. Als je schade vergoedt, dan is er geen sprake van staatssteun, en als je schade gaat vergoeden, moet je ook weten wat de schade is. Dus als die schade goed is getaxeerd en vaststaat, en je beperkt je tot dat bedrag, dan kun je misschien enigszins een parallel trekken met de redenering van Altmark. Je zegt dan immers dat er geen voordeel is en de betrokkene krijgt alleen datgene wat vergoed zou moeten worden. Er kan een grens worden overschreden op het moment dat bestuurscompensatie wordt toegepast en afspraken worden gemaakt met een onderneming die wat gemakkelijker bereid is weg te gaan als hij bijvoorbeeld iets meer geld krijgt of andere voordelen in natura krijgt toegekend die boven de werkelijke schade uitgaan. Het bedrag dat daarboven uitkomt is in principe staatssteun, als het gaat om een onderneming. Nu is er nog een mogelijkheid om de gang naar Brussel in het algemeen te ontlopen, namelijk als je dat meerdere kunt beperken tot 100.000 euro, mits je niet te maken hebt met een vervoers- of landbouwonderneming, want dan moet je wel aanmelden. In de landbouw bestaat ook een vrijstelling, maar die bedraagt slechts 3000 euro. Op het moment dat je meer gaat geven, en in onderhandelingen kan dat natuurlijk al onderhandelend meer worden dan de echte schade, moet je volgens mij wel rekening houden met staatssteun, waardoor de regels van het Europese recht gaan werken. Uiteraard kun je eventueel ook te maken hebben met een onderneming die niet opereert op de gemeenschappelijke markt, dus als je het plaatselijke café gaat compenseren, dan denk ik dat zelfs de juridische dienst van de Commissie niet in staat is om daarvan een verstoring van de gemeenschappelijke markt te maken. Hoewel, je moet opletten als het café tegen de grenzen aanligt, dat wordt weer wat lastiger dan een café in Utrecht. Mij lijkt dit de algemene lijn wat de verhouding tussen bestuurscompensatie en staatssteun betreft.

Mr. J.R. van Angeren

Toen de vraag begon, dacht ik: dat is voor mij makkelijk, want nadeelcompensatie is in elk geval geen subsidie en mijn onderwerp was *subsidies* en staatssteun. Maar het is goed dat ik voor deze vergadering nog even de laatste AB heb geraadpleegd, want daarin stond een uitspraak die ging over MKZ, en in die zaak werd een subsidieregeling gemaakt voor mensen die schade hadden geleden als gevolg van de MKZ-crisis. Dat zou inderdaad wel eens nadeelcompensatie kunnen zijn, die toch in de vorm van een subsidie wordt gegoten. Het bekendste voorbeeld zien we in de casus die ook uitgebreid wordt besproken in ons preadvies, namelijk de pomphouders aan de

Duitse grens. Het kwartje van Kok kwam en de pomphouders werden gecompenseerd door een tijdelijke maatregel. Zij zouden subsidie krijgen om het concurrentieverlies dat zij zouden lijden doordat de pompstations aan de overkant van de grens goedkoper waren, te compenseren. Je zou zeggen dat dit nadeelcompensatie is, en dus geen subsidie, maar het werd toch door iedereen als een subsidieregeling aangemerkt. De Europese Commissie merkte een dergelijke regeling wél als staatssteun aan, en dat is ook in stand gebleven bij het Europese Hof. De reden daarvoor was dat in contracten met de oliemaatschappijen stond dat de oliemaatschappijen moesten compenseren als er marktomstandigheden waren waardoor de pomphouders minder inkomsten zouden hebben. De Commissie merkte die nadeelcompensatieregeling voor pomphouders dus aan als steun aan de oliemaatschappijen, omdat deze eigenlijk hadden moeten inspringen. In het algemeen zou dus wel gezegd kunnen worden dat het begrip voordeel in artikel 87 EG en de eisen van het HvJ geen betrekking hebben op zuivere schadevergoeding. De pomphouderszaak leert dat het toch oppassen is met algemene nadeelcompensatie aan bepaalde groepen ondernemingen.

Mr. R.J.N. Schlössels

Ik denk dat het antwoord heel helder en informatief is, en het bevestigt eigenlijk mijn indruk dat er toch duidelijke relaties kunnen bestaan tussen nadeelcompensatie en steun. Dat is volgens mij een belangrijke constatering.

Ik heb nog één vraag over met name het begrip normaal ondernemersrisico. Als we dat nu nationaal gaan invullen, en men kijkt er vanuit communautair perspectief anders tegenaan, hoe zit dat dan? Wie zou in het kader van de vraag of nadeelcompensatie verenigbaar is met communautair recht moeten bepalen wat een normaal ondernemersrisico is? Het is immers een standaard begrip waarmee we binnen de nationale rechtsorde werken, en we weten niet precies wat het allemaal inhoudt. We doen op sommige punten maar wat, een beetje met de natte vinger, en dat vraagt volgens mij om nadere bezinning.

Mr. B. Hessel

Op een gegeven moment vroeg Schlössels of er rechtspraak is op dit gebied. Ik heb een heel slecht geheugen, en ik begrijp soms mijn eigen stukken niet eens, dus laat staan rechtspraak van tien jaar terug! Ik herinner mij wel dat VerLoren van Themaat, toen hij nog advocaat-generaal was, mij een van zijn conclusies heeft toegestuurd, omdat ik nogal veel aandacht heb besteed aan die bestuurscompensatie. Dat moet dus in een heel ver verleden zijn geweest, en of dat nu meer helderheid geeft op het punt van wat normaal maatschappelijk ondernemersrisico is, kan ik u niet zeggen.

Op het moment dat je niet met staatssteun te maken hebt, kun je je eigen begrip hanteren, want dan is het europeesrechtelijk niet relevant. Alleen op het grensvlak waarop overheden meer doen dan schadevergoeding en er een overlap ontstaat, zijn de regels van staatssteun van toepassing en dan zou er iets voor te zeggen zijn te bekijken of het europeesrechtelijk niet moet worden rechtgetrokken. Bij mijn weten

is daarover op dit moment nog geen rechtspraak, maar als iemand anders die wel kent, hoor ik dat ook graag. Je zou het dan wel communautair moeten invullen.

Mr. H.C. Lejeune

Ik heb twee opmerkingen gehoord waarop ik wil reageren. De eerste betreft de nadeelcompensatie. Als er meer wordt vergoed dan de daadwerkelijke schade (en dan kunnen we soebatten over wat wel of geen schade is), dan zou het bedrag dat boven de schade uitkomt waarschijnlijk staatssteun opleveren. In dat kader wil ik erop wijzen dat over het algemeen door de Commissie wordt aangenomen dat er geen sprake is van staatssteun als voldaan wordt aan het *market economy investor principle*. Dus als je wilt dat een bedrijf vertrekt en je bent bereid daarvoor te betalen, dan moet je daaraan ook voldoen. Ik ben het daarom niet met de voorgaande sprekers eens dat die meerwaarde per definitie staatssteun is. Je kunt het vergelijken met een product dat door een bedrijf wordt verkocht: daarbij wordt ook de winst die op een product wordt gemaakt niet aangemerkt als staatssteun.

Mijn tweede punt gaat over het normaal maatschappelijk bedrijfsrisico. Dat is natuurlijk een factor die ertoe leidt dat de te vergoeden schade minder wordt. Daarom zou ik zeggen dat het per definitie irrelevant is voor het bepalen of er al of niet sprake is van staatssteun. Het bedrag wordt immers lager, en als het meerdere mag, waarom zou je je dan druk maken over het mindere?

Mevrouw mr. J.E. Hoitink

Ik wil reageren op dit specifieke punt, nadeelcompensatie en staatssteun, omdat ik het idee heb dat we ons hiervan toch iets te gemakkelijk afmaken. Als een onderneming schade lijdt, en alleen die schade wordt gecompenseerd, kan inderdaad worden gezegd dat er geen sprake kan zijn van begunstiging. Dat is eigenlijk de redenering. Aan de andere kant ben ik het heel erg met Schlössels eens dat er door de wijze waarop die schade vervolgens wordt vergoed, en met nadeelcompensatie wordt die vrijwel nooit volledig vergoed, natuurlijk wel verschillen ontstaan. Het bestuursorgaan heeft immers zelf een zekere marge om te bepalen hoe hoog het schadebedrag is, en afhankelijk van hoe daarvan gebruik wordt gemaakt, ontstaan er verschillen tussen ondernemingen. Binnen Nederland geldt dat natuurlijk al, maar dat speelt ook als er binnen de Europese Gemeenschap verschillend wordt omgegaan met de toekenning van die schadevergoeding. Dat kan wel degelijk een effect hebben op de markt. Ook is het zo (ik kijk even om mij heen, want heel veel mensen die hier zitten zijn daarvan op de hoogte) dat, als men daarvoor de kans krijgt, binnen de departementen wel degelijk naar die aspecten wordt gekeken bij beslissingen om schadevergoeding toe te kennen. Iedereen moet daar natuurlijk alert op zijn. Dat hierover zo weinig jurisprudentie is, komt eigenlijk vooral doordat als je met elkaar aan tafel gaat zitten en je komt uiteindelijk uit op een bedrag, het natuurlijk maar weinig gebeurt dat er vervolgens een gerechtelijke procedure wordt gestart. Zeker als de overheid er bijvoorbeeld belang bij heeft dat de onderneming wordt

verplaatst, is men er immers in principe op gericht om eruit te komen. Ik denk echter dat we hiernaar wat preciezer zouden moeten kijken. Als de Commissie dat soort zaken beoordeelt, dan is bijvoorbeeld heel erg belangrijk dat er wordt gewerkt met objectieve maatstaven en gegevens. Eén vereiste is dat je de beslissing over schadevergoeding kunt baseren op een wettelijke regeling of in elk geval iets als een algemene regeling met criteria, zodat je duidelijk kunt maken dat je niet met die individuele onderneming om de tafel bent gaan zitten en het op een akkoordje hebt gegooid, maar dat je op voorhand al criteria had vastgesteld, op basis waarvan je de nadeelcompensatie toekent. Onlangs hadden wij binnen mijn eigen departement de discussie of bijvoorbeeld bepaalde bijzondere schaderegelingen niet zouden kunnen verdwijnen nu er binnenkort toch een algemene regeling in de Awb zal worden opgenomen. Nu vermoed ik dat het nog wel even duurt voor deze regeling er is, maar ook daarbij vergeet men vaak dat zodra zo'n bijzondere wettelijke basis om schadevergoeding toe te kennen ontbreekt, het wel eens lastiger kan worden om de Commissie ervan te overtuigen dat er in individuele gevallen geen sprake is van staatssteun. In mijn beleving is dit wel degelijk iets waarop we moeten letten, net zozeer als bij subsidies.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Misschien heb ik toch weer een kleine nuancering. We gooien op het moment volgens mij wel heel veel nadeelcompensatie op één hoop. Bedrijfsverplaatsing stimuleren is naar mijn mening op zichzelf geen nadeelcompensatie, en dat geldt ook voor rampenregelingen. Als je nadeelcompensatie koppelt, en dan zijn we terug bij de bespreking van twee jaar geleden, aan het *égalité*-beginsel, en dat ook ziet als algemene rechtsgrondslag voor compensatie en op basis daarvan wordt uitgekeerd, dan is er niet voldaan aan het vereiste van selectiviteit. Dat is een algemeen juridische grondslag en dan is er überhaupt geen steun. Ik wijs erop dat het HvJ zelf nadeelcompensatie ook heeft geaccepteerd in de rechtspraak, daar is meer dan eens het *égalité*-criterium geaccepteerd. In dat geval kan dus worden vergoed, want er is een algemene grondslag en dat heeft niets te maken met willekeur of selectiviteit. Daarbij moet je er alleen wel vanuit gaan dat we het hebben over nadeelcompensatie op basis van een duidelijke rechtsgrondslag. Als we vervolgens gaan zitten rommelen in allerlei regelingen waar die rechtsgrondslag uit het zicht raakt en alle dingen op een hoop worden gegooid, dan kom je in de problemen. Op zichzelf, en daarom zou ik misschien juist wel voorstander van die Awb-regeling zijn, heb je geen probleem als daarin helder staat dat wij die regeling in algemene zin toepassen op basis van de *égalité*. Maar dan moet dat wel gebeuren.

Mr. J.R. van Angeren

Misschien een kort antwoord: ik ben het helemaal eens met Widdershoven. Ik denk dat er wat begripsverwarring was. Nadeelcompensatie is volgens mij zoals Schlössels het ook bedoelde: je sluit een weg af en de ondernemers kunnen een tijdje

geen klandizie meer krijgen en lijden daardoor schade. Dat is natuurlijk iets anders dan hetgeen Hessels net bestuurscompensatie noemde: je geeft een bedrijf geld om te verplaatsen opdat er een andere ontwikkeling kan plaatsvinden. We moeten deze begrippen wel uit elkaar houden. Ik denk dat je bij nadeelcompensatie niet, zoals Lejeune zojuist zei, bij het *market economy investor principle* terecht zou komen, want ik kan me er bijna niets bij voorstellen dat een behoedzaam particulier een weg wil afsluiten of een onderneming schade wil berokkenen. Ik denk dus dat we die begrippen nadeelcompensatie en bestuurscompensatie goed uit elkaar moeten houden.

Mevrouw mr. J.E. Hoitink

Ik wil één misverstandje rechtzetten. Als je een milieuvergunning intrekt van een bedrijf, dan kan dat betekenen dat de bedrijfsactiviteiten helemaal gestaakt moeten worden, maar er zijn ook veel gevallen denkbaar waarin het bedrijf op een andere plek wel kan starten. Dan is er natuurlijk wel schade voor dat bedrijf. Het wordt immers gedwongen te vertrekken en het moet ergens opnieuw starten, dus soms gaan nadeelcompensatie en bedrijfsverplaatsing gewoon hand in hand.

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Nu ik Schlössels zijn vraag hoor stellen, merk ik dat ik nogal erg aan het doorklikken was. Op het moment dat hij mij uitlegde waarover zijn interventie zou gaan, dacht ik namelijk zelf aan de situatie waarin een bedrijf staatssteun heeft gekregen die teruggevorderd moet worden, en dan misschien als tegenprestatie voor het nadeel dat het lijdt, dat het bedrijf niet aan te rekenen valt en misschien ook niet voor zijn risico moet komen, een schadevergoeding krijgt. Uit de preadviezen blijkt ook dat intrekking van staatssteun moet, dat is een soort verplichting. Hierdoor kun je niet zeggen dat de overheid een onrechtmatige beslissing heeft genomen, dus dit kan daarom geen grond zijn voor schadevergoeding. Je hebt dan dus een rechtmatige intrekking, maar wel schade. Daarom dacht ik aan de Alcan-situatie en de BUG-Alutechnik-jurisprudentie, waar door de Duitse overheid is geprobeerd intrekking van staatssteun te compenseren door een of andere schadevergoedende maatregel, die vervolgens ook weer niet mocht. Dat was mijn gedachte bij mijn opmerking over jurisprudentie.

Mr. B. Hessel

Onder nadeelcompensatie valt zo ongeveer alles wat tegenzit in het leven! Vanuit het bestuursrecht gesproken althans. In de eerste plaats wil ik kijken naar de situatie dat een onderneming geld moet terugbetalen. In het algemeen is een overheid in het Europese recht op grond van de Francovich-aansprakelijkheid verplicht om schade te vergoeden als het verkeerd handelen nadeel heeft opgeleverd voor burgers. Bij staatssteun ligt dat echter anders, omdat dat vanuit het systeem van het mededingingsrecht moet worden gezien. De gedachte dat bepaalde ongeoorloofde staats-

steun op een gegeven moment moet worden teruggevorderd, is te verklaren vanuit het feit dat een onderneming in die situatie een niet-geoorloofd voordeel heeft gekregen ten opzichte van andere ondernemingen op de gemeenschappelijke markt. Om die reden is de Commissie ook verplicht om terug te vorderen. Indien nu de mogelijkheid wordt opengelaten dat de onderneming die door een gemeente of provincie (in Nederlands verband) ten onrechte is gesteund van de overheid ter compensatie van de in te leveren steun schadevergoeding kan krijgen, worden de mededingingsverhoudingen verstoord. Dat is de enige uitzondering, voorzover mij bekend, op de Frankovich-aansprakelijkheid. Je zou wel kunnen zeggen dat bijkomende schade misschien vergoed zou kunnen worden. Dat is natuurlijk een enigszins vaag begrip, en de rechtspraak is daarover niet helemaal duidelijk. Maar gesteld dat zo'n onderneming allerlei afspraken heeft gemaakt met andere ondernemingen, waaraan bepaalde verplichtingen vastzitten, en die onderneming moet zijn staatssteundeel terugbetalen, dan lijkt mij niet ondenkbaar dat de onderneming voor die bijkomende verplichtingen schadevergoeding kan krijgen. Daarmee is immers niet de mededinging verstoord.

Dit is een heel ander geval dan nadeelcompensatie in het algemeen. Mevrouw Hoitink zei zojuist dat objectieve criteria moeten worden gehanteerd. Dat speelt natuurlijk een rol op het moment dat de vraag rijst of er sprake is van staatssteun, want dan is helderheid en transparantie geboden, en dan moet de Commissie kunnen beoordelen of daarvan al dan niet sprake is.

Wat bedrijfsverplaatsing betreft: dat is inderdaad iets anders. Over bedrijfsverplaatsing staan in de sfeer van het milieurecht en de landbouw bijvoorbeeld regels in de richtsnoeren van de Commissie, wat betekent dat er al sprake is van staatssteun. In die richtsnoeren van de Commissie is dan te vinden wat de overheid wel en niet mag doen, dus dat is een vorm van alsnog geoorloofde toepassing van staatssteun. Met bedrijfsverplaatsing moet je daarom inderdaad oppassen.

Uitreiking van de VAR-prijs

De voorzitter van de jury, mr. P.P.J. van Buuren, draagt het juryrapport voor

Om de vier jaar, als het goed is,¹⁸ is er op jaarvergadering van de VAR een duidelijke extra spanning waarneembaar. Een spanning die voor het eerst op de jaarvergadering van 1982 voelbaar was. Dat was namelijk het jaar waarin voor de eerste maal een prijs, de VAR-prijs, werd uitgereikt aan een auteur die iets bijzonders heeft gepresteerd in de vorm van een of meer publicaties op het terrein van het algemeen deel van het bestuursrecht. Meer precies: het moet gaan om, in termen van ons reglement, 'een bijzonder waardevolle bijdrage (...) aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het Nederlands administratieve recht'.

Een, zoals altijd, driekoppige jury, bestaande uit prof. mr. Boudewijn de Waard, mr. Adrienne de Moor en mijzelf, bijgestaan door mr. Sander Jansen in de rol van secretaris, werd met de eervolle en verantwoordelijke taak belast om een prijswinnaar te selecteren. Van tevoren leek dat geen eenvoudige klus te worden. Maar gelukkig, in het reglement van de VAR-prijs lag wat hulp verscholen. Dat bevat namelijk een paar voorwaarden waarin weinig rek zit: ten hoogste 40 jaar oud, zo bepaalt het reglement (voor de goede orde: de auteur dus, niet het werk!); een publicatie van minimaal 25 pagina's in het tijdvak 2001 tot en met 2004. Maar het reglement vervolgt: tot het algemeen deel van het Nederlandse bestuursrecht worden onder andere gerekend bestuurlijke besluitvorming, algemene begrippen, rechtsbeginselen, rechtsbescherming en rechtsvergelijking. Dat geeft natuurlijk al veel ruimte en dan is de ontsnappingsclausule, als ik die zo noemen mag, dat de jury zelf de precieze omschrijving van het algemeen deel mag bepalen, eigenlijk al nauwelijks meer nodig.

De beperking dat het moet gaan om een bijzonder waardevolle bijdrage aan de ontwikkeling van het algemeen deel, heeft het aantal kandidaten voor de prijs wel begrensd. De jury is begonnen met het maken van een inventarisatie van alle publicaties uit de te beoordelen periode die qua omvang en qua leeftijd van de auteur in aanmerking zouden kunnen komen. Daarbij bleken zich al vrij snel heel knappe bijdragen te bevinden, die toch terzijde moesten worden gelegd, omdat zij volgens de jury weliswaar een belangrijke bijdrage inhouden, maar toch meer aan een bijzonder deel van het bestuursrecht zijn gewijd dan wel slechts betrekking hebben op een zeer beperkt onderdeel van het algemeen deel. Vervolgens hebben de juryleden elk

18. De prijs is namelijk één keer een jaar te laat uitgereikt; in 2002 in plaats van 2001 (aan Sjoerd Zijlstra).

afzonderlijk een kort lijstje van te nomineren personen gemaakt, en juist wegens de focus op de betekenis voor het algemeen deel bleken die korte lijstjes heel veel overeenkomsten te bevatten.

Kijken we nu naar de auteurs die de afgelopen vier jaar het algemeen deel van ons bestuursrecht hebben verrijkt met belangrijk werk, dan valt op dat we ons in het bestuursrecht helemaal geen zorgen hoeven te maken over de toekomst: die ziet er goed uit, gelet op al dat jonge of iets minder jonge talent dat zich productief toont en stevig aan de weg timmert. Werpen we een blik op de auteurs die eerder de prijs wisten te verwerven, dan zien we dat allen die ooit de VAR-prijs in de wacht sleepten, weldra hoogleraar werden, als ze dat al niet waren! Voorwaar, zou ik zeggen, zo blijkt dan wel dat we hier niet met zomaar een prijsje te maken hebben. Het geldbedrag van 2500 euro mag er zijn, maar de eer is natuurlijk onvergelijkbaar veel groter.

Het hoeft dan ook niet te verrassen dat de zoektocht naar de geschikte kandidaat en zijn of haar werk, de keuze wederom op een zwaargewicht heeft doen vallen. De weldra te lauweren auteur heeft zich reeds onderscheiden en wel op meer dan één deelterrein van het algemeen deel. Ja, u hoort het goed, ik spreek over een algemeen deel dat weer deelterreinen omvat, en de auteur heeft op meer dan één van deze deel-terreinen gepubliceerd. Om de spanning niet nodeloos hoog op te voeren, verklap ik alvast dat het dit keer niet de dissertatie is die de schrijver met de eer doet strijken. Het is, vergelijkbaar met hetgeen in 1993 is gebeurd, een reeks publicaties, of iets deftiger: een oeuvre, dat de aanleiding vormt voor toekenning van de prijs aan deze persoon. De prijswinnaar heeft, zoals het een goed beoefenaar van het algemeen deel betaamt, welbeschouwd op meer dan één onderdeel zijn sporen verdiend en werkelijk aan de ontwikkeling van het algemeen deel bijgedragen. De winnaar heeft belangrijke analyses op zijn naam staan op het gebied van het bestuursprocesrecht (u weet nu misschien al wie ik bedoel) zowel wat het hoger beroep betreft als wanneer het gaat om de vraag waar het heen moet met de bestuursrechtelijke rechtsbescherming meer in het algemeen. Onze kandidaat heeft eveneens van zich doen spreken als het aankomt op de betekenis van (rechts)beginselen en dergelijke zware kost. Bijzonder daarbij is dat hij een brede kijk heeft ontwikkeld op het (positieve) bestuursrecht, onder meer door regelmatig over de grens te kijken en de zo opgedane kennis op een zinvolle wijze te gebruiken in zijn analyse.

Tussendoor heeft hij in een reeks indruk makende artikelen ontleed hoe het nu precies zit met het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht, in het bijzonder met wat we tegenwoordig wel kort door de bocht aanduiden als het *égalité*-beginsel. Maar ook publiceerde hij over voor de brede praktijk belangrijke onderwerpen als bijvoorbeeld het belanghebbende-begrip. In zijn daarover vorig jaar verschenen monografie weet hij de grote hoeveelheid rechtspraak die daarover bestaat en dagelijks groeit, op uitstekende wijze in een overzicht te verwerken en in- en overzichtelijk te maken. Dames en heren, voor wie nog niet weet over wie ik het heb, vermeld ik dan nog kort dat hij daarvóór een indrukwekkende oratie hield over dat andere zo belangrijke begrip in het bestuursrecht: het besluit-begrip. Het zal voor de meesten van u nu duidelijk zijn wie ik op het oog heb: de prijswinnaar is prof. Raymond Schlössels.

Ik mag hem nu uitnodigen om naar voren te komen en de prijs op symbolische wijze in ontvangst te nemen.

(Langdurig applaus)

(Volgt uitreiking)

Mr. R.J.N. Schlössels

Ik ben hiermee natuurlijk ontzettend vereerd en ik vind het fantastisch dat ik deze prijs in ontvangst mag nemen! Laat ik wel direct erbij vertellen dat bestuursrecht, ofschoon dat soms anders lijkt, toch geen soloactiviteit is. Je doet het altijd in een team, en je komt altijd mensen tegen, op wonderlijke plekken, die jou inspireren om verder na te denken over problemen. En dat kan, zoals vandaag bijvoorbeeld, gaan over staatssteun in relatie tot nadeelcompensatie. Het kan ook voortkomen uit het feit dat je vier jaar lang in een commissie van de VAR zit, en daar met allerlei mensen intensief discussieert over prachtige problemen. Dan krijg je van het ene probleem weer het andere probleem, maar dan probeer je ook weer oplossingen te verzinnen. Inspiratie kun je ook opdoen doordat je terecht komt in een nieuwe sectie bestuursrecht, waarbij dan de vraag rijst hoe het onderzoeksprogramma moet worden ingericht. Dat gebeurde in Nijmegen, en toen heb ik gedacht: we gaan ons eens richten op rechtsbeginselen. Toen zijn we gaan werken aan een concrete bundel (voorzover zo'n bundel concreet kan zijn) over rechtsbeginselen, en dat betekent wederom dat je in een heel team opereert. Het belangrijkste punt is dat ik hier ook anderen wil bedanken, mensen die met mij samenwerken, en die mij aldus de mogelijkheid bieden om over allerlei wetenschappelijke problemen te discussiëren en steeds verder te gaan in de theorievorming. Ik hoop dat ik dat nog vele jaren mag doen.

