

Europese subsidies en staatssteun

mr. J.E van den Brink en prof. mr. W. den Ouden*

1. Inleiding

Aan het begin van deze eeuw werd de Martinihal te Groningen omgevormd tot het *Martiniplaza*. Dit heeft geresulteerd in een nieuwe grote hal, waarin beurzen en evenementen worden georganiseerd.¹ De verbouwing werd onder meer gefinancierd met een subsidie van bijna twee miljoen euro van het openbaar lichaam ‘Samenwerkingsverband Noord-Nederland’ (hierna: SNN), een gemeenschappelijke regeling van de Provincies Groningen, Friesland en Drenthe. Die subsidie vormde de nationale cofinanciering naast de financiële Europese bijdrage die de eigenaar van Martiniplaza, de gemeente Groningen, ontving van het college van Gedeputeerde Staten van Groningen vanuit het Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling (hierna: EFRO).

In Zuidlaren, op ongeveer 18 kilometer van de Martinihal, staat nog een beurscomplex: de Prins Bernhardhoeve.² De stichting die de Prins Bernhardhoeve destijds exploiteerde en die ook de directie voert over het Frisian Expo Centre te Leeuwarden, maakte bezwaar tegen de cofinanciering door het SNN. Kern van de bezwaren van de Stichting vormde de concurrentievervalsing die de subsidie met zich zou brengen. Door de subsidie zou Martiniplaza lagere tarieven kunnen rekenen. Daarom zou de subsidie onrechtmatige staatssteun inhouden. De Rechtbank Groningen verklaarde het beroep van de Stichting gegrond. De subsidie was volgens de rechtbank ten onrechte niet aangemeld bij de Europese Commissie. Bovendien had SNN op grond van art. 3:2 Awb moeten onderzoeken wat de invloed van de subsidieverlening zou zijn op de concurrentieverhoudingen tussen de Martinihal en de Prins Bernhardhoeve.

In hoger beroep voerde SNN aan dat de gewraakte subsidie als cofinanciering onlosmakelijk is verbonden met een verstrekte Europese subsidie op grond van een Enkelvoudig Programmeringsdocument (hierna: EPD) dat reeds door de Europese Commissie was goedgekeurd. Omdat goedkeuring van een EPD leidde tot de verplichting dat de lidstaat daarin genoemde projecten ook deels moet financieren,³ moest volgens SNN worden aangenomen dat de Commissie ook instemde met de cofinanciering. Dat zag de Afdeling bestuursrechtspraak anders.⁴ Zij oordeelde dat niet was uitgesloten dat de subsidieverlening invloed zou hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en andere lidstaten, in het bijzonder Duitsland. Gelet hierop had SNN er zich bij de Commissie afdoende van moeten vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van art. 88 lid 3 EG (thans art. 108, derde lid, VWEU) niet van toepassing is op dit soort subsidieverleningen, of dat de subsidieverlening viel onder de toenmalige vrijstellingsregeling van verordening (EG) Nr. 70/2001, dan wel dat de meldplicht van art. 88 lid 3 EG onverkort gold. De Afdeling overwoog expliciet dat de omstandigheid dat de subsidie deel uitmaakt van een cofinanciering uit hoofde van het goedgekeurde EPD niet automatisch betekent dat er geen meldplicht meer bestaat. Nu

het SNN zich niet had vergewist van het al dan niet bestaan van een vergewisplicht in dit geval, was de beslissing op de bezwaren van de Prins Bernhardhoeve in strijd met art. 3:2 Awb, dat eist dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid. In de uitspraak *Martiniplaza* werd, voor zover wij weten voor het eerst, door een hoogste Nederlandse bestuursrechter expliciet besproken of een nationale cofinanciering, behorend bij een Europese subsidie, kan kwalificeren als staatssteun in de zin van het VWEU. Hoewel de Afdeling de vraag niet beantwoordt, sluit zij de mogelijkheid niet uit. Op grond van de eis van een zorgvuldige voorbereiding van besluiten dienen subsidieverstrekkende bestuursorganen in ieder geval het nodige onderzoek te doen. De vraag of de Europese subsidie zelf wellicht ook moet voldoen aan de Europeesrechtelijke staatssteunregels komt in de uitspraak niet aan de orde. Die subsidie werd door een ander bestuursorgaan verstrekt en het besluit daartoe was niet aangevochten. Dat doet aan de relevantie van de vraag natuurlijk niet af.

Hoewel de Martiniplaza-uitspraak alweer bijna negen jaar geleden werd gedaan, heeft de Nederlandse bestuursrechter de vragen of de verstrekking door Nederlandse bestuursorganen van Europese subsidies en de daarbij horende cofinanciering binnen de reikwijdte van het staatssteunrecht vallen en wat de aanvullende werking is van een onderzoeksplicht naar concurrentievervalsing nog niet (ondubbelzinnig) beantwoord. Belangrijker nog is dat ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU geen duidelijkheid biedt. Dat leidt in de Nederlandse uitvoeringspraktijk tot de nodige vragen. In de huidige financieringsperiode die op grond van Europese regelingen loopt van 2007 tot en met 2013 moeten ook in Nederland weer miljarden⁵ Europese euro's worden ‘weggezet’ door Nederlandse bestuursorganen, die daarbij het Europese recht – de staatssteunregels daarin begrepen – vanzelfsprekend in acht moeten nemen.

* Jacobine van den Brink en Willemien den Ouden zijn als onderzoeker respectievelijk als hoogleraar bestuursrecht verbonden aan de Universiteit van Leiden. Zij schreven deze bijdrage in het kader van het onderzoeksprogramma ‘Securing the Rule of Law in a World of Multilevel Jurisdiction’.

1. www.martiniplaza.nl.
2. www.pbhoeve.nl.
3. Zie hieromtrent ook Andrew Evans, *The EU Structural Funds*, New York: Oxford University Press Inc. 1999, p. 14-15.
4. ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden, *Gst.* 2004, 120, m.nt. C.T. Dekker.
5. Zie http://www.rijksbegroting.nl/2012/voorbereiding/begroting,kst160374_21.html waar bijvoorbeeld is te lezen dat Nederland in de periode 2007-2013 uit de Structuurfondsen ESF en EFRO 1,9 miljard euro ontvangt.

Om te kunnen voldoen aan die plicht moet duidelijk zijn in hoeverre het staatssteunrecht van toepassing is bij de verstrekking van Europese subsidies en de daarbij behorende nationale cofinanciering. Die vraag staat in het eerste deel van deze bijdrage centraal.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden volgt na deze inleiding eerst een korte toelichting op de begrippen Europese subsidie en cofinanciering. Vervolgens wordt aan de hand van Europese regelgeving, jurisprudentie, de commissiebeschikkingenpraktijk en andere relevante Europese documenten uiteen gezet dat het zeer waarschijnlijk is dat voor een groot deel van de Europese subsidies en de daarbij behorende cofinanciering die door Nederlandse bestuursorganen worden verstrekt het staatssteunrecht relevantie heeft.

In het tweede deel van deze bijdrage wordt op basis van voormelde conclusie in kaart gebracht welke consequenties de relevantie van het staatssteunrecht bij het verstrekken van Europese subsidies en de daarbij behorende cofinanciering heeft voor de Nederlandse uitvoeringspraktijk. In de eerste plaats wordt ingegaan op de vraag wanneer er naar aanleiding van een aanvraag om een Europese subsidie en de daarbij behorende cofinanciering een melding moet plaatsvinden bij de Europese Commissie. In de tweede plaats wordt besproken waarop een besluit tot het afwijzen van een aanvraag om een Europese subsidie en de bijbehorende cofinanciering wegens het staatssteunrecht naar Nederlands subsidierecht moet worden gestoeld. Ten derde wordt besproken de situatie waarin door een concurrent wordt geklaagd over het feit dat een Europese subsidie en de nationale cofinanciering niet is aangemeld. Ten slotte wordt de vraag behandeld in welke gevallen en op welke wijze Europese subsidies en de nationale cofinanciering door Nederlandse bestuursorganen moeten worden ingetrokken en teruggevoerd ten gevolge van de Europese staatssteunregels.

Voor de beantwoording van deze vragen hebben wij vanzelfsprekend de relevante Europese regelgeving en jurisprudentie inzake het staatssteunrecht bestudeerd en ons in het bijzonder gericht op de taken die nationale bestuursorganen en rechters daarin zijn toebedeeld. Daarnaast is de Nederlandse subsidieregelgeving en jurisprudentie relevant, nu op veel verstrekkingen van Europese subsidies door Nederlandse bestuursorganen het Nederlandse recht (mede) van toepassing is. Zoveel mogelijk zal worden gerefereerd aan jurisprudentie waarin Europese subsidies centraal staan, maar op punten wordt ook gebruik gemaakt van uitspraken over puur nationale subsidies die beweerdelijk in strijd kwamen met het staatssteunrecht. Op de verstrekking van die subsidies is immers in beginsel hetzelfde algemene subsidierecht en procesrecht van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing als bij verstrekking van Europese subsidies.

Wij sluiten af met een conclusie. Duidelijk zal worden dat de interactie tussen het staatssteunrecht en de Europese subsidieregelgeving tot veel vraagstukken leidt. Het betreft deels vraagstukken die ook in het reguliere staatssteunrecht spelen, maar deels ook vraagstukken die specifiek zijn voor de verstrekking van Europese subsidies en een daarbij behorende nationale cofinanciering.

