



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Annotation: Gerecht 2011-04-15**

Brink, J.E. van den; Dam, J.C.A. van

### **Citation**

Brink, J. E. van den, & Dam, J. C. A. van. (2012). Annotation: Gerecht 2011-04-15. *Annotatie Bij Een Arrest Van Het Gerecht Van 15 April 2011, T-297/05*, 3, 121-125. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19042>

Version: Not Applicable (or Unknown)  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19042>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

- 39 Zie bijvoorbeeld Report from the Commission on the application in 2008 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, COM(2009) 331 final, en Report from the Commission on the application in 2010 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, COM(2011)492 final.
- 40 Zie ook de noot van A. Arnulf, *supra* noot 33, p. 1238.
- 41 Conclusie van A-G Kokott in zaak C-506/08 P.
- 42 *Ibid.*, r.o. 57.
- 43 GvEA EG, zaak T-403/05 r.o. 125. Zie ook D. Adamski, *supra* noot 32, p. 536.
- 44 HvJ EU, zaak C-506/08 P, r.o. 115.
- 45 *Ibid.*, r.o. 89.
- 46 *Ibid.*, r.o. 90.
- 47 GvEA EG, zaak T-403/05, r.o. 73-74.
- 48 *Ibid.*, r.o. 59.
- 49 A.M. Schadd is advocaat Europees en Mededingingsrecht bij AKD te Brussel.

## G E R E C H T

### 49 Zaak T-297/05, IPK International/Europese Commissie

Arrest van 15 april 2011 (Derde kamer), n.n.g.

*Europese subsidies – Fraude – Werkingsfeer Verordening (EG) nr. 2988/95 – Rechtsgrondslag administratieve maatregel – Onregelmatigheid – Schending van het transparantiebeginsel – Onderscheid Europese en nationale subsidies – Verjaring*

#### Welkom in de wereld van de Europese subsidies

In deze zaak gaat het om een intrekking van een Europese subsidie door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) omdat er bij de toekenning daarvan, mede door toedoen van een ambtenaar van diezelfde Commissie, van alles is misgegaan. Een Europese subsidie kan worden gedefinieerd als een subsidie die ten laste komt van de Europese begroting. Sommige Europese subsidies, zoals de onderhavige, worden door de Europese Commissie zelf verstrekt. Veel vaker komt het echter voor dat de lidstaten worden ingeschakeld; in dat geval is sprake van subsidieverstrekking in gedeeld beheer. Voorbeelden van dergelijke Europese subsidies zijn de bekende betalingen uit de Structuurfondsen, als het ESF en het EFRO, maar ook die uit de minder bekende Migratiefondsen, zoals het Europees Terugkeerfonds en het Europees Vluchtelingenfonds. Kenmerk van de Europese subsidies die in gedeeld beheer worden verstrekt is dat de Commissie een subsidierelatie aangaat met

de lidstaat. Op basis van deze subsidierelatie verstrekt een daartoe door de lidstaat aangevozen nationale autoriteit vervolgens een Europese subsidie aan de eindbegunstigden in de lidstaat. Omdat sprake is van een Europese subsidie, wordt de nationale subsidieverhouding beheerst door zowel het Europese als het nationale recht, een en ander afhankelijk van de mate waarin regels op Europees niveau zijn vastgesteld. Dit leidt tot gecompliceerde juridische vraagstukken, bijvoorbeeld in hoeverre een nationaal uitvoeringsorgaan een *bevoegdheid* kan ontlenen aan een in een Europese verordening neergelegde *verplichting* tot terugvordering. Deze vraag was aan de orde in het *ESF*-arrest.<sup>1</sup> De Europese subsidies die door nationale uitvoeringsorganen worden verstrekt zijn nogal eens negatief in het nieuws door de fraude die daarmee gepaard gaat. Elk jaar weer constateert de Europese Rekenkamer dat in de betalingen door de lidstaten zodanig veel fouten zijn gevonden, dat een goedkeurende verklaring er niet in zit.<sup>2</sup> Het onderhavige arrest laat zien dat ook bij de verstrekking van Europese subsidies door de Europese Commissie sprake kan zijn van fouten en zelfs van fraude. Wat was er in de onderhavige zaak nu eigenlijk aan de hand?

#### En dan nu de feiten ...

In het jaar 1992 wordt op de Europese begroting een bedrag van € 530 000 gereserveerd voor de ondersteuning van een informatienetwerk over milieuvriendelijke vormen van toerisme in Europa. De Duitse onderneming IPK International dient een verzoek in voor een subsidie voor haar zogenaamde ‘Ecodata-project’ dat ziet op de realisatie van het door de EU gewenste informatienetwerk. Op voorstel van de ambtenaar Tzoanos geeft de Commissie aan het verzoek van IPK gehoor, en kent de subsidie van het niet mis te verstane bedrag van € 530 000 aan de Duitse onderneming toe. Het eerste deel van de subsidie wordt aan IPK uitbetaald. Ruim een jaar later komt aan het licht dat de ambtenaar Tzoanos er, op zijn zachtst gezegd, dubieuze praktijken op na houdt. Na een tegen hem ingesteld tuchtrechtelijk onderzoek wordt hij in 1994 ontslagen, en in 2000 belandt hij vanwege zelfverrijking en frauduleus handelen zelfs in de gevangenis. Bij het onderzoek in 1994 naar de praktijken van Tzoanos komen ten aanzien van de gang van zaken rond de toekenning van de subsidie aan IPK geen onregelmatigheden aan het licht. De Commissie weigert desondanks het tweede deel van de subsidie uit te beta-