(Applaus)

Vervolg interventies, met reacties van de preadviseurs

Mr. R.H.C. Luja

Dames en heren, staatssteun raakt alle vlakken van het recht, zonder twijfel ook het fiscale. In zijn preadvies zet Van Slooten de hoofdlijnen van de staatssteunregeling uiteen. Hij benadrukt daarbij terecht dat voor de fiscaliteit geen bijzondere positie is weggelegd: het normale staatssteunbegrip moet onverminderd in de fiscaliteit worden toegepast. Maar het is juist die vertaalslag die toepassing van formele en materiële staatssteunregels op de fiscaliteit niet altijd even eenvoudig maakt.

Staatssteun ziet op meer dan subsidies, op meer dan wettelijke ‘aanspraken’. Wat ik in dit preadvies enigszins onderbelicht vind, is aandacht voor staatssteun in de uitvoeringspraktijk. De doelstelling van steun is niet relevant: de vraag of sprake is van een voordeel moet worden geobjectiveerd. Relevant is óf een voordeel in financiële zin is ontvangen, en niet of dit voordeel door de wetgever of het betrokken bestuursorgaan beoogd was.

Veel steun wordt ‘terloops’ verleend. Soms per ongeluk, de inspecteur die vanwege administratieve problemen verzuimt tijdig een aanslag op te leggen, soms bewust, denk aan de belastinginspecteur die wellicht wat soepel is met het kwijtschelden of niet opleggen van fiscale boeten. Ook de bestuurlijke boete kan onderwerp zijn van een staatssteungeschil; voor bestuursorganen die de mogelijkheid hebben boetes op te leggen aan ondernemingen is het dan ook relevant een beleid daaromtrent op papier te zetten en daar strikt de hand aan te houden.

Van Slooten stelt naar aanleiding van de Technolease-affaire dat er in de situatie waarin fiscale tegemoetkomingen worden gecompenseerd door de extra belasting, opgebracht door derden, geen sprake is van het gebruik van overheidsmiddelen.¹⁹ De Technolease-zaak is evenwel een uitzondering. De Commissie heeft na die zaak terecht het standpunt ingenomen dat er bij het aanbieden van fiscale faciliteiten ook sprake is van staatssteun indien door die faciliteit nieuwe ondernemingen worden aangetrokken die het verlies van fiscale inkomsten ruimschoots compenseren.²⁰ De vraag is namelijk niet of per saldo sprake is van het aanwenden van overheidsmidde-

19. Preadvies Van Slooten, p. 234.

20. 11 december 2001, PbEG L 184 van 13 juli 2002.

len, maar of ten aanzien van bepaalde ondernemingen overheidsmiddelen worden opgeofferd.

In de hoofdstukken 6 en 7 van zijn preadvies stelt Van Slooten de problematiek van de terugvordering aan de orde. Van Slooten geeft een overzicht van de situatie van gerechtvaardigd vertrouwen in staatssteunzaken vanuit communautair perspectief. Zijn vijfde stelling valt naar mijn mening echter niet te handhaven. Niet-aangemelde steun als een fiscale toezegging aanmerken die beschermd wordt door het nationaalrechtelijke vertrouwensbeginsel is iets waarvoor ik begrip kan opbrengen, maar waarmee tegelijkertijd, gelet op de strikte Europese jurisprudentie, afbreuk wordt gedaan aan de effectieve werking van het gemeenschapsrecht.

Van Slooten stelt de vraag of de huidige fiscale wetgeving geschikt is om terugvordering van belasting te bewerkstelligen, met name waar het de navordering betreft. Waar vervaltermijnen voor het navorderen door het EG-recht overduidelijk ter zijde worden gezet, is dit minder eenduidig waar het gaat om de eis van een nieuw feit, een feit dat de inspecteur in staat stelt om bijvoorbeeld in de vennootschapsbelasting tot navordering over te gaan. Van Slooten komt tot de conclusie dat het gemeenschapsrecht heeft aanvaard dat dit vereiste zo nodig buiten toepassing moet blijven. Ik heb daarover bij eerdere gelegenheden mijn twijfels geuit.

De vraag is mijns inziens niet welke onderdelen we uit bestaande procedures moeten plukken om tot terugvordering te kunnen komen. Het Hof van Justitie oordeelde reeds in 1993 dat een lidstaat niet verplicht is belastingvoordelen met behulp van bestaande fiscale procedures terug te vorderen.²¹ En als het gaat om voordelen die indirect aan het bedrijfsleven zijn verleend, door tussenkomst van particulieren bijvoorbeeld, dan schieten fiscale procedures al helemaal te kort.

Zelfs als het vereiste van een nieuw feit aan terugvordering in de weg staat, ontslaat dit de Nederlandse staat niet van zijn taak om zo nodig te zorgen voor nieuwe adequate regelgeving die terugvordering mogelijk maakt. In zoverre onderschrijf ik Van Slootens tweede aanbeveling.²²

Zelf ben ik voorstander van het in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) opnemen van een regeling die voorziet in een grondslag voor terugvordering van fiscale steun, en die recht doet aan de eigenaardigheden van de fiscale procedure. Als tegenhanger daarvan deel ik van harte het standpunt van mevrouw Den Ouden om voor de subsidievormen die niet in het fiscale zijn ingebed een algemene wettelijke regeling op te nemen in de Awb.

In terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie zie ik relatief vaak dat, zeker als het aankomt op fiscale steun, de bepaling van het exact terug te vorderen bedrag aan de lidstaat wordt overgelaten. Terecht naar mijn mening, omdat de fiscaliteit een systematiek kent van communicerende vaten waarbij het terugnemen van een faciliteit soms verregaande gevolgen kan hebben voor de omvang en toepassing van bepaalde afrekposten. In de door Van Slooten aangehaalde Siemens-zaak stelde het Gerecht al dat belanghebbende zich dan bij de nationale autoriteiten kan beroepen op eventuele financiële nadelen waartoe terugbetaling van de steun aanleiding zou

21. HvJ EG 10 juni 1993, zaak C-183/91 (Commissie/Griekenland).

22. Preadvies Van Slooten, p. 301, pt. 7.

kunnen geven.²³ Dit biedt overheden meer ruimte dan soms wordt onderkend, en voorkomt ook dat we moeten toekomen aan een schadevergoedingsprocedure of aan nadeelcompensatie.

Zo rijst de vraag of een belastingplichtige die bijzondere kosten maakt om voor een fiscale faciliteit in aanmerking te komen, deze kosten in aftrek mag brengen op het terug te vorderen bedrag. Ook rijst de vraag of aan de belastingplichtige, vaak na jaren, alsnog de mogelijkheid moet worden geboden om te opteren voor andere faciliteiten. De reden waarom ik dit zeg, is dat de bevoegdheid van de Commissie, die in de jaren tachtig tot uitdrukking kwam, heel nadrukkelijk beperkt is.

De bevoegdheid om tot terugvordering over te gaan strekt slechts tot herstel van, wat genoemd wordt, de status-quo, de situatie die bestond tussen concurrenten vóór het verlenen van staatssteun. Indien de Commissie de terugvordering van een bruto-bedrag aan steun beveelt, zonder daarbij rekening te houden met de bijzondere kosten, gaat zij daarmee verder dan het wegnemen van het nettovoordeel, en verder dan haar bevoegdheid tot terugvordering strekt.

Ik ben het niet eens met de derde stelling van Van Slooten, dat de inspecteur, zo hij in een bepaalde zaak een fiscale steunmaatregel tegenkomt, niet het verweer zou mogen voeren dat een belastingfaciliteit geweigerd wordt, omdat hij van mening is dat daarin een onrechtmatige steunmaatregel schuilgaat. Dit is vanzelfsprekend zeer onwaarschijnlijk, maar de inspecteur heeft wel degelijk een taak om in voorkomende gevallen de fiscale faciliteit te weigeren, zeker wanneer daarover door de wetgever geen standpunt is ingenomen.

Ik ben er echter wel voorstander van dat de inspecteur, via de departementale gang, zorgt voor aanmelding van die maatregel. Wordt die van bovenaf geweigerd, of blijkt na aanmelding bij de Commissie dat geen sprake is van steun en dat aanmelding dus niet noodzakelijk was, dan vloeit daaruit de verplichting voort om een eventueel financieel nadeel van de belastingplichtige te compenseren.

Van Slooten gaat ook in op de optie om de Commissie als deskundige in te schakelen in het fiscale proces, wat onverminderd ook zou kunnen in andere bestuursrechtelijke procedures. Ofschoon ik het voordeel van de daarmee te behalen tijdswinst en ook de voordelen van directe connecties met de Commissie onderken, kleeft hieraan ook een duidelijk bezwaar. Het is de taak van de rechter om een rechtsbegrip als staatssteun uit te leggen, zo nodig na het stellen van prejudiciële vragen. Als het zover komt dat we de Commissie als deskundige moeten gaan inschakelen om de nationale rechter voor te lichten over de uitleg van dit rechtsbegrip, is naar mijn mening overtuigend bewezen dat het voor een belanghebbende, en zeker een kleine onderneming, bij tijd en wijle gewoonweg onmogelijk is na te gaan of steun in overeenstemming met het EG-verdrag is verstrekt, zoals het Hof van Justitie regelmatig verlangt. Graag zou ik daarover zo meteen de mening van Van Slooten vernemen.

Verder wil ik aan hem de vraag voorleggen of hij van mening is dat een belastingplichtige ter verkrijging van rechtszekerheid in staat zou moeten worden gesteld tijdig aanmelding van een faciliteit in rechte af te dwingen, om daarmee te voorko-

23. Zie preadvies Van Slooten, p. 268, par. 85.

men dat er überhaupt in een later stadium aan terugvordering moet worden toegekomen.

Tot slot, om af te ronden: er is zojuist al aandacht besteed aan het magische bedrag van 100.000 euro. Zeker in de fiscaliteit is de *de-minimis*-grens niet heilig. Vaak wordt er in staatssteunprocedures geroepen: 100.000 euro! Ik hoorde ook Hessel dit noemen toen gesproken werd over nadeelcompensatie. Maar 100.000 euro is niet heilig. Waarom niet? Het gaat niet om juridische entiteiten, maar om economische entiteiten. Dat is een probleem dat heel vaak wordt genegeerd, bijvoorbeeld in de zojuist aangehaalde grenspomphoudersregeling. Ook het Hof van Justitie heeft zich geen voorstander getoond van een algemene absolute drempel, en heeft zich daartegen, ik geloof laatst voor de éénentwintigste keer, nadrukkelijk verzet, ondanks het feit dat het Hof intussen wel begrijpt dat het met de *de-minimis*-regeling moet leven. 100.000 euro is alleen niet zo heilig als het soms schijnt, en dat wordt té vaak niet onderkend. Graag zal ik de reacties van de preadviseurs hierop vernemen.

Mr. G.J. van Slooten

Een hele rits met vragen! Ik begin bij de opmerking die mij als muziek in de oren klonk, dat het risico dreigt dat het voor belastingplichtigen onmogelijk blijkt te zijn om kennis te nemen van hun rechten en verplichtingen voorzover die uit staatssteunbepalingen kunnen voortvloeien. Wat ik met het weergeven van enkele voorbeelden van die staatssteunproblematiek heb beoogd, is te laten zien dat het inderdaad hartstikke moeilijk is. Dat criteria met hetzelfde gemak in het ene geval tot een positieve, en in het andere geval tot een negatieve beschikking kunnen leiden. Misschien zit daarin een chronologische of een historische ontwikkeling, maar dat kan niet op voorhand uit de criteria worden afgeleid, en kan in plaats daarvan slechts achteraf blijken. Het zou volgens mij op zichzelf dus geen argument moeten zijn om de Commissie niet door de rechter te laten raadplegen. Daarbij komt dat ik met mijn preadvies heb beoogd een aantal handvatten aan te reiken voor de praktijk, en dan met name aan belastingplichtigen, om nu eens te kijken wat er speelt, wat er kan spelen en hoe daarmee zou moeten worden omgegaan.

Ik kom daarmee bij mijn tweede punt. Ik denk dat het buitengewoon wenselijk is om aan belastingplichtigen concrete handvatten aan te reiken voor die beoordeling van staatssteun door de Commissie, zodat ze hun rechten daaruit met zekerheid kunnen afleiden. De vraag is alleen of ze daarmee iets gaan opschieten, als ik de Commissiebeschikkingen zo bezie. Als dat allemaal van die betrekkelijk vage beschikkingen zijn, weliswaar zeer uitgebreid, en als de argumenten de ene keer wel voldoende zijn en de volgende keer niet, dan is de vraag of dat niet ook aan rechterlijke toetsing moet worden onderworpen, en dan ontstaat een heel nieuw mijnenveld aan problemen. Uiteraard ben ik voorstander van rechtszekerheid voor belastingplichtigen die hun rechten en plichten moeten kunnen afleiden, maar ik moet daaraan dan wel toevoegen dat heel veel belastingplichtigen daarin in de praktijk niet zo geïnteresseerd zijn. Een aantal weet dat er een terugvorderingstermijn van tien jaar kan spelen, en veel

bedrijven hebben wel eens van een risico gehoord, maar besluiten hun kansen maar eens af te wachten.

Wat de *de-minimis*-faciliteit in de fiscaliteit betreft: er is onlangs door het HvJ een arrest gewezen in een zaak van een Oostenrijkse tandarts, ook aangestipt in mijn preadvies. Dit arrest was nog niet gewezen toen ik mijn preadvies afrondde, en het heeft wat mij betreft aanleiding gegeven tot nieuwe inzichten. Het Hof zegt daar volgens mij dat niet zozeer relevant is wat er daadwerkelijk aan staatssteun is verleend (dat moet inderdaad geobjectiveerd worden), als wel waar de regeling uiteindelijk toe zou kunnen leiden. Ik ben me ervan bewust dat bij heel veel fiscale regelingen de regeling zelf onbeperkte begunstiging tot gevolg kan hebben. In dat geval valt de regeling, ook al is de daadwerkelijke uitkering voor een individuele belastingplichtige ver beneden die grens van 100.000 euro, toch niet onder de *de-minimis*-faciliteit. Ik denk dat ik hiermee alle drie de kwesties die werden aangereikt, heb behandeld.

Mr. B. Hessel

Een opmerking over die 100.000 euro. U ziet dat het verschil tussen een fiscalist en een gewone jurist kleiner wordt: nu wordt het ook aan mij toebedeeld! Luja heeft gelijk dat de *de minimis* niet absoluut is, en dat is niet alleen in de fiscale hoek, maar natuurlijk overal. Veel gemeenten en provincies denken: als wij nu maar iets minder geven dan 100.000 euro, dan zitten we altijd wel goed. Je moet echter letten op wat er al is weggegeven. Dus als een onderneming in een periode van drie jaar van een andere Nederlandse overheid al iets heeft gekregen, dan kan hooguit nog worden opgevuld tot die grens van 100.000 euro, zonder dat moet worden aangemeld. Alle *de-minimis*-steun die over een periode van drie jaar wordt gegeven, moet bij elkaar worden opgeteld.

Luja zegt ook terecht dat moet worden gekeken naar de economische eenheid, en daarvoor is het arrest over de Zalmsteun illustratief. De Commissie heeft het erg druk, maar heeft toen alle 623 pompen tegen het licht gehouden om te kijken of er misschien iets mis was. Ze hebben toen een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën pomphouders. Enerzijds de pomphouders die zelfstandig eigenaar waren, van wie is gezegd dat zij in principe onder de *de minimis* kunnen vallen, tenzij er een speciale afspraak is met de benzinemaatschappijen dat deze de schade voor hun rekening nemen. De juridische zelfstandigheid was dus niet bepalend. Anderzijds de pomphouders die de pomp huren van de benzinemaatschappijen, die sowieso de klos waren, omdat de *de-minimis*-steun van alle huurders uiteindelijk bij de benzine-maatschappij terecht kwam. Luja heeft dus gelijk dat moet worden gekeken naar de economische eenheid, en in de praktijk moet je daarmee ontzettend opletten. Je ziet vaak dat gemeenten beginnen te roepen: ho, als wij maar onder de 100.000 blijven, zitten we wel goed. Het ligt dus iets gecompliceerder.

Mr. J.R. van Angeren

Ik heb nog een opmerking over het punt dat Luja aanstipte over het afdwingen van een melding in *rechte*. Dat zou misschien nog kunnen als het een besluit betreft van een bestuursorgaan dat tot de centrale overheid behoort, maar als het een decentrale overheid betreft (bijvoorbeeld het college van Gedeputeerde Staten of het college van burgemeester en wethouders) wordt het al een stuk moeilijker. Het is immers de lidstaat die moet melden. Als het gaat om een subsidiebeschikking die ter toetsing ligt bij de bestuursrechter, denk ik dat de bestuursrechter het college van B&W niet zo snel zou kunnen dwingen ervoor te zorgen dat de staat het aanmeldt. Dat gaat volgens mij in ieder geval wat ver.

Mr. R.H.C. Luja

Om het toch even op de fiscaliteit te betrekken: heel vaak zien we dat fiscale faciliteiten voor een groep van belastingplichtigen van belang zijn. Ik zie juist in de praktijk dat de grotere ondernemingen, zeker bij investeringsbeslissingen, steeds vaker kijken naar staatssteun. Als een van die ondernemingen zijn werk goed heeft gedaan, twijfels heeft en die ook uit, krijgt hij soms het antwoord dat er niet wordt aangemeld omdat alle 99 anderen het hebben geslikt. Die onderneming zit dan in een onmogelijke situatie: je wilt zekerheid hebben, dat recht heb je als ondernemer, maar je hebt ook behoefte aan aanmelding. Bij de decentrale overheid zit er natuurlijk een groot probleem, maar ik denk dat er een systematiek moet kunnen zijn, zeker met behulp van de rechter, om tot aanmelding te komen, juist om te zorgen dat je in die positie ook niet geschaad wordt. Als er 99 anderen zijn die wel zonder meer de subsidie slikken, en de honderdste heeft wel zijn twijfels, dan moet er een methode zijn. Ik heb in dat kader ook al bij een andere gelegenheid voorgesteld om, als daarop geen reactie komt en iemand de zaak aanhoudt en het uit wil procederen, daar in sommige gevallen eventueel een compensatie tegenover te stellen. Het komt er wat mij betreft op neer dat we vaker het probleem hebben dat niet wordt aangemeld, zeker als er meerdere personen bij betrokken zijn. Volgens mij missen we hier een systematiek voor degene die wel zijn werk doet zoals dat gevraagd wordt.

Voorzitter: Zou u dan voor een extra wettelijke verplichting zijn?

Luja: Ik zou er in ieder geval voor zijn om, als we toch bezig zijn met het scheppen van nieuwe regelgeving voor staatssteun, ook op dit punt een voorziening te treffen.

Voorzitter: Dus verdere uitdijing van het bestuursrecht!

Mr. P.C. Adriaanse

Allereerst ook mijn complimenten aan de preadviseurs en aan het bestuur van de VAR voor het kiezen van dit onderwerp voor de vergadering. Het onderwerp spreekt

mij erg aan, omdat ik mij de afgelopen vier jaar intensief met de staatssteunproblematiek heb beziggehouden met het oog op mijn aanstaande promotie en proefschrift over handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun. De belangrijkste reden om destijds met dit onderwerp te beginnen (en dit tot nu toe vol te houden!) was, en is, het interessante gemengd-juridische karakter van de vragen die met staatssteun samenhangen. Het thema van deze dag geeft dat treffend weer: *Staatssteun op het grensulak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*. Hoe begrijpelijk ook, deze aanduiding is mijns inziens toch ook enigszins misleidend. De staatssteunproblematiek, ook Luja wees daarop, beperkt zich op nationaal niveau immers niet tot alleen het bestuursrecht of het fiscaal recht, ook het privaatrecht komt aan bod, zoals het insolventierecht. Uit praktische overwegingen is de vandaag getrokken grens mijns inziens echter heel begrijpelijk; het onderwerp doet al genoeg stof opwaaien. Bovendien, niet onbelangrijk, laat het ruimte voor nog aanstaande dissertaties!

Vervolgens enkele inhoudelijke punten. In de eerste plaats een volgens mij niet onbelangrijke vraag: wanneer is nu eigenlijk sprake van staatssteun? Als ik de preadviezen lees, kom ik, met alle respect, drie benaderingen tegen. De eerste benadering is van Hessel, en hij duidt het zelf aan als een voorzichtige benadering. Hij maakt een onderscheid tussen staatssteun en verboden staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG. Staatssteun bestaat als sprake is van drie criteria die hij ontleent aan artikel 87 EG. In de tweede benadering gaan Van Angeren en mevrouw Den Ouden uit van vijf criteria, die zij ook ontleen aan artikel 87 lid 1 EG. In de derde plaats kom ik een benadering tegen van Van Slooten, die ook uitgaat van vijf criteria, maar daaraan mijns inziens een vijfde criterium toevoegt, dat de anderen niet toepassen.

Voorzitter: Een zesde neem ik aan?

Adriaanse: Nou, hij hanteert vijf criteria, waarvan de eerste vier eigenlijk de vijf van Van Angeren en mevrouw Den Ouden zijn.

Wat is nu de juiste benadering? Ik sluit mij aan bij de benadering van Van Angeren en mevrouw Den Ouden: er is pas sprake van staatssteun wanneer cumulatief is voldaan aan alle vijf de criteria van artikel 87 lid 1 EG, zoals ze ook door de preadviseurs worden genoemd. Mijns inziens volgt dit expliciet uit artikel 1 sub a van Verordening 659 uit 1999, waarin staat dat onder steun moet worden verstaan: elke maatregel die aan alle in artikel 92 lid 1 (lees: artikel 87 lid 1) EG vervatte criteria voldoet. In combinatie met de door de Commissie en in de communautaire rechtspraak aan deze bepaling gegeven uitleg wil dat zeggen dat van staatssteun alleen sprake is wanneer voldaan is aan de volgende vijf criteria. Er moet sprake zijn van:

1. een steunmaatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd;
2. begunstiging door middel van een niet-marktconform voordeel;
3. selectiviteit of specificiteit;
4. dreigende of daadwerkelijke vervalsing van de mededinging;
5. beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer.

Ik moet hierbij wel opmerken dat deze criteria in de rechtspraak ook niet altijd even consequent worden genoemd. Zodra aan deze criteria is voldaan, is dus sprake van

staatssteun die in beginsel onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In deze benadering valt het begrip steun in de zin van artikel 87 lid 1 EG samen met het begrip aanmeldingsplichtige steun in de zin van artikel 88 lid 3 EG.

De door Hessel, met het oog op de aanmeldingsverplichting, gekozen voorzichtige benadering, waarbij hij staatssteun onderscheidt van verboden staatssteun, in de zin van artikel 87 lid 1 EG, is mijns inziens niet nodig. Ook wanneer wordt uitgegaan van de genoemde vijf criteria van artikel 87 lid 1 EG bestaat in de praktijk namelijk al snel een aanmeldingsverplichting. De laatste twee criteria worden in de rechtspraak immers zeer ruim uitgelegd. Alleen al de kans dat de mededinging wordt vervalst, en de kans dat de handel ongunstig wordt beïnvloed, is voldoende om voor een maatregel een aanmeldingsplicht te laten bestaan, uiteraard als ook aan de eerste drie criteria is voldaan. Het is dan later, na aanmelding, aan de Commissie om concrete omstandigheden aan te dragen. Door deze laatste twee criteria van artikel 87 lid 1 EG ook expliciet in het begrip staatssteun op te nemen, blijft de redenering mijns inziens consequent, wanneer in de door Hessel op pagina 46 genoemde situaties met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat de maatregel niet zal leiden tot vervalsing van de mededinging of ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In een dergelijke situatie is dan geen sprake van staatssteun, zodat er van aanmelding überhaupt geen sprake is. In de benadering van Hessel moet voor deze situaties een aparte uitzondering op de aanmeldingsverplichting worden bedacht.

Wat de door Van Slooten gekozen opvatting van het begrip staatssteun betreft, wil ik nog opmerken dat ik het door het hem als vijfde genoemde criterium (dat wil zeggen: dat er ook sprake moet zijn van een maatregel die niet kan worden begrepen onder de uitzonderingen waarin bij of krachtens het Verdrag wordt voorzien) nog nooit eerder ben tegengekomen, in rechtspraak noch in de literatuur. Mijns inziens brengt Van Slooten de afbakening van het begrip staatssteun op dit punt ten onrechte in verband met de beoordeling van de verenigbaarheid van die steun. Bij de bespreking van het door hem als vijfde genoemde criterium noemt hij bovendien, mijns inziens ten onrechte, de *de-minimis*-faciliteit. Deze faciliteit valt niet als een uitzondering te zien op de verenigbaarheid, maar is aangenomen op basis van een verordening op grond van artikel 89 EG. Graag zou ik van de preadviseurs over deze verschillende opvattingen een mening horen.

Mr. B. Hessel

Ik zal niet zo'n kritiek geven op de kritiek van Adriaanse dat hij zijn proefschrift moet herschrijven! Hij heeft kunnen zien dat de benadering waarin voldaan moet zijn aan vijf criteria om te kunnen spreken van staatssteun, en het daaraan gekoppelde probleem van de aanmelding, naar mijn ervaring in de praktijk grote moeilijkheden oplevert. Politici proberen namelijk altijd de regels van het Europese recht zoveel mogelijk buiten de deur te houden. Als nu die ruimere methode wordt gehanteerd, die taalkundig inderdaad terug te vinden is in de artikelen die Adriaanse noemt, ontstaat de situatie dat men op eigen houtje gaat bekijken of er sprake is van mogelijke verstoring van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse

handel. Als je dat laat meespelen bij de vraag of al dan niet moet worden aangemeld, loop je een enorm risico, temeer daar ik in de praktijk merk dat men daarover heel soepel denkt. Zelfs bij VNG en IPO worden er onjuiste opvattingen naar buiten gebracht. Bijvoorbeeld dat er geen sprake is van verstoring als het gaat om een lokale of regionale activiteit. Taalkundig en formeel-juridisch gezien ben ik het wel met Adriaanse eens, maar ik denk dat het in de praktijk niet werkt. Daarom heb ik ervoor gekozen te spreken van staatssteun wanneer er sprake is van drie punten, en niet die vijf. Dan bestaat er ook eerder een meldingseis, waarbij de beoordeling in geval van twijfel aan de Commissie wordt overgelaten.