2. De begrippen Europese subsidie en nationale cofinanciering

Onder Europese subsidies verstaan wij in deze bijdrage subsidies die ten laste komen van de begroting van de EU.⁶ Het is lastig om tot een meer precieze definitie te komen nu er,

noch in Nederlandse wetgeving, noch op Europees niveau een eenduidige subsidie-definitie is geformuleerd.⁷ Desalniettemin worden er om de doelstellingen van de Europese Unie⁸ te verwezenlijken op grote schaal subsidies verstrekt.⁹ Sommige van die subsidies worden verleend door Europese instellingen aan de (eind)ontvangers en ook volledig gereguleerd door het Europese recht.¹⁰ Veel vaker komt het echter voor dat nationale bestuursorganen betrokken zijn bij de uitvoering van Europese subsidieprogramma's. Voor zover nationale bestuursorganen zijn belast met de verstrekking van Europese subsidies worden deze Europese subsidieprogramma's in 'gedeeld beheer' uitgevoerd.¹¹ De meeste en meest omvangrijke Europese subsidies die in Nederland in gedeeld beheer worden verstrekt, worden gefinancierd door de Europese landbouwfondsen (te weten het Europees Landbouwarantiefonds (hierna: ELGF) en het Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling (hierna: ELFPO)), de zogenaamde structuurfondsen (te weten het Europees Sociaal Fonds (hierna: ESF) en het EFRO), het Europees Visserij Fonds (EVF) en de Migratiefondsen. In veel van die gevallen worden er naast Europese subsidies, ook flankerende na-

6. Voor een uitvoeriger bespreking van het begrip Europese subsidie verwijzen wij naar J.E. van den Brink, 'Europeesrechtelijke eisen aan de verdeling van schaarse Europese subsidies', *NALL* 2012 april-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000003.
7. In de Nederlandse wetgeving zijn definities terug te vinden van het begrip Europese subsidie in art. 4:23, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en in art. 1, onder f, van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (hierna: Wet Nerpe). De definitie neergelegd in art. 4:23, derde lid, van de Awb is onvolledig nu – blijkens de toelichting op dat artikel en het gebruik van het begrip 'programma' – daaronder niet vallen de Europese subsidies die hun grondslag vinden in een Europese verordening en een Europees besluit. De definitie uit de Wet Nerpe is door de zinsnede 'voor zover uit deze aanspraak verplichtingen voortvloeien welke bij of krachtens de Europese verdragen op Nederland rusten' toegesneden op Nederland, zodat deze definitie ook niet bruikbaar is om tot een definitie van een Europese subsidie te komen voor de gehele EU. Ook op EU-niveau bestaat geen sluitende definitie van het begrip Europese subsidie. Zo bevat art. 108, eerste lid, van de Verordening nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (*Pb.* 2002, L 248/1) weliswaar een definitie van het begrip 'subsidie' maar vallen Europese subsidies die ten laste komen van de Europese begroting, maar door tussenkomst van de lidstaten worden verstrekt daarbuiten.
8. Zie m.n. art. 3 Verdrag betreffende de Europese Unie.
9. Op de website http://www.ec.europa/grants/index_en.htm is een overzicht te vinden van de vele 'grants' die in dat kader vanuit de EU worden verstrekt.
10. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Europese onderzoeks- en ontwikkelingsubsidies die op grond van het Zevende Kaderprogramma worden verstrekt. Zie Besluit nr. 1982/2006, *Pb.* 2006 L 412/1.
11. Deze term is te vinden in het Financieel Reglement. Zie de Verordening nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (*Pb.* 2002, L 248/1).

tionale subsidies verstrekt: de zogenaamde cofinanciering.¹² Deze cofinanciering is in de Europese subsidieregelgeving verplicht voorgeschreven: het te subsidiëren project mag gemiddeld niet voor meer dan 50% met Europees geld worden gefinancierd. De ratio hiervan is dat de EU geen Europese gelden aan projecten wenst te besteden, waarvoor nationale bestuursorganen geen eigen geld over hebben.

De consequentie van de uitvoering van Europese subsidieprogramma's in gedeeld beheer is dat Nederlandse bestuursorganen Europese subsidies en de daarbij behorende cofinanciering verstrekken en in dat kader uitvoeringsbesluiten nemen die voor de Nederlandse bestuursrechter kunnen worden aangevochten. Daar kan een vermeende strijd met het staatssteunrecht aan de orde worden gesteld. Of dat met succes kan worden betoogd hangt mede af van het antwoord op de vraag of Europese subsidies en de daarbij behorende cofinanciering onder de reikwijdte van het staatssteunrecht kunnen vallen. Op deze vraag wordt in de volgende paragraaf verder ingegaan.

3. Kan een Europese subsidie en de daarbij behorende cofinanciering staatssteun inhouden?

Voor de beantwoording van de vraag of Europese subsidies en de daarbij behorende cofinanciering staatssteun kan inhouden, dient vooraleerst te worden opgemerkt dat het begrip steunmaatregel, dat is neergelegd in art. 107 VWEU, door het Hof van Justitie ruim wordt uitgelegd. Onder het begrip 'steunmaatregel' vallen alle 'besluiten van de lidstaten waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen'.¹³ Onder staatssteun vallen derhalve niet alleen toegekende geldmiddelen en voordelen, maar ook alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.¹⁴ Uit deze formulering blijkt dat de subsidie door het Hof van Justitie wordt gerekend tot de meest klassieke vormen van staatssteun.

Uit de formulering van art. 107 VWEU blijkt dat het daarbij wel moet gaan om subsidies die door een staat of met staatsmiddelen zijn bekostigd. Echter, Europese subsidies komen ten laste van de Europese begroting. Om die reden meenden veel auteurs tot voor kort dat om die reden geen sprake kon zijn van staatssteun.¹⁵ Zij worden in dat oordeel gesteund door het Herbert Will-arrest van het Hof van Justitie uit 1982.¹⁶ Daarin kwam de vraag aan de orde in hoeverre een aandeel in een Europees tariefcontingent viel aan te merken als staatssteun, hetgeen tot gevolg heeft dat bepaalde heffingen niet aan de EU behoeven te worden afgedragen. In dit arrest overweegt het Hof van Justitie dat het aan de orde zijnde financiële voordeel niet als staatssteun kan worden aangemerkt, omdat het voordeel niet met staatsmiddelen, maar met Europese middelen wordt bekostigd.¹⁷ Voor wat betreft de cofinanciering zou kunnen worden gesteld dat deze de Europese subsidies verplicht flankeren en dus in beginsel delen in de rechtmatige status daarvan. Dat was in de kern ook hetgeen het SNN betoogde voor de ABRvS in de

Martiniplaza casus. Nu het om cofinanciering van een Europese subsidie ging die door de Commissie was goedgekeurd zou aanmelding niet nodig zijn. In de betreffende programmaperiode was bovendien een vertegenwoordiger van de Commissie een volwaardig lid van het Comité van Toezicht dat moest nagaan of bij het verstrekken van subsidies de Europese regelgeving werd nageleefd¹⁸ en dat de gesubsidieerde projecten formeel goedgekeurde.¹⁹ Het is begrijpelijk dat SNN veronderstelde dat daarmee ook de cofinanciering Europees-proof zou zijn.

De ABRvS is echter terecht niet meegegaan in deze gedachte. Op grond van de huidige Europese regelgeving kan na-

12. Niet in alle gevallen bestaat de cofinanciering uit subsidies. Het kan ook om private financiering gaan. Nu in dat geval het staatssteunrecht niet relevant is, laten wij deze cofinanciering verder buiten beschouwing.
13. HvJEG 27 maart 1980, 61/79 (*Denkavit Italiana*), *Jur.* 1980, p. 01205, r.o. 31.
14. HvJEG 23 maart 2006, C-237/04 (*Enirisorse/Sotacarbo*), *Jur.* 2006, p. I-2843, r.o. 42; HvJEG 3 maart 2005, C-172/03 (*Heiser*), *Jur.* 2005, p. I-1627, r.o. 36; HvJEG 23 februari 1961, 30/59 (*Steenkolenmijnen/Hoge Autoriteit EGKS*), *Jur.* 1961, p. 19. Zie ook Kelyn Bacon, *European Community law of state aid*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 26 en P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, (diss. Amsterdam VU), 2006, p. 23.
15. Fiona G. Wishlade, *Competition Policy, Cohesion and the Coordination of Regional Aids in the European Community*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 153. Zie ook P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans, C.W.A. Timmermans and the late L.A. Geelhoed (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 1157, voetnoot 67 en Adriaanse 2006, p. 20. Anders: J.E.M. Polak & W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht: de verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijking van het Recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, p. 124. Zij merken op dat het feit dat ook Europese subsidies staatssteun kunnen vormen een gegeven is dat betrokkenen bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen nogal eens ontgaat. Ook in de Duitse literatuur is dit de heersende opvatting. Zie Volker Zuleger, 'EG-Strukturfondspolitik und EG-Beihilferecht – Strukturfondsmittel als staatliche Mittel i.S. von Art. 87 Abs. 1 EG', *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2008, p. 369-376, p. 369.
16. HvJEG 13 oktober 1982, 213/81, 214/81, 215/81 (*Nord-deutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will e.a.*), *Jur.* 1982, p. 3583, in het bijz. r.o. 22 en 23.
17. Door Zuleger is echter betoogd dat de reikwijdte van dit arrest onduidelijk is. Hij wijst in dat kader op de conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat waarin deze onder punt 5 aangeeft dat ook wanneer de lidstaten Europese subsidies verstrekken sprake kan zijn van staatssteun, namelijk voor zover bij de toekenning van middelen uit gemeenschapsfondsen, zoals het ESF- en het EFRO aan de lidstaten een zekere bestedingsvrijheid wordt gelaten. Zie Zuleger 2008, p. 372.
18. Zie het onderzoek van de Rekenkamer over de uitvoering van het EU-structuurbeleid in de periode 1994-1999, p. 27.
19. Zie het onderzoek van de Rekenkamer over de uitvoering van het EU-structuurbeleid in de periode 1994-1999, p. 13.