len. Over deze weigeringsbeschikking wordt vervolgens bij het Gerecht en het Hof geprocedeerd. IPK komt als winnaar uit de strijd: de weigeringsbeschikking wordt vernietigd.<sup>3</sup> In het jaar 2004 stelt de Commissie opnieuw een diepgaand onderzoek in naar de door Tzoanos behandelde zaken. Conform het eerdere vermoeden van de Commissie, blijken toch heimelijke afspraken aan de toekenning van de subsidie aan IPK ten grondslag te hebben gelegen. Tzoanos heeft (onder andere) de selectieprocedure gemanipuleerd, waar IPK gebruik van heeft gemaakt.

Op 13 mei 2005 wordt IPK door de Commissie ervan op de hoogte gesteld dat het eerste deel van de subsidie wordt teruggevorderd en dat de aanvraag voor het tweede deel van de subsidie alsnog wordt geweigerd. De brief van 13 mei 2005 vormt de bestreden beschikking in het onderhavige arrest.

#### De werkingsfeer van de Verordening (EG) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen

In de procedure voor het Gerecht is IPK's belangrijkste grief dat de door de Commissie toegekende Europese subsidie niet kan worden ingetrokken, omdat er geen sprake zou zijn van een onregelmatigheid in de zin van artikel 1 lid 2 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EU. Voor zover wel sprake zou zijn van een onregelmatigheid is de verjaringstermijn uit artikel 3 lid 1 van de Verordening verstreken, aldus IPK. De Commissie meent daarentegen dat deze verordening überhaupt niet van toepassing is. Frappant is echter dat de Commissie in de aangevochten beschikking van 13 mei 2005 geen enkele bepaling van primair of afgeleid recht noemt die de rechtsgrondslag daarvoor zou kunnen vormen (zie r.o. 116 van het arrest). Tijdens de procedure voor het Gerecht heeft de Commissie betoogd dat de rechtsgrondslag van de beschikking met name artikel 119 lid 2 van het Financieel Reglement is, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel *fraus omnia corrumpit*. In voormeld artikel 119 lid 2 is bepaald dat indien de begunstigde zijn wettelijke en contractuele verplichtingen niet nakomt, de subsidie wordt opgeschort en verlaagd of ingetrokken in de in de uitvoeringsvoorschriften bepaalde gevallen, nadat de begunstigde in de gelegenheid is gesteld zijn opmerkingen te formuleren. Nu artikel 4 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 niet aan de beschikking ten grondslag ligt, zijn de in die verordening neergelegde verjaringsregels

evenmin van toepassing, aldus de Commissie. Dit wordt door IPK betwist. Aan het Gerecht daarom de schone taak te onderzoeken of het onderhavige geval binnen de werkingssfeer van de Verordening (EG) nr. 2988/95 valt. Dit betekent dat de vraag moet worden beantwoord in hoeverre de intrekking van de onderhavige Europese subsidie moet worden geacht te zijn gebaseerd op artikel 4 lid 1 van de Verordening (EG) nr. 2988/95.

Alvorens verder in te gaan op de rechtsgrondslag van de beschikking van de Commissie, eerst kort iets over de Verordening (EG) nr. 2988/95. In deze verordening is een algemeen juridisch kader neergelegd om ondermeer ervoor te zorgen dat onregelmatigheden die zich voordoen bij de verstrekking van Europese subsidies beter kunnen worden aangepakt. De verordening is ook van toepassing op Europese subsidies die via nationale autoriteiten van de lidstaten worden verstrekt. Uiteindelijke doelstelling is dat de financiële belangen van de EU beter worden beschermd. Daartoe is in de verordening allereerst het begrip 'onregelmatigheid' gedefinieerd. Ingevolge artikel 1 lid 2 van voormelde verordening gaat het daarbij om elke inbreuk op het gemeenschapsrecht, die bestaat in een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Gemeenschappen wordt of zou kunnen worden benadeeld. Verder bevat de verordening een algemene regeling ten aanzien van de verjaring (artikel 3), administratieve maatregelen (artikel 4) en administratieve sancties (artikel 5) die in geval van onregelmatigheden kunnen worden opgelegd. Bij administratieve sancties moet worden gedacht aan administratieve boetes en uitsluiting van deelname aan een Europese subsidieregeling voor een bepaalde in de toekomst gelegen periode. De administratieve maatregelen die zijn geregeld in artikel 4 van de Verordening (EG) nr. 2988/95, houden onder meer in dat in geval van onregelmatigheden het wederrechtelijk voordeel wordt ontnomen, met name door de verplichting de verschuldigde bedragen te betalen of wederrechtelijk geïnde bedragen terug te betalen (lid 1). Indien vaststaat dat handelingen tot doel hebben om, door kunstmatig de voorwaarden te scheppen die voor het verkrijgen ervan nodig zijn, een voordeel te verkrijgen dat in strijd is met de doelstellingen van het ter zake toepasselijke gemeenschapsrecht, wordt, naargelang van het geval, dit voordeel niet toegekend of wordt het ontnomen (lid 3). Het vierde lid maakt duidelijk dat een administratieve

maatregel niet als een sanctie wordt beschouwd.