Daarbij komt dat de terminologie van de Commissie op dit punt niet helemaal zuiver is. Ik verwijs ook in mijn preadvies naar de *de-minimis*-vrijstelling, waar de Commissie op een gegeven moment zelf de indruk wekte dat er ook staatssteun kan bestaan die niet aan alle vijf criteria voldoet. Ik vind het eerlijk gezegd een enigszins taalkundige zaak. Ik ben het wel met Adriaanse eens dat het wat slordig is dat hier vier preadviseurs zitten die allemaal hun eigen begrip staatssteun hanteren.

Adriaanse: Over praktisch gesproken!

Hessel: Ik heb mij in zoverre verschoond: juridisch-taalkundig hebt u wel gelijk, maar je kunt concluderen dat het in de praktijk niet werkt, dus ik blijf toch vasthouden aan die praktische benadering. Over die juridische definitie bestaan verschillen van mening, wat naar mijn idee toch een te groot probleem oplevert.

Adriaanse: Is dat dan ook een reactie op de andere preadviseurs, of begrijp ik dat verkeerd?

Hessel: Nee, dat is een reactie op u!

Adriaanse: Mijn opmerking was dat er binnen de preadviezen verschillende benaderingen zijn, en daarop wilde ik graag uw reactie horen.

Hessel: Omdat er verschil van mening mogelijk is, en de benadering van Van Angeren taalkundig gezien juist is, denk ik dat ik daarvan afwijk. In zoverre trek ik dus het boetekleed aan en zeg ik dat die benadering in de praktijk niet werkt, omdat je dan veel te veel kans loopt op lijken in de kast. Het is dus een praktische afwijking van hetgeen u terecht de juridisch zuivere leer zou noemen.

Voorzitter: U bent het er dus wel mee eens, maar de VNG en de IPO mogen dat niet weten! Daar komt het op neer.

Hessel: Juist. Zij mogen dat niet toepassen!

Voorzitter: Maar zo gauw ze dat weten, gaan ze het verkeerd doen, dus je moet tegen hen iets anders zeggen dan tegen ons. Zijn er nog mensen van de VNG of IPO in de zaal?

Mr. G.J. van Slooten

Ik wil dat boetekleed ook graag hebben, als Hessel daarmee klaar is; ik trek het ook aan! Ik heb niet zozeer het EG-verdrag willen herschrijven. De criteria staan in artikel 87 EG, en de uitzonderingen daarop, de *de-minimis*-regeling, wordt daar inderdaad niet genoemd. Ik sluit mij daarbij aan, dus voorzover de suggestie wordt gewekt dat in mijn preadvies een definitie wordt gegeven, is dat niet helemaal juist. Wat ik heb willen doen, is de criteria van artikel 87 EG opsommen zoals deze in de praktijk worden toegepast. Ik vind daarbij steun in een recent arrest van het Hof van Justitie waar bij de vraag of een regeling op grond van artikel 88 lid 3 EG had moeten worden aangemeld, wel degelijk ook aan de *de-minimis*-regeling moest worden getoetst. Het ligt zeer dicht tegen elkaar aan, en dat is ook het grote punt in de praktijk: het ligt zó dicht tegen elkaar aan dat het vaak niet te ontwarren is.

Voorzover het gaat om de definitiekwestie sluit ik mij helemaal bij Adriaanse aan. Wat ik heb willen doen, is een licht doen schijnen in de duisternis.

Mr. J.R. van Angeren

Laat ik vooropstellen dat het toch altijd prettig is om te horen dat de interveniënt het met je eens is! Bescheidenheidshalve heb ik mij ook niet zozeer beroepen op Verordening 659/99, maar heb ik mij heel veilig gehouden aan de overweging van het Hof van Justitie in het Altmark-arrest, waar het HvJ zegt dat volgens vaste rechtspraak vereist is dat aan alle in artikel 87 van het Verdrag neergelegde bepalingen moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van staatssteun. En om het allemaal maar verwarrender te maken, noemt het Hof vervolgens vier criteria! Het criterium over voordeel aan bepaalde ondernemingen wordt in de literatuur vaak het vijfde criterium genoemd.

Wat de aanmeldingsverplichting betreft, denk ik dat een Nederlands bestuursorgaan het als volgt moet zien. Het mag best zelf beoordelen of aan alle criteria van staatssteun is voldaan, en het bestuursorgaan mag ook zelf bepalen of er sprake is van invloed op de interstatelijke handel en of de mededinging dreigt te worden vervalst. Het enige punt waarbij het bestuursorgaan moet oppassen, is dat dat wel goed gemotiveerd gebeurt, en in het achterhoofd moet worden gehouden dat het Hof van Justitie heel snel aanneemt dat er sprake is van verstoring van de mededinging en invloed op de interstatelijke handel. Mevrouw Steyger zei in het begin: mededinging en staatssteun horen bij elkaar, groeien naar elkaar toe. Of ze naar elkaar toe groeien weet ik niet, maar daarvoor wordt in de literatuur wel gepleit. In het mededingingsrecht zien we uitgebreide marktanalyses over hoe een markt in elkaar zit, rapporten vol of er sprake is van misbruik van machtspositie op een bepaalde markt, en het gekke is dat het HvJ in het staatssteunrecht totaal niet van de Commissie eist dat ze een uitvoerige analyse maakt. Het zegt gewoon: zodra je voordeel verleent in een sector waar veel concurrentie bestaat, moet je aannemen dat de mededinging of de interstatelijke handel dreigt te worden verstoord.

Wat betekent dit nu voor Nederlandse bestuursorganen? Slechts als zij een adequate analyse maken waaruit blijkt dat de mededinging of de interstatelijke handel door het verschaffen van een bepaald voordeel niet wordt verstoord, zouden zij naar mijn

mening mogen aannemen dat er geen sprake is van staatssteun. Beperkend tot subsidies, hoeft er dan ook niet te worden aangemeld. Wat mij betreft dus geen melding zekerheidshalve, maar grondig onderzoek (dat vloeit volgens mij ook voort uit artikel 3:2 Awb) of er sprake is van verstoring van de interstatelijke handel, dreigende verstoring van de mededinging en of aan de overige criteria van de staatssteun is voldaan en vermelding daarvan in de motivering van de beschikking. Dan heb je het in ieder geval voor een procedure voor de Nederlandse bestuursrechter al een stuk makkelijker. Het probleem is immers vaak dat de nationale bestuursorganen in het geheel niet motiveren waarom zij denken dat geen sprake is van staatssteun. Dan stelt de Nederlandse bestuursrechter de vraag: had het bestuursorgaan zich daarvan niet moeten vergewissen? Dat wordt wel de vergewisplicht genoemd. Nogmaals, mijn lijn zou zijn dat het Nederlandse bestuursorgaan zelf mag onderzoeken of aan alle vier (of vijf, zo men wil) criteria wordt voldaan, en dat niet bij voorbaat 'bij twijfel, niet inhalen' geldt.

Mevrouw mr. E. Steyger

Ik heb een heel klein praktisch punt, want ik heb mijn beurt al gehad! Wanneer het gaat om *de-minimis*-steun dan zeggen we allemaal: dat hoeft niet te worden aangemeld. Dat is op zichzelf juist, niet op basis van artikel 88 EG. Maar lees die verordening goed, want daarin staat een enorme joekel van een aanmeldingsplicht, en het enige wat niet van toepassing is op *de-minimis*-steun is de *stand-still*-verplichting. Bij *de-minimis*-steun moet je dus de Commissie berichten wat je gedaan hebt, met alle hebben en houden en het hele dossier, en het enige verschil is dat je dan mag doorgaan met uitvoering van de steun. Maar reken je niet rijk, want ik heb wel eens geadviseerd maar gewoon aan te melden (het was een organisatie die geen haast had) omdat dat simpeler is dan die *de-minimis*-regeling.

Mevrouw mr. N.E.M. Kohll

Ik ben werkzaam bij het ministerie van VROM, en allereerst wil ik zeggen dat wij de voorzichtige benadering huldigen. Dat is vooral gebaseerd op het volgende. Hessel heeft ook al aangegeven dat het formeel-juridisch gezien juist is dat in artikel 87 EG vier (of zo men wil: vijf) voorwaarden staan. In onze praktijk, die zo'n vijftig à zestig beschikkingen en onderhandelingen met de Commissie omvat, zijn er veel gevallen geweest waarin wij dachten dat er geen sprake was van steun, nadat wij zo ondeugend waren geweest om de vierde en vijfde voorwaarde zelf te onderzoeken. Dit bleek dan echter niet te kloppen, en we kregen een beschikking van de Commissie. Er zijn ook een paar zaken voor het Hof geweest, waarin het Hof heel eenvoudig heeft geoordeeld over die vierde en vijfde voorwaarde (en die jurisprudentie is bij veel mensen hier bekend): wanneer de positie van de ene onderneming ten opzichte van een andere, concurrerende onderneming wordt versterkt, en dat is eigenlijk altijd zo in geval van steun, dan is voldaan aan het vierde c.q. vijfde criterium. Alleen wanneer iets van zeer speciaal lokale betekenis is, het sportfondsenbad in Alkmaar bijvoor-

beeld, dan kun je zelf die meldingsplicht nalaten. Dit betekent in de praktijk dat wij niet zo heel veel hebben aan die vierde en vijfde voorwaarde, en heel veel risico lopen wanneer wij niet tijdig aanmelden. Dit wilde ik graag nog toevoegen.

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Ik wil mij graag aansluiten bij mevrouw Kohll, en ook bij Hessel. Ik ben het eens met de gedachte dat de nationale overheid en Nederlandse autoriteiten zelf mogen beoordelen of aan alle vijf criteria is voldaan, maar ik heb in de jurisprudentie en literatuur die ik hierover heb gelezen wel gezien dat het inderdaad heel complex is om te beoordelen of er sprake is van concurrentievervalsing en grensoverschrijdende belemmeringen van de tussenstaatse handel. De inschatting daarvan is vaak heel moeilijk. Daarom heb ik in het NTB het schema zo gemaakt, dat op het moment dat aan de drie criteria die Hessel ook noemde is voldaan, het best alvast kan worden aangemeld. Dat heeft als achtergrond dat de beoordeling van dat vierde en vijfde criterium volgens mij voor nationale autoriteiten te moeilijk is, en zij zich daarin nog wel eens kunnen vergissen. Die indruk wordt ook bevestigd door ervaringen die ik bij het College heb opgedaan in andere europeesrechtelijke aangelegenheden, waar de Nederlandse overheid ook al snel denkt dat het allemaal wel losloopt en allemaal wel kan. Het lijkt mij dus beter om uit te gaan van die drie criteria, alhoewel er natuurlijk volgens de wetgeving voldaan moet zijn aan vijf criteria.

Mr. B. Verwayen

Ik wil nog iets toevoegen. Er is vooral gehamerd op de praktische kant die Hessel heeft benadrukt om met de drie criteria te werken. Ik vraag mij toch ook af of er niet juridisch het een en ander te zeggen valt voor het onderscheid tussen artikel 88 lid 3 EG, waarin steunmaatregelen worden genoemd, en artikel 87 lid 1 EG, waarin het om verboden steunmaatregelen gaat. Dus vijf criteria, zo nodig, om de conclusie te trekken dat er sprake is van een verboden steunmaatregel, misschien ook om te beoordelen of de maatregel onder bepaalde uitzonderingen valt. Om de Commissie überhaupt in staat te stellen een oordeel te geven of het nu wel of niet een verboden steunmaatregel is, is het echter logisch om van een veel ruimer steunbegrip uit te gaan dan de vijf criteria die daartoe dwingen. Het is ook zo dat de nationale rechter, en dan kan ik ook namens mijzelf spreken, praktisch gesproken helemaal geen behoefte heeft om te treden in die ingewikkelde toetsing die het Verdrag nu juist bij de Europese Commissie heeft willen leggen, want het is een tamelijk beleidsmatig veld waarin je treedt. Ik zou dus zeker niet willen aanbevelen dat nationale rechters zich een oordeel gaan aanmatigen over de vraag of al dan niet gemeld had moeten worden. In beginsel constateer je dat sprake is van een steunmaatregel in ruime zin, je constateert dat er niet gemeld is en trekt daaruit de conclusies die voor de hand liggen in het desbetreffende geschil.

Voorzitter: En dan zegt u dus dat gemeld moet worden, terwijl achteraf kan blijken dat dat toch niet gehoeven had?

Verwayen: Nee, dat melden moest wel, maar de maatregel was niet verboden.

Voorzitter: Mag ik daaraan nog iets toevoegen, voordat anderen misschien nog reageren? Ja, dat mag ik! We kunnen dus een onderscheid maken tussen staatssteun (iets voldoet op een gegeven moment aan de definitie van staatssteun) en *verboden* staatssteun. Als het nu voldoet aan al die criteria van artikel 87 EG, dan is het in beginsel verboden, als ik het goed begrepen heb, tenzij een van de uitzonderingen daarop geldt. Er zijn immers verschillende specifieke uitzonderingsregelingen. Maar hoe moet ik dan de volgende passage op pagina 254 begrijpen? *Is de Commissie tot het oordeel gekomen dat van verboden staatssteun sprake is (dan denk ik eerlijk gezegd: het mag dus niet), dan dient zij in tweede instantie te beoordelen of de steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.* Nu dacht ik dus dat je staatssteun en verboden staatssteun hebt, maar er bestaat dus ook verboden staatssteun die uiteindelijk toch niet verboden is. Dan kan het dus verboden zijn en tegelijkertijd ook niet verboden. Dat kan leiden tot een mooi filosofisch debat in de lunchpauze! Maar misschien lees ik het ook wel verkeerd.

Mr. G.J. van Slooten

Wij spraken hierover al eerder, dus de vraag komt niet als een verrassing. Uit de rechtspraak blijkt dat het HvJ aanvaardt dat de Commissie bij de aan haar opgedragen beoordelingen tot een van artikel 87 EG afwijkend resultaat kan komen. Dat vind ik een buitengewoon prikkelende constatering van het Hof. Ik kan het niet anders opvatten dan dat het betekent dat een van de drie, vier, vijf of zelfs zes criteria door de Commissie kan worden toegepast op een wijze die normaliter niet met artikel 87 EG in overeenstemming te brengen zou zijn. Dat vind ik prikkelend. Ik kan er niet meer van maken. Ik kwam het tegen in de rechtspraak en heb het opgeschreven. Dat kan ik alleen maar doen, omdat het HvJ zelf zegt dat het de criteria van artikel 87 EG in volle omvang mag toetsen, maar de beoordeling van de verenigbaarheid niet. Zodra, zo zegt het Hof, daaraan ingewikkelde economische analyses te pas komen, moet ik het aan de Commissie overlaten en mag ik slechts marginaal toetsen. Dat betekent in feite dat er onvermijdelijk ergens een dubbele toets plaatsvindt. In de praktijk, in de beschikkingen die ik heb gezien, wordt dat ergens weggevlucht, wat naar mijn smaak de duidelijkheid van die beschikkingen niet ten goede komt. Het lijkt mij dat er door de Commissie een tweetal toetsingen moet worden toegepast: enerzijds de criteria van artikel 87 EG, en anderzijds de beoordeling van de verenigbaarheid. In de beschikking komt die duidelijke tweedeling helaas niet altijd even goed tot zijn recht.

Mr. B. Hessel

Ik denk dat het enigszins samenhangt met de opbouw van het EG-verdrag. Je hebt in dit verdrag ook bij andere onderdelen, bijvoorbeeld het vrij verkeer, bepaalde verboden met uitzonderingen. Het probleem is dat het begrip steunmaatregel door sommige mensen (gesteund door het Hof en de Commissie) zo wordt omschreven dat het verbod daar eigenlijk al in zit. In de omschrijving van artikel 87 EG wordt echter behoudens uitzonderingen de mogelijkheid gegeven dat iets onverenigbaar is. Je krijgt dus inderdaad de op zich merkwaaardige situatie die de voorzitter aangeeft, dat je eerst moet constateren dat je te maken hebt met een onverenigbare verboden staatssteunregeling in de zin van artikel 87 EG, en als dat het geval is, kun je op grond van uitzonderingen die steun alsnog verenigbaar verklaren, omdat het doel bijvoorbeeld milieu, of steun aan een bedrijf in moeilijkheden is. Dat wordt door de Commissie om Europese redenen van groter belang geacht dan verstoring van de markt. Een dergelijk systeem kom je ook bij de regels van het vrij verkeer tegen. Alleen, bij het vrij verkeer heb je een dusdanige omschrijving van het verbod (in artikel 28 EG wordt bijvoorbeeld gesproken van een maatregel van gelijke werking) dat de betrokken maatregel per definitie verboden is. Een probleem, soortgelijk als de vraag wat tot verboden staatssteun moet worden gerekend, bestaat dan niet. Het hangt dus allemaal een beetje met elkaar samen, maar eigenlijk is het heel eenvoudig.

Voorzitter: Het gaat er dus om dat iets wat in beginsel verboden is, uiteindelijk niet echt verboden is. Dat lijkt mij dan een zuiverder benadering. Je kunt niet zeggen dat iets verboden is, en dan zeggen dat het toch niet verboden is!

Hessel: Het valt onder het verbod, en wanneer je het in stand houdt moet je een beroep kunnen doen op een uitzondering.

Voorzitter: Een uitzondering op een verbod is geen probleem, dat kennen we in het bestuursrecht natuurlijk ook. Maar je kunt niet zeggen dat iets verboden is en tegelijk zeggen dat het niet verboden is. Je kunt wel zeggen dat iets in beginsel verboden is, maar in dít geval niet.

Mr. J.R. van Angeren

Het punt is dat het verboden is en dat in dat geval moet worden aangemeld. Dan kan de Commissie het, als zij het toch in orde vindt, verklaren dat het alsnog goed is. Het probleem zit erin dat het eerst moet worden aangemeld, en dat geen staatssteun mag worden gegeven zonder dat is aangemeld.

Mr. B. Verwayen

Het is misschien handig om de tekst van het Verdrag even erbij te halen. Artikel 87 EG begint met: 'Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet'. En het verdrag

voorziet al in het tweede lid van artikel 87 EG, in vooral het laatste onderdeel, in een uitzondering, namelijk: 'andere soorten van steunmaatregelen, aangewezen bij besluit van de Raad, genomen met gekwalificeerde meerderheid van stemmen', maar dan, 'op voorstel van de Commissie'.²⁴ De Commissie weet dus van niets, en kan pas een oordeel geven als zij netjes via artikel 88, derde lid EG dat ruime begrip steunmaatregel krijgt aangemeld. Op het moment dat die melding is gepleegd, moet zij beoordelen of zij een infractieprocedure begint of de maatregel akkoord verklaart. En een van de vormen van akkoordverklaring is om voor een in beginsel verboden steunmaatregel bij de Raad een voorstel in te dienen om dit nu maar te accepteren, omdat het (wegens voor ons leken misschien minder toegankelijke redenen) toch best wel goed voor de markt is.

Mr. J.R. van Angeren

Ik heb nog twee korte opmerkingen. De eerste is naar aanleiding van de opmerking van mevrouw Kohll over de voorzichtige benadering van het ministerie. Van ministeries kan ik mij dat wel voorstellen, omdat het misschien vaak gaat om heel grote bedragen, zodat je je bijna niet meer kunt voorstellen dat de interstatelijke handel niet wordt beïnvloed. Mevrouw Kohll noemde zelf al het sportfondsenbad in Alkmaar. Ik heb in mijn preadvies op pagina 93 een beschikking van de Commissie aangehaald waarin het ging om een bedrag van twee miljoen Duitse marken voor een zwembad in Dorsten. Het bleek dat 90 procent van de bezoekers binnen een afstand van 50 kilometer woonde, dus was er geen invloed op de interstatelijke handel. Alkmaar kan nu denken: ik ga twee miljoen geven aan een zwembad, ik ga eens onderzoeken wie er van binnen 50 kilometer afstand komt, hé, maar 9 procent van de mensen komt uit de rest van Nederland, maar zekerheidshalve ga ik toch maar aanmelden, want je weet het maar nooit. Ik zou dan zeggen: maak een goede analyse, maak een goed rapport waaruit volgt dat die analyse klopt, en dan kan de rechter het wel zelf goed beoordelen, mocht er bezwaar tegen een dergelijke (subsidie)beschikking worden gemaakt. Ik zie niet in waarom dat zou moeten worden aangemeld.

De opmerking van Verwayen is interessant. Hij zegt dat we misschien onderscheid moeten maken tussen artikel 88 lid 3 en artikel 87 lid 1 EG, dat elke steunmaatregel die aan de drie criteria voldoet sowieso moet worden aangemeld, maar misschien niet verboden is. Volgens mij zit in ieder geval het HvJ, en ook de Commissie, niet helemaal op die lijn, want uit het Altmark-arrest blijkt dat aan de hand van de criteria zelf mag worden beoordeeld of er sprake is van staatssteun. En als daarvan geen sprake is, hoeft gewoon niet te worden gemeld. Naar mijn mening wordt in de rechtspraak of in de beschikkingen van de Commissie geen onderscheid gemaakt.

Adriaanse: Ik denk dat ik het door al die boetekleden hier maar bij laat!

Voorzitter: Ik geloof dat Van Angeren mevrouw Kohll niet helemaal goed begrepen heeft, dus ik geef haar als laatste nog even het woord.

24. Art. 87 lid 2 sub e EG.

Mevrouw mr. N.E.M. Kohll

Ik wil nog zeggen dat ik juist het sportfondsenbad in Alkmaar noemde als een typische zaak waar je wél zelf aan het vierde en vijfde criterium moet kunnen toetsen. Het is een evidente situatie, qua financiering en in een lokale setting, waarin je niet kunt spreken van een onderneming die concurreert met een onderneming in een andere lidstaat. Maar zodra de grens in zicht komt, zoals in de zaak die Van Angeren zojuist noemde, denk ik dat je het toch moet onderzoeken.

Mr. J.R. van Angeren

Ik begreep de opmerking van mevrouw Kohll over het sportfondsenbad goed. Vandaar denk ik dat de soep die zij opdiende, niet zo heet gedronken moet worden als zij hem wellicht opdiende. Ik denk, en dat vloeit ook voort uit artikel 3:2 Awb, dat het bestuursorgaan het wel altijd moet onderzoeken. Dat ben ik helemaal met mevrouw Kohll eens.

Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 18 mei 2005

De voorzitter spreekt als volgt

Op 18 mei 2005 werd de jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd gehouden, dit keer te Leiden, in het onlangs in gebruik genomen geheel vernieuwde en uitgebreide Kamerlingh Onnes Gebouw. De faciliteiten waren uitstekend, de organisatie ook. Er was onder meer gezorgd voor een fraai programmaboekje dat tevoren aan alle betrokkenen was toegezonden, dus niets stond de deelnemers in de weg er een prachtige dag van te maken. Dat werd het ook, met vurige betogen, stevige blunders, strenge rechters en vooral veel spanning. In de pleitrondes 's morgens stond een ingewikkelde casus op de rol over staatssteun. Daarbij bleken de deelnemers, die tevoren een groot aantal uren hadden gestoken in het schriftelijke gedeelte van de procedure, het Europese recht en vooral de vele jurisprudentie van het HvJ EG heel goed te kennen en soms beter te beheersen dan het Nederlandse bestuursprocesrecht.

Voor de teams van de VU (5de), EUR (6de), UvA (7de) en Groningen (8e) was het actieve optreden na de lunch voorbij. De kleine finale, om de derde en vierde plaats, ging tussen Maastricht en Utrecht. De zaak betrof een actueel vraagstuk, namelijk het door de burgemeester verbieden van het dragen van bepaalde kleding (onder andere Lonsdale) op een bepaalde plaats (kermis) op een bepaalde tijd (de kermisweek) met als sanctie een bestuurlijke ophouding en een straf. Maastricht won, waarbij het optreden van de Maastrichtse pleiter, Jelmer Procee, in gunstige zin opviel. Zou er een publieksprijs zijn geweest, dan had hij hem waarschijnlijk gekregen.

De echte finale ging tussen de teams van de Radboud Universiteit (Nijmegen) en Leiden. De casus betrof de uitbreiding van een buurtsuper, die daarvoor een vrijstelling van het bestemmingsplan nodig had, waarmee een concurrerend buurtbedrijfje niet kon instemmen. Naast ruimtelijk bestuursrecht speelden ook 'overheid en privaatrecht' en enkele procesrechtelijke onderwerpen in deze casus een rol. Na in de voorafgaande jaren van een vijfde plaats stapje voor stapje naar een tweede plaats te zijn geklommen, wilde Leiden nu de kroon op het werk zetten, maar de zenuwen speelden de zich overigens heel goed presenterende Christine Bos enigszins parten. Bovendien werd zij door de jury, voorgezeten door CBB-president Ruud Winter, in verhouding tot de vertegenwoordiger van het Nijmeegse team, wel erg stevig aan de tand gevoeld. Mede daardoor speelde Mousa Ichoh een gemakkelijke wedstrijd, die hij voor zijn team naar zich toetrok. Nijmegen, dat verder vier uitstekende vrouwen aan boord had, die zich ook 's avonds aan tafel krachtig weerden, werd dus nummer

één, voor de vierde keer al in de laatste twaalf jaar! Maar zoals de juryvoorzitter terecht opmerkte: eigenlijk hebben alle teams gewonnen, want wat de deelnemers in deze wedstrijd hebben geleerd, pakt niemand hun meer af.

