

TPC

TIJDSCHRIFT VOOR PUBLIC GOVERNANCE,
AUDIT & CONTROL

Zelforganisatie:
een andere controller?

Financiering van
verzelfstandigde
organisaties

Rekenkamers bij
waterschappen

'In control' bij staatssteun?



Sdu

oprecht
de beste
keuze



Mr. A.M.K. Kühler is senior jurist en plaatsvervangend directeur bij het Kenniscentrum Europa decentraal te Den Haag.

Over de staatssteuncontrole bij gemeenten

‘In control’ bij staatssteun?

De (naleving van) Europese staatssteunregelgeving komt steeds meer in de aandacht van (de)centrale overheden en ondernemingen. Zowel subsidiërende overheden als ondernemingen die potentieel benadeeld worden door vermeende, onterecht of onrechtmatig verleende staatssteun – vaak aan andere ondernemingen – stellen zich regelmatig de vraag wat de mogelijkheden zijn om op te treden tegen onrechtmatige of onjuiste toepassing van staatssteunregelgeving. Of beter nog, hoe dit te voorkomen.¹

Door **Ann-Marie Kühler**

Vanuit de focus op gemeentelijke overheden zal in dit artikel concreter worden ingegaan op de vraag hoe de controle op naleving en de correcte toepassing van de staatssteunregels momenteel is vormgegeven binnen gemeenten. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag welke verantwoordelijkheden gemeenten hierbij hebben en welke instrumenten vanuit de optiek van (juridische) planning en control een belangrijke rol spelen bij de controle op staatssteun. Ook komt aan de orde welke onderscheidende risico's het gebruik van deze instrumenten met zich meebrengen of juist beogen te bestrijden.

In het kort zullen de revue passeren: een onderzoek naar vermeende staatssteun door de Europese Commissie, een nationale gerechtelijke- of klachtenprocedure tegen een steunverlenende autoriteit door een concurrent die zich benadeeld voelt, mogelijke terugvorderingsverzoeken staatssteun of schadevergoedingsverzoeken als gevolg hiervan en de rol van voldoende kennisopbouw over staatssteun binnen betrokken organisaties ter voorkoming van het mogelijk verlenen van onrechtmatige staatssteun alsmede de rol van de accountantscontrole hierbij.

Niet(-correcte) naleving staatssteunregels; wat dan?

Om te beginnen is het goed zich te realiseren dan niet alleen het verlenen van subsidies door gemeenten onrechtmatige staatssteun kan meebrengen. Ook bijvoorbeeld garantstellingen, leningen, kortingen op leges of belastingmaatregelen van gemeen-

Samenvatting

Staatsteunrecht is niet langer alleen voer voor juristen. Zowel marktpartijen als publieke entiteiten worden zich steeds meer bewust van het belang van een gedegen staatssteuncontrole en het aantal procedures dat wordt gevoerd over al dan niet vermeende onrechtmatig verleende staatssteun neemt nog steeds toe. Ook voor medewerkers van de Planning & Control (P&C) -afdelingen binnen gemeenten is het van belang enige kennis van staatssteun te hebben en is een aantal instrumenten beschikbaar om de staatssteuntoets naar behoren te kunnen (laten) uitvoeren. Het in brede zin herkennen en opbouwen van kennis over staatssteun binnen steunverlenende instanties en het inzetten van het juiste instrumentarium zijn daarom ook van essentieel belang. Gelukkig zal blijken dat een aantal (actuele) ontwikkelingen op bijvoorbeeld het gebied van accountantscontrole en terugvordering van staatssteun de reeds ingezette tendens van professionalisering van staatssteunkennis en -kunde binnen gemeenten hierbij ook kan gaan ondersteunen.

¹ De auteur is Maarten Aalbers, Pauline A'Campo, Bart van den Biggelaar en Manon Dijkman zeer erkentelijk voor hun waardevolle suggesties bij de totstandkoming van dit artikel.

ten etc. kunnen een financiële steunmaatregel betreffen die op staatssteun *proofness* zal moeten worden getoetst. Op de website van Kenniscentrum Europa decentraal staat welke staatssteunverlenende instrumenten zich zoal kunnen voordoen (zie: europadecentraal.nl).

