

Verplichte terugvordering staatssteun bij project- en gebiedsontwikkeling

Als een overheidsinstantie concludeert dat zij bij een gebiedsontwikkeling staatssteun heeft verleend, terwijl dat ongeoorloofd is, dan dient deze steun – inclusief rente – actief teruggevorderd te worden. Dit volgt uit een recent arrest van het Europese Hof. Is deze uitspraak (echt) nieuws onder de zon? Manfred Fokkema legt uit.

mr. M. Fokkema¹

Europese Hof van Justitie: actieve plicht tot terugvordering

Begin maart 2019 concludeerde het Europese Hof van Justitie dat een overheidsinstantie op eigen initiatief moet overgaan tot terugvordering van steun die ten onrechte blijkt te zijn verstrekt met toepassing van een groepsvrijstellingsverordening.²

‘Artikel 108, lid 3, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat de nationale autoriteit krachtens deze bepaling op eigen initiatief moet overgaan tot terugvordering van steun die zij heeft toegekend met toepassing van verordening nr. 800/2008³, wanneer zij naderhand vaststelt dat niet was voldaan aan de voorwaarden van deze verordening.’

[onderstreping toegevoegd]

Voor de goede orde: dit arrest gaat niet over staatssteun bij een project- of gebiedsontwikkeling. Het gaat over steunverlening – via het verlenen van een subsidie – voor de aanschaf en installatie van een productielijn voor casino- en toastbrood. Om een parallel naar de praktijk van gebiedsontwikkeling te trekken: denk aan steun die een gemeente verstrekt bij de aan- of verkoop van een perceel grond.

In dit verband valt te verwijzen naar de eerder in dit tijdschrift besproken kwestie Spaansen-terrein Harlingen. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft de Friese gemeente te veel betaald voor de aankoop van een fabrieksterrein, hetgeen kwalificeert als staatssteun. Volgens de raadsheren leidt dit tot nietigheid van de hele koop en niet slechts tot een terugbetaling door de verkoper van een deel van de koopsom aan de gemeente.⁴ In deze kwestie loopt inmiddels een cassatieprocedure.

Verplichte terugvordering; nieuws onder zon?

Het oordeel van het Europese Hof dat steun actief teruggevorderd moet worden is in feite niet echt nieuw te noemen, althans deze uitkomst zou niet al te zeer verbazing mogen opwekken. In de eerste plaats niet vanwege de zogenaamde standstill-bepaling van art. 108 lid 3 VWEU. Dit artikellid bevat een verbod om uitvoering te geven aan steunverlening, voordat de Europese Commissie een eindbeslissing over een voornemen tot of wijziging van (niet vrijgestelde⁵) steunverlening heeft genomen:

‘De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.’

Bovendien valt in art. 7 lid 1 Wet terugvordering staatssteun te lezen dat er een verplichting geldt om via een (subsidie)beschikking verleende staatssteun terug te vorderen via een beschikkingswijziging:

‘Indien er geen sprake is van een Commissiebesluit, is een bestuursorgaan gehouden een door hem gegeven beschikking te wijzigen, indien die beschikking in strijd met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is vastgesteld.’

Een terugvorderingsverplichting is – hoewel als zodanig niet uitgewerkt in de Wet terugvordering staatssteun⁶ – ook voor de hand liggend bij steun die verleend is via het (juist niet) aangaan van een overeenkomst. Staatssteun – in welke vorm dan ook verleend – is immers staatssteun.⁷

Ook in de nationale jurisprudentie is wel aangenomen dat er een verplichting is om staatssteun (uit een overeenkomst) ongedaan te maken. Zo overwoog de Rechtbank Overijssel ruim een jaar geleden al eens in een staatssteun-kwestie te Zwolle dat een gemeente verplicht is maatregelen te nemen om de gevolgen van onrechtmatige steun – in dit specifieke geval ging het om exploitatievergoedingen voor reclamezuilen – op te heffen:

‘Zoals de Gemeente terecht stelt, staat het haar in beginsel vrij en is zij ingevolge het Europese recht zelfs verplicht om passende maatregelen te treffen om de gevolgen van onrechtmatige steun op te heffen, ongeacht haar (eigenlijke) redenen daarvoor. Zij is in dat kader niet verplicht om (eerst) de EC te benaderen met het verzoek tot het doen van onderzoek. Gelet hierop en bij gebreke van gestelde of gebleken bijzondere omstandigheden valt niet in te zien dat de Gemeente in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten dan wel dat zij