Graag wil ik het team van Nijmegen naar voren halen. Dominique Brouwer, Mousa Ichoh, Dorien van der Rijt, Roos Brouwer en Eveline van Beem, mag ik jullie naar voren vragen?

(Applaus)

Voorzitter: Ik zal eerst maar die beker geven, want daar kunnen jullie nu natuurlijk niet langer op wachten! Hoewel, ik ga nog even iets vertellen over de beker. Vorig jaar heb ik deze zelfde beker uitgereikt aan het Utrechtse team, en dat heeft daarvan precies een uur of vijf kunnen genieten. Toen wij met de laatsten van het gezelschap hier het pand verlieten, was de beker ineens weg, en die is pas gisteren weer opgedoken. Wie inlichtingen kan verschaffen die leiden tot aanhouding van de dader kan rekenen op een forse beloning! Kan dat penningmeester? Wat de dader wel gedaan heeft, is de namen van het Utrechtse team in de beker graveren, dus daarvoor in ieder geval bedankt! Daarbij komen straks de namen van het Nijmeegse team te staan, als winnaars van de pleitwedstrijd in 2005. Ik ga hem nu eerst maar eens overhandigen.

(Volgt uitreiking)

(Applaus)

Voorzitter: Het is een wisselbeker, maar misschien win je 'm volgend jaar wel weer. Natuurlijk wil ik ook een paar dingen vragen. Jij, Mousa, hebt in de finale gepleit. Heb ik goed in de gaten dat dat eigenlijk een makkie was?

Mousa Ichoh: We hebben op het laatste moment besloten dat ik zou gaan pleiten in plaats van Dominique, dus ik begon nogal zenuwachtig. Maar gelukkig maakte Leiden een aantal inhoudelijke fouten waarvan ik kon profiteren en is het toch nog gelukt. Het ging wel redelijk, ik vond het niet erg moeilijk.

Voorzitter: Ja, want Leiden werd behoorlijk onder vuur genomen, en als je veel vragen krijgt dan kun je natuurlijk ook veel verkeerde dingen zeggen. Ik hoorde overigens uit het Utrechtse kamp dat zij bij de wedstrijd om de derde en vierde plaats last hadden van het feit dat ze zo weinig vragen kregen, en daardoor ook weinig goede dingen konden zeggen! Zo is er natuurlijk altijd wat. Dominique, jij hebt 's morgens gepleit, daarbij was ik ook aanwezig. Hoe vond jij dat zelf gaan?

Dominique Brouwer: Ik werd behoorlijk onder handen genomen! Het ging er aardig streng aan toe, maar het is allemaal wel tot een goed einde gekomen, dus dat is mooi.

Voorzitter: Weet je nog wie jou zo streng onder handen nam?

Dominique Brouwer: Dat was de heer Van den Berghe, en ook mevrouw Vlasblom. Zij ging ook aardig door, laat ik het zo zeggen!

Voorzitter: Ja, mevrouw Vlasblom had de neiging om als er iemand begon met een korte uiteenzetting van de feiten te zeggen: nou, slaat u dat maar over, gaat u maar meteen naar pagina 13. Dat schoot dan inderdaad wel op! Nu heb ik ergens gelezen in het boekje (er was een prachtig programmaboekje gemaakt door de organisatie waarin alle teams zich ook hebben voorgesteld) dat sommige leden van jullie team van tevoren eigenlijk al wisten dat jullie gingen winnen. Eveline, hoe zit dat?

Eveline van Beem: Ik denk dat Roos deze vraag beter kan beantwoorden!

Roos Brouwer: Je moet altijd positief zijn, denk ik maar. En als je van tevoren weet dat je niet gaat winnen, kun je net zo goed thuis blijven, en uiteindelijk hebben we de belofte waargemaakt!

Voorzitter: Zeg dat ook eens tegen NEC, of houden jullie niet van voetbal? Wat gaat het nu verder worden, wat gaan jullie doen? Jullie zijn nu de grote winnaars, en behoren nu zomaar ineens tot de top van jong bestuursrechtelijk Nederland. We zien jullie trouwens natuurlijk ook graag terug bij de bijeenkomsten van de jonge VAR. Jullie zijn allemaal al enigszins gevorderd, sommigen van jullie zijn nog maar ongeveer halverwege de studie... Allemaal zelfs? In ieder geval, als jullie nu al zo ver zijn heb ik het idee dat jullie misschien ook wel ideeën hebben over na de studie.

Mousa Ichoh: Het klopt, we zijn allemaal nog tweedejaars rechtenstudenten. We moeten het tentamen bestuursrecht nog doen! Ik heb ambities om na mijn studie als advocaat te gaan werken, dat lijkt me heel erg leuk.

Dominique Brouwer: Ik weet het eigenlijk nog niet helemaal zeker. Ik denk wel dat ik een master in het buitenland wil doen, en dan dus voor een jaar naar het buitenland, maar wat ik daarna ga doen, weet ik echt nog niet.

Voorzitter: Misschien dat we je wel in Nederland kunnen houden...

Eveline van Beem: Naar het buitenland wil ik ook sowieso, en dat moet ook van de studie Internationaal en Europees recht, die ik doe. Verder heb ik me nog niet heel veel georiënteerd en moet ik toch wat meer gaan kijken wat ik eigenlijk wil.

Roos Brouwer: Ik wil natuurlijk ook naar het buitenland, want ik studeer ook Internationaal en Europees recht. Ik zit te denken aan Curaçao, en mededingingsrecht vind ik wel leuk en interessant, dus misschien ga ik mij daarin specialiseren.

Dorien van der Rijt: De advocatuur zou ik misschien graag in willen, maar in de loop van mijn studie kan mijn interessevlak wel degelijk ook wel veranderen. Ik moet nog maar even verder kijken. Op dit moment ligt mijn interesse vooral bij het belastingrecht, maar ik moet nog maar zien of ik daarmee verder wil.

Voorzitter: Ik hoor dat er ondanks alle plannen voor het buitenland toch ook nog hoop voor ons is. Dames en heren, geef ze nog één keer een heel hartelijk applaus!

(Applaus)

Mousa Ichoh: Ik wil onze begeleiders, meneer Timmermans en mevrouw Kjellevoid, hartelijk bedanken voor hun begeleiding en inzet, zowel bij de casus als de werkgroepen. Zonder jullie was het natuurlijk nooit gelukt. Jullie zijn een grote stimulans voor ons, en ook voor het algemene bestuursrecht tijdens de werkgroepen. Dank u wel!

(Applaus)

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middagdeelte)

Mr. J.W. van de Gronden

Allereerst wil ik mij aansluiten bij de vorige interverniënten, ook ik wil de preadviseurs feliciteren met hun werk. De preadviezen bevatten naar mijn mening interessante beschouwingen over verhoudingen tussen een klassiek EG-rechtelijk regime, het staatssteunregime, en het Nederlandse bestuursrecht. De lezer krijgt duidelijk uitgelegd hoe decentrale overheden, de centrale overheid, en toch ook de Commissie worstelen met de problematiek van staatssteun in het binnenlands bestuur. Daarnaast krijgt de lezer mooi uitgelegd hoe het staatssteunregime wordt toegepast in de context van de Awb en het fiscaal recht.

Nadat ik alle preadviezen gelezen had, viel mij op dat er nog heel veel onduidelijkheden zijn over de verhouding tussen nationaal recht en staatssteunregels. Dat vind ik opmerkelijk, omdat het staatssteunregime een van de oudste onderdelen van het Europese recht is. Dat er dan veel toch wel redelijk basale zaken nog onduidelijk zijn, is verbazingwekkend. Naar aanleiding van deze onduidelijkheden heb ik twee vragen. De eerste vraag wil ik stellen aan Hessel, de tweede aan Van Angeren.

Bij lezing van het preadvies van Hessel viel mij op dat het bij projecten van decentrale overheden soms lastig is in te schatten of al dan niet moet worden aangemeld. Voor de pauze hebben we het hierover ook uitgebreid gehad. Op pagina 59, 60 en 61 vond ik een aantal interessante casussen over het gemeentelijk zwembad en de jachthaven, waaraan steun werd verleend. De vraag was of hier de tussenstaatse handel wel beïnvloed werd, en ik begreep van Hessel dat het een kwestie van het tellen van grensoverschrijdende badmutsen of scheepspetten is om te kijken of de tussenstaatse handel aan de orde is. Een bijkomend probleem is het begrip onderneming. Duidelijk is al uiteengezet dat dit een heel breed begrip is: al gauw verricht een entiteit economische activiteiten en valt daarmee onder meer onder het staatssteunregime. Ik kan mij voorstellen dat veel provincies en gemeenten onderhand met problemen kampen, omdat de financiële voordelen die worden verleend aan allerlei projecten van algemeen belang, aangemeld moeten worden. Dan denk ik aan projecten van zeer diverse aard: bibliotheken, recreatiegelegenheden (voor de pauze haalde mevrouw Steyger ook al de dierentuin aan), musea, enzovoort. Deze moeten allemaal worden aangemeld, en je kunt je afvragen of bij al deze projecten het gevaar van verstoring van de mededinging nu altijd levensgroot aanwezig is, en of de Commissie erop zit te wachten om al deze projecten uit heel Europa te gaan toetsen. Dat deed

bij mij de vraag rijzen die ik graag aan Hessel wil voorleggen, of het eigenlijk niet wenselijk is om voor zulke algemeen-belangprojecten in het staatssteunregime een speciale exceptie in het leven te roepen. Die exceptie zou er als volgt kunnen uitzien: een concrete opsomming van een aantal projecten (bijvoorbeeld bibliotheken, of dierentuinen voor mijn part) waarbij wordt aangegeven binnen welke bandbreedte deze projecten van aanmelding zijn vrijgesteld. Zo'n benadering zou veel concreter zijn dan Altmark. De preadviezen bevatten veel informatie over Altmark, maar dit arrest bevat redelijk algemene criteria. Misschien zou een exceptie veel meer rechtszekerheid kunnen bieden. De Commissie stelt nu iets dergelijks voor, maar beperkt zich tot ziekenhuizen en woningbouwcorporaties, en de vraag is of dit niet moet worden ingevoerd voor een breed scala aan projecten van algemeen belang. Voor de duidelijkheid: ik denk hierbij met name aan algemeen-belangprojecten en niet aan steun binnen keiharde commerciële sectoren. Steun verleend aan fabrieken en zelfs aan voetbalclubs zou dus nog gewoon onder het staatssteunregime moeten vallen. Het gaat meer om de zogenoemde softe sector.

Mijn tweede vraag, gericht aan Van Angeren, heeft te maken met de *stand-still*-bepaling van artikel 88 lid 3 EG en de positie van de derde-belanghebbende. Daar bestaat ook nog enige onduidelijkheid, terwijl het toch een van de belangrijkste onderdelen van het staatssteunregime is: derde-belanghebbenden die staatssteun kunnen terugvorderen. Zij kunnen een beroep doen op die *stand-still*-bepaling teneinde gedaan te krijgen dat de concurrent-onderneming zijn onrechtmatig verkregen staatssteun moet teruggeven. De procedure die we in het Nederlands bestuursrecht hebben komt op mij echter nogal omslachtig over. Laten we gemakshalve ervan uitgaan dat het om een subsidiebeschikking gaat. Eerst moet men de subsidiebeschikking aanvechten, en dan kan de rechter die vernietigen. Als je geluk hebt, gaat de rechter zelf in de zaak voorzien in die zin dat de subsidiebeschikking moet worden ingetrokken. Vervolgens is er een tweede fase, die eruit bestaat dat je een terugvorderingsbesluit moet uitlokken. Als je deze tweede fase hebt doorlopen, heb je nog een kans dat artikel 88 lid 3 EG wordt toegepast. Ik vraag mij af of dit niet erg omslachtig is, op zijn minst op gespannen voet staat met de gedachte van het nuttig effect van het gemeenschapsrecht (in dit geval van artikel 88 lid 3 EG-verdrag) en of onze procedure eigenlijk niet veranderd moet worden. Van Angeren doet daartoe zelf een aantal voorstellen, maar moet de Awb niet zo worden aangepast dat de rechter de mogelijkheid krijgt om zelf in de zaak te voorzien? Door tegelijkertijd een intrekingsbesluit en een terugvorderingsplicht vast te stellen zou dit kunnen. En als we dan toch enthousiast bezig zijn, kunnen we misschien ook meteen het rentepercentage regelen, waarover eveneens enige discussie mogelijk is. Als de rechter ook vaststelt wat het rentepercentage is, dan gaat alles veel sneller en effectiever, en krijgt uiteindelijk de derde-belanghebbende concurrerende onderneming waar hij recht op heeft. Ik ben benieuwd naar uw visies op beide vragen.

Mr. B. Hessel

Ik ben erg blij dat Van de Gronden meteen ervan uitgaat dat ik een visie heb, en niet alleen een antwoord! Zijn voorstel komt mij heel nuttig voor. Ik heb in mijn pread-

vies aangegeven dat er zogenoemd softe-sector ondernemingen kunnen bestaan, zoals musea, jachthavens, zwembaden en bibliotheken, waarbij het grote probleem is dat de overheid niet in het algemeen ervan uit mag gaan dat er geen sprake is van staatssteun, maar dat inderdaad scheepspetten en badmutsen moeten worden geteld. Je zou natuurlijk een oplossing kunnen verzinnen, en daarvoor zou de Nederlandse overheid bij de Commissie een interessant pleidooi kunnen houden, door voor een aantal van die softe gevallen een vrijstellingsverordening te geven. Dan moet daarvoor natuurlijk wel een bevoegdheid worden gecreëerd, maar dat even terzijde, dat is geen probleem. Een andere eventuele oplossing is een verordening op grond waarvan wel moet worden aangemeld, maar waarbij er, als de Commissie niet binnen twee maanden reageert, van uit mag worden gegaan dat het klopt. Ik ben zelf voorstander van het laatste, omdat de Commissie daarmee de mogelijkheid wordt gelaten in te grijpen als het echt gaat om marktversturende gevallen (dus musea die met elkaar concurreren voor de aanschaf van oude meesters bijvoorbeeld). Maar als een categorie in de meeste gevallen geen probleem oplevert, kun je goed kiezen voor zo'n aanmelding met een twee-maandetermin. Dan zit je toch een beetje in de LET- en LASA-sfeer (inmiddels is bekend dat die LET- en LASA-regelingen een vroegtijdige dood gestorven zijn, en dat is maar goed ook) maar dan heb je ook duidelijkheid wat de soepele procedure moet zijn. Dat was immers ook een van de problemen: de Commissie riep daar over een soepele procedure, maar niemand wist nog wát. Soepeler dan een termijn van twee maanden, waarbinnen een reactie moet komen zonder welke de steun is toegestaan, kan ik niet bedenken. Ik denk daarom dat dit een goed voorstel is. Ik heb ook begrepen dat minister Remkes bij commissaris Kroes heeft gepleit voor soepeler regelingen voor decentrale overheden, en voor verhoging van de *de minimis*. Ik ben het met Van den Tweel eens als hij zegt dat daarin, gezien de jurisprudentie, niet zoveel ruimte zal zitten. We hebben nu een *de minimis* van 100.000. Laten we er nu eens 50.000 bovenop kunnen doen in Brussel, dat is niet echt structureel. Het voorstel van Van de Gronden kan wat dat betreft volgens mij een stuk verder komen, maar wel in deze vorm: aanmelden met een snelle procedure.

Mr. J.R. van Angeren

In het Nederlands bestuursrecht daadwerkelijk krijgen wat je verlangt, speelt volgens mij niet alleen in het subsidierecht of het staatssteunrecht een rol, maar is in het algemeen een probleem. Laat ik mij eerst beperken tot de vraag hoe het *standstill*-beginsel nu effectiever kan worden vormgegeven. Ik ga dan uit van een subsidiebeschikking, want dat is in ieder geval een besluit. Als alle (privaatrechtelijke) rechtshandelingen die staatssteun kunnen zijn, aan de Awb moeten worden onderworpen, dan dijt het bestuursrecht wel heel erg uit, dus ik beperk mij tot de subsidiebeschikking.

Gezegd werd dat je moet beginnen met bezwaar maken tegen de subsidiebeschikking. Op het moment dat je geen bezwaar maakt, kun je, gelet op de onaantastbaarheid van die beschikking, moeilijk alsnog bij de bestuursrechter de onrechtmatigheid van die beschikking inroepen. Je zou dan nog een verzoek tot intrekking

kunnen doen, maar ook dan zal de bestuursrechter geneigd zijn uit te gaan van rechtmatigheid van de eerder verleende beschikking. Het punt is uiteraard dat de concurrent graag wil dat het reeds betaalde geld teruggaat naar de overheid, omdat het geld niet aan hem wordt verstrekt. Hierbij zijn al die verschillende besluitmomenten van betekenis. Je hebt de verleningsbeschikking, maar die geeft nog geen recht op geld. Vervolgens is er de beschikking die bevoorschot, dus díé zou je eigenlijk moeten aanvechten. Gelukkig zitten beide beschikkingen vaak in hetzelfde papiertje. Je hebt dus te maken met een verleningsbeschikking, en met een bevoorschottingsbeschikking waartegen je bezwaar maakt. Zou je deze geschorst kunnen krijgen, dan zou je vervolgens een verzoek moeten doen tot terugvordering bij het bestuursorgaan. Ik denk dat dit moeilijk kan worden gekoppeld: je zou dan immers zeggen dat met de schorsing van de subsidieverleningsbeschikking en de bevoorschottingsbeschikking ook automatisch de terugvordering gestalte krijgt. Dat is bij andere gevallen in het bestuursrecht ook niet zo: als de bouwvergunning wordt geschorst, betekent dat niet automatisch dat het gebouw moet worden afgebroken. Daartoe moet een verzoek worden gedaan aan het bestuursorgaan, en eigenlijk is dat in het subsidierecht niet anders. Als je in de Awb zou willen regelen dat enerzijds het begunstigingsbesluit en anderzijds de handhaving daarvan in eenzelfde besluit aan elkaar gekoppeld zijn, ben je bezig met een heel fundamentele heroverweging van het bestuursrecht. Het bestrijkt immers ook heel andere terreinen. Ik zeg er wel bij dat een en ander procesrechtelijk gezien heel snel te doen is. Als ik als concurrent zou zien dat iemand wordt bevoordeeld, dan zou ik bezwaar maken tegen de subsidie- en de bevoorschottingsbeschikking, meteen een verzoek doen om terugvordering en een termijn stellen (zodat je kunt zeggen: als die termijn is overschreden, is er sprake van niet-tijdig beslissen op grond van artikel 6:2 onder b Awb), en dat allebei in een voorlopige voorziening aan de bestuursrechter voorleggen. Als die rechter de subsidiebeschikking schorst, zou hij vervolgens ook moeten bepalen dat het geld wordt teruggevorderd. Wanneer niet wordt terugbetaald, zal het bestuursorgaan overigens, zoals de regeling nu is, bij de burgerlijke rechter het geld terug moeten halen, omdat een terugvorderingsbesluit geen executoriale titel biedt. Daaraan wordt in de Vierde Tranche van de Awb wél wat gedaan, dus in zoverre wordt aan de problematiek een klein stukje tegemoet gekomen. Het algemene door Van de Gronden gesignaleerde probleem (hoe zorg je nu dat je in een keer klaar bent?) vereist echter een wat fundamentele heroverweging van het gehele systeem van het bestuursrecht, dat helemaal uitgaat van het besluitbegrip. Ik zie Van de Gronden wat vertwijfeld kijken!

Mr. J.W. van de Gronden

Als ik Van Angeren goed begrijp, zegt hij dat we niet aan een fundamentele herziening van het bestuursrecht kunnen beginnen. Maar als we het nu eens langs de meetlat van het arrest Rewe/Comet leggen en zeggen dat je effectieve en gelijkwaardige procedures moet hebben (met name in verband met het beginsel van effectiviteit), betwijfel ik enigszins hoe effectief deze procedure is. De rechter is nu eigenlijk afhankelijk van de vindingrijkheid van de advocaat van de concurrent. Als de advo-

caat deze stapeling van vorderingen doet, dan kan het redelijk effectief, maar als dat per ongeluk vergeten wordt, is het een vrij lange procedure. Bij staatssteun kan dat natuurlijk vervelend zijn, omdat de mededingingsverhoudingen dan behoorlijk verstoord kunnen zijn, waardoor de doelstelling van het staatssteunregime uiteindelijk niet gehaald wordt. Ik vraag misschien naar de bekende weg, maar nogmaals: dwingen het arrest Rewe/Comet en rechtsbeginselen ons er niet toe om toch deze fundamentele principes van het bestuursrecht te verlaten? Van Angeren maakt een vergelijking met een bouwvergunning, maar ik vind het afbreken van iets dat feitelijk en daadwerkelijk bestaat (een gebouw) nogal iets anders dan het terugvorderen van geld. Dat laatste lijkt mij toch een stuk eenvoudiger te realiseren dan het eerste.

Mr. J.R. van Angeren

Ik wil niet al te veel in *technicalities* verzeilen. Ook in het ruimtelijk bestuursrecht bestaat het grote probleem dat, ook al zijn al die zittingen geweest en is de bouwvergunning geschorst, men gewoon doorgaat met bouwen. Dat is eigenlijk hetzelfde probleem. Ook daar ben je afhankelijk van de vindingsrijkheid van degene die procedeert. Je zou kunnen zeggen: het kan allemaal wel, maar is het effectief? Noopt het Europese recht niet tot een veel fundamentele aanpassing van de Awb dan zoals wij voorstellen? Namelijk dat als je gewoon bij de bestuursrechter klaagt over staatssteun, hij dan alles moet doen wat de Commissie ook zou kunnen, om te zorgen dat aan de *stand-still*-bepaling recht wordt gedaan. Het is een moeilijk punt, nogmaals, omdat ik denk dat dit op zichzelf heel goed kan, als je de gereedschapskist maar goed gebruikt. Als je één instrumentje laat liggen, dan hang je, maar of je daarmee kunt zeggen dat het Nederlandse bestuursrecht niet effectief genoeg is in Europese zin, weet ik nog zo net niet. Ik ben het echter in zoverre met Van de Gronden eens, dat het misschien niet zo gek zou zijn om binnen de hele structuur van titel 4.2, met al die verschillende besluitmomentjes en dat terugvorderen, na te denken over een wat effectievere manier om een en ander in één klap te doen.

Mr. L. Simons

Ik wil inhaken op de discussie over handig gebruik van uitspraken en bevoegdheden van de rechter, waaraan overigens nog wel het een en ander te verbeteren valt, maar dat terzijde. Ik denk dat we in dit geval eigenlijk wel wat mogelijkheden hebben, inderdaad, zoals Van de Gronden zegt, tegen de achtergrond van het Rewe-beginsel, of voor mijn part artikel 3, voorzover dat iets anders zou zijn. Als zo'n voorlopige voorziening hangende bezwaar wordt gevraagd tegen een subsidiebesluit waarin staatssteun zit verscholen, en de rechter voorziet daarin ook, kan ik mij best voorstellen dat dan ook een opdracht aan het bestuursorgaan om niet tot betaling over te gaan, dan wel om de betaling zelfs terug te vorderen als voorlopige voorziening kan worden getroffen. Dat is ook het verschil met de situatie van de bouwvergunning, want daar ben je afhankelijk van het gedrag van de vergunninghouder. Zoals u weet, kunnen voorlopige voorzieningen wel iets opleggen aan het bestuursorgaan, maar

niet aan de burger. In gevallen van staatssteun ligt hier een mogelijkheid. In een bodemprocedure kan met enige creativiteit volgens mij ook wel een oplossing worden gevonden, want in artikel 8:72 lid 4 Awb staat dat het bestuursorgaan niet alleen kan worden opgedragen een nieuw besluit te nemen, maar ook om een andere handeling te verrichten. Dat is een beetje een stiefkindje, maar we kunnen daarvan best meer gebruik maken. Ook in de hoofdzaak zou je dus op deze manier kunnen organiseren dat er niet tot betaling wordt overgegaan, of dat tot terugvordering wordt overgegaan. Je bent dan wel afhankelijk van het nemen van een nieuw besluit door het bestuursorgaan, maar daarop heeft de wetgever ook iets gevonden. Met artikel 8:72 lid 5 Awb kan immers een voorlopige voorziening worden getroffen ten aanzien van het primaire besluit. Ik denk dat we met een beetje goede wil dus nog een heel eind komen.

Mr. J.R. van Angeren

Inderdaad, met artikel 8:72 lid 5 Awb kun je heel wat, maar dan moet er wel een primair besluit liggen. Als het primaire besluit het verlenen en het bevoorschotten van de subsidie inhoudt en dat wordt geschorst, dan kan wel worden gezegd: er is niet uitbetaald, ik beveel tevens om niet tot betaling over te gaan. Het probleem is er echter juist als al wél tot betaling is overgegaan, want dan zul je toch eerst de opdracht moeten geven een terugvorderingsbesluit te nemen. Dat zal worden genomen, maar als vervolgens niet wordt teruggevorderd, dan zal de concurrent, en ook het bestuursorgaan, toch altijd naar de burgerlijke rechter moeten om dat geld weer terug te halen. Misschien kun je er één schakeltje uithalen, maar je blijft met een hele keten aan schakels zitten, en de vraag van Van de Gronden is volgens mij nu juist: kan dat nu niet in één keer, en brengt het beginsel der gemeenschapstrouw dat niet met zich mee?

Mr. G.J.M. Cartigny

Ik vraag mij af of de concurrent niet ook de civiele weg kan volgen. We hebben het over onrechtmatige staatssteun, en ik neem aan dat gebruikmaking daarvan onrechtmatig zal zijn. Waarom gaat de concurrent geen beslag leggen? Vervolgens zul je dan wel een procedure voor de burgerlijke rechter moeten inleiden, maar beslagleggen kan heel effectief zijn om te voorkomen dat de concurrent het geld daadwerkelijk in handen krijgt.