In hoeverre kunnen administratieve sancties en maatregelen nu direct op grond van de Verordening (EG) nr. 2988/95 worden opgelegd? In het arrest *SGS Belgium* heeft het Hof bepaald dat artikel 5 zelf geen grondslag biedt voor het opleggen van een administratieve sanctie; daartoe is een specifieke grondslag in het Europese dan wel nationale recht noodzakelijk.<sup>4</sup> Een dergelijke specifieke grondslag is bijvoorbeeld te vinden in de landbouwsubsidieverordeningen.<sup>5</sup> Geldt dit nu ook voor het opleggen van administratieve maatregelen? Ter beantwoording van deze vraag herinnert het Gerecht aan de rechtspraak van het HvJ EU waarin is overwogen dat de verplichting om een door een onregelmatige praktijk ten onrechte ontvangen voordeel terug te betalen niet is aan te merken als een sanctie. Blijkens arresten als *Emsland-Stärke*<sup>6</sup> en *Pometon*<sup>7</sup> is deze verplichting het loutere gevolg van de vaststelling dat de voorwaarden om in aanmerking te komen voor het uit de Europese regeling voortvloeiende voordeel, kunstmatig zijn gecreëerd. Op grond hiervan komt het Gerecht in het onderhavige arrest tot de conclusie dat voor het opleggen van een administratieve maatregel, anders dan voor het opleggen van een administratieve sanctie, geen specifieke grondslag is vereist. De bepalingen van artikel 4 lid 1-3, jo. artikel 1 lid 1 en 2 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 moeten dan ook worden geacht een relevante toereikende wettelijke grondslag te vormen voor het intrekken van een Europese subsidie waarmee zich een onregelmatigheid heeft voorgedaan, aldus het Gerecht (r.o. 117). Daarbij neemt het Gerecht nog in aanmerking dat zelfs bij gebreke van een specifieke bepaling daartoe, uit de algemene beginselen van gemeenschapsrecht voortvloeit dat de overheid in beginsel een wederrechtelijk vastgestelde begunstigende bestuurshandeling met terugwerkende kracht mag intrekken (r.o. 118). Anders dan de Commissie heeft betoogd, valt de intrekking dus wel binnen de werkingssfeer van de Verordening (EG) nr. 2988/95 (r.o. 119).

Volgens het Gerecht kan de Commissie, indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, een intrekking van de subsidietoekenning derhalve rechtstreeks baseren op de Verordening (EG) nr. 2988/95. Een interessante vraag is welke betekenis deze overwegingen van het Gerecht hebben voor Europese subsidies die niet door de Europese Commissie maar door nationale uitvoeringsorganen worden verstrekt, zoals ESF-

en EFRO-subsidies. Kunnen de Nederlandse bestuursorganen die met de uitvoering van deze regelingen zijn belast – zoals Gedeputeerde Staten van de Provincie Gelderland en de Minister van SZW – ook rechtstreeks op grond van artikel 4 overgaan tot terugvordering van Europese subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, zonder dat daarvoor een grondslag nodig is in het nationale recht? Voor deze subsidies geldt dat in de specifieke Europese verordeningen is geregeld dat de lidstaten in geval van onregelmatigheden de noodzakelijke financiële correcties dienen te verrichten.<sup>8</sup> Op grond van een reeds lang bestaande jurisprudentie van het HvJ EU wordt aangenomen dat de op grond van dergelijke bepalingen uitgevoerde terugvorderingen door nationale bestuursorganen worden beheerst door het nationale recht.<sup>9</sup> Uiteraard geldt daarbij wel dat de toepassing van het nationale recht wordt begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Dit betekent in concreto dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies niet anders mag worden behandeld dan de intrekking en terugvordering van nationale subsidies en dat de intrekking en terugvordering van de Europese subsidies door het nationale recht niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt. In de jurisprudentie van het HvJ EU is echter de tendens zichtbaar dat het doeltreffendheidsbeginsel de toepassing van het nationale recht steeds meer inperkt. Zo laat het *ESF*-arrest nauwelijks nog ruimte voor nationale bestuursorganen om op grond van het nationale recht af te zien van terugvordering van Europese subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan.<sup>10</sup> Door deze jurisprudentie raakt het nationale recht – en daarmee de procedurele autonomie van de lidstaten – wat betreft de terugvordering van Europese subsidies steeds meer op de achtergrond. Tegen deze achtergrond rijst de vraag of het onderhavige arrest van het Gerecht niet in een breder perspectief zou moeten worden geplaatst. De Verordening (EG) nr. 2988/95 is immers ook van toepassing op Europese subsidies die door nationale bestuursorganen worden verstrekt. Indien ook voor nationale bestuursorganen zou moeten worden aangenomen dat zij rechtstreeks op grond van artikel 4 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 – gelezen in verbinding met de voormelde in een specifieke Europese verordening neergelegde verplichting voor de lidstaat om financiële correcties te verrichten – bevoegd zijn om door hen verstrekte Europese subsidies in