melijk worden betwijfeld of Europese subsidies en de bijbehorende cofinanciering geen staatssteun vormen. In dat kader kan in de eerste plaats worden gewezen op de Europese staatssteunregels zelf. Daaruit volgt dat Europese subsidies mede in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of de verstrekking van nationale subsidies bij de Commissie moeten worden aangemeld, dan wel op grond van de *de-minimis*-regels of algemene (groeps)vrijstellingsverordeningen van aanmelding kan worden afgezien.²⁰ In de tweede plaats volgt ook uit de Europese subsidieregeling dat de Europese staatssteunregels relevant (kunnen) zijn voor de verstrekking van Europese subsidies. Zo worden de Europese staatssteunregels uitdrukkelijk buiten toepassing verklaard voor bepaalde ELGF-subsidies waarvoor de eis van cofinanciering niet geldt.²¹ Dit zou niet nodig zijn indien de enkele omstandigheid dat sprake is van Europese middelen reeds voldoende is om te concluderen dat geen sprake kan zijn van staatssteun. Ook de Europese subsidie-regelgeving inzake de structuurfondsen,²² het Europees Visserijfonds²³ en het ELFPO²⁴ bevatten verwijzingen naar de staatssteunregels, zij het dat uit deze bepalingen vaak niet duidelijk wordt of zij (ook) zien op de Europese subsidie zelf, of slechts op de nationale cofinanciering.²⁵ Ten slotte volgt uit de Verordening nr. 320/2006 – op grond waarvan Europese subsidies worden verstrekt voor de herstructurering van de suikerindustrie – expliciet dat Europese subsidies zijn onderworpen aan de staatssteunregels.²⁶

Ook de Europese Commissie lijkt niet te twijfelen aan de toepasselijkheid van de Europese staatssteunregels op de verstrekking van Europese subsidies door nationale bestuursorganen. In verschillende Nederlandse operationele programma's²⁷ die zij goedkeurde voor de huidige programmaperiode is expliciet opgenomen dat de Europese structuurfondssubsidies en cofinanciering zijn aan te merken als staatsmiddelen (en dus als staatssteun kunnen kwalificeren).²⁸ Belangrijker nog is dat de Europese Commissie in haar beschikkingen praktijk daar ook expliciet vanuit gaat.²⁹ Ten slotte is ook uit interviews met ambtenaren van de Europese Commissie gebleken dat de Commissie zich op het standpunt stelt dat de verstrekking van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen ook onder de Europese staatssteunregels valt.³⁰ De redenering van de ambtenaren van de Europese Commissie is dat hoewel de Europese subsidie met Europees geld wordt gefinancierd, de lidstaat en/of het nationale uitvoeringsorgaan zeggenschap krijgt/krijgen over de besteding van het Europese geld.³¹ Hoewel dit uiteindelijk door het Hof zal moeten worden uitgesproken, menen wij op deze basis dat het verstandig is er vanuit te gaan dat Europese middelen en de cofinanciering daarbij verstrekt door nationale bestuursorganen ook staatsmiddelen zijn in de zin van het staatssteunrecht.

Het voorgaande wil natuurlijk niet zeggen dat Europese subsidies en de bijbehorende cofinanciering die door nationale autoriteiten worden verstrekt *steeds* kwalificeren als staatssteun. Daarvoor moet ook aan de overige vereisten van de staatssteundefinitie uit art. 107 VWEU zijn voldaan. Meest relevant is in dat verband de eis dat de Europese subsidie moet worden verstrekt aan *een onderneming*. Nu wordt ook dit begrip breed uitgelegd door het Hof van Justitie.³² Echter, voor een aantal Europese subsidieregelingen geldt dat de uiteindelijk begunstigden natuurlijke personen zijn of entiteiten die (zeer waarschijnlijk) niet kwalificeren als een onderneming. Het betreft bijvoorbeeld subsidies uit de migra-

20. Ingevolge de algemene *de-minimis*verordening (art. 2, tweede lid, van de Verordening nr. 1998/2006) kan maximaal 200.000 over drie belastingjaren aan steun worden verstrekt. Daarbij moeten ook Europese subsidies worden meegeteld. In de algemene groepsvrijstelling (art. 7, eerste lid, van de Verordening nr. 800/2008) zijn drempels voor aanmelding van steun opgenomen. Daarvoor geldt eveneens dat uitgegaan wordt van het totale bedrag aan steun inclusief communautaire bronnen. Dat geldt ook voor landbouw en visserij. De geldende *de-minimis*verordeningen (Visserij: Verordening nr. 875/2007, Landbouw: Verordening nr. 1535/2007) zijn hierover weliswaar niet heel duidelijk, maar uit de vrijstellingsverordeningen volgt dat ook Europese subsidies relevant zijn. Zie art. 6 van de Verordening nr. 736/2008 (visserij) en art. 19 van de Verordening nr. 1857/2006 (landbouw).
21. Zo is in art. 139 van de Verordening nr. 73/2009 bepaald dat in uitzondering op art. 180 van de Integrale GMO-verordening de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn op de uitbetaling van de bedrijfstoeslag.
22. Zie bijvoorbeeld art. 54, vierde lid, van de Verordening nr. 1083/2006 waarin is bepaald dat voor staatssteun voor bedrijven in de zin van art. 87 van het Verdrag (thans: art. 107 VWEU) de maxima inzake staatssteun die gelden op grond van het voor het desbetreffende geval relevante staatssteunkader in acht worden genomen.
23. Zie art. 7 van de Verordening nr. 1198/2006.
24. Zie art. 88 en 89 van de Verordening nr. 1698/2005.
25. Zie bijvoorbeeld art. 54, vierde lid, van de Verordening nr. 1083/2006 waarin is bepaald dat voor staatssteun voor bedrijven in de zin van art. 87 van het Verdrag (thans: art. 107 VWEU) de maxima inzake staatssteun die gelden op grond van het voor het desbetreffende geval relevante staatssteunkader in acht worden genomen.
26. Zie art. 6, vijfde lid, van deze verordening.
27. Operationele programma's zijn door de lidstaten opgestelde meerjarenprogramma's waarin zij aangeven – uiteraard binnen de grenzen van de Europese subsidieregeling – welke soort projecten zij voor Europese subsidie in aanmerking willen laten komen en hoe zij de uitvoering van de Europese subsidieregeling op nationaal niveau denken te realiseren. De operationele programma's worden in nauw overleg met de Europese Commissie opgesteld, nu zij uiteindelijk door de Europese Commissie moeten worden goedgekeurd teneinde de Europese gelden voor de uitvoering van de programma's te verkrijgen. Een operationeel programma werd in eerdere programmaperiodes een Enig Programmerings Document (hierna: EPD) genoemd; dit EPD was als gezegd aan de orde in de Martinihal-zaak.
28. Zie bijvoorbeeld onderdeel 2.10 van het Operationeel Programma ESF voor de programmaperiode 2007-2013 waarin is bepaald dat ESF-middelen als staatsmiddelen van art. 87 EG (thans art. 107 van het VWEU) zijn aan te merken en dat indien aan de voorwaarden van dit artikel is voldaan de steunmaatregel moet worden aangemeld bij de Commissie of moet zijn voldaan aan de normen van een vrijstellingsverordening. Dergelijke regels waren ook in oude operationele programma's opgenomen, zie Wislade 2003, p. 153.
29. Cie beschikking van 10 december 2008, N 342/2008 Czech Republic, Housing and social Programme for problematic districts, onder punt 63. Zie voor vergelijkbare overwegingen bijv. Cie beschikking N 201/2006 (overweging 37).
30. Het betreft daarbij zowel ambtenaren van DG COMP als

tiefondsen (het Europees Vluchtelingenfonds, het Europees Integratiefonds en het Europees Terugkeerfonds), de schoolfruitregeling, Een Leven Lang Leren en Jeugd in Actie. Deze subsidies resulteren in de uiteindelijke begunstiging van onder meer migranten en leerlingen. In de Europese schoolfruitregeling is zelfs expliciet bepaald dat het schoolkind de uiteindelijke begunstigde is.³³ Voor subsidies gefinancierd uit het ESF ligt dit punt ingewikkelder. Veel ESF subsidies worden aangewend om werknemers te scholen. Het standpunt van de Commissie is dat zij de uiteindelijke begunstigden zijn van de genomen maatregelen. Deze natuurlijke personen die profiteren van een subsidie in natura worden niet beschouwd als ondernemingen die steun ontvangen. Op dit standpunt valt wel iets af te dingen. Ten eerste stromen de Europese gelden feitelijk naar scholingsinstellingen, die wel als onderneming kunnen worden aangemerkt.³⁴ Om te voorkomen dat zij worden bevoordeeld worden ontvangers van ESF subsidies doorgaans verplicht de aanbestedingsregels in acht te nemen, zodat niet meer dan een marktconforme prijs voor de opleidingen wordt betaald. Dat neemt niet weg dat voor deze instellingen een markt wordt gecreëerd. Ten tweede ontvangt ook de werkgever van degene die een ESF-cursus volgt een voordeel, namelijk een hoger opgeleide werknemer. Lidstaten zouden kunnen besluiten alleen werknemers in bepaalde bedrijfstakken te subsidiëren om bijvoorbeeld te voorkomen dat de productie naar een andere EU-lidstaat wordt verplaatst. Uit interviews met vertegenwoordigers van de Europese Commissie is gebleken dat de Europese Commissie er vooral uit praktisch oogpunt van uitgaat dat de ESF-subsidies ten goede komen aan de uiteindelijke begunstigde, de werknemer, en er dus doorgaans geen sprake is van staatssteun. Er wordt wel streng op toegezien dat de ESF-cursussen tegen een marktconforme prijs worden ingekocht, wat leidt tot de nodige geschillen.³⁵