Van Angeren: Dan zou hij toch waarschijnlijk de rechtskracht van de subsidiebeschikking tegengeworpen krijgen. Dat zou ik althans als advocaat van de wederpartij zeggen.

Cartigny: Ik denk dat je alle twee moet doen, maar net zoals je bij de onrechtmatige bouwvergunning vaak ook rechtstreeks naar de bouwer kunt gaan, is het mijns inziens ook denkbaar dat de concurrent naast zijn administratiefrechtelijke proce-

dure (daarmee ben ik het eens, die moet je gewoon volgen) civiel gaat, om ervoor te zorgen dat het geld niet daadwerkelijk besteed kan worden door degene aan wie het is verleend.

Van Angeren: Dat is waar, maar dan zie ik nog één probleempje: het bestuursorgaan moet eigenlijk tot terugvordering dwingen en de betaling ongedaan maken. Terwijl in geval van beslaglegging de concurrent zal moeten zeggen dat het geld onrechtmatig is gebruikt en moet worden teruggevorderd. De concurrent die het beslag wil leggen, kan niet zelf terugvorderen, dat moet het bestuursorgaan doen.

Voorzitter: Hij kan ervoor zorgen dat het niet gebruikt kan worden.

Van Angeren: Ja, als het beslag zou worden toegewezen, en je zou in een opheffingskortgeding zeggen: alleen het bestuursorgaan kan terugvorderen, en de concurrent niet, dan denk ik dat inderdaad wel verdedigbaar is dat het beslag standhoudt.

Cartigny: Ja, want het gebruik maken van dat geld zal dan toch ook onrechtmatig zijn, hangende die administratiefrechtelijke procedure.

Van Angeren: Het punt is natuurlijk alleen dat de onrechtmatigheid nog niet is vastgesteld, omdat de subsidiebeschikking nog steeds rechtskracht heeft, tenzij je daarvan een schorsing zou hebben bereikt, en dan beslag legt. Maar dan moet dus eerst de schorsingprocedure van die subsidiebeschikking zijn afgerond.

Mr. T. Barkhuysen

Los van de mogelijkheid van het civiele beslag, vraag ik mij af of je niet ook het bestuursorgaan in zaken waarin mogelijk een staatssteunaspect zit, op grond van de gemeenschapstrouw zou kunnen verplichten om te wachten met de bevoorschotuitbetaling totdat de eventuele concurrent geen rechtsmiddelen aanwendt tegen het subsidiebesluit, óf daarover in een voorlopige voorziening een oordeel gegeven is.

Mr. J.R. van Angeren

Dat is geen gekke gedachte. Dan zegt het bestuursorgaan wel: een subsidiebesluit wordt verleend aan een ontvanger (dat wordt dan duidelijk gecommuniceerd), daartegen kunt u binnen zes weken bezwaar maken, wij denken dat er geen sprake is van staatssteun, en wij zullen tot uitbetaling overgaan als u niet binnen zoveel weken een voorlopige voorziening heeft gevraagd. Dat is vergelijkbaar met de procedure bij een bestemmingsplan. Op zichzelf is het goed denkbaar. De ontvanger moet echter wel zes weken wachten, maar misschien komt hij daar nog wel overheen. Het is misschien nog niet zo gek om die mogelijkheid voor het bestuursorgaan open te stellen. Dan ontkom je overigens niet helemaal aan de stand still, want als het toch

staatssteun zou zijn en het moet worden gemeld, dan zou je het sowieso niet meer mogen gebruiken. Maar goed, het is volgens mij geen gekke gedachte.

Mr. J.W. van de Gronden

Ik ben tevreden gesteld. Ik heb gezien dat een simpele plicht als een terugvordering, die wordt uitgelegd naar het bestuursrecht of het privaatrecht, veel ingewikkelde vragen oproept.

Voorzitter: Dat is dan maar goed ook, want anders hadden we niets te doen!

Mr. A.J. Bok

Dames en heren, een Nijmeegse hoogleraar die de VAR-prijs krijgt, een Nijmeegs team dat de VAR-pleitwedstrijd wint, en ik werk zelf ook in Nijmegen, dat moet toch met elkaar te maken hebben!

Voorzitter: Ik had het al niet willen zeggen, maar...

Bok: Het is in ieder geval een mooie Nijmeegse palmares, en misschien kan ik proberen daaraan ook een kleine bijdrage te leveren door een vraag te stellen over het preadvies van Van Angeren en mevrouw Den Ouden. In hun preadvies komt op verschillende plaatsen het volgende probleem aan de orde. Er is een subsidie verleend, mogelijk anderszins ook al vastgesteld en uitbetaald, en vervolgens komt er hetzij naar aanleiding van aanmelding, hetzij ambtshalve een negatieve beschikking van de Commissie: ontoelaatbare staatssteun. Het systeem is dan dat die subsidie ongedaan moet worden gemaakt, en dat hetgeen eventueel is betaald ook teruggevorderd moet worden. Het probleem is hoe dat moet gebeuren. De preadviseurs schrijven terecht dat dit naar Nederlands recht de nodige problemen oplevert, omdat de subsidietitel van de Awb daarvoor eigenlijk een heel magere grondslag biedt. Het is in ieder geval niet juist te denken: er is een negatieve Commissiebeschikking, op grond daarvan is het subsidiebesluit onrechtmatig en dat kan vervolgens tot terugvordering leiden. Dat is in de rechtspraak wel gedacht. De preadviseurs noemen onder meer een uitspraak van de rechtbank in Zutphen met betrekking tot tankstations. Daar werd eenvoudig de redenering gehanteerd: negatieve Commissiebeschikking, subsidiebesluit onrechtmatig en terugbetalen maar. Dat gaat niet door, want die redenering miskent de manier waarop het EU-recht ten uitvoer moet worden gelegd. Het Hof heeft herhaalde malen gezegd dat de beschikking van de Commissie het wint ten opzichte van de lidstaat, maar de lidstaat moet die beschikking implementeren naar aanleiding en met hantering van het nationale recht.

Daar ontstaat het probleem, want het nationale recht is natuurlijk de subsidietitel van de Awb en dan zijn er met name drie artikelen die in het zicht komen: de artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb. Artikel 4:46 Awb zegt dat je opnieuw kunt vaststellen, artikel 4:48 Awb zegt dat je op een subsidieverlening kunt terugkomen en artikel

4:49 Awb zegt dat je op een subsidievaststelling kunt terugkomen. Deze artikelen kennen een zogeheten gesloten systeem, wat wil zeggen dat je alleen lager mag vaststellen of mag intrekken op de gronden die in de Awb zijn opgenomen. Als je nu die artikelen bekijkt, is het probleem dat de enige grond die in aanmerking komt degene is die onder b wordt vermeld: het subsidiebesluit is onjuist, en de subsidieverlening is onjuist. Dat is inderdaad het geval als er een negatieve Commissiebeschikking is, maar aan de grond wordt toegevoegd dat de subsidieontvanger al van de onjuistheid wist of althans behoorde te weten. Dat is een groot probleem, zeker indien is aange meld. Ik neem aan dat die wetenschap van de subsidieontvanger speelt op het moment van de subsidieverlening. Daarna moet er nog een uitspraak van de Commissie komen, dus je kunt dan onmogelijk zeggen dat de subsidieontvanger wist of behoorde te weten dat die subsidie onjuist was. Hiermee zullen problemen rijzen als gebruik moet worden gemaakt van de artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb. Volgens mij is hierover helaas geen jurisprudentie bekend, maar als je een letterlijke analyse pleegt van die artikelen blijkt dat zij een te geringe grondslag bieden om tot intrekking en vervolgens tot terugvordering over te gaan.

De preadviseurs hebben dit allemaal onder ogen gezien, en zij zijn tot een voor de hand liggende oplossing gekomen: dan moet de Awb maar worden aangepast. Daarbij merk ik wel op dat de Awb dan nog meer volstroomt met bepalingen. Utdijning van het bestuursrecht, voorzitter! Ik denk echter dat het op zichzelf wel zal moeten, zij het dat ik mij ook afvraag, en dan kom ik bij mijn eigenlijke opmerking tot de preadviseurs, of er niet misschien nog een andere manier mogelijk is. Een van de nadelen is dat je het probleem hier als het ware aan de achterkant zit te repareren, helemaal aan het eind van de procedure. Er is namelijk al een subsidiebesluit genomen en daarop moet weer worden teruggekomen. Dat is altijd heel erg lastig: terugkomen op begunstigende besluiten. Waarom proberen we het probleem niet aan de ingang op te lossen? Dan denk ik aan de bepaling van artikel 4:33 Awb, die zegt dat je een subsidie afhankelijk mag stellen van het intreden van een externe voorwaarde. Een beschikking van de Commissie inzake de subsidiebeschikking is natuurlijk zo'n externe voorwaarde. Mijn vraag aan de preadviseurs is daarom: waarom, als je althans gaat aanmelden, zou een subsidie niet kunnen worden verleend hetzij onder opschortende, hetzij onder ontbindende voorwaarde? De opschortende voorwaarde, positief geformuleerd, dat de subsidieverlening pas effect sorteert op het moment dat er een goedkeuring door de Commissie is, en de ontbindende voorwaarde in zodanige vorm dat de subsidie als zodanig wordt verleend, maar komt te vervallen op het moment dat er een negatieve beschikking van de Commissie is. Het grote voordeel daarvan is dat je vervolgens niet meer aan intrekking of lagere vaststelling toekomt, met alle problemen van dien (het te krappe jasje, zagezegd, van de artikelen 4:48 en 4:49 Awb). Omdat simpelweg de opschortende voorwaarde niet intreedt, krijgt het subsidiebesluit geen effect en wordt er ook niet betaald. Of in geval van de ontbindende voorwaarde is er misschien wel betaald, maar treedt eenvoudigweg de ontbindende voorwaarde in, waardoor het subsidiebesluit komt te vervallen, de betaalingen onverschuldigd zijn, en vervolgens kunnen worden teruggevorderd. Mij lijkt dit eerlijk gezegd het ei van Columbus, maar ik ben daar vast een beetje simpel in, want anders hadden allerlei andere mensen dit ook al wel bedacht! Misschien

kunnen de preadviseurs, en dan richt ik mij in het bijzonder tot Van Angeren, mij even uitleggen waarom ik dat mogelijkwerwijs te simpel zie.

Voorzitter: Het kenmerk van alle geniale gedachten is...

Bok: Eenvoud.

Voorzitter: Precies! Dus wie weet...

Mr. J.R. van Angeren

In de eerste plaats heb ik een opmerking over artikel 4:49 lid 1 onder b Awb. Daarin staat inderdaad dat een vaststellingsbeschikking kan worden ingetrokken, indien de subsidievaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dat behoorde te weten. Vaak wordt gezegd dat strijd met het staatssteunrecht daaronder niet valt. Kijkend naar de memorie van toelichting denk ik inderdaad dat het meer is bedoeld voor rekenfouten en dergelijke. Het zou volgens mij overigens nog wel betoogbaar zijn dat de zinsnede 'behoorde te weten' europeesrechtelijk moet worden ingekleurd, en dan met name zoals de rechter in eerste aanleg heeft gedaan in de Fleuren Compostzaak. Daarin werd gezegd dat een deugdelijk handelend ondernemer altijd van tevoren moet nagaan of een verstrekte subsidie niet eventueel staatssteun inhoudt. Stel dat er ooit prejudiciële vragen zouden worden gesteld nadat de Nederlandse regering tegen de Commissie had gezegd: ja sorry, wij kunnen niet terugvorderen, want wij hebben geen grondslag en we hebben eigenlijk helemaal niks in de Awb. Dan zou het HvJ volgens mij kunnen zeggen: jullie hebben artikel 4:49 lid 1 onder b Awb, en ga dat maar een beetje europeesrechtelijk inkleuren. Die kans is niet groot, maar wel aanwezig.

In de tweede plaats een opmerking over 'onder voorwaarden': een subsidiebeschikking kan natuurlijk altijd onder voorwaarden worden verleend. Ik denk overigens niet dat dat voortvloeit uit artikel 4:33 Awb, maar meer uit het BW, dat zegt dat een rechtshandeling altijd onder voorwaarden kan worden verricht. Artikel 4:33 Awb bepaalt alleen de ontoelaatbare voorwaarden. Deze zijn niet toegestaan, tenzij de subsidieontvanger meewerkt aan de totstandkoming van een overeenkomst (de a-grond) of de subsidieontvanger aantoonde dat een gebeurtenis, niet zijnde een handeling van het bestuursorgaan of van de subsidieontvanger, heeft plaatsgevonden (artikel 4:33 onder b Awb).

Bok: Maar a contrario betekent dat toch dat je dan...

Van Angeren: ... een heleboel voorwaarden wel zou kunnen opnemen. Maar dat vloeit volgens mij dan gewoon voort uit het BW dat zegt dat een rechtshandeling onder voorwaarden kan geschieden. Wat artikel 4:33 onder b Awb betreft: bij 'een handeling van het bestuursorgaan' bestaat overigens nog de vraag wie dan moet melden. Dat is de lidstaat, en niet altijd het bestuursorgaan dat de subsidie verstrekt. In de subsidiebeschikking zou dan altijd moeten worden opgenomen dat de subsidie wordt verleend onder de opschortende voorwaarde dat het geen staatssteun is. In

geval van een opschortende voorwaarde wordt de subsidie dus aangemeld, en als dan de beslissing volgt dat het geen staatssteun is, wordt de subsidie verleend. Een ontbindende voorwaarde betekent dat het bestuursorgaan toch enigszins twijfelt, en dus moet melden bij de Commissie, maar dan mag je volgens de *stand-still*-bepaling sowieso niet betalen. Dan weet je na afloop van de procedure of het wel of geen staatssteun is, en dan hoeft je die ontbindende voorwaarde niet meer in te roepen. Of dit het hele ei van Columbus is, weet ik dus zo net nog niet.

Mevrouw mr. R. Jacobs

Volgens mij heeft Bok wel gelijk, maar ik denk dat het punt bij dit soort zaken is dat er heel vaak niet aan wordt gedacht dat er wel eens sprake zou kunnen zijn van staatssteun, en dat daarom die voorwaarde ook niet gesteld wordt.

Mr. A.J. Bok

Ik heb de vraag eigenlijk gedrapeerd rond de situatie dat er een subsidieverlening is, die vervolgens aangemeld wordt. Dan heb je dus de mogelijkheid om de subsidie ook afhankelijk te stellen van een positieve beschikking van de Commissie. Dat is iets heel anders dan dat het over het hoofd wordt gezien, en dat komt in de praktijk vaker voor. Dan is er een subsidiebesluit gevallen en is er ook helemaal niet aan gedacht om daaraan een dergelijke voorwaarde te verbinden, en dan zul je terug moeten vallen op de gewone artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb.

Mr. J.R van Angeren

Ter voorkoming van misverstanden: het is niet toegestaan subsidie te verlenen onder de ontbindende voorwaarde dat het geen staatssteun is, alvast te gaan uitbetalen, en vervolgens te melden. Dat kan niet, omdat de *stand-still*-bepaling zich ertegen verzet dat je die subsidiebeschikking alvast ten uitvoer gaat leggen en tot betaling overgaat.

Bok: Maar je zou toch een onderscheid kunnen maken tussen de subsidieverlening als zodanig, eventueel bevoorschotting, en het vaststellen?

Van Angeren: Nee, want je mag het niet ten uitvoer brengen voordat de aanmelding tot een goedkeurende beschikking van de Commissie heeft geleid.

Bok: Wat is ten uitvoer brengen? Is dat vaststellen?

Van Angeren: Volgens ons is het geven van een subsidieverleningsbeschikking, waarmee je een aanspraak geeft op gelden als aan de voorwaarden van de verleningsbeschikking wordt voldaan, al een zekere mate van tenuitvoerlegging. Nu zou een bestuursorgaan kunnen zeggen: zolang ik niet bevoorschot (dus ik geef gewoon een

kale verleningsbeschikking zonder bevoorschottingsbeschikking) en ik betaal ook nog niets, voer ik nog niet uit. Dat vind ik nog wel aanvaardbaar, maar dan is de vraag wat de ontvanger daaraan heeft, want hem gaat het erom dat hij zijn geld krijgt en dat hij kan zekerstellen dat hij geen gelazer krijgt met Brussel.

Mr. N. Verheij

Ik heb een heel korte opmerking. Een andere reden waarom het voorstel van Bok in de praktijk volgens mij op problemen zou stuiten, is dat het antwoord uit Brussel vaak niet 'ja' of 'nee' is, maar heel regelmatig 'ja, mits'. En dan treedt de voorwaarde niet in werking tot de beschikking is aangepast.

Bok: Ja, dat wordt door de preadviseurs ook gesignaleerd. Zij zeggen dat zo'n opschortende voorwaarde niet goed werkt als je een zogeheten voorwaardelijke beschikking van de Commissie krijgt. Dat wil zeggen dat de Commissie zegt: het is op zichzelf goed, alleen de modaliteiten waaronder, enzovoort. Dan zul je toch weer terug moeten komen op de oorspronkelijke beschikking, en dat zal via een wijzigingsbesluit op grond van artikel 4:48 Awb kunnen gebeuren, dat is inderdaad waar.

Ik blijf toch een beetje bij mijn stelling dat het beter is om het probleem aan het begin te voorkomen, dan het aan de achterkant te moeten repareren. Het is juist dat een ontbindende voorwaarde nogal wringt met het systeem waarin een beschikking niet ten uitvoer mag worden gebracht. Een opschortende voorwaarde lijkt mij echter volstrekt mogelijk, en voorkomt in ieder geval het probleem dat je heel moeizaam achteraf moet gaan zitten intrekken en terugvorderen.

Mr. B. Hessel

Ik wil ook reageren op het voorstel van Bok. Ik heb in de praktijk bij een aantal provincies wat subsidieregelingen doorgelicht op de vraag of daarin sprake was van staatssteun. Afgezien van de inhoud, kwam ik in die algemene subsidieregelingen natuurlijk allerlei criteria tegen over de voorwaarden waaronder steun kon worden gegeven. Met een aantal provincies kwamen wij toen al overlegend tot een soortgelijke gedachte: dat je in zo'n algemene subsidieverordening zet dat de subsidie, wanneer er sprake is van staatssteun, slechts gegeven kan worden wanneer de Commissie daarover positief heeft beslist, onder voorbehoud natuurlijk dat de Commissie daarover moet beslissen, maar dat is een detail. Als tweede criterium zou je daaraan volgens mij nog kunnen toevoegen dat de definitieve staatssteuntoekenning moet worden aangepast aan de criteria die de Commissie bij de goedkeuring geeft. Ik denk dat je er dan preventief wel een heel eind uit kunt komen.

Bok: In het oorspronkelijke subsidiebesluit een voorwaarde gaan opnemen dat je je voorbehoudt om op je subsidiebesluit terug te komen als dat voortvloeit uit de voorwaardelijke Commissiebeschikking, is toch problematisch. Dat past immers opnieuw

niet erg goed in het gesloten systeem van artikel 4:48 Awb, omdat je geen bepaling hebt op grond waarvan je dat kunt doen.

Hessel: Nee, maar het alternatief is dat je helemaal geen subsidie mag geven. Ik begin dan toch een beetje te denken aan het staats- en bestuursrecht: het meerdere mag, maar het mindere ook. Ik vraag mij af waarom je een dergelijk criterium niet zou opnemen, maar goed, ik ben geen bestuursjurist. Ik weet, europeesrechtelijke juristen leiden tot allerlei problemen, maar het moet op de een of andere manier soepeltjes op te lossen zijn. En ik denk dat het beter is om dat van tevoren te doen dan achteraf. Wat het achteraf betreft, ben ik het eens met Van Angeren. Als je het criterium dat de subsidieontvanger iets wist of had behoren te weten, koppelt aan de jurisprudentie van het HvJ, doet zich het volgende voor. Het HvJ gaat ervan uit dat een steunontvanger slechts vertrouwen mag hebben in informatie van de Commissie. Dus zelfs wanneer een provincie, gemeente of bestuursorgaan zegt dat er geen vuiltje aan de lucht is, is de ondernemer die moet terugbetalen toch de klos, omdat hij bij de Commissie had moeten vragen: is het wel aangemeld en zo ja, vinden jullie het wel goed? Die combinatie is volgens mij ook heel wel mogelijk, als de Awb tenminste toestaat dat europeesrechtelijk wordt ingekleurd. Dat durf ik hier eigenlijk haast niet meer te zeggen, maar dat zou wat mij betreft wel moeten.

Voorzitter: Daar gaat de Awb toch niet over?

Bok: Ik heb gevraagd of ik het misschien niet al te simpel zag, en er lijken mij nog diverse haken en ogen aan te zitten, dus ik zal er zelf ook nog eens goed over nadenken. Maar ik denk toch, en dat wil ik nogmaals benadrukken, dat het beter is om in het begin te voorkomen, dan aan het eind te moeten repareren.

Voorzitter: In elk geval, om iemand van vanmorgen te citeren: een prikkelende gedachte!

Bok: Dank u zeer.

Mr. J.E.M. Polak

Vanmorgen begon mevrouw Steyger met te zeggen dat we hier met een bijbel van doen hebben. Daarbij zou ik mij als agnost graag willen aansluiten. Zoals u weet, is een agnost iets heel anders dan een atheïst: een agnost vindt inspiratie in vele werken, waaronder de bijbel. Zo heb ik over het begrip staatssteun veel inspiratie gevonden in dit fraaie werk, maar ook daar voel ik mij nog een beetje een agnost, want ik weet er niet zo heel erg veel van. Dat heb je met agnosten: die vinden dat ze er niet zo heel erg veel vanaf weten! Ik heb mij daarom afgevraagd of ik hier vandaag wel het woord zou voeren, maar toen las ik de laatste stelling van Hessel, waar staat dat een bestuursrechtjurist zeker het staatssteunrecht moet kunnen begrijpen.²⁵ Nu moet ik u eerlijk bekennen dat ik, toen ik de preadviezen helemaal gelezen had, niet

25. Preadvies Hessel, p. 74.

helemaal dacht dat ik het allemaal begrepen had, maar ik was wel veel meer tot inzicht gekomen.

Er is één preadvies waarmee ik een bijzondere band heb, en dat is het preadvies van Van Angeren en mevrouw Den Ouden. Van Angeren begon tien jaar geleden bij mij, toen ik nog advocaat was, als stagiair. Hij was altijd buitengewoon enthousiast, en nog ietwat ongestructureerd. Gelukkig is dat enthousiasme gebleven en kunnen we constateren dat de gestructureerdheid in die tien jaar bijzonder is bevorderd. Dan ben je natuurlijk altijd zo onbescheiden om te denken dat je daarmee wellicht iets te maken hebt gehad, maar dat terzijde.

Ik wil het vooral hebben over een onderdeel van het preadvies van mevrouw Den Ouden, en misschien kunnen de andere preadviseurs daarover iets zeggen. Op pagina 204 heeft zij een prikkelende stelling, de stellingen 5a en 5b. (Zij is er vandaag niet, en de voorzitter heeft opgeroepen om te duimen voor de goede afloop van een veel belangrijker gebeurtenis. Daartoe voelde ik mij, tegenwoordig als háár collega in Leiden – vandaar die bijzondere band met dit preadvies – in het bijzonder opgeroepen, dus ik wil graag in de notulen dat ik duim dat het allemaal maar goed afloopt!) In stelling 5a staat: ‘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 (...) een zogenoemde “concrete toetsing” toe te passen (...)’ Het begrip concrete toetsing dat mevrouw Den Ouden hanteert, is volgens mij weer een enigszins ander begrip dan de begrippen die ook voorkomen in de bestuursrechtelijke literatuur: de abstracte en concrete toetsing. Vooral als zij de uitspraak van de ABRvS over de Martinihal bespreekt,²⁶ blijkt dat zij het volgende bedoelt. De bestuursrechter zou het niet moeten laten bij wat mevrouw Den Ouden ziet als een te terughoudende manier van toetsen bij de vergewisplicht (inhoudende dat het bestuursorgaan zich ervan moet vergewissen of er aangemeld had moeten worden), maar hij moet zelf nagaan in hoeverre die verplichting bestaat, in hoeverre is voldaan aan de staatssteunverplichtingen, en daarop een concrete toetsing loslaten. Dat zou voortvloeien uit het communautaire recht. Dat is een prikkelende stelling, want zij beweert ook dat de Afdeling Bestuursrechtspraak in haar jurisprudentie dus niet ver genoeg gaat. Ik vraag mij af of deze stelling afwijkt van de benadering die bestaat in het algemene bestuursrecht. In het milieurecht staat de bestuursrechter bijvoorbeeld regelmatig voor de vraag of de milieuvergunning en de voorschriften in het belang van het milieu geschreven zijn, en dan wordt de bal teruggespeeld naar het bestuursorgaan met de stelling dat onvoldoende is nagegaan of de voorwaarden wel aan de modernste inzichten op het terrein van het milieurecht voldoen. De rechter toetst dat dan, in de woorden van mevrouw Den Ouden, niet concreet, maar laat het bij een vergewisplicht. Mevrouw Den Ouden zegt nu dat het een europeesrechtelijke kwestie is. Dat sluit ook enigszins aan bij hetgeen Van de Gronden heeft gezegd, namelijk dat soms het Europese recht ertoe dwingt om een wat effectievere benadering van de mogelijkheden van de bestuursrechter te beproeven. Ik denk eerlijk gezegd dat haar stelling toch nog wat té ver gaat. Het is niet zo dat die

26. Preadvies Van Angeren en Den Ouden, p. 149.

verplichting uit het Europese recht voortvloeit. Wel kun je zeggen dat het in het kader van het rechterlijk beleid wellicht verstandig is dit als een van de aanknopingspunten te nemen om tot een meer concrete toetsing over te gaan.