Er kunnen zich verschillende staatssteunverlenende instrumenten voordoen

In grote lijnen kan zich een aantal scenario's voordoen wanneer bijvoorbeeld een onderneming zich jegens een subsidiërende, gemeentelijke overheid op het standpunt stelt dat de overheid – dan vaak aan directe concurrenten van de onderneming – onrechtmatig financiële steun heeft verleend (zie: europadecentraal.nl, voor achtergrondinformatie over wanneer sprake kan zijn van onrechtmatig verleende staatssteun en over welke risico's kunnen kleven aan niet-naleving van de staatssteunregels):

- Betrokken onderneming, doorgaans een concurrent, dient een klacht in dat deze zich benadeeld voelt. In dat geval kan deze bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure voor de nationale rechter starten om diens gelijk te halen. Ook kan deze onderneming eenvoudig, door middel van een elektronisch klachtenformulier, een officiële klacht indienen bij de Europese Commissie. Tot slot kan een onderneming ook bij een gemeentelijke bezwaarschriftencommissie of ombudsof klachtenmeldpunt terecht.
- De Europese Commissie kan op basis van eigen onderzoek naar onrechtmatige staatssteun, op basis van artikel 108 Verdrag over de Werking van de Europese Unie (VWEU) of naar aanleiding van ingediende klachten concluderen dat er mogelijk sprake is van onrechtmatig verleende staatssteun, die zal moeten worden teruggevorderd.
- In het kader van de accountantscontrole, waarvoor sinds 2004 een (nog) actievare (toezichhoudende) rol bij gemeenteraden is belegd, en die voor gemeenten verplicht is, kan worden geconstateerd dat de staatssteunfunctie of staatssteuntoets niet afdoende belegd is binnen de gemeentelijke organisatie en dit kan impact hebben op het rechtmatigheidsoordeel van de accountant aangaande de jaarrekening.
- Een actueel thema: de gemeente die blijkt onrechtmatig staatssteun te hebben verleend zal de verleende steun dienen terug te vorderen bij de betreffende onderneming. Het daadwerkelijke terugvorderingsproces betreft een proces waarbij ook de nationale rechter aan bod komt. Soms komen in gerechtelijke procedures eveneens verzoeken tot schadevergoeding aan de orde (zowel aan de kant van de steunverlenende overheid als aan de kant van de steunontvangende onderneming), die de rechter dan vervolgens zal moeten toetsen.

Ten tijde van totstandkoming van dit artikel heeft de Eerste Kamer *nét* (op 20 februari) het wetsvoorstel voor de Wet Terugvordering Staatssteun (TVS) aangenomen (zie: europadecentraal.nl). Dit wetsvoorstel beoogt onder meer een separate, nationaalrechtelijke grondslag te scheppen voor overhe-



Foto: Lisa S. | Shutterstock.com

den om een daadwerkelijke terugvorderingsactie te kunnen opstarten. Dit instrument kan zowel voor de overheid die de (onrechtmatig) verleende steun moet kunnen terugvorderen bij ondernemingen (op basis van een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie) van belang zijn, als bijvoorbeeld voor de rijksoverheid wanneer deze zou worden geconfronteerd met een ingebrekestellingsprocedure van de Europese Commissie jegens lidstaat Nederland vanwege een Nederlandse decentrale overheid die onterecht steun zou hebben verleend en deze niet terugvordert. Voorheen werden over terugvordering van staatssteun en gevolgen van ingebrekestellingsprocedures ook discussies gevoerd onder de Wet nalevering Europees recht publieke entiteiten (wet Nerpe; zie: europadecentraal.nl), maar toch is besloten tot indiening van een separaat wetsvoorstel voor de terugvordering van staatssteun.