4. Staatssteun in de vorm van Europese subsidie

Wat betekent het feit dat Europese subsidies en de bijbehorende cofinanciering staatssteun kunnen vormen voor de Nederlandse uitvoeringspraktijk? In ieder geval dat bestuursorganen steeds zorgvuldig dienen na te gaan of het voornemen tot verstrekking daarvan aan de Europese Commissie moet worden gemeld op grond van art. 108 VWEU (paragraaf 4.1). Soms geeft de sectorale Europese subsidieregeling daarvoor specifieke aanwijzingen, in andere gevallen dienen de algemene regels van het staatssteunrecht te worden gevolgd. Verder blijkt in de praktijk de vraag te leven hoe besluiten waarin aanvragen om een Europese subsidie en de bijbehorende cofinanciering op grond van een staatssteunargument worden afgewezen het best kunnen worden vormgegeven (paragraaf 4.2). Ook komt het in de praktijk regelmatig voor dat bestuursorganen besluiten de verstrekking van een Europese subsidie (en cofinanciering) niet te melden bij de Europese Commissie en concurrenten van de ontvanger daar bezwaar tegen hebben. In paragraaf 4.3 behandelen wij de mogelijkheden die zij hebben om de vermeende onrechtmatige steunverlening aan te kaarten bij het desbetreffende bestuursorgaan en de bestuursrechter en de manier waarop de laatste daarop dient te reageren. Ten slotte wordt ingegaan op de vraag in welke gevallen en op welke wijze Europese subsidies en de nationale cofinanciering door Nederlandse bestuursorganen moeten worden ingetrokken en

teruggevorderd ten gevolge van de Europese staatssteunregels (paragraaf 4.4).

4.1 De meldplicht

Een zeer belangrijke in het Europese staatssteunrecht neergelegde eis is dat steunmaatregelen op grond van art. 108 VWEU bij de Europese Commissie moeten worden gemeld. Tot goedkeuring van de Commissie is verkregen, geldt de zogenaamde standstill verplichting. Er gelden echter uitzonderingen op deze meldplicht, waarvan de belangrijkste zijn neergelegd in de zogenaamde de-minimis-regels en de vrijstellingsverordeningen.³⁶

Van groot belang is verder dat vaak uit de Europese subsidieregeling zelf volgt in welke gevallen aanmelding bij de Europese Commissie niet noodzakelijk is. Zo geldt de aanmeldingsplicht blijkens de toepasselijke Europese regelgeving niet voor de Europese subsidies en cofinanciering die in het kader van het EVF worden verstrekt die deel uitmaken van het operationeel programma dat door de Commissie is goedgekeurd.³⁷ Voor ELFPO-subsidies is één kader gecreëerd voor de beoordeling of Europese subsidies, de nationale cofinanciering en extra nationale subsidies voldoen aan de

DG AGRI. Deze interviews zijn afgenomen in het kader van het promotieonderzoek 'De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland' verricht door Jacobine van den Brink dat in december 2012 zal worden verdedigd.

31. Zie ook Zuleger 2008, p. 372 e.v. Zie verder S.M.M. Schouten, *Nederlandse werkgelegenheidssteun in een Europeesrechtelijk kader* (diss. UU), Deventer: Kluwer 1997, p. 82, voetnoot 47, die opmerkt dat de lidstaten sinds de ingrijpende hervorming van het Europese structuurbeleid in 1988 een grotere beleids- en bestedingsvrijheid hebben gekregen inzake de toekenning van Europese subsidies.
32. HvJEG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 21. Zie ook HvJEG 23 maart 2006, C-237/04 (*Enirisorse/Sotacarbo*), *Jur.* 2006, p. I-2843, r.o. 28; HvJEG 3 maart 2005, C-172/03 (*Heiser*), *Jur.* 2005, p. I-1627, r.o. 28. Zie hieromtrent ook Bacon 2009, p. 35 e.v.; J.R. van Angeren & W. den Ouden, 'Subsidiericht en staatssteun: wetgever en rechter.' In: B. Hessel & J.R. van Angeren (red.), 'Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht' *VAR-reeks*, 134, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 75-204, p. 96.
33. Zie art. 2 van de Verordening nr. 288/2009 waarin is bepaald dat de in art. 103 octies bis van Verordening nr. 1234/2007 bedoelde steun is bestemd voor kinderen die regelmatig aanwezig zijn in door de bevoegde autoriteiten van een lidstaat beheerde of erkende onderwijsinstellingen.
34. Zij kunnen worden aangemerkt als indirecte begunstigden. Zie ook HvJEU 28 juli 2011, C-403/10P (*Mediaset*), niet gepubliceerd, waaruit volgt dat steun aan individuele consumenten indirecte staatssteun aan ondernemingen kan opleveren.
35. Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 februari 2012, 201103388/1/A2 en ABRvS 2 augustus 2006, 200502437/1.
36. Zie hieromtrent W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, 'Subsidiericht', *Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht*, tweede herziene druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 271 e.v.
37. Zowel in de richtsnoeren voor de visserij en aquacultuur als in art. 7 van de Verordening nr. 1198/2006 is bepaald dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn op de financiële bijdragen van de lidstaten aan EVF-projecten die onderdeel zijn van het Operationeel Programma; deze

Europese staatssteunregels.³⁸ Uit deze ingewikkelde regeling blijkt dat Europese subsidies, cofinanciering en extra nationale subsidies aan landbouwers niet behoeven te worden aangemeld bij de Europese Commissie indien de subsidies zijn goedgekeurd in het operationeel programma door DG Landbouw en Visserij.³⁹ Europese subsidies, cofinanciering en extra nationale steun kunnen in het kader van ELFPO ook aan niet-landbouwers worden verstrekt. Ook deze subsidies dienen in het operationeel programma te worden opgenomen, maar in sommige gevallen – namelijk wanneer de voorgestelde subsidies niet onder de-minimisverordeningen vallen – is aanmelding bij DG Mededinging alsnog noodzakelijk.⁴⁰

In de Nederlandse uitvoeringspraktijk leidt deze regeling tot veel hoofdbreken. De vraag die in de praktijk speelt is of een landbouwer voor bepaalde activiteiten waarvoor hij een Europese subsidie ontvangt kan transformeren tot een gewone ondernemer,⁴¹ bijvoorbeeld wanneer hij subsidie ontvangt voor hernieuwing van energie op landbouwbedrijven. Voor zover de landbouwer met de door hem gewonnen energie zijn landbouwbedrijf van energie voorziet, ontvangt hij de Europese subsidie als landbouwer. Maar soms produceren landbouwers meer energie dan benodigd en verkopen zij de rest; in dat geval valt de geproduceerde energie buiten de landbouwsfeer en onderscheidt deze aanbieder zich niet langer van andere energieproducenten. Hij lijkt zodoende te kwalificeren als een ondernemer. Dan rijst de vraag of de Europese subsidie waarmee de voorzieningen voor de energieproductie werden gefinancierd wél onder de staatssteunregels valt. Het is in dat geval bijzonder lastig te bepalen welk deel van de subsidie als staatssteun moet worden aangemerkt, nu een deel van de subsidie zal zijn besteed aan constante kosten. Een verdere complicerende factor is het feit dat op het moment van verstrekking van de Europese subsidie niet duidelijk was of en zo ja in hoeverre de landbouwer meer zou produceren dan nodig voor zijn eigen landbouwbedrijf. Op dat moment zal er doorgaans geen aanleiding tot aanmelding zijn. Het operationeel programma voorziet immers in de verstrekking van Europese subsidies aan landbouwers voor het winnen van energie. Moet bij verkoop van herwonnen energie de ELFPO-subsidies worden ingetrokken omdat achteraf bezien de subsidie voor dat deel aan een onderneming is verstrekt? Het zou ons vreemd voorkomen indien landbouwers om problemen te voorkomen een overschot aan herwonnen energie ongebruikt zouden moeten laten.