Foto: Renate van der Zee

daardoor onrechtmatig handelt. De enkele omstandigheid dat zij hiertoe eerder had kunnen overgaan is daarvoor onvoldoende.⁸
[onderstreping toegevoegd]

Een andere – indirecte – indicatie dat staatssteun (actief) teruggevorderd moet worden is bijvoorbeeld ook te lezen in het vonnis in eerste instantie van de Rechtbank Noord-Nederland in de kwestie Spaansenterrain te Harlingen:

‘Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is het (logische) gevolg van de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig/onrechtmatig is de ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan, teneinde de mededingingsrechtelijke toestand van voor de steunverlening te herstellen.’⁹

Een terugvorderingsactie van gemeentelijke staatssteun kan onder omstandigheden (soms jaren na het aangaan van een overeenkomst) bij een gebiedsontwikkeling bepaald opportunistisch overkomen.¹⁰ Dit heeft ook (bij mij) wel de vraag opgeworpen of een gemeente het staatsteunrecht wel zou moeten kunnen aanwenden om een uitweg te vinden voor een hen (inmiddels) onwelgevallige overeenkomst.¹¹ Daar zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval wat mij betreft beslist kritische kanttekens bij te plaatsen. Hoe je het echter ook wendt of keert en ongeacht de achterliggende reden(en) van een gemeente, heeft terugvordering van steun in de eerste plaats natuurlijk wel een belangrijk doel, namelijk om de vroegere toestand te herstellen zodat de verstoring van de mededinging wordt opgeheven, aldus ook het Europese Hof en de Hoge Raad:

‘(...) Het HvJEU benadrukt (punten 33 en 34) dat de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, tot ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan dient te leiden “teneinde de vroegere toestand te herstellen”, en dat “het hoofddoel” van de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun erin is gelegen de verstoring van de mededinging, die voortvloeit uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, op te heffen.’¹²
[onderstreping toegevoegd]

Kortom

Het Europese Hof heeft begin maart 2019 vooral bevestigd dat er als uitgangspunt een – actief bedoelde – verplichting geldt tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun, zodat de verstoring van de mededinging wordt opgeheven. Deze terugvordering kan onder omstandigheden bepaald ongunstig uitpakken voor lokale overheden, omdat – zoals te Harlingen – (koop)overeenkomsten niet slechts deels, maar volledig onderuit kunnen gaan bij de civiele rechter.

Dit laatste kan tal van onwenselijke gevolgen voor de desbetreffende gebiedsontwikkeling met zich brengen, zoals – vanuit juridisch opzicht – discussies over onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, het ontstaan van verplichtingen tot terugbetaling of herstel van de eigendomssituatie (bij het Kadaster), gedoe rond gronden die een gemeente zonder daar eigenaar van te zijn geworden reeds heeft doorverkocht aan derde(n) die mogelijk rechtsbescherming tegen gemeentelijke beschikkingsonbevoegdheid genieten en – vanuit een niet juridisch perspectief – vertraging in de uitvoering van de ontwikkeling als zodanig, politieke strijd tussen raad en col-

lege en negatieve media-aandacht. Het is en blijft daarom altijd zaak om (allereerst) kritisch te blijven over de vraag of er in voorkomend geval wel daadwerkelijk sprake is van onverenigbare staatssteun.

Tot slot

Volgens het Europese Hof moet het Unierecht zo worden uitgelegd dat voor de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun een verjaringstermijn geldt overeenkomstig het nationale recht. Uitgezonderd de situaties waarin (bijvoorbeeld) een specifieke Europeesrechtelijk verjaringstermijn geldt of wanneer de verjaringstermijn leidt tot een belemmering van de effectieve werking van het Europees recht.¹³ Kijkend naar de wetsgeschiedenis van de Wet terugvordering staatssteun, dan blijkt dat voor staatssteun een nationale verjaringstermijn van tien jaren aangenomen dient te worden.¹⁴

Daarnaast wijst het Hof erop dat alleen het terugvorderen van de verleende steun niet voldoende is om de mededinging te herstellen. Er zal ook – een marktconforme – rente betaald moeten worden over de periode tussen verkrijging van staatssteun en terugvordering daarvan.