Door professionalisering van staatssteunkennis wordt bewuster omgegaan met staatssteunregels

Toename aandacht voor (gerechtelijke) procedures, maar ook van staatssteunkennis

De aandacht voor procedures waarin een beroep wordt gedaan op vermeende schending van staatssteunregelgeving neemt zienderogen toe (Metselaar, 2016). Deze toename heeft ongetwijfeld niet alleen te maken met verbeterde economische omstandigheden, waardoor het oude credo *'Don't bite the hand that feeds you'* – en waardoor ondernemingen in economisch lastigere tijden zich wel tweemaal achter de oren zouden krabben alvorens een procedure te starten tegen mogelijke toekomstige (overheids)financiers – minder vaak opgang doet. Het heeft ook te maken met een algehele professionalisering van staatssteunkennis, waardoor zowel markt- als overheidspartijen bewuster omgaan met de doelmatige toepassing en verplichte naleving van staatssteunregels. Ook de Europese Commissie, waar immers de oorsprong van de Europese staatssteunregels ligt, stuurt in toenemende mate op doelmatigere en betere naleving van de regels.

Ook het onlangs door de Europese Commissie gepubliceerde State Aid scoreboard, waaruit onder meer blijkt dat overheden weer vaker kennisgevingen doen van (voorgenomen en toegelaten) steun, toont dat de kennis over correcte toepassing van staatssteunregels en procedures nog steeds toeneemt (zie: europadecentraal.nl).

Vanuit het oogpunt van juridische control en kwaliteitszorg is het vergroten van de staatsteunkennis binnen overheden een speerpunt. Zowel juridische, kostbare en administratief belastende, tijdrovende procedures als het achteraf moeten herstellen van eerder veroorzaakte juridische, procedurele gebreken, met alle belastende gevolgen van dien, kunnen hierdoor worden voorkomen.

Accountantscontrole als instrument voor financieel toezicht

Al sinds 2004 hebben gemeenten te maken met een verscherpte rol van de gemeenteraad bij de verplichte controle van de accountant op de jaarrekening van de gemeente en het daarbij verstrekken van een accountantsverklaring (in de praktijk ook wel controleverklaring genoemd). In de artikelen 212 e.v. van de Gemeentewet wordt onder meer bepaald dat de raad bij verordening de uitgangspunten voor het financiële beleid, het financiële beheer en de inrichting van de financiële organisatie vaststelt. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft – laatstelijk aangepast in 2016 – een Model Financiële Verordening uitgegeven die als handreiking kan dienen hierbij (zie: vng.nl).

In grote lijnen geldt hiervoor het volgende: deze verordening waarborgt dat de rechtmatigheid van het financiële beheer en van de inrichting van de financiële organisatie wordt getoetst. De raad wijst ook een of meer accountants aan, belast met de controle van de jaarrekening van de gemeente en het daarbij verstrekken van een accountantsverklaring en het uitbrengen van een verslag van bevindingen. De VNG stelt overigens ook verschillende informatie beschikbaar ter ondersteuning van raadsleden bijvoorbeeld via de Handleiding Versterking Opdrachtgeverschap van de raad bij de accountantscontrole (zie: vng.nl).

De accountantsverklaring geeft op grond van de uitgevoerde controle aan of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van zowel de baten en lasten als de grootte en samenstel-

ling van het vermogen, of de baten en lasten, alsmede of de balansmutaties rechtmatig tot stand zijn gekomen, of de jaarrekening is opgesteld in overeenstemming met de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels en of het jaarverslag met de jaarrekening verenigbaar is.

Het verslag van bevindingen van de accountant bevat in ieder geval bevindingen over de vraag of de inrichting van het financiële beheer en van de financiële organisatie een getrouwe en rechtmatige verantwoording mogelijk maken en over onrechtmatigheden in de jaarrekening. De accountant zendt de accountantsverklaring en het verslag van bevindingen aan de raad en een afschrift daarvan aan het college.

Wil een college van Burgemeester en Wethouders en de gemeenteraad dus met een goedkeurende (rechtmatigheids) controle van de accountant te maken krijgen, dan is het van belang na te gaan welke omstandigheden hierop van invloed kunnen zijn. De naleving van Europese regelgeving op het gebied van staatssteun – en overigens ook op het gebied van Europese aanbestedingsregelgeving – maakt hiervan expliciet onderdeel uit (Damsma, 2017, p. 228). Een gegeven waarvan nog niet altijd alle betrokkenen op de hoogte blijken.