Er spelen natuurlijk diverse problemen bij de vraag van de concrete toetsing. Is het niet eerst een taak van het bestuur om daarnaar onderzoek te doen? Er speelt ook nog een apart probleem: het is niet het bestuursorgaan, zoals in het milieurecht, dat uiteindelijk beslist of er aangemeld moet worden, het is de Commissie die daarover uiteindelijk gaat, zoals we van de preadviseurs hebben geleerd. Dan zal het toch vaak neerkomen op de vraag: is het nu het bestuursorgaan dat aan de Commissie gaat vragen of moet worden aangemeld, of is het de rechter? Het probleem verschuift dan, zoals mevrouw Den Ouden het schetst, niet zozeer naar een principiële probleem, als wel naar een meer pragmatische vraag. Ik zou graag van de andere preadviseurs dan mevrouw Den Ouden, die daarop heel duidelijk haar visie heeft gegeven, willen horen of zij het nu zo zien dat het een verplichting is die uit het staatssteunrecht voortvloeit, dat de bestuursrechter die concrete toetsing in de zin van mevrouw Den Ouden toepast, of dat het meer, en dan begrijp ik het wat beter, een zaak van rechterlijk beleid is.

Mr. G.J. van Slooten

Als ik daar vanuit mijn preadvies op mag reageren: artikel 88 lid 3 EG heeft rechtstreekse werking, en ik denk dat dat het uitgangspunt zou moeten zijn. Het verbod op tenuitvoerlegging van niet aangemelde staatssteun moet ook daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden. Hoe dat vervolgens gebeurt, lijkt mij een zaak van nationaal procesrecht. Op het gebied van het fiscale recht heb ik daarover iets geschreven waarin ik mij afvraag of dit in een fiscale procedure thuishoort. Het probleem speelt dus ook in het fiscale recht. In het overleg dat we daarover hadden werd ik gewezen op het feit dat je dan niet bij de bestuursrechter hoort uit te komen, maar dat je je toevlucht moet gaan zoeken bij de burgerlijke rechter. Misschien wil Van Angeren daarover straks wat meer zeggen. Nogmaals, het uitgangspunt behoort die rechtstreekse werking te zijn. Dat verbod moet door de concurrent ten uitvoer gelegd kunnen worden, en hoe dat in het nationale recht wordt omgezet, en of een nationale rechter daar een eigen verplichting ziet (al dan niet via overleg met de Commissie, waarover mededelingen van de Commissie zijn verschenen die daarvoor gebruikt zouden kunnen worden) lijkt mij nationaal te regelen.

Mr. B. Hessel

Ik vind dat stelling 5a van mevrouw Den Ouden wel erg ver gaat. Ik ben het er in zijn algemeenheid niet mee eens. Je kunt zeggen dat artikel 88 lid 3 EG rechtstreekse werking heeft, maar dat is dan juist het enige artikel in de verdragsbepalingen over staatssteun dat rechtstreekse werking heeft. De leden 1, 2 en 3 van artikel 87 EG hebben geen rechtstreekse werking, en daar zit natuurlijk de invulling van wat wel of niet geoorloofde staatssteun is. Ik kan mij wel voorstellen dat een rechter op een

gegeven moment tot de conclusie komt dat er sprake is van staatssteun die aangemeld had moeten worden, dat is ook algemeen erkend, maar dat hij dan zelf zou gaan beoordelen of het ongeoorloofde staatssteun is, valt in het algemeen buiten de mogelijkheden die de rechter heeft. Hij zou hooguit, wanneer er sprake is van een bepaalde vrijstellingsverordening die op zich natuurlijk ook rechtstreekse werking heeft, kunnen kijken of de steun die is aangemeld, voldoet aan de criteria van de vrijstellingsverordening, waardoor niet aangemeld had hoeven worden. Dat lijkt mij echter een theoretisch punt dat niet direct aan de orde is, maar andere mogelijkheden zie ik eerlijk gezegd niet.

Mr. J.R. van Angeren

Ik heb over stelling 5a van mevrouw Den Ouden lang nagedacht. Meerdere malen is ook gezegd dat het jammer is dat mevrouw Den Ouden vandaag niet aanwezig is. Dat vind ik ook. Samen hebben wij natuurlijk gediscussieerd over de uitspraak inzake de Martinihal, en ook over de uitspraak over de concertzender die in het preadvies voorkomt. Als het bestuur geen oordeel heeft gegeven over de vraag of iets staatssteun is of niet, kun je het dan laten bij een toetsing op grond van artikel 3:2 Awb (u heeft onvoldoende onderzocht of daarvan sprake is), of moet de bestuursrechter actiever zijn en zelf gaan beoordelen of er sprake is van staatssteun en, belangrijker nog, of aan de aanmeldverplichting is voldaan? Ik denk dat je op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw, zoals dat voortvloeit uit artikel 10 EG, van de bestuursrechter kunt verlangen dat als het bestuursorgaan daarover geen oordeel heeft gegeven, hij het niet laat bij de constatering 'het bestuursorgaan moet daarover alsnog maar eerst een oordeel geven', maar dat hij zelf zegt: het is naar mijn oordeel staatssteun, dit had moeten worden aangemeld en ik tref een voorziening. Daarop heeft mevrouw Den Ouden met haar stelling gedoeld, met name omdat er een mededeling van de Commissie is die aangeeft dat de nationale rechter ook aan de Commissie kan vragen of er sprake is van staatssteun en of er gemeld had moeten worden. In zoverre kan ik mij vinden in de stelling, want uit artikel 10 EG vloeit voort dat de rechter een communautaire plicht heeft om, als het bestuursorgaan geen oordeel heeft gegeven over de vraag of een subsidie staatssteun is, zelf te beoordelen of daarvan sprake is, na te gaan of aan de aanmeldverplichting is voldaan, en daaromtrent eventueel een voorziening te treffen.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Mede naar aanleiding van een eerdere discussie tussen mevrouw Den Ouden en mijzelf wil ik nader op de vraag van Polak ingaan. Ik begin met de opmerking van Van Slooten: welke situatie moet worden bereikt? Wanneer de *stand-still*-verplichting niet is nageleefd of wellicht niet is nageleefd (want je weet het natuurlijk nooit helemaal zeker, misschien komt de Commissie uiteindelijk wel met iets anders), dan moet de zaak worden stopgezet en moet hetgeen al betaald is, worden terugbetaald. D e situatie moeten we bereiken. Uit de arresten die mevrouw Den Ouden op pagina

170 en 171 noemt, blijkt dat de situatie terug moet worden gebracht in de rechtmatige toestand. Dat is wat het Verdrag eist en dat is artikel 10 EG, effectieve rechtsbescherming. Het geld moet dus ook daadwerkelijk worden terugbetaald en als nog niet is betaald, moet de betaling worden stopgezet (of alle twee).

Om die situatie in het Nederlandse recht te bereiken kan soms niet worden volstaan met slechts vernietiging van het besluit op bezwaar. Dan herleeft immers het primaire besluit, of dit wordt althans niet aangetast door vernietiging van het besluit op bezwaar. Met andere woorden: je kunt dan nog niets stopzetten of terugvorderen, en dat is problematisch (laten we even aannemen dat er een schorsingsprocedure et cetera is geweest). Om die reden zegt mevrouw Den Ouden in stelling 5b dat moet worden doorgedaan naar het primaire besluit. De beperking van 'zelf voorzien' is wel dat we zeker moeten weten dat er maar één oplossing is. Om zeker te weten dat er maar één oplossing is, moet inhoudelijk naar het geval worden gekeken. Er moet niet slechts een vergewisplicht zijn die nog links- of rechtsom kan uitvallen, want dan zijn er twee uitkomsten mogelijk, en kan dus niet aan het primaire besluit worden toegekomen. Het gaat dus om een Nederlandse *technicality* ten opzichte van de EG.

Daarnaast, als er niets is uitbetaald en slechts hoeft te worden stopgezet, kan ook stopzetting worden bereikt met de bevoegdheid van artikel 8:72 lid 5 Awb, de voorlopige voorziening in de hoofdzaak. In de situatie van die Groningse casus, en daarover heeft mevrouw Den Ouden het, was echter alleen een besluit op bezwaar vernietigd, en niet het primaire besluit. Op die basis kun je niets gaan terugvorderen. Om dat te doen, moet ook het primaire besluit worden herroepen. Er mag nog maar één uitkomst mogelijk zijn, er moet dus eerst worden bekeken of dat het geval is en er moet inhoudelijk worden getoetst. Zo zit het volgens mij.

Mr. J.E.M. Polak

De discussie moet niet al te technisch worden, en dat dreigt nu te gebeuren. Ik ben er toch nog niet helemaal van overtuigd, hoewel ik wel voor effectieve rechtsbescherming ben, dat hier echt een plicht voor de rechter ligt. Ook naar nationaal recht moet natuurlijk de situatie worden bereikt dat, in mijn voorbeeld van het milieurecht, er een vergunning wordt afgegeven die in overeenstemming is met hetgeen, conform de wet, een goed milieu eist. Dan is het toch vervolgens een kwestie van tempo wanneer de bestuursrechter zegt dat onvoldoende is onderzocht? De zaak wordt dan teruggestuurd, en het bestuursorgaan moet vervolgens nagaan of aan die eisen is voldaan. Is het nu zo dat Europees recht tot een andere benadering dwingt? Natuurlijk moet uiteindelijk zeker zijn dat conform die staatssteunbepalingen een eindresultaat wordt bereikt. Ik meende in de opmerkingen van Hessel en Van Slooten steun te vinden. Van Angeren en Widdershoven hebben van die steun weer wat afgenomen, dus wat dat betreft denk ik maar: ik vind het goed.

Mr. B. Hessel

De uitleg die Widdershoven zojuist gaf aan de stelling is een andere dan ik in mijn hoofd had. Widdershoven zegt dat het Europese recht een rechterlijke uitspraak vereist, inhoudende dat het geval dat hij behandelt staatssteun betreft die aangemeld had moeten worden en dus moet worden gestopt. Dat is iets anders dan ik dacht, namelijk dat de rechter op een gegeven moment gaat kijken of die staatssteun ook mág, Europeesrechtelijk gezien. Dan moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen de vraag of de steun aangemeld moet worden en de vraag of de steun verenigbaar is. Die eerste vraag moet door de nationale rechter worden beoordeeld, want dat is ook wat Europa wil. Ik begrijp dat daar dan weer een complicatie zit in het bestuursrecht, en die zou volgens mij opgelost moeten worden. Volgens de tweede vraag, zoals ik de stelling had uitgelegd, zou de rechter gaan kijken of het allemaal wel mag, en dat is niet toegestaan.

Polak: Ik begrijp dat u nu dus wel weer wat steun geeft aan de stelling van mevrouw Den Ouden, in die zin dat in de situatie dat de vraag aan de orde is of er gemeld moet worden, de rechter daar niet kan volstaan met een vergewisplicht.

Hessel: Nee.

Mr. B. Verwayen

De nationale rechter krijgt een geval voorgelegd en de concurrent is het er niet mee eens. Of hij is het er wel mee eens, maar dat komt merkwaardig genoeg bijna nooit voor! Hooguit wanneer de verwerende partij (de gemeente, de steunverlener) zegt dat er helemaal geen steun aan de orde is en de Altmark-criteria naar voren schuift, zal de nationale rechter gaan onderzoeken of daar wat in zit. Ik kan mij voorstellen dat hij dan zegt: u komt daar nu zo mee op de zitting, vergewis u daar maar eens grondig van (dan zou je die Martinihalformule kunnen gebruiken) en gaat u dat nog maar eens thuis rustig uitzoeken, dan zien we u later weer. De andere situatie is echter dat hij concludeert dat er ronduit een steunmaatregel ligt, en dan zal hij als nationale rechter moeten onderzoeken of die maatregel aangemeld staat. Het antwoord van de betrokken overheid lijkt mij simpel: ze weten daar of de maatregel aangemeld is of niet. Als niet is aangemeld zal die nationale rechter daaraan onmiddellijk consequenties kunnen en moeten verbinden.

Polak: Maar zeker het eerste deel van uw reactie staat toch enigszins haaks op hetgeen mevrouw Den Ouden heeft geschreven.

Verwayen: Ik ben het met die stelling van mevrouw Den Ouden absoluut niet eens.

Polak: Ja, die indruk had ik al.

Mr. J.R. van Angeren

Ik heb nog een heel korte opmerking over het verschil tussen de milieuvergunning die niet in overeenstemming met de eisen van het goede milieu is verleend en staatssteunzaken. Het verschil is natuurlijk dat het ingevolge de Procedureverordening en de stand-still-bepaling gewoonweg verboden is om steun te verlenen voordat deze is aangemeld. Daarin zit het absolute verbod. Dat is iets anders dan een normale situatie die we in Nederland hebben, waarin de rechter zegt: de milieuvergunning is niet helemaal goed verleend, weet je wat, ik tref een voorziening, maar men mag nog even doorgaan met handelen. Het punt bij staatssteunrecht is nu juist dat er daar een absoluut verbod is om, als het eenmaal staatssteun is, iets te doen voordat het is aangemeld. Die situatie moet worden teruggedraaid. Daarin zit het verschil met het normale Nederlandse bestuursrecht.

Voorzitter: Een vraag aan Widdershoven: kunt u nu alvast een stemverklaring afleggen of een stemadvies geven over die stelling 5?

Polak: Wordt hem een speciale deskundigheid toegedicht?

Voorzitter: Verwayen heeft zojuist bijvoorbeeld gezegd dat hij het met de stelling absoluut oneens is, dat is ook een stemverklaring. Het is natuurlijk een vergadering, maar we gaan ook nog stemmen aan het eind van de middag. We willen dus even weten waar we aan toe zijn.

Widdershoven: Ik ben het er eigenlijk wel mee eens. Ik zal het even omdraaien. Het betreft ook een Nederlands probleem. Soms zal die vergewisplicht best voldoende zijn als het besluit eenmaal vernietigd wordt. Volgens mij moet er het volgende gebeuren: het besluit moet vernietigd worden, het primaire besluit moet ook verdwijnen, stopzetten en terugvorderen. Dat moeten we bereiken. Daarvoor zal het soms voldoende zijn dat we alleen maar vergewissen, want naar Nederlands recht kunnen we al die maatregelen op zichzelf nemen. Maar soms is dat niet zo, want dan zit het bezwaar ertussen. Dat is de constructie die in Groningen misgaat, en in de situatie van het Martinihal-arrest zou ik wel concreet willen toetsen of aan de stand-still-bepaling is voldaan. Als dan alleen wordt teruggestuurd, en vervolgens is er nog steeds een primair besluit waardoor de subsidie in stand blijft, en er wordt niets teruggehaald, dan schieten we niets op.

Voorzitter: Dus als ik u goed begrijp zegt u: als er nu bij zou staan ‘onder omstandigheden’, dan ben ik op zich een voorstander.

Widdershoven: Ja.

Voorzitter: We zullen aan het eind van de middag eens kijken of we die stelling precies zo laten, of dat we de stelling een beetje gaan aanpassen – mevrouw Den Ouden is er nu toch niet!

Mr. C.N.J. Kortmann

Ik vraag mij af of je niet binnen het systeem van de huidige jurisprudentie over die terughoudende toetsing een oplossing kunt bedenken door wat meer gebruik te maken van de voorlopige-voorzieningsmogelijkheden. De rechter kan ook gewoon zeggen: goed, weliswaar ga ik het niet allemaal zelf onderzoeken, want dan wordt het allemaal veel te duur en haal ik mijn targets niet, ik vind dat het bestuur dat maar moet doen, dat is daarvoor geëquipeerd, en laat het bestuur daarvoor rustig de tijd nemen, maar zolang ik twijfels heb over deze zaak, schors ik wél de primaire beschikking en gaat het allemaal niet door. Dan ligt in ieder geval het probleem weer op de plek waar het hoort te liggen, namelijk bij het bestuur, en dan wordt er volgens mij ook gewoon voldaan aan de eis van het stand-still-beginsel.

Mr. B. Verwayen

De nationale rechter doet dat niet zo omdat hij dat allemaal teveel moeite vindt. Voor de beoordeling of er sprake is van een geoorloofde of ongeoorloofde maatregel ligt de bevoegdheid bij de Europese Commissie. Het hele systeem zoals dat in de artikelen 87 en 88 EG is neergelegd, houdt in dat er een geheel van steunmaatregelen denkbaar is, ongeoorloofde en geoorloofde. Het is niet zo dat de nationale rechter eerst moet gaan uitzoeken of het misschien een ongeoorloofde maatregel zou kunnen zijn. Hij moet alleen de meest simpele toets uitvoeren (dat kan die rechter dan nog wel), en die is: is de maatregel aangemeld of niet? Daar is hij vrij snel achter: hij kan het betrokken bestuursorgaan daarnaar vragen, hij kan ook nog vragen om de desbetreffende papieren daarvan over te leggen, en als hem dat niet lukt, dan kan hij nog bij de Europese Commissie informeren hoe het nu precies zit. Misschien gaat het wel om steunmaatregelen waarvan vermoed wordt dat ze twintig jaar geleden zijn aangemeld, dat komt ook voor! Uiteindelijk zal dan de conclusie zijn: aan het meest primaire vereiste, dat rechtstreeks werkt, is niet voldaan, schorsen dus die handel. Of de rechter treft een voorlopige voorziening. In ieder geval mag de lidstaat volgens datzelfde verdrag, artikel 88 lid 3 EG, aan een dergelijke maatregel geen uitvoering geven. Zo simpel is het, dacht ik.

Van Angeren: Eén opmerking daarover: ik denk niet dat de rechter kan volstaan met de beoordeling of is aangemeld of niet. De voorvraag die de rechter moet stellen is natuurlijk: is er sprake van staatssteun of niet?

Verwayen: Daarover hebben we het net al gehad. Er zijn dus wat uitzonderingsmogelijkheden.

Van Angeren: Over de vraag of er in een concreet geval sprake is van staatssteun of niet, kun je volgens mij ook boeken volschrijven die niet door de brievenbus gaan!

Verwayen: In het concrete geval is het vrij vaak wel te onderscheiden, ook met die boeken in de hand.

Van Angeren: Dat is waar, maar het punt dat aanleiding gaf tot stelling 5a is de veel voorkomende situatie dat het bestuursorgaan zich er helemaal niet over uitlaat of het staatssteun is, omdat het daarover nog helemaal niet heeft nagedacht. Ga je als rechter dan eerst terug naar het bestuur, of zeg je meteen: volgens mij is dit wel of geen staatssteun, en als het wel staatssteun is, dan tref ik een adequate voorziening die recht doet aan de stand-still-bepaling. Dat is waar deze stelling over gaat, en ik denk dat je daar ook alleen maar vóór kunt zijn!

Mr. N. Verheij

Graag sluit ik mij aan bij de al door vele sprekers gemaakte complimenten aan het adres van de preadviseurs. Het zijn mooie en ook goed leesbare verhalen. Extra dankbaar ben ik preadviseur Hessel, want eindelijk, na twintig jaar, kan ik twee hobby's combineren: ik mag bij de VAR over voetbal praten! Als VAR-bestuurslid wil ik trouwens nog een historisch feitje van deze vergadering memoreren: wij hebben vandaag achter de tafel een preadviseur van de tweede generatie. Ook in 1971 was er een preadviseur Van Angeren, niet deze, maar zijn vader.

Een punt dat ik in de preadviezen zelf enigszins miste, en in de discussie vanochtend kwam het wel aan de orde, is het volgende. Er wordt ons erg goed uitgelegd wat wij van het Europese recht moeten, maar ik mis een enigszins kritische reflectie op dat Europese recht zelf. Is het nu allemaal wel zo'n verstandige aanpak? Ik noem twee voorbeelden. Er wordt gezegd: onder omstandigheden is het misschien wel mogelijk dat een beroep op het nationale vertrouwensbeginsel zich verzet tegen een terugvordering. Vervolgens wordt echter uitgelegd dat dit alleen onder uitzonderlijke omstandigheden kan, en blijken die omstandigheden zó hoogst uitzonderlijk te moeten zijn, dat je bijna kunt zeggen dat ze zich vrijwel nooit voordoen. Daarop zou ik van de preadviseurs graag commentaar willen krijgen. Leidt het positieve recht tot een redelijke uitkomst?

Een ander punt: mevrouw Steyger legde vanochtend uit dat het begrip ondernemer heel ruim moet worden opgevat. Wederom schijnt dat naar positief recht niet zo te zijn. Leidt dat tot redelijke uitkomsten? Is het nu wel, Van de Gronden had het daarover ook even, zo handig om allerlei instellingen zoals musea en dierentuinen toch maar als onderneming te gaan bestempelen? En wat mij betreft ook: is het verstandig en nodig om voetbalclubs als ondernemingen te bestempelen, want die hebben toch ook een andere functie? De economische theorie erachter is natuurlijk dat zoveel mogelijk mededinging leidt tot optimale economische efficiency, waarvan we per saldo allemaal beter worden. Ik zou echter wel eens willen weten hoe groot dat effect nu eigenlijk is, bijvoorbeeld op de voetbalmarkt. Bovendien, zelfs al vind je dat, er zijn ook nog andere waarden dan mededinging. Ik zou Hessel willen vragen of hij niet denkt dat een van de redenen waarom lokale en regionale bestuurders zo hun best doen om onder die staatssteunregels uit te komen, zou kunnen zijn dat er eigenlijk gewoon te weinig draagvlak voor is. Zij staan ook voor andere belangen, juist als zij goede bestuurders zijn.

Mijn laatste punt is van aanzienlijk technischer aard. Het is een vraag aan Van Slooten. Op bladzijde 259 geeft hij een beschouwing over het begrip procesbelang,

en hij concludeert dat, kort gezegd, een concurrent van iemand die een fiscale faciliteit krijgt en die zich wil beroepen op de stand-still-verplichting eigenlijk niet bij de belastingrechter terecht kan en bij een andere rechter moet zijn. Ik heb daarbij twee vragen. Welke andere rechter dan? En mijn tweede vraag is alweer: is dat nu wel handig? De kans bestaat immers dat de rechtzoekende terecht komt bij een rechter die misschien wel meer verstand van staatssteun heeft, maar in beginsel geen verstand heeft van fiscaal recht. Die rechter moet dan onder omstandigheden ook de materiële belastingwetgeving gaan uitleggen. Zou het niet logischer zijn voor zo'n geval toegang tot de fiscale rechter te creëren? Dan zal het fiscale recht ook met het begrip derde-belanghebbende moeten gaan werken, maar dat moet op andere terreinen van het bestuursrecht ook. Daarbij heb ik één aanvullende vraag: hoe weet je als ondernemer eigenlijk dat je concurrent een fiscale faciliteit heeft gekregen? Ik neem aan dat je dat vaak niet weet, en als je er wel achter komt, zal dat vaak later zijn dan zes weken na de aanslag of andere beschikking waarbij de faciliteit wordt toegekend. Is Van Slooten van oordeel dat we in dat geval toch op grond van het gemeenschapsrecht de termijnoverschrijding verschoonbaar moeten achten?

Mr. B. Hessel

Verheij vraagt diepzinnige gedachten van mij op de middag, en daarop had ik eigenlijk niet gerekend! Maar ik probeer mij er wel uit te praten. Laat ik eens kijken naar het vertrouwensbeginsel. Er is natuurlijk een instrumenteel element, want in het Europese recht is altijd het probleem dat er sterk functioneel wordt gekeken. Volgens mij ben je verkeerd bezig als je zou toestaan dat opgewekte verwachtingen door bijvoorbeeld een gemeente die niet weet waarover zij het heeft ertoe leiden dat steun aan een onderneming die de mededinging vervalst, in stand kan blijven. Op die manier krijgt ook de situatie op de markt niet meer de aandacht die zij dient te krijgen.

Een ander punt is dat de risico's op een gegeven moment volledig bij zo'n onderneming worden gelegd. Toen ik een keer in een gemeente een cursus gaf, zei ik dat het de gemeente allemaal niets kost en dat de onderneming de klos is, waarop een wethouder riep: maar waar hebben we het dan over? Dat gaat mij dan ook wel wat ver. Ik kan mij daarom voorstellen dat je daarvoor toch een systeem inbouwt. Misschien moet dat in de vorm van een boete of in ieder geval een sanctie voor decentrale overheden die nu denken dat ze onder het motto 'niet geschoten is altijd mis' vrijelijk hun gang kunnen gaan, waardoor uiteindelijk de onderneming het gelag gaat betalen. Ik heb vooral moeite met ondernemingen die naar opvatting van de Commissie wel zo groot zijn dat ze leiden tot verstoring van de tussenstaatse handel, maar niet zo groot dat ze zelf een uitgebreide juridische dienst hebben, die dat natuurlijk allemaal behoort te weten. Uit de bekende SCI-zaak blijkt dat zo'n onderneming zelf van tevoren het Europese staatssteunrecht moet kennen. Als het echter om een klein gevalletje gaat, dus die jongens daar in Appingedam, dan wordt het volgens mij alweer wat anders. Het systeem van het vertrouwensbeginsel (dat alleen door de Commissie bepaalde verwachtingen kunnen worden gewekt) steun ik dus wel uit het oogpunt van de doelstellingen, maar daarbij zouden aanvullende

sancties moeten worden opgelegd aan die decentrale overheden die nu denken dat ze het allemaal maar rustig kunnen doen. Dat zou een evenwicht kunnen zijn.

Bij het probleem van de ondernemingen is de moeilijkheid dat als rechters de kans wordt gegeven om zelf hun reikwijdte te bepalen, deze steeds breder wordt. Dat vind ik in het algemeen een probleem met het Europese recht. Er is in 1957 natuurlijk niemand geweest die dacht dat een museum ook een onderneming zou kunnen zijn in de zin van het toenmalige artikel 92 EG. Misschien moet je daar met wetgeving beperkingen gaan stellen, ik weet het niet. Een andere mogelijkheid, waarover we het vanmiddag hebben gehad, is om voor die gevallen een wat gemakkelijker meldingssituatie te creëren, maar dat is toch een gelegenheidsoplossing. Ik moet zeggen dat ik zelf ook een beetje met dat ondernemingsbegrip zit. Misschien zou het onderscheid tussen onderneming in de zin van het mededingingsrecht (artikel 81 en 82 EG) en onderneming in de zin van het staatssteunrecht anders moeten, maar het vervelende is natuurlijk ook dat het HvJ dat bepaalt. Wij kunnen er dus diep over nadenken, maar Verheij's vraag moet eigenlijk worden doorgespeeld naar de mensen van het Hof.