In de praktijk blijkt de vraag of de Europese subsidie en cofinanciering als staatssteun dient te worden aangemeld bij de Europese Commissie ook vaak lastig te beantwoorden voor EFRO-subsidies. Daarover is in de toepasselijke Europese regelgeving namelijk niets specifiek geregeld. Dat is begrijpelijk nu de operationele programma's in het kader van EFRO veel globaler zijn dan de programma's die ter uitvoering van het ELFPO en het EVF worden vastgesteld. Uit de EFRO-programma's kan dan ook moeilijk worden afgeleid aan welke ondernemingen uiteindelijk Europese subsidies zullen worden verleend en dus ook niet of zij staatssteun inhouden.⁴² Verder is van belang dat voor de ELFPO- en EVF-subsidies geldt dat respectievelijk DG Landbouw en plattelandontwikkeling en DG Visserij en Aquacultuur op grond van art. 42 VWEU zowel het operationeel programma goedkeuren als bevoegd zijn om te beoordelen of sprake is van staatssteun voor zover deze aan landbouwers en on-

dernemingen in de visserijsector wordt verstrekt. Met andere woorden: de bevoegdheid om te beslissen over het verstrekken van Europese subsidies enerzijds en nationale staatssteun anderzijds, ligt in één hand. Voor EFRO-subsidies geldt echter dat DG Regio – het DG dat verantwoordelijk is voor het EFRO – het operationeel programma goedkeurt, terwijl DG Mededinging onverkort bevoegd is te beslissen over de verenigbaarheid van de subsidiëring van projecten met de Europese staatssteunregels. Er heeft in het Comité van Toezicht dat toezicht houdt op de uitvoering van de programma's in de lidstaten weliswaar een vertegenwoordiger van de Commissie zitting, maar dat betreft een vertegenwoordiger van DG Regio en niet van DG Mededinging. Bovendien heeft deze vertegenwoordiger slechts een raadgevende stem. Noch uit de goedkeuring van het operationeel programma, noch uit de aanwezigheid van een Commissievertegenwoordiger mag derhalve worden afgeleid dat de Europese Commissie akkoord is met de subsidiëring van een bepaald, concreet project dat geldt als uitvoering van het programma.⁴³

Het voorgaande betekent dat bij de verstrekking van EFRO-subsidies en cofinanciering in beginsel zal moeten worden getoetst aan de algemene staatssteunregels. Dit houdt in dat de EFRO-subsidies moeten worden getoetst aan de de-minimisverordening nr. 1998/2006 en de algemene groeps-

bijdragen hoeven niet te worden aangemeld. Het zou erg onlogisch zijn, indien de aanmeldingsplicht wel voor de Europese subsidie zou gelden.

38. Voor het ELFPO zijn de staatssteunregels neergelegd in de artikelen 88, 89 van de Verordening nr. 1698/2005, art. 57 jo. bijlage II, punt 9 van de Commissieverordening nr. 1974/2006 en de Richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector.

39. Dit is bevestigd in gesprekken met ambtenaren van de Europese Commissie. Dat ELFPO-subsidies die vallen onder een operationeel programma niet behoeven te worden gemeld blijkt ook uit het Commissiebesluit N 376/2010 van 26 april 2011 inzake de aanmelding van de Subsidieverordening Natuur en Landschapsbeheer (hierna: SNL). Op basis van deze verordening worden ook Europese subsidies verstrekt, zoals de subsidies voor agrarisch natuurbeheer, maar blijktens voormeld Commissiebesluit zijn deze buiten de aanmelding gelaten omdat zij vallen onder het operationeel programma van 2007-2013. Zie omtrent de subsidies voor natuurbeheer en de vraag of de staatssteunregels daarop van toepassing zijn ook N. Saanen, 'Met een kanon op een mug schieten? De toepassing van de staatssteunregels op natuurbeheer', *Staatssteun* 2012, p. 59-66. In laatst genoemde bijdrage wordt ingegaan op voormeld Commissiebesluit, maar geen aandacht besteed aan het feit dat de Europese subsidies die op grond van de SNL-regeling worden verstrekt buiten de aanmelding zijn gehouden omdat zij onder een goedgekeurd operationeel programma vallen. Dit zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat ook Europese natuurbeheersubsidies wel moeten worden aangemeld.

40. Zie bijlage II, punt 9, onder B, van de Commissieverordening nr. 1975/2006.

41. Dit is gebleken uit interviews met de Europese Commissie.

42. Zie hieromtrent ook Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 150.

43. Zie art. 64, tweede lid, van de Verordening nr. 1083/2006.

vrijstellingsverordening nr. 800/2008.⁴⁴ Indien op basis van deze verordeningen tot de conclusie wordt gekomen dat de Europese subsidie niet is vrijgesteld van aanmelding, dient de Europese subsidie bij de Europese Commissie, DG Mededinging, te worden aangemeld. Bij de beoordeling door de Europese Commissie van de aanmeldingen van deze te verstrekken Europese subsidies kunnen de O&O&I-kaderregeling,⁴⁵ de richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicokapitaal investeringen in MKB⁴⁶ en de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen 2007-2013⁴⁷ relevant zijn.

Aanmelding bij de Europese Commissie is vanzelfsprekend niet aan de orde wanneer de te verstrekken Europese subsidie en de daarbij behorende cofinanciering onder een reeds door de Europese Commissie (DG COMP) goedgekeurde subsidieregeling valt. De daarop volgende verstrekingsbesluiten voor de Europese subsidies en de flankerende nationale cofinanciering vallen dan binnen deze aangemelde regeling, tenzij de Commissie in de goedkeuringsbeschikking anders heeft bepaald. Een voorbeeld van een dergelijke goedgekeurde subsidieregeling biedt de Omnibus Decentraal Regeling die door de Nederlandse decentrale overheden is aangemeld bij de Europese Commissie en ook is goedgekeurd. Op grond van deze regeling is het onder meer mogelijk om EFRO-subsidies te verstrekken voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie en ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen. Uit interviews met vertegenwoordigers van decentrale overheden die zijn belast met het verstrekken van EFRO-subsidies is gebleken dat zij ervoor zorgdragen dat de verstrekking van deze subsidies en de bijbehorende cofinanciering binnen de kaders van de Omnibus Decentraal Regeling valt. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de uitvoering van projecten gefinancierd met Europese subsidies wordt vertraagd door een aanmeldingsprocedure bij de Europese Commissie.

In de uitspraak Martiniplaza, die in de inleiding van deze bijdrage is besproken, ging het om de situatie waarin de nationale cofinanciering door een ander bestuursorgaan was verstrekt dan de Europese subsidie. In dergelijke gevallen kan de vraag opkomen welk bestuursorgaan de melding op zich dient te nemen. Op grond van de Costanzo-verplichting is uiteraard ieder bestuursorgaan gehouden om de Europese staatssteunregels na te leven. Lastig is echter dat de cofinanciering dan wel de Europese subsidie afzonderlijk bezien onder de de-minimis-vrijstelling kunnen vallen, maar het verstrekken van de cofinanciering en de Europese subsidie gezamenlijk aan één en dezelfde onderneming wel aanmeldingsplichtig kan zijn. Om te voorkomen dat hierover discussies ontstaan, is in de praktijk in veel gevallen gekozen voor het leggen van de bevoegdheid tot het verstrekken van de Europese subsidie en de nationale cofinanciering – ook als deze van een ander bestuursorgaan afkomstig is – in de hand van één bestuursorgaan. De Rijkscofinanciering in het kader van EFRO wordt bijvoorbeeld niet verstrekt door de Minister van EL&I, maar door GS van Gelderland, GS van Noord-Brabant, B&W van de gemeente Rotterdam en het DB van SNN, de autoriteiten die ook de Europese subsidie verstrekken.⁴⁸ Deze managementautoriteiten zijn vervolgens verantwoordelijk voor de beoordeling of sprake is van staatssteun en zo ja of de steun moet worden aangemeld.⁴⁹ Het voorgaande laat zien dat Europeesrechtelijk niet altijd duidelijk is in hoeverre een Europese subsidie en de daar-

bij behorende cofinanciering moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Op nationaal niveau kan dit vraagstuk worden opgelost door een nationale subsidieregeling aan te melden bij de Europese Commissie en op die grondslag en binnen de grenzen van die regeling ook Europese subsidies te verstrekken. Afstemmingsproblemen tussen subsidieverstrekende bestuursorganen kunnen worden voorkomen door de verstrekking van de Europese subsidie en bijbehorende nationale cofinanciering in de hand van één bestuursorgaan te leggen.

4.2 Grondslag van een afwijzingsbesluit

Indien de Europese subsidie en de cofinanciering bij de Europese Commissie is gemeld zal deze per besluit beoordelen of de betreffende steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Mocht dat naar het oordeel van de Commissie niet het geval zijn volgt, als bekend, een negatief besluit en mag de steunmaatregel niet ten uitvoer worden gelegd. Dat betekent dat de subsidieaanvraag alsnog zal moeten worden geweigerd. Dergelijke weigeringsbesluiten vinden hun grondslag in de Europese staatssteunregels. Uit de Europese subsidieregelingen volgt namelijk slechts dat de Europese staatssteunregels in acht moeten worden genomen; niet tot welke consequenties dit moet leiden wanneer de Commissie een concrete steunmaatregel niet verenigbaar acht met de gemeenschappelijke markt. Er is, met andere woorden, in de Europese regelgeving geen expliciete weigeringsplicht of bevoegdheid neergelegd voor het nationaal bestuursorgaan dat de Europese subsidie verstrekt.

Voor zover de Europese subsidies en de cofinanciering in Nederland worden verstrekt door een minister bieden de Subsidiekaderwetten de nodige expliciete bevoegdheid. Daarin is bepaald dat een aanvraag kan worden afgewezen, voor zover subsidieverstrekking in strijd zou zijn, respectievelijk in strijd is, met ingevolge een verdrag voor de Staat geldende verplichtingen,⁵⁰ waarbij de discretionaire formulering bepaald opvallend kan worden genoemd. Op grond van voor Nederland geldende Europese verplichtingen is de minister in die gevallen immers daartoe verplicht. Gelijksortige bepalingen zijn soms te vinden in provinciale subsi-

-
44. Voor extra nationale steun die wordt verstrekt aan landbouwers (op grond van art. 89 van de ELFPO-verordening) en de visserijsector (op grond van art. 7, derde lid, van de Verordening nr. 1198/2006) gelden speciale de-minimis-vrijstellingsverordeningen, namelijk Verordening nr. 736/2008 (vrijstelling mkb visserij); Verordening nr. 875/2007 (de-minimis visserij); Verordening nr. 1875/2006 (vrijstelling mkb landbouw) en Verordening nr. 1535/2007 (de-minimis landbouw).
 45. De communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, *Pb.* 2006, C 323/1.
 46. *Pb.* 2006, C 194/2.
 47. *Pb.* 2006, C 54/13.
 48. Dit is geregeld in de Subsidieregeling EFRO doelstelling 2, *Stcrt.* 2007, 222.
 49. Omdat het om decentrale overheden gaat, verloopt de aanmelding via het Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale Overheden van het ministerie van BZK.
 50. Zie bijvoorbeeld art. 7, eerste lid, van de Kaderwet SZW-subsidies.

dieverordeningen.⁵¹ Voor zover zij ontbreken, wat vooral op gemeentelijk niveau nogal eens voorkomt, moeten nationale uitvoeringsorganen de weigering inbedden in hun doorgaans discretionaire bevoegdheid om op aanvragen te beslissen. Inmiddels is bij de Tweede Kamer (al enige tijd) het Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun aanhangig.⁵² Hoewel dit wetsvoorstel hoofdzakelijk is gericht op het vereenvoudigen van de terugvordering van ongeoorloofde staatssteun, bevat het ook een uitbreiding van art. 4:35 van de Awb, dat algemene weigeringsgronden voor subsidieaanvragen bevat. Daaraan zal worden toegevoegd dat een subsidieaanvraag wordt geweigerd indien de Commissie van de Europese Gemeenschappen met toepassing van art. 88, tweede lid, van het EG-verdrag⁵³ heeft vastgesteld dat de subsidie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In art. 4:15, eerste lid, van de Awb zal in dat verband worden bepaald dat het bestuursorgaan een beslissing op de aanvraag kan aanhouden tot de dag waarop de Commissie een beslissing heeft bekendgemaakt over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van de aangemelde subsidie, waardoor problemen met nationale beslistermijnen voor de behandeling van aanvragen kunnen worden voorkomen.

Hoewel het opnemen van deze expliciete weigeringsgrond in de Awb (en dus geldend voor alle subsidieverstrekkingen) vanuit staatssteunperspectief kan worden toegejuicht, blijft er nog wel wat te wensen over. De bepaling noemt slechts de situatie waarin de subsidie is aangemeld bij de Europese Commissie en deze de steun niet verenigbaar acht.⁵⁴ Dit is een gemiste kans. Immers een aanmelding bij de Europese Commissie kan veel tijd en bestuurlijke energie kosten en zal lang niet altijd nodig zijn. Zoals bekend zijn nationale autoriteiten bevoegd alle toepasselijke vrijstellingsverordeningen, kaderregelingen en richtsnoeren toe te passen. Zij kunnen op die basis tot de conclusie komen dat de subsidie op grond van de Europese staatssteunregels (naar alle waarschijnlijkheid) zal moeten worden geweigerd en ervoor kiezen de aanvraag af te wijzen. Wij menen dat zij in de meeste gevallen ook bevoegd zijn om (na zorgvuldige afweging van belangen) de aanvraag te weigeren omdat zij twijfelen aan de toelaatbaarheid van de steun en/of aanmelding disproportioneel veel werk vinden. In die gevallen is er geen voorneemen tot verstrekking van een subsidie dat bij de Commissie dient te worden gemeld. Desalniettemin heeft het staatssteunrecht een rol gespeeld in het nemen van het weigeringsbesluit.

Strikt genomen staat de nieuwe voorgestelde bepaling in art. 4:35 Awb er niet aan in de weg dat (mede) op grond van het staatssteunrecht wordt geweigerd, maar misverstanden op dat vlak zullen eenvoudig kunnen ontstaan. De tekst van het voorstel leidt gemakkelijk tot de gedachte dat er een meldplicht is voor bestuursorganen, in dit soort gevallen, alvorens het staatssteunrecht als weigeringsgrond kan worden gehanteerd. Om die misvatting te voorkomen zou een aangepaste wettekst wenselijk zijn. Te denken valt aan een formulering vergelijkbaar met die in de huidige Subsidiekaderwetten: een subsidieaanvraag wordt geweigerd voor zover subsidieverstrekking in strijd zou zijn respectievelijk volgens de Europese Commissie in strijd is met de Europese staatssteunregels.

4.3 Het besluit tot verstrekking van Europese subsidies wordt aangevochten door een concurrent

Wanneer een nationaal bestuursorgaan van oordeel is dat de verstrekking van een Europese subsidie en cofinanciering niet leidt tot onverenigbare staatssteun en dus niet hoeft te worden aangemeld, kan dat leiden tot protest van concurrenten van de ontvanger. Datzelfde geldt in gevallen waarin door de Commissie goedgekeurde steunmaatregelen (iets) anders worden uitgevoerd dan in Brussel gemeld.⁵⁵ De concurrent kan zijn klacht voorleggen aan de Europese Commissie met de stelling dat de meldplicht en standstill-verplichting zijn geschonden c.q. dat de goedgekeurde steunmaatregel buiten de voorwaarden van de commissiebeschikking is uitgevoerd, waarna als bekend een onderzoek kan volgen. Hij kan er echter ook voor kiezen het gewraakte steunbesluit op nationaal niveau aan te vechten. In Nederland dient in dat geval de bestuursrechtelijke weg te worden bewandeld, nu een subsidierelatie als gevolg van titel 4.2 Awb publiekrechtelijk moet worden vormgegeven.⁵⁶ Dat betekent in de meeste gevallen dat de concurrent het gewraakte subsidiebesluit in bezwaar dient aan te vechten (art. 7:1 Awb). Weliswaar kan dat alleen als hij kwalificeert als belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb, maar dat begrip wordt in dit verband breed uitgelegd in de jurisprudentie.⁵⁷ Wel is van groot belang dat de concurrent zijn bezwaren tijdig naar voren brengt in een officieel bezwaarschrift. Uit re-

51. Zie bijvoorbeeld art. 19, eerste lid, van de Subsidieverordening inrichting landelijk gebied Utrecht 2006.
52. Zie een voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen. Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 1, 2, 3 en 4. Zie omtrent dit wetsvoorstel P.C. Adriaanse & W. den Ouden, 'Effectuering van het staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008, 9, p. 304-315; N.H.A. Gorissen, 'Het 'tweesparenbeleid' inzake terugvordering van staatssteun en communautaire steun', *TFB* 2009, p. 6-13; P.C. Adriaanse & J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 669-686 en A.J. Metselaar & P.C. Adriaanse, 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *Staatssteun* 2011, p. 57-63.
53. Naar wij mogen aannemen wordt dit nog veranderd in art. 108, tweede lid, VWEU.
54. Zie Adriaanse & Den Ouden 2008, p. 311.
55. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de Vogelaarzaak die heeft geleid tot een uitspraak van de ABRvS van 2 november 2011, *AB* 2012, 156, m.nt. S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar. Daarover P.J. Kreijger in dit blad: 'De Vogelaarheffing gered voor de eindstreep', *Staatssteun* 2012, p. 10-13. Zie ook N. Saanen, 'De Vogelaarheffing', *NTER* 2011, p. 46-53.
56. Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 157 e.v.
57. Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 17 augustus 2011, *AB* 2011, 316, m.nt. W. den Ouden waarin expliciet wordt

cente jurisprudentie is gebleken dat de ABRvS bezwaren tegen subsidievaststellingsbesluiten op grond van het staatssteunrecht niet meer beoordeeld als deze bij het verleningsbesluit al aan de orde hadden kunnen worden gesteld door de concurrent. Op grond van de leer van de formele rechtskracht is het verleningsbesluit onaantastbaar geworden, ook in geval van gestelde strijd met het staatssteunrecht aldus de Afdeling.⁵⁸

In bezwaar zal het verstreckende bestuursorgaan het besluit tot verlening van de Europese subsidie (en cofinanciering) moeten heroverwegen (ook) op grond van het staatssteunrecht. Tegen de uitkomst van die heroverweging, de beslissing op bezwaar, staat vervolgens beroep open bij de bestuursrechter (art. 8:1 Awb). Zo kan deze worden geconfronteerd met bijvoorbeeld de vraag of de verstreckte Europese subsidie en cofinanciering zijn aan te merken als staatssteun die op grond van de rechtstreeks werkende standstill-bepaling neergelegd in art. 108, derde lid, VWEU nog niet verstrekt had mogen worden en daarmee onwettig zijn,⁵⁹ of in strijd met een goedkeuringsbesluit feitelijk zijn uitgevoerd. De bestuursrechter is gehouden om in dit soort geschillen effectieve rechtsbescherming te bieden. In dat kader is hij bevoegd (en wordt hij gedwongen) het begrip staatssteun uit te leggen en toe te passen in het aan hem voorgelegde geval. Vanzelfsprekend bestaat er de mogelijkheid om aan de Europese Commissie advies te vragen⁶⁰ en kan hij prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie, maar Nederlandse bestuursrechters lijken daartoe van nature niet erg geneigd. In de enkele gevallen waarin Nederlandse rechters wel vragen stelden aan de Europese Commissie, leidde dit niet altijd tot een bevredigend resultaat.⁶¹ Wanneer de rechter naar aanleiding van klachten van concurrenten twijfelt aan de toelaatbaarheid van de steun is de meest gekozen oplossing dan ook het subsidieverleningsbesluit in strijd met art. 3:2 van de Awb te verklaren.⁶² Daarmee wordt het geschil terugverwezen naar de bezwaarfase waar het bestuursorgaan opnieuw aan de slag kan met de staatssteunkwestie. Recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ook gebruik gemaakt van de mogelijkheid de zaak 'te lussen' op grond van art. 8:51a, eerste lid, van de Awb.⁶³ Ook dit heeft tot gevolg dat het bestuursorgaan zich opnieuw over de vraag of sprake is van ten onrechte niet-aangemelde staatssteun dient te buigen, zij het dat dit wel sneller gaat dan vernietiging op formele gronden en een terugverwijzing. Hoewel deze aanpak past in de Nederlandse rechtscultuur waarin de bestuursrechter de feiten – in dit geval of sprake is van staatssteun die had moet worden aangemeld – in een geschil in beginsel niet zelf vaststelt, maar toetst of de feitenvaststelling door het bestuursorgaan zorgvuldig en volledig is geweest, heeft deze aanpak tot gevolg dat het lastig is om de concurrent direct te beschermen.⁶⁴ Het primaire besluit waarbij de subsidie werd verleend, blijft immers in stand waardoor van terugvordering van de reeds verstrekte gelden nog geen sprake kan zijn.

4.4 De verplichting tot terugvordering van Europese subsidies en de nationale cofinanciering door bestuursorganen op grond van de Europese staatssteunregels

Een vierde vraag die kan spelen in de uitvoeringspraktijk van Europese subsidies in relatie tot het staatssteunrecht heeft betrekking op de verplichting tot het terugvorderen van Europese subsidies en de nationale cofinanciering inclu-

sief rente omdat is gebleken dat sprake is van onrechtmatig verstrekte steun. Wij onderscheiden drie situaties. Allereerst het geval waarin zich in het kader van de verstrekte Europese subsidie onregelmatigheden hebben voorgedaan en de Europese Commissie heeft besloten de desbetreffende Europese subsidie niet aan Nederland te vergoeden, dan wel van Nederland terug te vorderen. In geval van onregelmatigheden is het subsidieverstreckende bestuursorgaan op grond van de Europese subsidieregeling gehouden om de Europese subsidie en in veel gevallen ook de nationale cofinanciering terug te vorderen van de eindontvanger van de Europese subsidie. Het komt echter voor dat het Nederlands bestuursorgaan daarvan afziet en de reeds verstrekte gelden ten laste van de eigen begroting laat komen, bijvoorbeeld omdat het van mening is dat de onregelmatigheden deels aan zichzelf zijn te wijten. Voor de Europese subsidies en de bijbehorende nationale cofinanciering waarvoor geldt dat zij wat betreft de Europese staatssteunregels louter zijn 'gedekt' omdat zij worden verstrekt op grond van een Europese subsidieregeling, dan wel een operationeel programma, rijst evenwel de vraag in hoeverre deze subsidies transformeren tot staatssteun die (alsnog) moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. De Europese Rekenkamer is blijkens het jaarverslag over de EU-begroting 2011 van mening dat Europese landbouwsubsidies die in strijd met het EU-recht niet door nationale uitvoeringsor-

overwogen dat volgens vaste rechtspraak een derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit tot subsidieverlening kan worden aangemerkt indien de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten. Ook het naderende relativiteitsvereiste zal weinig veranderen in de rechtsbescherming van concurrenten.

58. ABRvS 17 augustus 2011, *AB* 2011, 316, m.nt. W. den Ouden en eerdere uitspraak genoemd in de noot. Er is gerede kritiek mogelijk op deze uitspraak, zie Den Ouden in genoemde annotatie en R.G.J.M. Widdershoven in de annotatie onder ABRvS 4 mei 2011, *AB* 2011, 318.
59. Vergelijk P.C. Adriaanse, 'Procederen over staatssteun voor Nederlandse rechters', *Staatssteun* 2011, p. 13-21, p. 13.
60. Zie randnummer 77 e.v. van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, 2009/C/85/01. Zie hieromtrent ook Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 275.
61. CBB 14 december 2006, *AB* 2007, 136, m.nt. Adriaanse en Den Ouden en CBB 10 juli 2007, *AB* 2008, 68, m.nt. Adriaanse en Den Ouden. Zie ook ABRvS 11 juni 2008, *AB* 2008, 371, m.nt. P.C. Adriaanse.
62. ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004, 262, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden, *Gst.* 2004, 120, m.nt. C.T. Dekker. Zie ook Rb Amsterdam 5 augustus 2004, *LJN* AQ6500. Zie omtrent de terughoudende opstelling van de Nederlandse (bestuurs)rechter ook Metselaar & Adriaanse 2011, p. 60.
63. Zie ABRvS 6 juni 2012, *LJN* BW7642. Deze mogelijkheid was al geopperd door P.C. Adriaanse & J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 669-686, p. 682.
64. P.C. Adriaanse & W. den Ouden, 'Effectivering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2009, p. 304-315, p. 306; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 278.

ganen worden teruggevorderd, transformeren tot niet-goedgekeurde steun.⁶⁵ De Europese Commissie stelt zich op het meer genuanceerde standpunt dat de terugbetalingsverplichting niet geldt, indien de betaling is verricht ten gevolge van een fout van een nationaal orgaan dat de Europese subsidie verstrekt en de fout redelijkerwijs niet door de landbouwer kon worden ontdekt. In dat geval transformeert de ten onrechte uitgekeerde Europese subsidie volgens de Commissie dus niet tot staatssteun.⁶⁶ Op dit punt bestaat (nog) geen Europese jurisprudentie.

In de tweede plaats is het mogelijk dat de Europese Commissie een bevel tot terugvordering van Europese subsidies, de bijbehorende cofinanciering en de daarover genoten rente, geeft op basis van de Procedureverordening 659/1999. In dat geval moet dat bevel door het Nederlandse bestuursorgaan dat de gewraakte subsidie verstrekte worden uitgevoerd, door het nemen van de nodige intrekking- en terugvorderingsbesluiten.⁶⁷ Deze verplichting is niet neergelegd in de Europese subsidiereggeving, maar in de Europese staatssteunregels. Het is de vraag op welke grondslag zo een intrekking- en terugvorderingsbesluit kan worden genomen. Omdat de Europese subsidie en de bijbehorende cofinanciering doorgaans als subsidies in de zin van titel 4.2 van de Awb zijn weggezet, zijn Nederlandse bestuursorganen doorgaans aangewezen op de daarin neergelegde bevoegdheden tot lagere vaststelling en intrekking van subsidies. De subsidietitel biedt echter geen grondslag voor de terugvordering van staatssteun indien niet is voldaan aan de op grond van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen limitatief geformuleerde gronden tot intrekking en lagere vaststelling neergelegd in de art. 4:46, 4:48 en 4:49 van de Awb. De intrekkinggrond dat een subsidie lager kan worden vastgesteld indien de subsidieontvanger wist of behoorde te weten dat de subsidieverstreking onjuist is ziet, blijkens de memorie van toelichting, op kennelijke fouten van het bestuursorgaan; dat wil zeggen overduidelijke fouten die voor de subsidieontvanger meteen duidelijk hadden moeten zijn. Het is de vraag of het feit dat achteraf blijkt dat de subsidie in strijd met de staatssteunregels is verstrekt daaronder valt. Daarbij komt dat het gaat om discretionaire bevoegdheden, er geen bevoegdheid bestaat om genoten rente te vorderen⁶⁸ en indien de subsidie eenmaal is vastgesteld een verjaringstermijn geldt van vijf jaar.⁶⁹ Wel zijn in de al genoemde Subsidiekaderwetten bepalingen opgenomen om aan de Europese verplichting tot terugvordering van staatssteun en het vorderen van rente te kunnen voldoen.⁷⁰ De Kaderwetten bieden echter alleen een bevoegdheid tot terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun, voor zover het gaat om Europese subsidies en bijbehorende cofinanciering die door de ministers zijn verstrekt. Dit betekent dat decentrale overheden die Europese subsidies verstrekken deze bevoegdheid niet kunnen toepassen.⁷¹ Weliswaar hebben sommige met de Subsidiekaderwetten vergelijkbare bepalingen in hun autonome subsidieverordeningen neergelegd, maar dit is strikt genomen in strijd met de subsidietitel van de Awb. Daarvan mag immers slechts bij wet in formele zin worden afgeweken. Zolang op nationaal niveau geen wettelijke regeling bestaat, is het voor decentrale overheden dan ook erg lastig om aan de Europese verplichting tot terugvordering van de staatssteun gevolg te geven, indien lagere vaststelling en intrekking op grond van de subsidietitel van de Awb strikt genomen niet tot de mogelijkheden behoort. In de praktijk worden de bepalingen van de subsidietitel van de Awb in

dat geval EU-conform geïnterpreteerd;⁷² een schoonheidsprijs verdient dit echter niet. Verder is het niet mogelijk om over te gaan tot het vorderen van genoten rente over de ten onrechte ontvangen staatssteun.⁷³ Het wachten is op de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun. De in de Awb op te nemen titel 4.2A 'Terugvordering van staatssteun' kan ook worden gebruikt om Europese subsidies en de bijbehorende cofinanciering terug te vorderen die in strijd met de Europese staatssteunregels zijn verstrekt. In de derde plaats is het mogelijk dat (soms achteraf) bij het bestuursorgaan zelf – bijvoorbeeld na klachten van de concurrent – twijfels ontstaan over de geoorlooftheid van de Europese subsidie en cofinanciering in het licht van het staatssteunrecht. Ook indien een terugvorderingsbeschikking van de Europese Commissie ontbreekt, lijkt een bestuursorgaan op grond van de Europese staatssteunregels en het beginsel van loyale samenwerking gehouden om onrechtmatig verstrekte staatssteun in te trekken en terug te vorderen.⁷⁴ Dat de onjuiste subsidieverstreking is te wijten aan het bestuursorgaan, doet daaraan niet af. Ook in dat geval rijst het probleem dat de subsidietitel van de Awb niet altijd toereikend zal zijn om de Europese subsidie en de bijbehorende cofinanciering in te trekken en terug te vorderen. Problematisch is dat het Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun dit probleem niet oplost, nu dit voorstel alleen een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering van staatssteun mogelijk maakt indien sprake is van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie of van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. Indien het bestuursorgaan zelf dan wel na klachten van een concurrent tot de conclusie

65. Zie het jaarverslag over de EU-begroting 2010 op p. 79.

66. Zie het jaarverslag over de EU-begroting 2010 op p. 79.

67. Zie art. 14, derde lid, van de Verordening nr. 659/1999.

68. Van belang daarbij is dat de ABRvS heeft bepaald dat voor het vorderen van rente een publiekrechtelijke grondslag noodzakelijk is. Zie ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123, m.nt. NV. In de uitspraak Fleuren/Compost (ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden) heeft de Afdeling voorts uitgemaakt dat de minister noch aan de Verordening nr. 659/1999, noch aan de terugvorderingsbeschikking van de Commissie, noch aan art. 88 EG-verdrag (thans art. 107 VWEU) rechtstreeks een bevoegdheid kan ontfangen tot het vorderen van wettelijke rente bij ten onrechte verstrekte subsidie. Nu ook geen publiekrechtelijke grondslag kan worden gevonden voor het vorderen van wettelijke rente, kan deze vordering slechts worden gebaseerd op het burgerlijk recht, aldus de ABRvS.

69. Tegenover de Europese verjaringstermijn van tien jaar.

70. Zie hieromtrent ook P.C. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007, p. 199-231, p. 205 en 210.

71. Zie hieromtrent ook Adriaanse 2007, p. 210.

72. Zie ook Adriaanse & Van Angeren 2010, p. 674; Metselaar & Adriaanse 2011, p. 58.

73. Althans in ieder geval niet voor zover zij daarvoor geen uitdrukkelijke grondslag hebben neergelegd in eigen subsidiereggeving. Zie daarover Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 111.

74. Zie hieromtrent ook Adriaanse 2011, p. 20-21.

komt dat wel eens sprake zou kunnen zijn van ongeoorloofde staatssteun, bestaat er dus geen andere bevoegdheid tot lagere vaststelling en intrekking dan de bestaande bevoegdheden van de subsidietitel van de Awb, die daartoe EU-conform moeten worden geïnterpreteerd.

5. Conclusies

Het lijkt niet logisch dat Europese subsidies als op grond van het Europese recht verboden staatssteun kunnen kwalificeren; het betreft strikt genomen immers geen staatsmiddelen. Deze bijdrage laat zien dat deze gedachte te simpel is: in beginsel is een Europese subsidie en de nationale cofinanciering die aan een onderneming wordt verstrekt aan te merken als staatssteun. Dit betekent dat Nederlandse bestuursorganen die Europese subsidies verstrekken, naast de vaak complexe Europese subsidieregeling, ook rekening moeten houden met de Europese staatssteunregels. Dit heeft niet tot gevolg dat bestuursorganen die Europese subsidies en daarbij behorende cofinanciering verstrekken altijd tot aanmelding moeten overgaan. Voor sommige Europese subsidies en de daarbij behorende nationale cofinanciering is geregeld dat voor zover zij binnen een door de Europese Commissie goedgekeurd operationeel programma vallen, geen aanmelding behoeft plaats te vinden. Het is ook mogelijk dat Europese subsidies en de cofinanciering op basis van een reeds aangemelde en door de Europese Commissie goedgekeurde nationale steunregeling worden verstrekt.

In deze bijdrage hebben wij een aantal vraagstukken behandeld die het gevolg zijn van de toepasselijkheid van de Europese staatssteunregels op het verstrekken van Europese subsidies en de nationale cofinanciering. Het is in de eerste plaats op basis van de Europese subsidieregeling en staatssteunregels vaak lastig vast te stellen in hoeverre de desbetreffende Europese subsidie en de daarbij behorende cofinanciering moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. De door de Commissie voorgestelde Europese verordeningen voor de volgende programmaperiode 2014-2020 brengen daarin – naar het zich laat aanzien – geen verandering. Complicerende factor daarbij is dat voor de meeste Europese subsidies geldt dat het DG dat verantwoordelijk is voor de Europese subsidieprogramma's, zoals DG Regio (EFRO) en DG Werkgelegenheid (ESF), geen zeggenschap heeft over de toepasselijkheid van de Europese staatssteunregels. Nederlandse bestuursorganen die Europese subsidies verstrekken kunnen dus niet afgaan op informatie van het DG dat het desbetreffende EU-programma beheert, maar dienen hun licht op te steken bij DG Mededinging.

In de tweede plaats roept het Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun – dat een breder bereik heeft dan men op basis van de titel zou verwachten – vragen op wat betreft de grondslag van een besluit tot het afwijzen van een aanvraag op grond van het Europese staatssteunrecht. In het voorgestelde art. 4:35 van de Awb schuilt volgens ons het gevaar dat bestuursorganen ten onrechte menen dat een aanvraag om een subsidie altijd zou moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie, ook als het bestuursorgaan twijfelt aan de toelaatbaarheid van de steun of aanmelding disproportioneel veel werk vindt. Een aangepaste wettekst verdient dan ook de voorkeur: een subsidieaanvraag wordt geweigerd voor zover subsidieverstrekking in strijd zou zijn respectievelijk volgens de Europese Commissie in strijd is met de Europese staatssteunregels.

In de derde plaats is het niet eenvoudig voor concurrenten van de ontvanger van een Europese subsidie om, indien zij van mening zijn dat in strijd met de Europese staatssteunregels een Europese subsidie en cofinanciering is verstrekt, van de Nederlandse bestuursrechter een inhoudelijk oordeel te verkrijgen over de vraag of de Europese subsidie en de cofinanciering is aan te merken als onrechtmatige staatssteun. Wanneer de Nederlandse bestuursrechter naar aanleiding van klachten van concurrenten twijfelt aan de toelaatbaarheid van de desbetreffende subsidie, is de meest gekozen oplossing het subsidieverleningsbesluit in strijd met het in art. 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel te verklaren. Dit heeft tot gevolg dat het subsidieverstrekende bestuursorgaan zich opnieuw over de zaak moet buigen, partijen lang in onzekerheid blijven verkeren en de gestelde concurrentievervalsing (voorlopig) voortduurt. In de vierde plaats zijn wij ingegaan op de problemen die zich voordoen in het kader van de verplichting tot terugvordering van Europese subsidies en de daarbij behorende nationale cofinanciering door bestuursorganen op grond van de Europese staatssteunregels. Geconcludeerd is dat niet duidelijk is in hoeverre wegens onregelmatigheden onrechtmatig geworden Europese subsidies transformeren tot onrechtmatige staatssteun indien zij niet worden teruggevorderd van de eindontvanger van de Europese subsidie. Verder laat deze bijdrage zien dat de omstandigheid dat de terugvordering van onrechtmatige staatssteun in Nederland nog steeds niet goed geregeld is, uiteraard ook geldt in gevallen waarin de onrechtmatige staatssteun een Europese subsidie en de daarbij behorende cofinanciering betreft. Pas wanneer het Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun wordt aangenomen, wordt de terugvordering van onrechtmatige staatssteun door Nederlandse bestuursorganen een stuk gemakkelijker. Jammer genoeg hebben wij moeten concluderen dat het wetsvoorstel niet voor alle problemen omtrent de terugvordering van staatssteun een oplossing biedt. Ook na inwerkingtreding van het voorstel terugvordering staatssteun, iets wat gezien de huidige politieke situatie niet snel mag worden verwacht, zal er nog genoeg te discussiëren over blijven op het snijvlak tussen het recht inzake Europese subsidies en staatssteun in Nederland en Europa.