Het ligt voor de hand dat de uitspraak van het Hof van Justitie – die noopt tot een actieve houding van overheidsinstanties – de komende tijd tot meer zaken zal leiden waarin gepoogd zal worden om bij een project- of gebiedsontwikkeling verleende staatssteun terug te vorderen.¹⁵

Noten

- 1 Werkzaam als advocaat bij Infense advocaten en redactielid van dit tijdschrift. De redactie van dit artikel is afgesloten op 24 mei 2019.
- 2 HvJ EU 5 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:172.
- 3 Deze groepsvrijstelling is per 1 juli 2014 herzien via de Algemene Groepsvrijstellingverordening.
- 4 Zie mijn eerdere artikel 'Staatssteun te Harlingen: een explosieve kwestie', *Praktijkblad Grondzaken en gebiedsontwikkeling*, februari 2019, p. 12-13.
- 5 Zie art. 108 lid 4 VWEU.
- 6 Blijkens de Memorie van Toelichting bedoeld om te voorzien in de situaties waarin de Europese Commissie een lidstaat heeft opgedragen om niet overeenkomstig de regels verstrekte staatssteun terug te vorderen. *Kamerstukken II 2016/17*, 34753, nr. 3, bijvoorbeeld p. 1, 9 en 12.
- 7 HvJ EU 5 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:172, r.o. 89 en 91.
- 8 Rb. Overijssel 14 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:788.
- 9 Rb. Noord Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300.
- 10 Zie mijn artikel 'Staatssteun en de gecontracteerde gebiedsontwikkeling: doeltreffend breek- en nuttig breekijzer?', *TA 2017*, p. 174.
- 11 Zie M. Fokkema & B. Nijhof, 'Aanbestedingsrecht en staatssteun: escape(s) voor een (on)gewenste gebiedsontwikkeling?', *Grondzaken in de praktijk*, september 2012, p. 21.
- 12 HvJ EU 8 december 2011, ECLI:EU:C:2011:814.
- 13 Zie ook *Kamerstukken II 2016/17*, 34753, nr. 3, p. 16.
- 14 *Kamerstukken II 2016/17*, 34753, nr. 3, p. 7.
- 15 Rb. Gelderland 8 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1970.

VOORUITBLIK

Voor de komende edities worden onder meer artikelen voorbereid over:

- ~ Reiswijzer gebiedsontwikkeling: de Partnerselectie
- ~ Energietransitie
- ~ Alternatieve bekostiging gebiedsontwikkeling
- ~ Vennootschapsbelasting
- ~ BTW en overdrachtsbelasting
- ~ De modelmatige benadering van de werkelijkheid in de praktijk
- ~ Huisvesten asielzoekers-vergunninghouders
- ~ Rol provincie in vlottrekken projecten
- ~ Nieuw instrument om grondwaardestijging bij bestemmingsplanwijziging te incasseren
- ~ Prijsontwikkeling van grond
- ~ Afweging tussen duurzaamheid en volkshuisvesting/Routekaart
- ~ Coöperatief bouwen van woningen in Amsterdam
- ~ Coöperatieve gebiedsontwikkeling
- ~ Blockchain en vastgoedsector
- ~ Getaxeerde waarde leegstaand pand/balans-boekwaarde en inbrengwaarde
- ~ Weigeren bouwomgevingsvergunning bij exploitatietekort
- ~ Kronieken jurisprudentie grondexploitatie, schadeloosstelling bij onteigening en onteigenings-Kb's

De auteurs belichten vanuit diverse invalshoeken deze onderwerpen uit hun dagelijkse praktijk.

Voor de 4^e editie 2019 wordt een selectie van artikelen voorbereid naast de vaste kronieken, jurisprudentieoverzicht en andere vaste rubrieken.

Uw kopijbijdragen of vragen voor het Praktijkblad Grondzaken en gebiedsontwikkeling zijn van harte welkom! Voor kopij in de vorm van een artikel ontvangt de redactie graag eerst een synopsis. Kopijdatum voor de 5^e editie 2019 is 26 augustus 2019.

Heeft u suggesties voor andere onderwerpen die aandacht moeten krijgen in het Praktijkblad Grondzaken en gebiedsontwikkeling? Laat het de redactie weten via grondzaken@sdu.nl!