En nu voetbalclubs: Verheij treft het niet, want ik heb een vreselijke hekel aan voetbal! Als hij zich dus afvraagt of professionele voetbalclubs ondernemingen zijn, zeg ik: waarom niet? Toen dit aan de orde kwam, stond meneer Kessel van de KNVB op een gegeven moment voor de televisie een beetje te neuzelen dat als er een probleem zou blijken te zijn, ze het wel op een akkoordje met de Commissie zouden gooien. Ik bekeek dat met kromme tenen, want er zijn natuurlijk allerlei ondernemingen die gedwongen werden om, zelfs op de rand van het faillissement, het geld terug te betalen. Waarom een voetbalclub dan niet? Misschien kunnen we tijdens de borrel nog eens met elkaar over dit punt praten, maar ik kom Verheij wat dat betreft niet tegemoet.

Wat het draagvlak betreft: over aanbestedingen bijvoorbeeld hoor ik altijd van gemeenten dat het aanbestedingsrecht zo moeilijk is, maar je ziet dat 85 procent van de gemeenten het aanbestedingsrecht aan hun laars lapt. Dat geldt bij staatssteun in mindere mate, maar ik denk dat de weerstand tegen staatssteun en Europese regels meer in het algemeen is dat de Europese regelgeving er nog eens bovenop komt. Dat kan ik mij best voorstellen, want wij hebben natuurlijk niets anders te doen, maar de mensen bij de overheid hebben een gewone baan, en dan kom je ineens vertellen dat er ook een heel pakket Europese regelgeving van toepassing is! De weerstand is volgens mij niet zozeer ingegeven door allerlei diepe gedachten over beginselen van het Europese recht waarmee men het oneens is, maar het is gewoon een algemene weerstand. Daar moet je eerst doorheen.

Verder hebben we hier natuurlijk helemaal niet te maken met een absolute keuze voor een vrije markteconomie, ook al willen de tegenstanders van de Grondwet ons anders doen geloven. Juist in de uitzonderingsmogelijkheden, zowel bij mededinging (artikel 81 en 82 EG) als bij artikel 87 EG zie je dat allerlei nobele doelstellingen een argument kunnen vormen om met verstoring van de tussenstaatse handel enigszins akkoord te gaan. Het probleem is alleen dat overheden wat nobele doelstellingen betreft niet veel verder komen dan hun eigen ideeën. Als je nobele doelstellingen bedenkt die inbreuk op de vrije markt enigszins legitimeren, moet je ervoor zorgen dat het ook nobele doelstellingen zijn in de ogen van de Commissie. Daaraan schort het nog wel eens.

Mr. G.J. van Slooten

Ik wil de hele reeks vragen in een wat andere volgorde behandelen. De vraag hoe je weet dat een concurrent fiscaal begunstigd wordt, is in de praktijk natuurlijk een groot probleem. Dat probleem wordt met name in de hand gewerkt door het ambtsgeheim van ambtenaren van de Belastingdienst. Stel dat je ergens iets hebt opgevangen. Misschien heb je een personeelslid van een concurrent in dienst genomen die zijn verbazing heeft uitgesproken over hoe het er in de onderneming aan toe gaat, want bij zijn vorige werkgever ging het er heel anders aan toe. Als je zoiets hoort, wil je daar meer van weten. Vervolgens loop je tegen een muur van stilte aan. Er zijn ook publicaties in landelijke dagbladen waarin wel eens een tipje van een sluier wordt opgelicht, en daarbij bestaat ook het probleem dat je misschien meer wilt weten en bij de Belastingdienst bot vangt. Er zijn weinig mogelijkheden om, als je het gevoel hebt dat je concurrent bevoordeeld wordt, daarachter een voldoende concrete vinger te krijgen om ook een recht te krijgen in de zin van artikel 88 lid 3 EG.

Stel dat je je vinger erachter krijgt, hoe ga je daarmee dan om? Ik heb in mijn preadvies daarover iets proberen te zeggen, en dat is niet eenvoudig. Meestal ligt immers voor de hand dat die concurrent diezelfde behandeling ook zal willen krijgen. Dan beroep je je in feite op een mogelijke onrechtmatigheid omdat er niet is aangemeld, en de vraag is of je op die vordering je recht kunt doen gelden. Het enige dat je mijns inziens kunt bewerkstelligen is dat die aanmelding alsnog moet geschieden. Dat lijkt mij eerlijk gezegd niet een fiscaal probleem, want dat hoort samen te hangen met de toepassing van het fiscale recht in ruime zin. Ik weet niet zeker of de fiscale rechter zich in die zin zal uitspreken en zichzelf niet-ontvankelijk zal verklaren, maar ik kan mij dat zeer goed voorstellen. Het alternatief, zoals ik ook heb geschreven, is de burgerlijke rechter. Daarover hebben we ook voor de pauze uitgebreid gesproken. Dan rijst de vraag: is dat wenselijk? Ik bespeur een aan terughoudendheid grenzende aarzeling of dat wenselijk is. Ik kan mij daarbij zeer veel voorstellen, maar op dit moment, met de huidige inrichting van het procesrecht, zou het volgens mij onvermijdelijk zijn, als je bij de fiscale rechter niet terecht zou kunnen.

Verheij: Het nationale fiscale procesrecht kunnen we desgewenst aanpassen.

Van Slooten: Ja zeker, en dat is misschien een zeer goede suggestie. Ik voel daarvoor veel, absoluut. Overigens niets ten nadele van de burgerlijke rechter hoor, want dat klonk even door.

Voorzitter: Wil Verheij nog reageren op het voorgaande?

Verheij: Nee, Hessel en ik verschillen volgens mij alleen nog van mening over de vraag of voetbal een nobele doelstelling is, en daar komen we toch niet uit!

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

In mijn artikel in het NTB heb ik al laten blijken dat ik veel waardering heb voor de preadviezen, en voorzover het daarin niet helemaal tot uitdrukking komt, heb ik dat ook via individuele contacten al geuit, maar ik wil hier nog een keer publiekelijk zeggen dat ik het buitengewoon interessante en goed geschreven stukken vind. In de preadviezen staan een heleboel breinbrekers, en over een van die breinbrekers kan ik zelf niet tot een slotsom komen, dus daarop wil ik graag een reactie krijgen van de preadviseurs.

Het gaat om het vraagstuk van de uitzonderlijke omstandigheden. Verheij heeft zojuist al gewezen op de kwestie van het vertrouwensbeginsel. Het komt voor dat een onderneming in goed vertrouwen ingaat op een aanbod om subsidie te verlenen of om op andere wijze steun te verlenen, maar dat goede vertrouwen wordt bijna nooit erkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Ik ben in de preadviezen een aantal voorbeelden tegengekomen waar de onderneming zich verlaat op de tekst van een regeling in de Staatscourant of op de toelichting daarvan, dan wel zich verlaat op een uitspraak van een rechter, of op inlichtingen die zijn verschaft door bestuursorganen (dat was bijvoorbeeld aan de orde in de casus van de VAR-pleitwedstrijden). Het is toch wel heel bijzonder dat zoiets dan eigenlijk niet voldoende is om het vertrouwen voldoende stevigheid te geven om gehonoreerd te worden. Mijn vraag is daarom: wanneer zou je nu kunnen zeggen dat er zulke uitzonderlijke omstandigheden zijn, dat het vertrouwen van een onderneming wél gehonoreerd moet worden?

Ik heb daarover een paar ideetjes. Het moet kennelijk gaan om een soort verzwaarde plicht: de lidstaat heeft de onderneming kennelijk op het verkeerde been gezet, misschien ook wel opzettelijk. Luja vroeg zich vanochtend af wat je nog meer kunt doen als er honderd ondernemingen zijn die een fiscaal voordeel krijgen, waarvan er één graag onderzocht wil hebben of het in overeenstemming is met de steunregelingen, en de minister zegt: nee, iedereen is het erover eens en dat gaan we dus niet onderzoeken, want de andere negenennegentig vinden het prima en zien geen problemen. Je kunt je misschien wenden tot de Europese Commissie om daar informatie in te winnen, of tot de griffie van het Hof van Justitie. Hoe ver moet je eigenlijk gaan om dat vertrouwen gehonoreerd te krijgen? En in welke vorm kan dat? In de jurisprudentie staat immers vast dat je het bedrag van de staatssteun dan niet moet krijgen, maar misschien geeft dat wel weer aan dat er sprake is van een gekwalificeerde schending van het Europese recht doordat er opzettelijk niet gemeld is, wat weer tot staatsaansprakelijkheid kan leiden. Dit is zo'n beetje mijn gedachtespinsel daarover, en daarop zou ik graag een reactie hebben.

Mr. J.R. van Angeren

Laat ik het spits maar afbijten. Het is inderdaad een moeilijk punt. Het lijkt erop dat in de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg het standpunt wordt ingenomen dat je slechts gerechtvaardigd vertrouwen kunt hebben als de procedure volgens de Procedureverordening is gevolgd. Aan de andere kant is er het arrest BUG-Alutechnik, geciteerd op pagina 176 van het preadvies, waarin in rechtsoverwe-

ging 16 wordt gezegd dat er uitzonderlijke omstandigheden kunnen bestaan. Als de nationale rechter wordt aangezocht, kan hij eventueel, na het stellen van prejudiciële vragen, kijken of er dergelijke omstandigheden zijn. Er is mij geen Nederlands geval bekend waarin daadwerkelijk prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie. Dat zou ook kunnen komen doordat zich nog weinig terugvorderingszaken, zoals de bekende Fleuren Compost-zaak, hebben voorgedaan.

In dat geval is interessant dat in een recent artikel, verschenen in het blad *European state aid law quarterly*, is gepleit voor een wat ruimhartiger standpunt ten aanzien van het feit dat alleen maar verwachtingen kunnen worden gewekt door de procedure van de Procedureverordening. In dit artikel wordt geconcludeerd dat de Commissie zelf, als zij met terugvorderingsverzoeken wordt geconfronteerd, een ruimhartiger beleid moet voeren, met name als in vergelijkbare andere zaken een positieve beschikking is gekomen. Het criterium dat wordt genoemd is dat van de *diligent businessman*, de goede ondernemer zoals in Fleuren Compost. Deze moet zorgvuldig onderzoeken en ook aan de hand van vorige beschikkingen in exact dezelfde zaken (want als het een Europese regeling betreft hebben vele landen vaak dezelfde soort subsidieregelingen) erop kunnen vertrouwen dat de Commissie in vergelijkbare zaken een positieve beschikking heeft gegeven. Als dat het geval is en wat later blijkt dat de Commissie daarop terugkomt, zou je kunnen zeggen dat sprake is van een uitzonderlijke omstandigheid, hoewel in de concrete zaak van die *businessman*, die onderneming, dan niet de procedure van de Procedureverordening is gevolgd. In het artikel worden meer voorbeelden genoemd, die ik nu niet allemaal hoeft op te noemen. Je zou kunnen zeggen dat er misschien ruimte is voor beoordeling door de nationale rechter, eventueel na prejudiciële vragen, of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, als van tevoren door de onderneming is nagegaan dat in vergelijkbare gevallen positieve besluiten zijn genomen, en er toch terugvordering volgt. Ik denk dat deze omstandigheden minder moeten worden gezocht in de sfeer van gewekt vertrouwen door het Nederlandse bestuursorgaan. Dat is ook logisch, want anders zou je het hele staatssteunrecht onderuit kunnen halen, omdat dan hetzij in de vorm van schending van het vertrouwensbeginsel, hetzij in andere vorm, bijvoorbeeld als uitzonderlijke omstandigheid, toch staatssteun wordt verleend met een ander etiketje erop.

Mr. B. Hessel

Het is een beetje dezelfde vraag als van Verheij, en toen bleek al dat ik daarop geen duidelijk antwoord heb. Ik ken dit artikel niet. In de gedachte zou een mogelijkheid kunnen bestaan. Ik denk dat een van de mogelijkheden die ook in de praktijk een oplossing zouden kunnen bieden, is dat in de Procedureverordening niet meer een verplichting wordt opgelegd aan de Commissie om terug te vorderen, zodat er toch een zekere ruimte bestaat. Die is er nu niet. Nogmaals, ik blijf zitten met het probleem dat je altijd weer tegen die jurisprudentie van het Hof en het Gerecht in eerste aanleg aanloopt. Als zij geen ruimte creëren, dan kunnen wij wel roepen dat het allemaal onredelijk is, maar daar schiet je in de praktijk natuurlijk niet veel mee op. Ik kan dus verder geen oplossing geven voor dit probleem.

Mr. G.J. van Slooten

Ik heb in mijn preadvies trachten aan te geven dat bij de beoordeling of sprake is van die uitzonderlijke omstandigheden ook rekening gehouden moet worden met het stadium waarin de procedure zich bevindt. Zo lijkt mij dat je uitzonderlijke omstandigheden slechts kunt aanvoeren in de procedure voor het Gerecht, gericht tegen de beschikking van de Commissie, als het om handelingen van de Commissie zelf gaat. In die zaak van Fleuren Compost, waarin het ging om een handelen van de nationale autoriteiten, hoort zo'n verweer niet. Dat zou anders kunnen zijn op het moment dat je in de procedure voor de nationale rechter terecht komt als het om de feitelijke terugvordering van de staatssteun gaat. Het lijkt mij, en dat heb ik getracht aan te geven, dat daarvoor wel degelijk ruimte zou moeten bestaan, zij het dat deze in ieder geval niet ruimer is dan de uitzonderlijke omstandigheden zoals die in de procedure voor het Gerecht van Eerste Aanleg zouden bestaan.

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Dit bewijst maar weer eens dat je Verheij nooit van tevoren moet vertellen wat je gaat vragen, want dan gaat hij met je vragen aan de haal! Van Angeren maakte zojuist een opmerking over een *verzwaarde* onderzoeksplicht. Zo ervaar ik het althans: dat een onderneming als het ware een verzwaarde onderzoeksplicht heeft, en niet kan volstaan met zich te verlaten op mededelingen van organen van de lidstaat. Dat zou ervoor kunnen zorgen dat je zodanige uitzonderlijke omstandigheden kunt bepleiten dat het vertrouwen wel gerechtvaardigd is. Dat vind ik weer een verhelderende gedachte, dank u wel.

Voorzitter: Wacht even, er komt nóg een verhelderende gedachte.

De Moor-van Vugt: Er kómt nog een verhelderende gedachte?

Voorzitter: Ja, van Hessel.

Mr. B. Hessel

Ja, ik had even de tijd om nog een diepe gedachte te bedenken! Deze hangt samen met het feit dat de Commissie vaak met twee monden spreekt, wat u heeft kunnen zien in mijn preadvies. Wanneer een overheid via een informele mededeling van de Commissie te horen heeft gekregen dat zij haar gang kan gaan, en later blijkt dat dat niet het geval is, lijkt mij zeer wel denkbaar dat je ten opzichte van het Hof een sterk punt hebt. Alleen zit je natuurlijk even met het bewijs, dus ik zou kunnen adviseren om in het vervolg de gesprekken met de Commissie op band op te nemen! Een geval waarin de Commissie iets toezegt, zegt dat het geen probleem is, lijkt mij een interessante casus om een keer voor het Hof of het Gerecht te brengen.

Wat de mooie woorden en lof voor de preadviseurs betreft, sluit ik mij aan bij al mijn voorgangers: ik heb de preadviezen met veel plezier gelezen. Ik heb twee opmerkingen. Aanvankelijk had ik er veel meer, maar in de loop van de dag zijn er een heleboel van mij weggehaald, niet alleen door Verheij overigens. Door hem juist niet!

In de eerste plaats heb ik een korte opmerking richting Hessel. Zoëven ging het over bestuurders die zomaar steun kunnen verlenen, want als het uiteindelijk van de Commissie toch niet mag, dan gaan ze gezellig terugvorderen bij het bedrijf en hebben ze er zelf geen last van. Toch één punt dat ook vanochtend al kort aan de orde is geweest: ik denk dat de burger in een procedure waarin vaststaat dat het steun is die terugbetaald moet worden, wel nog een zekere schadevergoeding kan vragen. Natuurlijk niet een schadevergoeding die de steun vergoedt, want dan zou het opnieuw steun zijn, maar wel de zogenoemde dispositieschade. Dat wil zeggen de schade die je geleden hebt omdat je vertrouwend op de rechtmatigheid van de subsidie bepaalde dingen hebt gedaan. Dat kan bij een beetje bedrijf best aardig oplopen, dus dat is misschien toch een aardige reactie voor bestuurders om in hun achterhoofd te houden. Dan heb je wellicht een argument voor de volgende keer. Volgens mij is door het CBB zelfs een keer uitgemaakt dat dit kan, in de zaak Intergast in 1996.²⁷

Wat langer wil ik stil blijven staan bij de opmerking van Van Slooten op pagina 260 over de vraag of de belastinginspecteur met een beroep op artikel 88 lid 3 EG een belastingfaciliteit buiten toepassing kan of moet laten. Ik denk dat wij daarover juridisch beschouwd van mening verschillen. Zo meteen zal ik komen op hoe het politiek en ambtelijk allemaal precies zit. Ik denk dat er juridisch niet zo heel veel twijfel over bestaat dat bestuursorganen in beginsel verplicht zijn rechtstreeks werkende bepalingen, en artikel 88 lid 3 EG is een rechtstreeks werkende bepaling, toe te passen en daarbij al het nationale recht dat daarmee in strijd is buiten toepassing te laten. Dat is voor decentrale overheden uitgemaakt in Fratelli Constanzo. Dit arrest ging over aanbesteding, maar over veel andere bepalingen is dat ook uitgemaakt, bijvoorbeeld het mededingingsrecht. Mijns inziens is daarover in beginsel niet zoveel twijfel. Het is volgens mij ook geen bevoegdheid, maar een plicht, dit uiteraard ook in verband met artikel 10 EG. De tegenwerping die Van Slooten aanvoert door de zaak Johnston aan te halen, zegt mij in dit verband niet ál te veel. Daar staat dat een bestuursorgaan, Chief Constable, niet tegen de particulier die een beroep doet op de behandelingsrichtlijn kan zeggen: ja, maar die is niet geïmplementeerd. De vrouw om wie het ging kon immers een beroep doen op die richtlijn, de zogenaamd verticale rechtstreekse werking van richtlijnen.

Wél ligt er een grens bij de zogenaamde omgekeerde verticale werking van richtlijnen. Dat is misschien een beetje technisch, maar ik hoop dat alle aanwezigen inmiddels het Europese bestuursrecht volgen. De belastinginspecteur kan dus niet op basis van een richtlijn hogere belasting gaan opleggen, want dat zou neerkomen op de omgekeerde verticale werking van richtlijnen. We spreken hier echter over steun-

27. CBB 26 maart 1996, JB 1996/135 m.nt. A.B.

verlening, en dat is gewoon artikel 88 lid 3 EG. Dat is geen richtlijn. Ik meen daarom dat die uitzondering dat de overheid geen beroep kan doen op een richtlijn die zij zelf niet goed heeft omgezet, niet geldt, omdat het hier gaat om het Verdrag zelf. Ik zou zeggen dat het buiten toepassing laten in beginsel een verplichting is, ook als de belastingfaciliteit in de wet staat, en ook als deze van de minister afkomstig is. Daar rijst wel een probleem. Decentrale overheden laten een wet natuurlijk zo buiten toepassing, maar het probleem zit bij de altijd hiërarchisch ondergeschikte belastinginspecteur die een belastingfaciliteit buiten toepassing laat die, *for the sake of the argument*, door de minister zelf is toegekend. Je kunt dan in de problemen komen met ambtelijke gezagsverhoudingen, maar die inspecteur heeft wel eigen bevoegdheden. Het is een geattribueerde bevoegdheid, dus hij kan dat volgens mij tóch doen, maar ik kan me voorstellen dat hij dan een nacht niet goed slaapt en dat Zalm er niet blij mee is. Misschien krijgt de inspecteur wel een aanwijzing, en dan ontstaat het probleem wat hij dan moet volgen. Zeker het EG-recht volgens mij, maar ik kan me voorstellen dat hij dat dan inmiddels niet meer doet! Je zou kunnen zeggen dat het misschien meer voor de hand ligt dat een inspecteur dit doet wanneer de rechter al een keer heeft bepaald dat die faciliteit niet door de beugel kan, en er vervolgens toch niets veranderd wordt. Maar ik ben bang dat Van Slooten dat met mij eens is, dus ik zal mijn stelling niet zo ver afzwakken. Ik blijf erbij: het moet, en zolang er geen aanwijzing is, zou de inspecteur het ook gewoon moeten doen.

Mr. G.J. van Slooten

Ik heb de opdracht kort en bondig te reageren, en dat kan een groot probleem zijn met dit onderwerp. Ik ga het toch proberen. De casus die hier werd aangesneden had betrekking op de zaak van de Oostenrijkse tandarts die een voordeel had gevorderd waarop hij aanspraak meende te hebben. Dit voordeel werd hem vervolgens door de inspecteur in Oostenrijk ontzegd. In die procedure vond de tandarts de Oostenrijkse regering nota bene aan zijn zijde, dus het is een heel merkwaardige situatie die buitengewoon prikkelend is. Met wat ik geschreven heb, had ik een heel specifieke casus op het oog, namelijk dat processuele voordeel. Ik zat daarbij te denken aan de situatie dat een naheffingstermijn (nationaal recht) al verlopen is. Kan de fiscus met een beroep op het Europese recht op dat punt die vordering alsnog ontzeggen? In het algemeen verschillen Widdershoven en ik volgens mij niet zo heel erg van mening. Inmiddels heeft het Hof van Justitie in deze zaak uitspraak gedaan, en geconcludeerd dat inderdaad aan de voorwaarden was voldaan. In die uitspraak ligt een belangrijk punt besloten, namelijk dat er toch een reëel geschil was. De prejudiciële vraag werd beantwoord. Dat betekent dat die Oostenrijkse inspecteur zich inderdaad op die bepaling van mededingingsrecht mocht beroepen, en ik denk dat ik het op dát punt ook eens ben met Widdershoven: dat je je er in dit geval althans als inspecteur misschien ook wel op moet beroepen. In het algemeen ben ik het ermee eens. De opmerking die ik heb willen maken is dat heel specifieke punt, waarbij je eigenlijk alleen maar een processueel voordeel wilt behalen. Dan zou je in de richting kunnen denken die ik heb beschreven. Of dat stand zal houden, en of dat

afbreuk kan doen aan die algemene verplichting van de inspecteur om het Europese recht juist en goed toe te passen, zien we misschien nog in de toekomst.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ja, dan zijn we het gewoon met elkaar eens. Ik wijs er overigens op dat dit zich bijvoorbeeld ook voordoet als de NMa EG-recht toepast, artikel 10 juncto 81 en 82 EG. Zij kan dan ook gewoonweg wetten en besluiten van haar minister opzij gaan zetten.

Voorzitter: En dat komt allemaal door Europa.

Mevrouw mr. R. Jacobs

Ook ik wil graag een compliment maken aan de preadviseurs voor hun preadviezen. Ik wil een vraag stellen over het preadvies van Van Angeren en mevrouw Den Ouden. Mijn vraag gaat over de relatie die Van Angeren ziet tussen het Altmark-arrest en de subsidiëtitel van de Awb. Aan het begin van het tweede hoofdstuk van zijn deel van het preadvies vraagt Van Angeren zich af of het regelgevend kader van de Awb voldoende ruimte biedt om bij de subsidieverstreking te kunnen voldoen aan de voorwaarden die in het Altmark-arrest zijn genoemd. Vervolgens zegt hij dat als de Awb niet voldoende ruimte biedt, moet worden gezien of aan titel 4.2 bepalingen moeten worden toegevoegd, zodat subsidies die worden verstrekt als een compensatie voor diensten van algemeen economisch belang wél aan die voorwaarden van het Altmark-arrest voldoen. In hoofdstuk 2 gaat hij dan uitgebreid in op de punten waarop subsidies en staatssteun van elkaar verschillen, en de punten waarop zij met elkaar overeenstemmen. Hoofdstuk 3 is vervolgens geheel gewijd aan subsidies voor diensten van algemeen belang, waarbij ook steeds de link wordt gelegd naar de subsidiëtitel.

Mijn vraag gaat over de conclusie, want die is mij niet helemaal duidelijk. Als ik hoofdstuk 3 goed begrepen heb, dan is de subsidiëtitel in beginsel voldoende toegesneden op compensaties voor diensten van algemeen economisch belang, als die compensaties tenminste, zo staat het er, worden verstrekt in de vorm van subsidies in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. Ik ben er echter niet geheel zeker van dat ik het goed begrepen heb, en daarom stel ik deze vraag, want stelling 3 bij dit preadvies luidt als volgt: *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.* Mijn vraag is eigenlijk heel eenvoudig: voldoet die subsidiëtitel nu wel of niet? En als het antwoord nee is, dan zou ik graag wat uitvoeriger willen horen op welke punten de titel niet voldoet.