te trekken op de grond dat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, zou dit betekenen dat voor toepassing van het nationale recht in het geheel geen ruimte meer bestaat. Aan de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), die doorgaans van toepassing is op zowel de verstrekking als de *intrekking* van Europese subsidies in Nederland, zou in dat geval geen betekenis meer toekomen. Nadere Europese jurisprudentie op dit punt zal echter moeten worden afgewacht. Het ligt wel voor de hand dat uitvoerende bestuursorganen zullen stellen ook handhavingsbevoegdheden te kunnen ontleen aan de Verordening (EG) nr. 2988/95. Op grond van de Awb-subsidietitel is het voor hen nu uiteraard ook mogelijk om in geval van onregelmatigheden de subsidie in te trekken, maar indien de gesubsidieerde activiteiten eenmaal zijn uitgevoerd en de subsidie is vastgesteld zijn de mogelijkheden daartoe beperkt, hetgeen tot gevolg heeft dat zij niet in alle gevallen aan de Europeesrechtelijke verplichting tot terugvordering kunnen voldoen.<sup>11</sup> Indien artikel 4 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 als bevoegdheidsgrondslag zou kunnen dienen, ook voor nationale bestuursorganen, betekent dit dat het intrekken en terugvorderen van Europese subsidies gemakkelijker zal worden.<sup>12</sup>

Nu het Gerecht heeft uitgemaakt dat de onderhavige intrekking van de toekenningsbeschikking wordt beheerst door de Verordening (EG) nr. 2988/95, moet uiteraard wel worden uitgemaakt of aan de voorwaarde voor intrekking is voldaan. Er moet namelijk sprake zijn van een onregelmatigheid.

#### **Schending van het transparantiebeginsel: een onregelmatigheid in de zin van de Verordening (EG) nr. 2988/95?**

Bij de beoordeling of sprake is van een onregelmatigheid in de zin van Verordening (EG) nr. 2988/95 voert het Gerecht het Europese transparantiebeginsel ten tonele. Het Gerecht oordeelt namelijk dat het transparantiebeginsel van toepassing is op de procedure voor de toekenning van de subsidie aan IPK. Dit is opmerkelijk omdat ten tijde van deze toekenning het oude Financieel Reglement van 1977 gold, waarin het transparantiebeginsel niet werd genoemd.<sup>13</sup> In het thans geldende Financieel Reglement van 2002 is wel uitdrukkelijk neergelegd dat bij de verlening van Europese subsidies het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.<sup>14</sup> Dit reglement is op de onderhavige subsidieverlening dus niet van toepassing.

De reden dat het Gerecht het transparantiebeginsel op de procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de Europese begroting van toepassing verklaart, ongeacht het feit dat het oude Reglement het beginsel nog niet uitdrukkelijk noemt, is volgens het Gerecht gelegen in het 'fundamentele belang' van het transparantiebeginsel.<sup>15</sup> Dat het Gerecht het transparantiebeginsel van 'fundamenteel belang' acht, is niet verwonderlijk: transparantie dient immers het functioneren van de bij de Europese Unie zo hoog in het vaandel staande vrije markt.<sup>16</sup> Wat houdt het Europese transparantiebeginsel, gezien in het licht van de procedures voor de toekenning van subsidies, in? Volgens het Gerecht heeft het 'beginsel van doorzichtigheid' op begrotingsgebied in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen.<sup>17</sup> In het hierboven genoemde Reglement en de daarbij behorende Commissieverordening<sup>18</sup> zijn de (aan het aanbestedingsrecht ontleende)<sup>19</sup> eisen te vinden waaraan door het transparantiebeginsel beheerste procedures voor de toekenning van subsidies moeten voldoen. Deze eisen raken verschillende aspecten van de procedure. Allereerst hebben de transparantie-eisen betrekking op de oproep tot het indienen van voorstellen. Zo moet deze oproep worden gepubliceerd,<sup>20</sup> en moeten in de oproep de toekenningscriteria worden bekendgemaakt.<sup>21</sup> Daarnaast zien deze eisen op een gelijke behandeling van de aanvragers gedurende het verloop van de procedure. Daartoe mogen de bekendgemaakte criteria tijdens het verloop van de procedure bijvoorbeeld niet worden gewijzigd.<sup>22</sup> Ook vereist het transparantiebeginsel dat voor de evaluatie en de beoordeling van de aanvragen en de gunning een comité wordt aangesteld, dat zo is samengesteld dat willekeur en vooringenomenheid worden voorkomen.<sup>23</sup> Tot slot moet achteraf gecontroleerd kunnen worden of de toekenningsprocedure voldoet aan de transparantie-eisen. Daartoe moet een proces-verbaal worden opgetekend waarin alle onderzochte voorstellen zijn opgenomen.<sup>24</sup>

Het moge duidelijk zijn dat de heimelijke afspraken tussen Tzoanos en IPK die er in de onderhavige zaak toe hebben geleid dat de subsidie aan IPK werd verleend, niet stroken met de hierboven genoemde eisen. Het Gerecht acht het transparantiebeginsel dan ook geschonden.<sup>25</sup>

Op het eerste gezicht lijken de algemene bewoordingen van het Gerecht te suggereren dat ook nationale bestuursorganen bij de

verstrekking van Europese subsidies aan het transparantiebeginsel zijn gebonden. Deze conclusie lijkt ons echter te voorbarig. Het Financieel Reglement hanteert namelijk een beperkt subsidiebegrip door onder een subsidie alleen te verstaan een 'rechtstreekse financiële bijdrage ten laste van de Europese begroting'.<sup>26</sup> Het gaat hier om subsidies die op direct of indirect *gecentraliseerde* wijze worden verstrekt. Opmerkelijk genoeg vallen hier ook Europese subsidies onder die door zogenoemde nationale agentschappen worden verstrekt, zoals subsidies op grond van de programma's 'Leven Lang Leren' en 'Jeugd en Actie'. Het merendeel van de Europese subsidies die door nationale bestuursorganen worden verstrekt vallen echter buiten deze definitie, omdat het gaat om subsidies die in *gedeelde* beheer worden verstrekt (bijvoorbeeld ESF-subsidies). Op deze subsidies zijn voormelde eisen uit het Financieel Reglement die voortvloeien uit het transparantiebeginsel dus niet van toepassing.<sup>27</sup>

Met de inwerkingtreding van het voorstel van de Commissie voor een nieuw Financieel Reglement kan met zekerheid ervan uit worden gegaan dat het bovengenoemde onderscheid niet (meer) opgaat.<sup>28</sup> Artikel 56 lid 1 van dit voorgestelde Reglement bepaalt dat ook als lidstaten in *gedeelde beheer* uitvoering geven aan de begroting, zij moeten handelen met inachtneming van (onder meer) het beginsel van transparantie. Met inwerkingtreding van dit nieuwe Financieel Reglement zouden nationale bestuursorganen bij het verstrekken van Europese subsidies zonder meer aan het transparantiebeginsel gebonden zijn.

Het nieuwe Financieel Reglement heeft uiteraard alleen consequenties voor zover nationale bestuursorganen *Europese* subsidies verstrekken. Dit betekent dat Nederlandse bestuursorganen op basis hiervan bij de verstrekking van nationale subsidies niet, maar bij de verstrekking van Europese subsidies (al dan niet in gedeeld beheer) wel aan het transparantiebeginsel gebonden zijn. In Nederland is het transparantiebeginsel vooralsnog niet erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>29</sup> In de Awb zijn wel enkele, maar lang niet alle aspecten van de Europese transparantie-eisen terug te vinden. Zo bevat de Awb formele bepalingen over het subsidieplafond en de verdeelwijze van subsidies,<sup>30</sup> maar geeft de Awb niet concreet aan welke verdeelprocedure moet worden gevolgd en aan welke eisen deze procedure moet voldoen.<sup>31</sup>

Naar onze mening bestaat er een aantal goede redenen om het transparantiebeginsel ook op de verstrekking van nationale subsidies van toepassing te laten zijn. Ten eerste acht de Nederlandse rechter een transparantieplichting van toepassing op de verlening van schaarse vergunningen.<sup>32</sup> Deze verplichting baseert de rechter niet rechtstreeks op het Europese transparantiebeginsel, maar hij leidt deze verplichting af uit de Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>33</sup> Niet valt in te zien waarom deze transparantieplichting niet van toepassing zou zijn op de verstrekking van nationale subsidies.<sup>34</sup> Deze subsidies zijn immers – zeker in deze tijden van economische crisis – ook schaars. Ten tweede verklaart het HvJ EU het transparantiebeginsel steeds vaker van toepassing op schaarse publieke rechten waarbij sprake is van een grensoverschrijdend belang.<sup>35</sup> Ook een bestuursorgaan dat een schaarse vergunning verleent moet een passende mate van openbaarheid garanderen, zodat het recht voor mededinging openstaat en de gunningsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.<sup>36</sup> Het is dan ook wachten op het eerste arrest waarin het HvJ EU aangeeft dat het transparantiebeginsel ook geldt voor de procedure tot het verstrekken van nationale subsidies waarbij duidelijk sprake is van een grensoverschrijdend belang. Een derde argument om de verdeelprocedure van schaarse nationale subsidies door het transparantiebeginsel te laten beheersen, is dat het transparantiebeginsel nu ook al van toepassing is op (nationale) subsidies die feitelijk overeenkomen met een (door het aanbestedingsrecht beheerste) ‘overheidsopdracht’.<sup>37</sup> Het feit dat een financiële verstrekking het naamkaartje ‘subsidie’ draagt, belet namelijk niet dat sprake kan zijn van een ‘overheidsopdracht’ in de zin van artikel 1 lid 2 van Richtlijn 2004/18 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004. Van belang daarbij is dat het HvJ EU in het aanbestedingsrecht ook voor opdrachten ‘onder de drempel’ heeft uitgemaakt dat sprake kan zijn van een grensoverschrijdend belang, op grond waarvan het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.<sup>38</sup> Overheidsopdrachten, vormgegeven als nationale subsidies, die weliswaar onder de drempelwaarde vallen, maar wel een grensoverschrijdend belang vertonen, zijn derhalve (alsnog) onderworpen aan het Europese transparantiebeginsel. Uit de jurisprudentie blijkt dat de scheidslijn tussen subsidie en overheidsopdracht soms moeilijk valt aan te geven.<sup>39</sup> Door wettelijk vast te leggen dat de

Europese transparantie-eisen ook voor het subsidierecht gelden, wordt de rechter een zoektocht naar deze vage scheidslijn bespaard en wordt bovendien voorkomen dat bestuursorganen voor een subsidievorm kiezen om aan de Europeesrechtelijke aanbestedingsregels te kunnen ontsnappen. Gelet hierop, zou de wetgever er dan ook goed aan doen de (huidige) subsidietitel in de Awb aan te vullen met de concrete eisen die uit het Europese transparantiebeginsel voortvloeien.

### Verjaring

Nadat het Gerecht in r.o. 145 tot de conclusie is gekomen dat IPK actief heeft deelgenomen aan de schending van het transparantiebeginsel en de Commissie derhalve in beginsel het recht had de toekenningsbeschikking in te trekken, komt de vraag aan de orde of – zoals IPK had aangevoerd – de Europese verjaringsregels hieraan in de weg staan. Deze verjaringsregels zijn, als gezegd, eveneens te vinden in de Verordening (EG) nr. 2988/95. In artikel 3 is neergelegd dat de verjaringstermijn vier jaar bedraagt vanaf de datum waarop de onregelmatigheid is begaan. Uit jurisprudentie van het HvJ EU is duidelijk geworden dat deze verjaringsregel niet alleen van toepassing is op de oplegging van administratieve sancties, maar ook op administratieve maatregelen zoals de intrekking van een beschikking tot toekenning van een Europese subsidie.<sup>40</sup> Terwijl de Europese verjaringstermijn voor de lidstaten als minimumtermijn geldt, geldt voor de EU-instellingen zelf een termijn van maximaal vier jaar.<sup>41</sup> De lidstaten zijn dus bevoegd ten aanzien van onregelmatigheden die zich voordoen met Europese subsidies die door nationale bestuursorganen worden verstrekt, langere verjaringstermijnen te hanteren.<sup>42</sup> De hierna te bespreken regeling voor voortdurende of voortgezette onregelmatigheden en stuiting van de verjaring werkt echter rechtstreeks door in de nationale rechtsorde.<sup>43</sup>

Hoewel de onregelmatigheid reeds in 1992 heeft plaatsgevonden, volgt uit jurisprudentie van het HvJ EU dat de verjaringstermijn, weliswaar pas neergelegd in de in 1995 in werking getreden Verordening (EG) nr. 2988/95, toch van toepassing is.<sup>44</sup> Hoewel deze jurisprudentie ziet op gevallen waarin de Europese subsidie door nationale uitvoeringsorganen werd teruggevorderd, is deze jurisprudentie volgens het Gerecht ook van toepassing, indien de Commissie tot intrekking en terugvordering overgaat (r.o. 150), wat logisch is nu ook de terugvorderings-

kwestie zelf onder de reikwijdte van deze verordening valt. Dit betekent dat de Europese verjaringstermijn van vier jaar ten tijde van de beschikking tot intrekking van de Europese subsidie, namelijk 13 mei 2005, allang was verstreken. De Commissie betoogt echter dat sprake is van een voortdurende of voortgezette onregelmatigheid in de zin van artikel 3 lid 1 tweede alinea van de Verordening (EG) nr. 2988/95. IPK is volgens de Commissie in strijd met haar informatie- en loyaliteitsplichting jegens de Commissie tot op heden blijven ontkennen dat zij had deelgenomen aan heimelijke afspraken teneinde op onregelmatige wijze de litigieuze financiële bijstand te verkrijgen. Zou het betoog van de Commissie worden gehonoreerd, dan zou de verjaringstermijn nog steeds niet zijn ingetreden. Het Gerecht gaat terecht niet met dit betoog van de Commissie mee. Ingevolge vaste jurisprudentie is sprake van een voortgezette of voortdurende onregelmatigheid, wanneer zij is begaan door een marktdeelnemer die economische voordelen haalt uit een geheel van soortgelijke handelingen die inbreuk maken op dezelfde bepaling van gemeenschapsrecht.<sup>45</sup> Deelneming aan heimelijke afspraken met een ambtenaar van de Commissie om een Europese subsidie te verkrijgen, hetgeen heeft plaatsgevonden bij de indiening van het verzoek om de subsidie, valt daar uiteraard niet onder. Dit betekent dat de verjaringstermijn op zijn laatst is gaan lopen op 23 september 1992, namelijk de datum waarop IPK een bepaalde verklaring heeft getekend en teruggezonden aan de Commissie.

Het voorgaande betekent dat de verjaringstermijn op zijn laatst kan zijn verstreken op 23 september 1996. Ingevolge artikel 3 lid 1 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 kan de verjaringstermijn echter worden gestuit door elke onderzoekshandeling of daad van vervolging van de onregelmatigheid door de bevoegde autoriteit, mits deze de betrokkene ter kennis is gebracht. In geval van stuiting, begint de verjaringstermijn opnieuw te lopen. Volgens het Gerecht is van stuiting in dit geval geen sprake. De onderzoekshandelingen of daden van vervolging die de Commissie jegens IPK heeft verricht, zagen immers niet op de onregelmatigheid op grond waarvan de toekenningsbeschikking in 2005 is ingetrokken. Dit betekent dat de Europese subsidie uiteindelijk toch niet kan worden teruggevorderd. Indien een overheidsorgaan vier jaar de kans heeft gehad om de onregelmatigheid te ontdekken en te vervolgen, dient het belang van de rechtszekerheid het

te winnen van het financiële belang van de EU.<sup>46</sup> Dit is naar onze mening een hele te-rechte uitkomst!

J.C.A. van Dam en mr. J.E. van den Brink<sup>47</sup>

#### Voetnoten

- 1 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (*ESF-arrest*), *Jur.* 2008, p. I-01561, *AB* 2008, 207, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2008, 104, m.nt. A.J.B., *NJ* 2008, m.nt. Mok, r.o. 59; *SEW* 2010-4, p. 163-167, m.nt. M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven.
- 2 Zie ook weer het jaarverslag over de uitvoering van de begroting over het jaar 2010, *PbEU* 2011, C 326/1. Zie hieromtrent J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Fouten bij de besteding van EU-gelden: harde aanpak of betere regelgeving?', *SEW* 2012-1, p. 26-27.
- 3 Zie GvEA EG 15 oktober 1997, zaak T-331/94, *Jur.* 1997, p. II-1665; HvJ EG 5 oktober 1999, C-433/97, *Jur.* 1999, p. 6795; GvEA EG 6 maart 2001, zaak T-331/94, *Jur.* 2001, p. II-779.
- 4 HvJ EU 28 oktober 2010, zaak C-367/09 (*SGS Belgium*), *NJ* 2011, 38, m.nt. M.R. Mok.
- 5 Zie de Commissieverordening nr. 1122/2009 gelezen in verbinding met Verordening van de Raad en het Europees Parlement nr. 73/2009.
- 6 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-110/99 (*Emsland-Stärke*), *Jur.* 2000, p. II-569, r.o. 56.
- 7 HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-158/08 (*Pomaton*), *Jur.* 2009, p. I-4695, r.o. 28.
- 8 Zie bijvoorbeeld artikel 98 lid 2 van de Verordening (EG) nr. 1083/2006 dat van toepassing is op het ESF en het EFRO.
- 9 Deze jurisprudentielijn is ingezet in het arrest *Deutsche Milchkontor* (HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82, *Jur.* 1983, p. 2633. Ook het *ESF-arrest* lijkt ervan uit te gaan dat de terugvordering van ESF-subsidies wordt beheerst door het nationale recht. Ten aanzien van de iets anders geformuleerde verplichting tot terugvordering die is neergelegd in artikel 98 lid 2 van de Verordening (EG) nr. 1083/2006 bestaat nog geen Europese jurisprudentie.
- 10 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (*ESF-arrest*), *Jur.* 2008, p. I-01561, *AB* 2008, 207, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2008, 104, m.nt. A.J.B., *NJ* 2008, m.nt. Mok, r.o. 59; *SEW* 2010-4, p. 163-167, m.nt. M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven.
- 11 Dit volgt uit artikel 4:49 van de Awb.
- 12 De problemen die ten grondslag lagen aan het *ESF-arrest*, namelijk dat op nationaal niveau geen toereikende bevoegdheid tot terugvordering bestond, behoren dan tot het verleden.
- 13 Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1977 (*PbEG* 1977, L 356/1).
- 14 Artikel 109 van het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen van 25 juni 2002 (*PbEG* 2002, L 248/2).
- 15 Rechtsoverweging 123.
- 16 Zie C. Zoellner, 'Transparency: an analysis of an evolving fundamental principle in international economic law', *Michigan Journal of International Law* 2006 (27), p. 588.
- 17 Zie rechtsoverweging 124.
- 18 Verordening van de Commissie van 23 december 2002 behorende bij het Financieel Reglement (*PbEG* 2002, L 357/1).
- 19 Het transparantiebeginsel heeft zich voornamelijk in het aanbestedingsrecht ontwikkeld. Zie o.a. HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94 (*Commissie/België, Waalse bus-sen-arrest*), *Jur.* 1996, p. I-2043, r.o. 54-56; HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 (*Succhi di Frutta*), *Jur.* 2004, p. I-3801, r.o. III.
- 20 Zie artikel 110 lid 1 van het Financieel Reglement en artikel 167 van de Commissieverordening behorende bij het Financieel Reglement.
- 21 Zie artikel 115 lid 2 van het Financieel Reglement en artikel 177 van de Commissieverordening behorende bij het Financieel Reglement.
- 22 Zie artikel 116 lid 1 van het Financieel Reglement en de Gids voor de nationale agentschappen een Leven Lang Leren 2011, 3.6.1.2 en 3.6.2.2.1 (n.n.g.).
- 23 Zie artikel 116 lid 1 van het Financieel Reglement en artikel 178 lid 1 van de Commissieverordening behorende bij het Financieel Reglement.
- 24 Artikel 116 lid 3 van de Commissieverordening behorende bij het Financieel Reglement.
- 25 Zie rechtsoverweging 126.
- 26 Artikel 108 lid 1 Financieel Reglement 2002.
- 27 Het komt wel voor dat in een Europese subsidieverordening die ziet op de verstreking van subsidies in gedeeld beheer enkele eisen zijn opgenomen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Deze eisen zijn echter minder vergaand dan de in het Financieel Reglement opgenomen bepalingen.
- 28 COM(2010)815 def. (Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de jaarlijkse begroting van de Unie).
- 29 Dit blijkt bijvoorbeeld uit het ontbreken van het transparantiebeginsel in handboeken waarin een overzicht wordt gegeven van algemene rechtsbeginselen. Zie bijvoorbeeld H. Van Wijk, W. Konijnenbelt en R. van Male, 'Hoofdstukken van Bestuursrecht', Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 283.
- 30 Zie artikel 4:27 van de Awb.
- 31 Zie daarover Den Ouden in haar noot (punt 7) bij ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2011, 232 (*Coach4Kids*).
- 32 Zie CBB 3 juni 2009, *AB* 2009, 373, m.nt. J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*) en CBB 28 april 2010, *AB* 2010, 186, m.nt. Wolswinkel (*Pierik en Meson*). Zie ook F. van Ommeren, W. den Ouden en J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011, 28, p. 1863 en 1864.
- 33 Zoals het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Zie van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel *NJB* 2011, 28, p. 1864.
- 34 Zie omtrent de vraag in hoeverre het transparantiebeginsel toegepast zou kunnen worden in het subsidierecht A. Drahm, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011, 124, p. 672-684.
- 35 Zie hieromtrent Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel, *NJB* 2011, p. 1863-1864.
- 36 Dit volgt uit het zogenoemde *Betfair-arrest* (HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *AB* 2011, 17, m.nt. A. Buijze, *JB* 2010, 171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *NJ* 2010, 490, m.nt. M.R. Mok onder *NJ* 2010/491, *SEW* 2011-2, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.
- 37 Vergelijk Den Ouden in haar noot (punt 7) bij ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2011, 232 (*Coach4Kids*).
- 38 Zie omtrent aanbesteden onder de drempel bijvoorbeeld HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), *Jur.* 2008, p. I-619, r.o. 66.
- 39 Zo blijkt bijvoorbeeld uit ABRvS 9 maart 2011, *LJN* BP7159; Zie ook de noot van W. Den Ouden (punt 10) bij ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2011, 232 (*Coach4Kids*).
- 40 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 januari 2009, zaak C-281/07 (*Bayerische Hypotheken- und Vereinsbank*), *Jur.* 2009, p. I-91, r.o. 18 en HvJ EG 29 januari 2009, gevoegde zaken C-278/07 tot en met C-280/07 (*Josef Vosding e.a.*), *Jur.* 2009, p. I-457.
- 41 In sectoriële verordeningen kan namelijk wel een kortere termijn worden gehanteerd, mits deze termijn niet korter is dan drie jaar.
- 42 Op grond van artikel 3 lid 3 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 staat het de lidstaten vrij een langere verjaringstermijn toe te passen. Het Hof heeft deze vrijheid in zijn arrest van 5 mei 2011 (gevoegde zaken C-201/10 en C-202/10 (*Ze Fu Vleischhandel & Vion Trading*), *AB* 2011, 358, m.nt. W. den Ouden en Geleijnse) wel enigszins ingeperkt. Het toepassen van nationale lange civiele verjaringstermijnen van 30 jaar die analoog wordt toegepast om een andere doelstelling na te streven dan de doelstelling die ten grondslag ligt aan de vaststelling ervan door de nationale wetgever, gaat verder dan noodzakelijk is.
- 43 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2009, *AB* 2010, 283, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden waarin de Afdeling de Verordening (EG) nr. 2988/95 op dit punt rechtstreeks toepast.
- 44 Zie HvJ EG 29 januari 2009, gevoegde zaken C-278/07 tot en met C-280/07 (*Josef Vosding e.a.*), *Jur.* 2009, p. I-457, r.o. 27-29.
- 45 HvJ EG 11 januari 2007, zaak C-279/05 (*Vonk Dairy Products*), *Jur.* 2007, p. I-239, r.o. 41 en 44.
- 46 Dit wordt ook bevestigd in HvJ EU 5 mei 2011, gevoegde zaken C-201/10 en C-202/10 (*Ze Fu Fleischhandel & Vion Trading*), *AB* 2011, 358, m.nt. C.A. Geleijnse en W. den Ouden) waarin het Hof oordeelt dat een nationale langere verjaringstermijn weliswaar op grond van de Verordening (EG) nr. 2988/95 is toegestaan, maar wel in overeenstemming moet zijn met het rechtszekerheidsbeginsel dat onder meer verlangt dat een marktdeelnemer niet gedurende een onevenredig lange termijn in het ongewisse blijft.
- 47 J.C.A. van Dam is masterstudent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. J.E. van den Brink is onderzoeker bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.