Accountantscontrole en de relatie met staatssteunregelgeving

Al sinds 2004 wordt er in dit proces van financiële verantwoording (in combinatie met de verplichte accountantscontrole) een expliciete link gelegd met de (naleving van) Europese staatssteunregels.

Zo werd al in de handreiking voor een collegebesluit inzake subsidieverstrekking en steunverlening uit 2004 – toen nog op basis van artikel 28 van de VNG Handreiking voor de financiële verordeningen en controleverordeningen, artikel 21 e.v. Gemeentewet – een leidraad geboden aan gemeenten om in hun interne financiële bedrijfsvoering een aantal stappen te doorlopen om het staatssteunbeleid dusdanig vorm te geven, dat bij een uiteindelijke accountantscontrole de staatssteunfunctie intern in ieder geval afdoende belegd zou blijken. Daarnaast werd in deze handreiking een model collegebesluit aan de hand gedaan ter ondersteuning van deze zelfde doelstelling.

De handreiking voor een collegebesluit inzake subsidieverstrekking en steunverlening betreft een handreiking van het ministerie van BZK, het IPO, de VNG en Europa decentraal. Zie voor een afschrift van de handreiking de website van Kenniscentrum Europa decentraal (europadecentraal.nl). Deze handreiking is weliswaar opgesteld in 2004 en sindsdien niet meer geactualiseerd, maar bevat nog steeds bruikbare informatie voor gemeenten en provincies voor onder meer de inrichting van een college/ Gedeputeerde Staten-besluit ten behoeve van interne toets op staatssteunregelgeving. De VNG-handreiking voor de financiële verordeningen en controleverordeningen, artikel 21 e.v. Gemeentewet is inmiddels vervangen door de Model Financiële Verordening van de VNG (zie: vng.nl).



Foto: Africa Studio | Shutterstock.com



Foto: Camelot Fotografie | Shutterstock.com

Inmiddels wordt in die Model Financiële Verordening van de VNG, laatstelijk gewijzigd in 2016 in verband met een wijziging van het Besluit Begroting en Verantwoording (BBV), in de artikelen 13 lid 4 sub g en 24 sub h een expliciete link gelegd met staatssteunregelgeving. Met name artikel 24 sub h van deze modelverordening – die in de gemeentelijke praktijk voor het overgrote deel wordt overgenomen bij vaststelling van de eigen gemeentelijke raadsverordening – is in het kader van de staatssteunregelgeving van belang.

Dit artikel verplicht het college van B&W zorg te dragen voor het vaststellen van een beleid inzake de toekenning van staatssteun. In de toelichting bij dit artikel uit de verordening staat aangegeven dat het voor de hand ligt dat het college een organisatiebesluit en een treasurystatuut vaststelt in dit kader. (Een deel van) de informatie, de stappenplannen en het modelcollegebesluit uit de voornoemde handreiking collegebesluit kunnen hierbij nog steeds van dienst zijn. Daarnaast zijn inmiddels ook meerdere praktijkvoorbeelden van dergelijke gemeentelijke organisatiebesluiten en treasurystatuten beschikbaar en bijvoorbeeld op te vragen via de VNG of het Kenniscentrum Europa decentraal.

P&C-medewerkers dienen de interne staatssteunfunctie afdoende op orde te hebben

Voor (juridisch) P&C-medewerkers is van wezenlijk belang dat – ten behoeve van het uiteindelijke (positieve) rechtmatigheidsoordeel van de accountant en diens rapport van bevindingen – de interne staatssteunfunctie dus afdoende op orde is. Het voorzien in een intern organisatiebesluit staatssteun en een treasurystatuut is hierbij een eerste voorwaarde. Het voorzien in voldoende staatssteunkennis en -kunde binnen de eigen organisatie is hiervan vervolgens een logische afgeleide.

Overigens stelt Damsma in dit kader dat staatssteun valt onder zogenaamde niet-financiële rechtmatigheidsfouten, die uitsluitend moeten worden vermeld in het rapport van bevindingen, maar welke geen directe impact hebben op het al dan niet onthouden van een goedkeurende verklaring (Damsma, 2017, p. 233; zie ook het onderzoek van Ernst & Young voor een

goed beeld over alle gemeentelijke financiële verantwoordingen over 2016 en rechtmatigheidsbeoordelingen op rijks-overheid.nl).

Natuurlijk speelt in de praktijk eveneens de vraag hoe het met de staatssteunkennis van de controlerende accountant gesteld is/moet zijn, wil deze zich een behoorlijk oordeel kunnen vormen van de voldoende waarborging van de naleving van de staatssteunregels door de gecontroleerde gemeente. In de Kadernota Rechtmatigheid 2017 van de Commissie Besluit Begroting en Verantwoording (BBV) vinden zowel accountants als decentrale overheden aanwijzingen ten behoeve van de rechtmatigheidscontrole op de staatssteunregels (zie: commissiebbv.nl, Kadernota Rechtmatigheid, p. 26).

Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun

Tot slot is van belang te wijzen op de actuele ontwikkelingen rondom de mogelijke totstandkoming van een wettelijk kader om terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun te faciliteren. Een aantal jaar geleden concentreerde de discussie over terugvordering zich nog met name op de vraag hoe lidstaat Nederland, op het moment dat deze bijvoorbeeld door Brussel werd aangesproken op door decentrale overheden in Nederland onrechtmatig verleende staatssteun aan ondernemingen, de eventuele door Brussel op te leggen boete kon terugverhalen op de decentrale overheid in kwestie. Hiervoor is inmiddels de eerder aangehaalde Wet Naleving Europees recht publieke entiteiten (Nerpe) in het leven geroepen. Overigens zijn er nog geen voorbeelden van gevallen in Nederland waarin onrechtmatig verleende staatssteun door een Nederlandse decentrale overheid ook daadwerkelijk door de rijksoverheid is verhaald via deze wet Nerpe.

Maar daarnaast wordt al jaren een poging gedaan een werkbaar, wettelijk kader te scheppen waarin, mocht er inderdaad blijken onrechtmatig steun via bijvoorbeeld subsidie te zijn verleend door een overheid, er een op zichzelf staande nationaalrechtelijke grondslag wordt geschapen – los van mogelijkheden op basis van bijvoorbeeld de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb) of het Burgerlijke Wetboek (BW) – om dit te effectief kunnen terugvorderen via de steunverlenende, alsmede bij de ontvangende partij(en). Volgens de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun is de Nederlandse overheid slechts twee keer eerder overgegaan tot daadwerkelijke terugvordering (zie: officielebekendmakingen.nl, p. 8 en 10 van de MvT).

Na diverse eerdere wetsvoorstellen en verschillende aanpassingen is op moment van schrijven van dit artikel het wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun (TVS) zoals eerder gezegd pas geleden aangenomen in de Eerste Kamer. Zie voor een actuele stand van zaken van de parlementaire behandeling ook de website van de Tweede Kamer (via tweedekamer.nl).

Onder meer de VNG heeft al gesteld dat het huidige wetsvoorstel vatbaar zou zijn voor een aantal verbeteringen (zie: officielebekendmakingen.nl). Met name in de uitvoeringspraktijk voorziet de VNG momenteel een aantal problemen. Denk bijvoorbeeld aan schorsende werking, definitie-kwesties (wie

is exact begunstigde en wie verstrekker van de onrechtmatig verleende subsidie bijvoorbeeld of hoe gaat de terugvordering werken als meerdere overheden steun hebben verstrekt?) en rente(berekening)kwesities. Daarom pleit de VNG onder meer voor aanpassing van het wetsvoorstel, en in het verlengde daarvan zullen wellicht ook aanpassingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb) nodig blijken.

Voor nader inzicht in de verhouding tussen terugvordering op basis van de Wet Nerpe en de Wet TVS kan ook de Memorie van Toelichting bij de Wet TVS dienen (officielebekendmakingen.nl, p. 10, 19, 22, 23 en 32 van de MvT bij de Wet TVS).

Wanneer het wetsvoorstel na parlementaire behandeling en definitieve aanname in werking zal gaan treden, zullen P&C-medewerkers bij gemeenten in voorliggende gevallen van terugvordering geheid te maken gaan krijgen met de (wellicht in sommige gevallen ook complexere) uitvoering van deze wet. Momenteel wordt al geanticipeerd op de mogelijkheid dat het rijk en bijvoorbeeld de VNG handleidingen en rekentools kunnen gaan ontwikkelen om gemeenten te ondersteunen bij concrete terugvorderingskwesities waarmee zij geconfronteerd zouden worden. Een goede voorbereiding binnen de organisatie om de staatssteunfunctie, -kennis en de koppeling daarvan aan de P&C-cyclus op orde te hebben is dan een eerste prioriteit (zie ook: Khatib, 2018).

Conclusie

Staatsteunrecht betreft een terrein dat niet langer alleen voer voor juristen is. Ook P&C-medewerkers bij bijvoorbeeld gemeenten zullen steeds vaker met dit vakgebied te maken krijgen.

Het terrein van staatssteunrecht is niet langer alleen voer voor juristen

Niet alleen vanwege (vermijding of voorkoming van) potentiële risico's die steunverlenende gemeenten kunnen lopen op bijvoorbeeld niet-goedkeurende accountantsverklaringen, procedures van terugvordering en schadevergoeding, maar ook vanuit het oogmerk van effectief toezicht op bijvoorbeeld subsidieverlening is de opbouw van kennis en kunde over staatssteun binnen de gehele gemeentelijke organisatie van essentieel belang, wil de organisatie 'in control' kunnen blijven. Actualiteiten rondom (verscherping) van de accountantscontrole en het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun versterken bovendien deze beweging van professionalisering.

Het is daarom zaak om binnen de (gemeentelijke) organisatie de staatssteunkennis en staatssteunfunctie – ook gekoppeld aan de P&C cyclus – goed op orde te hebben en de beschikbare instrumenten ter bestrijding van potentiële risico's goed in te zetten. Goede instrumenten voor effectief toezicht kunnen in dit kader bijvoorbeeld zijn: (kennisborging over) interne procedures en het vaststellen van een



Foto: Xavier Pironet | Shutterstock.com

staatssteun(toets)protocol, gedegen dossieropbouw waarin afdoende aandacht aan staatssteunanalyses wordt besteed, anticipatie op de accountantscontrole over staatssteun en oog voor handhavingsmechanismen (van terugvordering tot klachtenprocedures tot gerechtelijke procedures).

In de praktijk zien we dat de kennis en kunde over staatssteun en over de mogelijke gevolgen van onrechtmatig verleende steun voor steunverlenende instanties nog steeds groeiende is. Bovendien zijn er diverse organisaties en informatiebronnen die – ook P&C medewerkers – kunnen ondersteunen. Met behulp van het diverse instrumentarium en bij een doorzettende tendens van professionalisering van de staatssteunfunctie en kennisvergroting rondom de toepassing van staatssteunregels kunnen dus ook gemeenten nog verder 'in control' komen als het gaat om staatssteuncontrole.

Literatuur

- Commissie BBV, via <http://www.commissiebbv.nl/>, Kadernota Rechtmatigheid, p. 26, geraadpleegd op 28 februari 2018.
- Damsma, R. (2017) 'Het accountants-toezicht op de toepassing van aanbestedingsregels - een nuttig controle-instrument', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, nr. 6, december 2017).
- Khatib, A.A. (2018) 'De wet terugvordering staatssteun: een adequate grondslag voor de terugvordering van staatssteun?', *Gemeentestem*, Afl. 7466, januari 2018, Gst. 2018/2.
- Kenniscentrum Europa decentraal (<https://europadecentraal.nl/>), geraadpleegd op 28 februari 2018.
- Metselaar, A.J. (2016), *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter*, proefschrift. Deventer: Wolters Kluwer.
- Officiële bekendmakingen, via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/>, geraadpleegd op 28 februari 2018.
- Rijksoverheid, via <https://www.rijksoverheid.nl/>, geraadpleegd op 28 februari 2018.
- Tweede Kamer, via <https://www.tweedekamer.nl/>, geraadpleegd op 28 februari 2018.
- VNC, via <https://vng.nl/onderwerpenindex/gemeentefinancien/begroting-en-verantwoording/>, geraadpleegd op 28 februari 2018.