Mr. J.R. van Angeren

De eerste vraag is eigenlijk een voorvraag. Als je het Nederlands subsidierecht afzet tegen wat Europeesrechtelijk diensten van algemeen belang zijn, dan is er een zekere divergentie. Bij de subsidietitel en de definitie van subsidie in artikel 4:21 Awb was het de bedoeling dat bijdragen voor typen overheidstaken (zoals rechtspraak, politie, aanleg van infrastructuur en dergelijke) geen subsidies zijn, want dan zijn het taken die de overheid moet uitvoeren uit hoofde van een opdracht. In bijzondere wetgeving, bijvoorbeeld subsidies voor infrastructuur, zien we dat de memorie van toelichting bij het besluit waarin bijdragen aan overheden worden gegeven voor het aanleggen van infrastructuur, gewoon zegt dat het subsidies zijn in de zin van artikel 4:21 Awb. Het punt is nu dat het Europeesrechtelijke begrip diensten van algemeen belang uiteenvalt in een aantal onderdelen, zoals ik ook in mijn preadvies heb geschetst. Een dienst van algemeen belang is het meest omvattende begrip, en dan zijn er diensten van niet-economisch belang en diensten van economisch belang. Beide worden bij de financiering ervan in het Nederlandse subsidierecht door elkaar gehaald. Ik meen daarom dat er op dat punt ook een verduidelijking moet komen. Als we in Nederland bijdragen verstrekken aan overheidstaken waarvan we eigenlijk eerst vonden dat het ingevolge artikel 4:21 Awb geen subsidies waren, dan moeten we daarvoor een oplossing vinden en zou daarvoor iets moeten worden geregeld.

Jacobs: Maar moet dat dan ook in de Awb?

Van Angeren: Als we constateren dat een groot aantal financiële bijdragen die eigenlijk geen subsidies waren, toch in bijzondere wetgeving subsidies worden genoemd en bovendien ook titel 4.2 Awb van overeenkomstige toepassing wordt verklaard (zoals vaak gebeurt), dan zou ik vinden dat het in plaats van in die bijzondere wet in de algemene wet moet worden geplaatst. Ik geef toe dat dan misschien nog meer zou moeten worden onderzocht in hoeverre het echt zo is dat titel 4.2 Awb bij de financiering van typische overheidstaken vaak van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, omdat dat nu eenmaal zo makkelijk is om de verhoudingen te regelen. Dat is het eerste punt.

Het tweede punt heeft betrekking op Altmark. Als we ervan uitgaan dat we met subsidies te maken hebben, dan is het de vraag of het om staatssteun gaat en gaan we de Altmark-criteria langs. Ik denk dat het mogelijk is om met titel 4.2 Awb te voldoen aan de criteria van het Altmark-arrest, maar ik heb één punt waarover ik enigszins twijfel: het punt van de verplichting. Altmark zegt duidelijk dat de betreffende dienst echt belast moet zijn met de activiteiten, en ze ook verplicht moet uitvoeren. Binnen het subsidierecht bestaat een stroming die zegt: als iemand een gesubsidieerde activiteit niet uitvoert, dan trekken we gewoon de subsidiebeschikking in en vorderen we het geld terug, maar we kunnen iemand niet verplichten om de activiteit waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk uit te voeren. Ik denk dat dat op gespannen voet staat met Altmark, maar dat je met een overeenkomst, dus met artikel 4:36 Awb, nog heel wat kunt repareren. Bij die overeenkomst kun je immers navordering in rechte vragen, maar de echte subsidiepuristen zullen zeggen

dat dat niet helemaal de bedoeling is van het systeem. In zoverre zou titel 4.2 dus misschien een kleine verheldering kunnen bieden.

Dat geldt helemaal als we zouden zeggen dat de Altmark-criteria niet van toepassing zijn, en als we gaan toetsen aan de ontwerpmededeling van de Commissie op dit punt. Die geeft nog een aantal meer strikte eisen, en zegt zelfs dat aan een dienst van algemeen economisch belang ook een exclusief recht moet kunnen worden toegekend. Ik denk dat we wel heel ver verwijderd zijn van het subsidierecht van titel 4.2 Awb als we zouden menen dat je door middel van een subsidiebesluit ook een exclusief recht aan een onderneming of instelling zou kunnen geven. Dan zou titel 4.2 Awb volgens mij zeker moeten worden aangepast. Bovendien schaar ik de meeste voorwaarden van Altmark onder het algemene artikel 4:37 lid 1 sub g Awb, dat inhoudt dat je altijd voorwaarden mag opleggen met betrekking tot het beperken of wegnemen van de nadelige gevolgen van de subsidie voor derden. Dat is een erg ruim begrip, waaronder veel kan worden gebracht. Maar het is misschien een beetje plakken en lijmen, en een beetje elastiek, dus wellicht dat het aanbeveling verdient om het toch iets netter en keuriger te regelen in titel 4.2 Awb.

Voorzitter: De heer Meij, aan wie ik nu het woord geef, is scheidend bestuurslid, maar belangrijker nog: rechter in het Gerecht van Eerste Aanleg.

Mr. A.W.H. Meij

Ik weet niet of ik al de kritiek, geleverd op de rechtspraak van het Hof en het Gerecht, moet aansnijden hier. Ik geloof niet dat ik daarvoor gekomen ben, dames en heren! Het is wel interessant dat een aantal opmerkingen is gemaakt over de moeilijkheden die worden veroorzaakt door wat er gaande is in de rechtspraak, en door de beperkingen die de rechtspraak oplevert. Ik hoor Hessel bijvoorbeeld zeggen: en dan zitten we weer met die criteria van het Hof! Natuurlijk, dat is zo. En daarmee zitten we niet alleen, het is ook mogelijk om erover te discussiëren, ermee te spelen, erop terug te komen in beroepszaken. In dat opzicht is de discussie van vandaag heel belangrijk en nuttig. Ik wil drie opmerkingen maken: de eerste is complimenteus van aard, de tweede zal gaan over het begrip staatssteun en de derde betreft een paar uiteenlopende aspecten van de rechtsbescherming.

De eerste opmerking: in het verleden heb ik nog wel eens wat kritiek gehad op de inzet van beoefenaren van nationaal georiënteerde disciplines wat betreft Europese ontwikkelingen op hun vakgebied. Nu tref ik preadviezen aan, prachtige preadviezen, over een Europeesrechtelijk thema in een vereniging die zich met een nationale discipline bezighoudt, en daarbij heel duidelijk haar Europese oriëntatie heeft gevonden. Deze bijeenkomst is een mooi voorbeeld van geïntegreerde beoefening van het nationale en het Europese bestuursrecht, ditmaal op het thema van de staatssteun. Ik begrijp dus, voorzitter, dat ik met een gerust hart kan aftreden als bestuurslid. Ik zal niet veel verder gaan met het toezwaaien van lof aan de preadviseurs en de vereniging, want in de raadkamer in het Gerecht leer je heel gauw dat wanneer begonnen wordt met serieuze loftuigen, de daarop volgende kritiek veel ernstiger is!

Ik kom bij het begrip staatssteun. De kwestie van de criteria is een niet zo gering probleem. Er is al op gewezen dat de nationale bestuursorganen en de nationale rechter, ook al gaat het bij hen alleen om rechtstreekse toepassing van het *stand-still*-vereiste, zelf hebben te bepalen wanneer al dan niet sprake is van steun. Nu denk ik, met verwijzing naar de derde stelling van Hessel, dat sommige van de criteria voor de beantwoording van die vraag (met name beïnvloeding van de tussenstaatse handel en beperking van de mededinging) fungeren als aanknopng voor Europese relevantie en daarmee bevoegdheid en aldus preluderen op de toets die in Brussel wordt uitgevoerd wat betreft verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Toepassing van zulke criteria is voor nationale rechters en andere instanties niet eenvoudig. Terecht is door de preadviseurs opgemerkt dat de casuïstische Europese rechtspraak hierbij niet steeds even behulpzaam is. Het verbaast dat op arresten als het *Pearle*-arrest over de vraag wanneer een maatregel met staatsmiddelen bekostigd is, betrekkelijk weinig kritiek is geweest. Voor decentrale besturen en anderen die zich op nationaal niveau bezighouden met het subsidierecht, moet het licht volgens mij in belangrijke mate komen van de Europese Commissie: door adviezen in individuele gevallen, door met *guidelines* en verordeningen te komen, en vooral ook door, zoals naar ik heb begrepen het voornemen van commissaris Kroes is, de *de-minimis*-drempel substantieel te verhogen. Mogelijk zijn inderdaad de aanvankelijke plannen van Monti aan de kant geschoven, zoals Hessel aangaf, maar daarvoor in de plaats is een aantal belangrijke stappen in het vooruitzicht gesteld. Op het gebied van steunmaatregelen is de Commissie doende, op een manier die vergelijkbaar is met het gewone mededingingsrecht, een samenstel van maatregelen te ontwikkelen dat het mogelijk moet maken om op nationaal niveau beter vast te stellen of je nu te maken hebt met aanmeldingsplichtige steun of niet.

Ik kom dan bij mijn derde punt, dat gaat over vraagpunten van rechtsbescherming. In de eerste plaats is in de discussie vanmiddag niet zo erg naar voren gekomen het verschil in functie van de Europese rechter en de nationale rechter. Dat heeft te maken met de taak van de Commissie om de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te onderzoeken, onder controle van de Europese rechter, terwijl de nationale rechter naleving van het *stand-still*-vereiste nagaat. Wat mij in deze constellatie vooral intrigeert is de positie van de derde-concurrent van de begunstigde in het kader van een goedgekeurde steunregeling. Tegen de goedkeuring van de steunregeling staat geen beroep bij het Gerecht open en de *stand-still*-barrière is met de goedkeuring gepasseerd. Ik roep het geval in herinnering, dat naar ik meen niet in de preadviezen besproken is, van de Harlingse zoutfabriek, steunontvanger in het kader van een goedgekeurde regeling voor regionale steun. Het Gerecht wees het beroep van een derde-concurrent tegen de mededeling van de Commissie dat zij niet zou optreden, af omdat het deze aanmerkte als een mededeling van informatieve aard, en daartegen staat geen beroep open. En, voegde het daaraan toe, u kunt altijd beroep bij de nationale rechter instellen. Daarover oordeelde in dezelfde zaak het College van Beroep voor het bedrijfsleven: ja, u kunt bij ons in beroep komen, en u kunt de vraag aan de orde stellen of er een tijdige aanmelding is, of er steun is (ja, onder de goedgekeurde regeling), maar niet de vraag of deze steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Daarvoor moet u in Brussel zijn. Mijn vraag aan de preadviseurs is: hoe kun je nu zo'n *deadlock* voorkomen? Op twee

fronten, bij twee processuele mogelijkheden bakzeil halen, dat zou toch eigenlijk niet moeten?

Voorzitter: Zou ik u, gelet op de tijd, mogen vragen het hierbij te laten? Ik wil toch graag ook één of twee preadviseurs een antwoord laten geven op uw vraag.

Meij: Ik merk nog op dat sommige aspecten van rechtsbescherming eenvoudiger zijn dan ze lijken. In punt 5.3.3. van zijn preadvies brengt Van Slooten de omstandigheid dat aanvulling van de feiten voor de verenigbaarheidstoets voor de rechter niet mogelijk is, in verband met de marginale toetsing van de Commissiebeschikking door de EG-rechter. Het is, dunkt mij, het karakter van objectieve rechtmatigheidstoetsing ex tunc, dat in de weg staat aan aanvulling van de feiten in beroep, ongeacht de intensiteit van de controle.

Voor het overige ben ik van mening dat stelling 5 van Van Angeren en mevrouw Den Ouden verworpen moet worden.

Mr. B. Hessel

Uw vraag is mij niet helemaal duidelijk als u zegt dat een derde-concurrent naar de rechter in Luxemburg kan. Dat kan naar mijn mening toch alleen op het moment dat er een beschikking van de Commissie is, en niet als een rechter in Nederland zegt dat er geen sprake is van staatssteun, en toch ook niet als een overheid in Nederland iets doet waarvan je denkt: dat is aanvechtbaar. Op het moment dat zo'n overheid steun geeft zonder het aan te melden, zou je naar mijn idee naar de nationale rechter moeten.

De Moor: Je kunt toch klagen bij de Commissie?

Hessel: Ja, klagen bij de Commissie. Maar op het moment dat de Commissie een beschikking geeft, dan kun je naar aanleiding van die beschikking naar de rechter, dus dan moet je altijd via de Commissie.

Je moet als concurrent natuurlijk ook zorgen dat je valt onder de omschrijving van de beroepsbevoegdheid van het Verdrag, dus rechtstreeks en individueel geraakt. Houdt dat ook niet in dat je je dan in een nationale procedure bijvoorbeeld al eerder moet uitlaten?

Meij: Daar heb je met steunregelingen een moeilijkheid, want als het zo'n algemene regionale steunregeling is, dan kom je als potentiële concurrent van de zoutfabriek niet op het idee dat die steun zal worden gebruikt om een zoutfabriek te steunen.

Hessel: Ja, dat is met een algemene regeling natuurlijk het probleem.

Meij: Dus daarin schuilt nog een ander probleem.

Mr. J.R. van Angeren

Ik zou de concurrent aanraden om in elk geval bij de Nederlandse bestuursrechter, na eerst een bezwaarschriftprocedure te hebben gevolgd, een procedure aanhangig te maken, dus gewoon de Nederlandse Awb-procedure te volgen. Ik begrijp wel het nadeel dat je in Frankrijk niet elke dag het regionale dagblad leest waarin die steunregeling misschien staat, maar dat zou één mogelijkheid zijn om in elk geval te zorgen dat je bij de Nederlandse rechter een ingang hebt.

Meij: Maar dat helpt natuurlijk niet als de Nederlandse rechter zegt: het probleem dat u aan de orde stelt, is een verenigbaarheidsprobleem, daarover ga ik niet, dat hoort in Brussel thuis.

Van Angeren: Maar in elk geval is er dan sprake van staatssteun, en had het moeten worden aangemeld. Dat zal bij niet alle regelingen altijd zijn gedaan. En dan kan voordat is aangemeld alleen de Nederlandse rechter zeggen: u moet aanmelden, ik vernietig andere besluiten en er moet worden terugbetaald.

Stellingenprocedure

De voorzitter legt in overleg met de preadviseurs niet alle stellingen aan de vergadering voor.

Stelling 2 van Hessel

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.

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

Stelling 3 van Hessel

De ruime 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.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

Stelling 4 van Hessel

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.

Voorzitter: Zo gezegd zou ik denken: ja, dat zal dan wel. Maar wat zit nu precies achter deze stelling? Waarom zou je het er misschien ook wel oneens mee kunnen zijn? Anders hoeven we er niet over te stemmen.

Hessel: Ik heb over het algemeen de indruk dat mijn stellingen door bijna iedereen worden gedragen, maar mensen uit de praktijk, zoals de door mij aangehaalde wethouder, zouden het onzin kunnen vinden. Zij zouden kunnen denken: het is onze verantwoordelijkheid niet, dus men moet dat zelf maar in de gaten houden.

Voorzitter: En extra zorgvuldig ermee omgaan, betekent ook dingen niet doen en vertraging enzovoort.

Hessel: Goed aanmelden en dergelijke.

Voorzitter: Ja, maar dan gaat het misschien wel niet door. Als je het gewoon doet, je meldt niet aan, en niemand weet ervan, dan ben je klaar. Dat is dan toch veel handiger?

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

Stelling 5 van Hessel

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

Voorzitter: We mogen het misschien ook zo een beetje inkleuren, dat de Europese regels voor staatssteun in elk geval niet beduidend ingewikkelder zijn dan de Awb. Kun je het ook zo zeggen?

Hessel: Ja, je kunt het zelfs omdraaien: de Awb is veel ingewikkelder dan de staatssteun!

Voorzitter: Zullen we dat ervan maken? De Awb is ingewikkelder dan de regels van staatssteun. Dat vind ik nog een iets prikkelender stelling. Mogen we 'm zo lezen?

Hessel: Ja, dat is goed.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de gewijzigde stelling oneens te zijn.

Stelling 2 van Van Angeren en mevrouw Den Ouden

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 eenheid en overzichtelijkheid binnen de bijzondere rechtsterreinen te bewaren en aansluiting tussen het staatssteunrecht en de bijzondere nationale rechtsterreinen te optimaliseren.

Voorzitter: Het moet dus ook niet in één grote regeling.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

Stelling 3 van Van Angeren en mevrouw Den Ouden

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.

Voorzitter: De vraag was even of dat eigenlijk nog wel nodig was, en of het er niet misschien al allemaal onder viel. U bent dus van mening dat dat nog niet het geval is en dat het echt iets toevoegt?

Van Angeren: Ja.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Stelling 4 van Van Angeren en mevrouw Den Ouden

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.

Oordeel

Een zeer grote meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 5.a van Van Angeren en mevrouw Den Ouden

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.

Oordeel

De vergadering spreekt zich over deze stelling niet uit, aangezien de stemmen blijken te staken.

Stelling 5.b van Van Angeren en mevrouw Den Ouden

Wanneer dan blijkt dat een subsidiebesluit in strijd met de stand-still-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.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 2 van Van Slooten

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.

Oordeel

De vergadering spreekt zich over deze stelling niet uit, aangezien de stemmen blijken te staken; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Stelling 3 van Van Slooten

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.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling oneens te zijn; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Stelling 4 van Van Slooten

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.

Voorzitter: Kunt u dat nog even uitleggen?

Van Slooten: Er is in het nationale procesrecht in een prima figuur voorzien om als nationale rechter de Commissie te kunnen raadplegen.

Voorzitter: Ik hoor in de vergadering de opmerking: 'Maar niet als deskundige.' Maar als wat dan wel? Als ondeskundige? Inlichtingen, ja precies, maakt niet uit van wie. Aldus geamendeerd. Zo was het toch ook bedoeld?

Van Slooten: Ja zeker.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de gewijzigde stelling eens te zijn.

Stelling 5 van Van Slooten

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.

Voorzitter: Dat is weer een hele mond vol! Dus de Commissie zegt nee, maar dan hoeft er onder uitzonderlijke omstandigheden toch niet te worden teruggevorderd. Hoezo?

Van Slooten: De vraag is of je een onderscheid moet maken tussen de uitzonderlijke omstandigheden als gevolg van handelen van de nationale autoriteiten. Dat tast de beschikking van de Commissie niet aan, en dan is het de vraag of je daarmee nationaalrechtelijk nog iets zou kunnen.

Voorzitter: Het gaat er dus om dat die terugvordering, hoewel die fiscale steun niet verleend had mogen worden, dan toch achterwege mag blijven.

Van Slooten: Ja.

Voorzitter: Dat zou dus kunnen, onder uitzonderlijke omstandigheden.

Polak: Is de vraag positiefrechtelijk of gaat het om een wenselijkheid?

Voorzitter: Naar maatstaven van nationaal recht bezien, dat is dus positiefrechtelijk. Zo is het toch bedoeld?

Van Slooten: Ja.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Verslag van de secretaris over 2004

De algemene ledenvergadering

De algemene ledenvergadering werd in 2004 gehouden op vrijdag 14 mei in Utrecht. De jaarrede van de voorzitter ging over *De betekenis van de Grondwet voor Europa voor het Nederlandse bestuursrecht*. Na de jaarrede werd gedebatteerd over *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*. Dat gebeurde aan de hand van preadviezen van mr. T. Barkhuysen, mw.mr. A.B. Blomberg, mw.mr. M.K. Bulterman en prof.mr. J.M. Verschuuren. Het preadvies van Barkhuysen handelde over het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht. De preadviezen van Blomberg, Bulterman en Verschuuren gingen in op de invloed van het EVRM op respectievelijk de handhaving, het economisch bestuursrecht en het materiële omgevingsrecht.

De preadviezen zijn verschenen in de VAR-reeks (nr. 132). Aan het slot van de vergadering, die door ongeveer 200 leden werd bijgewoond, is gestemd over een aantal stellingen van de preadviseurs. Het verslag van de discussie en de stemmingen is, samen met de jaarrede van de voorzitter, opgenomen in de VAR-reeks (nr. 133).

De Jonge VAR

Op vrijdag 5 november 2004 vond in Den Haag de derde Jonge VAR plaats. Als thema was gekozen: *Veiligheid en Privacy: een spanningsvolle relatie*. Preadviseurs waren Thijs van Grinsven (jurist bij de Raad van State) en Nynke Schröder (docent bij de Universiteit Utrecht). In hun preadviezen gingen zij in op de grenzen van de bestuursrechtelijke bescherming van privacygevoelige gegevens en van de persoonlijke levenssfeer in het licht van actuele maatregelen en voorstellen voor de bestrijding van terrorisme en voor de bescherming van de openbare veiligheid. Over de preadviezen vond een levendige discussie plaats, waaraan een flink deel van de ongeveer 75 deelnemers een bijdrage leverde. Daarna werd gestemd over enkele stellingen van de preadviseurs.

De preadviezen en een verslag van de vergadering zijn uitgebracht in de Jonge VAR-reeks (nr. 3).

Pleitwedstrijd

Voorafgaand aan de jaarvergadering werd op woensdag 12 mei 2004 de jaarlijkse pleitwedstrijd voor studenten gehouden, dit keer in Rotterdam, bij de Erasmusuniversiteit. Het was een prima georganiseerde wedstrijd, die tot het laatst spannend bleef. Teams van zeven faculteiten hadden zich ingeschreven, waaronder helaas niet de winnaar van 2003: de Katholieke Universiteit Nijmegen. Ook de Universiteit Maastricht kreeg geen team op de been. Om het aantal even te maken, leverde Tilburg een tweede team dat buiten mededinging meedeed. De punten voor de verschillende onderdelen werden toegedeeld door een deskundige jury onder voorzitterschap van mr. drs. Th.G.M. Simons. Na een zeer spannende strijd won het team van de Universiteit Utrecht. Leiden werd tweede en Groningen derde. Het winnende Utrechtse team bestond uit Anne Marie Ferwerda, Jasper van Kempen, Rolf Ortlep, Janneke Vervest en Roland Voogt. Zij zijn gehuldigd tijdens de jaarvergadering.

Commissie rechtsbescherming

Op 11 maart 2004 heeft de voorzitter van de Commissie Rechtsbescherming van de VAR, prof. mr. J.E.M. Polak, het rapport van de commissie aangeboden aan de Minister van Justitie en aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Dat gebeurde tijdens een congres ter ere van het tienjarig bestaan van de Algemene wet bestuursrecht (zie ook hierna). De Commissie Rechtsbescherming was in 2000 door de VAR ingesteld en had als taak om met voorstellen te komen voor een nieuwe inrichting van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Ten tijde van de afronding van haar werkzaamheden bestond de commissie, naast de voorzitter, uit: mr. D. Allewijn, mr. E.J. Daalder, mr. Th.G. Drupsteen, mr. J.W. IJssink, prof. mr. R.M. van Male, prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, mr. R.P.G.M. Niessen-Cobben, prof. mr. F.J. van Ommeren, prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. N. Verheij, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en mr. A.G.A. Nijmeijer (secretaris). Het rapport van de commissie is getiteld *'De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Van toetsing naar geschilbeslechting'*. Het geeft een grondige analyse van het huidige systeem van rechtsbescherming. Daarnaast worden ook aanbevelingen voor de toekomst gedaan. Het rapport is aan alle VAR-leden toegezonden. Het is ook in de boekhandel verkrijgbaar.

Congres 'Tien jaar Awb'

Op 11 maart 2004 organiseerde de VAR, samen met de ministeries van Justitie en BZK een congres ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van de Algemene wet bestuursrecht. Tijdens het congres werd gesproken over de vraag of de burger en het bestuur beter geworden zijn van de Awb. De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hielden beiden een inleiding en kregen vervolgens het eindrapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming aangeboden. Aansluitend vond

discussie plaats aan de hand van inleidingen door enkele referenten. Het congres werd afgesloten met een bijdrage van prof. mr. M. Scheltema, regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht en erelid van de VAR. Bijna de helft van de congresdeelnemers bestond uit genodigden (ruim 130) en de rest van de plaatsen was gereserveerd voor geïnteresseerde VAR-leden, waarvan zich ruim 160 hadden aangemeld. Een verslag van het congres en de tekst van de inleidingen zijn verschenen in het meinummer 2004 van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht.

Stuudiemiddagen

In 2004 zijn geen studiemiddagen georganiseerd.

Werkgroepen

Binnen de VAR is in 2004 een Werkgroep Rechtsvergelijking opgericht die zich gaat bezighouden met de bestudering van ontwikkelingen op bestuursrechtelijk terrein in het buitenland. Daarbij zal de nadruk liggen op verschijnselen die relevant zijn voor het in Nederland geldende recht. De werkgroep stelt onderwerpen vast die voor nadere bestudering in aanmerking komen en de wijze waarop de bestudering vervolgens vorm krijgt. De werkgroep zal periodiek een bijdrage leveren aan de voorbereiding van VAR-stuudiemiddagen. Op vrijdag 29 oktober 2004 vond in Utrecht de oprichtingsbijeenkomst van de werkgroep plaats. Ongeveer veertig VAR-leden nemen aan de werkgroep deel.

Het bestuur

De algemene ledenvergadering heeft mw. mr. W. den Ouden herbenoemd als lid van het bestuur en heeft daarnaast drie nieuwe leden in het bestuur benoemd: mr. drs. Th.G.M. Simons (in de vacature Zwart), mw. mr. W.G.B. van de Ven (in de vacature De Bruin) en prof. mr. P.J. Wattel (in de vacature IJlsink).

Samenstelling bestuur per 1 januari 2005

Het bestuur bestond op 1 januari 2005 uit prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter), mw. mr. E.C. Drexhage (secretaris), mw. 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, mw. mr. W. den Ouden, prof. mr. J.E.M. Polak, mr. drs. Th.G.M. Simons, mw. mr. W.G.B. van de Ven, prof. mr. N. Verheij en prof. mr. P.J. Wattel.

Financiën en ledental

Het ledental is opnieuw gestegen. In april 2005 werden ruim 1500 leden geteld en circa 100 donateurs. De financiële situatie is goed.

De secretaris,
E.C. Drexhage

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mw. mr. E.C. Drexhage (secretaris)
Mw. mr. S. van Heukelom-Verhage (adjunct-secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Mr. H.J.M. Havekes
Prof. dr. M. Herweijer
Mw. mr. M.G. Hordijk
Mr. B.C. Knieriem
Mw. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Mw. mr. W. den Ouden
Prof. mr. J.E.M. Polak
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mw. mr. W.G.B. van de Ven
Prof. mr. N. Verheij
Prof. mr. P.J. Wattel

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema