



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2010-02-10

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2010). Annotation: ABRvS 2010-02-10. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16391>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16391>

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

AB 2010/214

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer)

,
10 februari 2010

, nr200903092/1/H2 LJN:BL3327,

Mrs. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek, C.J. Borman, J.A. Hagen

Wetgang:

Awb art. 4:23, 4:36

Essentie

Wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking met terugwerkende kracht. Geen reformatio in peius. Geen rechtsregel die in de weg staat aan het hechten van belang aan verplichtingen die partijen eerder jegens elkaar zijn aangegaan per overeenkomst bij vaststelling van subsidie per besluit.

Samenvatting

Onder een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb wordt verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent. De Bijdrageverordening is krachtens de in Provinciewet neergelegde autonome verordeningbevoegdheid door provinciale staten vastgesteld en is daarmee een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. Op grond van dit wettelijk voorschrift kan door het college subsidie worden verstrekt, ook wanneer de subsidie mede wordt gefinancierd uit Europese middelen op grond van Europese gelden die aan de Staat der Nederlanden zijn toegekend. Voor beantwoording van de vraag of de Bijdrageverordening een wettelijk voorschrift is dat aan het college de bevoegdheid verleent de subsidie te verstrekken, is de achterliggende financiering daarvan niet van belang. (...)

De Bijdrageverordening is met terugwerkende kracht gewijzigd in die zin dat ook zonder voorafgaande verlening een subsidie kan worden vastgesteld. Aldus bestaat niet langer grond voor het oordeel dat het college die verordening niet heeft toegepast bij de verstrekking van de subsidie. Het betoog van subsidieontvangers dat de met terugwerkende kracht gewijzigde Bijdrageverordening niet mag worden toegepast, nu zij in een nadeliger positie zijn terechtgekomen, volgt de Afdeling niet. Met de wijziging van de Bijdrageverordening is een wettelijke basis voor de subsidie tot stand gebracht en is een verwijzing naar de criteria uit het Leader II-programma in de verordening opgenomen. Bij de wijziging zijn geen bepalingen opgenomen die andere of meer verplichtingen opleggen aan de subsidieontvangers dan die reeds volgden uit de tussen het college en subsidieontvangers gesloten overeenkomsten. (...) Of de tussen de provincie en subsidieontvangers in 1999 gesloten overeenkomsten nietig zijn, staat thans niet ter beoordeling. In ieder geval staat geen rechtsregel eraan in de weg dat het college bij de op de Bijdrageverordening gebaseerde subsidie vaststelling ineens belang hecht aan de verplichtingen die partijen jegens elkaar zijn aangegaan vanwege de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verstrekt.

Partijen

Uitspraak op het hoger beroep van het college van gedeputeerde staten van Flevoland, appelland, tegen de uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 20 maart 2009 in zaken nrs. 07/2097, 07/2098, 07/2099 en 07/2100 in het geding tussen:

- I. Stichting Life Science Facilities Flevoland, te Lelystad,
- II. curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

- Flevo Herb B.V.,
III. de coöperatieve vereniging met uitgesloten aansprakelijkheid Telerscoöperatie Medicinale Gewassen Flevoland u.a., te Dronten,
IV. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Flevo Additional Food B.V. i.o., te Lelystad,
en
het college.

1. Procesverloop

Bij besluiten van 24 september 2002 heeft het college van gedeputeerde staten van de provincie Flevoland (hierna: het college) een subsidie voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Flevo Herb B.V., (hierna: FH) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Flevo Additional Food B.V. i.o. (hierna: FAF) en de coöperatieve vereniging met uitgesloten aansprakelijkheid Telerscoöperatie Medicinale Gewassen Flevoland u.a. (hierna: TMG) vastgesteld. Bij besluit van 20 december 2002 heeft het college een subsidie voor de stichting Stichting Life Science Facilities Flevoland (hierna: LSF) vastgesteld.

De Afdeling heeft bij uitspraak van 19 april 2006, in zaak nr. 200409931/1, de besluiten van 24 juli 2003 op de daartegen door FH, TMG, FAF en LSF (hierna tezamen te noemen: de subsidieontvangers) gemaakte bezwaren vernietigd.

Bij besluiten van 16 oktober 2007 heeft het college de door subsidieontvangers tegen de besluiten van 24 september en 20 december 2002 gemaakte bezwaren opnieuw gedeeltelijk gegrond verklaard.

Bij uitspraak van 20 maart 2009, verzonden op 28 maart 2009, heeft de rechtbank Zwolle (hierna: de rechtbank) de door subsidieontvangers daartegen ingestelde beroepen gegrond verklaard en de besluiten van 16 oktober 2008 vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft het college bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 29 april 2009, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 14 juli 2009.

De subsidieontvangers hebben een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 9 december 2009, waar het college, vertegenwoordigd door mr. A. ten Veen, advocaat te Amsterdam, en de subsidieontvangers, vertegenwoordigd door mr. E. Hardenberg, advocaat te Apeldoorn, en J.A.E.V. de Roij van Zuijdewijn, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1.

Ingevolge artikel 4:23, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) verstrekt een bestuursorgaan slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.

Ingevolge artikel 4:23, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb is het eerste lid niet van toepassing indien de subsidie rechtstreeks op grond van een door de Raad van de Europese Unie, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: de Europese Commissie) vastgesteld programma wordt verstrekt. In artikel 4:43, eerste lid, van de Awb is bepaald dat, indien geen beschikking tot subsidieverlening is gegeven, de beschikking tot subsidie vaststelling een aanduiding bevat van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verstrekt.

Ingevolge het tweede lid zijn de artikelen 4:32, 4:35, tweede lid, 4:38 en 4:39 zijn van overeenkomstige toepassing.

2.2.

Provinciale staten van Flevoland hebben naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling

van 19 april 2006 de Verordening, houdende regels omtrent het toekennen van bijdragen uit Europese Steunfondsen 1994–1999 (hierna: de Bijdrageverordening), met terugwerkende kracht gewijzigd.

Ingevolge artikel 1f wordt in deze verordening verstaan onder project: de ter uitvoering van het jaarprogramma nader geconcretiseerde activiteiten ten aanzien waarvan een overeenkomst naar burgerlijk recht zal worden aangegaan.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, beslissen gedeputeerde staten op aanvragen om een bijdrage uit een steunfonds. De Algemene Subsidieverordening is op deze aanvragen niet van toepassing.

Ingevolge het tweede lid dient om in aanmerking te komen voor een bijdrage te worden voldaan aan de criteria zoals genoemd in het EPD en het jaarprogramma.

Ingevolge artikel 3a, eerste lid, kan een aanvraag, voor zover niet eerder een aanvraag is gedaan waarop is beslist middels een toekenningsbesluit, tevens worden ingediend na of tijdens realisatie van een project.

Ingevolge het vierde lid zal de bijdrage in geval van een aanvraag als bedoeld in het eerste lid zonder voorafgaande toekenning of verleningsbeschikking direct definitief worden vastgesteld.

Ingevolge het vijfde lid is artikel 7 van overeenkomstige toepassing.

Ingevolge artikel 7 beslist het college afwijzend op een aanvraag indien:

- ‘a. niet wordt voldaan aan de criteria zoals genoemd in het EPD of LEADER II en het jaarprogramma;
- b. gegronde vrees bestaat dat aanvrager niet zal voldoen aan verplichtingen als bedoeld in deze verordening, dan wel niet kan worden voldaan aan de bepalingen van het EPD of LEADER II of het jaarprogramma;
- c. het project niet voor 1 januari 2001 gerealiseerd zal kunnen zijn;
- d. het jaarbudget van de betreffende begrotingspost niet, of niet voldoende, toereikend is.’

Ingevolge artikel 9, eerste lid, kan aan de toekenning van een bijdrage in elk geval de voorwaarde worden verbonden dat:

- ‘a. het project overeenkomstig het projectplan, dan wel de beschrijving van het plan moet worden uitgevoerd;
- b. het project binnen een in de toekenning vermelde termijn moet zijn aangevangen en voor een daarbij te vermelden tijdstip gerealiseerd dient te zijn.’

Ingevolge artikel 12, eerste lid, dient aanvrager binnen achttien weken na realisering van het project gedeputeerde staten te verzoeken de bijdrage definitief vast te stellen.

Ingevolge het vijfde lid kan het college bij niet-nakoming van bij of krachtens deze regeling op aanvrager rustende verplichtingen de bijdrage op een lager bedrag, of op nihil stellen.

2.3.

De Afdeling heeft in haar uitspraak van 19 april 2006 onder meer overwogen dat voor zover het college heeft bedoeld de vaststellingsbesluiten van 24 september en 20 december 2002 te baseren op de Bijdrageverordening, het college er ten onrechte aan voorbij gaat dat ingevolge artikel 3, eerste lid in samenhang met artikel 12, eerste lid, op grond van de Bijdrageverordening slechts een, als definitief aangemerkt, vaststellingsbesluit kan worden genomen op basis van een voor de aanvang van het project genomen toekenningsbesluit, zodat de Bijdrageverordening niet de wettelijke grondslag kan vormen voor door het college genomen vaststellingsbesluiten als bedoeld in artikel 4:43 van de Algemene wet bestuursrecht.

2.4.

Provinciale Staten hebben naar aanleiding van deze uitspraak de Bijdrageverordening gewijzigd met terugwerkende kracht in die zin dat ook vaststellingsbesluiten kunnen worden genomen zonder voorafgaande verlening. Het college heeft zich in de besluiten van 16 oktober 2007 op het standpunt gesteld dat, gelet op de aldus gewijzigde Bijdrageverordening,

ten tijde van het nemen van die besluiten een wettelijke grondslag bestond voor het geven van een beschikking tot subsidievaststelling zonder voorafgaande subsidieverlening.

2.5.

De rechtbank heeft de besluiten van 16 oktober 2007 vernietigd, omdat naar haar oordeel uit de uitspraak van de Afdeling van 19 april 2006 volgt dat, ongeacht de vraag of een bestuursorgaan op nationaal niveau een bevoegdheid aan een regeling kan ontleen, voor de verstrekking van subsidie door een bestuursorgaan vereist is dat is voorzien in een nationale wettelijke regeling waarin is bepaald dat het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om uit de aan de Staat toegekende Europese gelden subsidies te verstrekken en onder welke voorwaarden dit dient te gebeuren. Ook indien een subsidie rechtstreeks op grond van een door de Europese Commissie goedgekeurd programma wordt verstrekt, is vereist dat voorzien is in een dergelijke nationale wettelijke regeling. Met de wijziging met terugwerkende kracht van de Bijdrageverordening is niet voldaan aan het vereiste dat sprake moet zijn van een deugdelijke bevoegdheid voor het verstrekken van subsidies uit Europese gelden in het nationale recht, aldus de rechtbank.

2.6.

Het college betoogt in hoger beroep dat de rechtbank uit de uitspraak van de Afdeling van 19 april 2006 ten onrechte heeft afgeleid dat de gewijzigde Bijdrageverordening niet volstaat als wettelijke grondslag voor de vaststelling van de subsidies. De rechtbank heeft ten onrechte uit deze uitspraak afgeleid dat ook in het geval de Bijdrageverordening grondslag biedt voor de vaststelling van subsidies, een nationale wettelijke regeling is vereist waarin is bepaald dat het college de bevoegdheid heeft om uit de aan de Staat toegekende Europese gelden subsidies te verstrekken en onder welke voorwaarden dit dient te gebeuren. De Afdeling heeft in deze uitspraak eerst nadat zij tot de conclusie is gekomen dat de Bijdrageverordening niet een wettelijke grondslag kan vormen voor de vaststelling van de subsidies zonder voorafgaande verlening onderzocht of er een ander wettelijk voorschrift is dat regelt dat het college voor de activiteiten hier aan de orde subsidie kan verstrekken en alleen in dat kader overwogen dat er geen nationale wettelijke regeling is waarin is bepaald dat het college de bevoegdheid heeft om uit de aan de Staat toegekende Europese gelden subsidies te verstrekken, aldus het college.

2.6.1.

Onder een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb wordt verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent. De Bijdrageverordening is krachtens de in Provinciewet neergelegde autonome verordeningbevoegdheid door provinciale staten vastgesteld en is daarmee een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. Op grond van dit wettelijk voorschrift kan door het college subsidie worden verstrekt, ook wanneer de subsidie mede wordt gefinancierd uit Europese middelen op grond van Europese gelden die aan de Staat der Nederlanden zijn toegekend. Voor beantwoording van de vraag of de Bijdrageverordening een wettelijk voorschrift is dat aan het college de bevoegdheid verleent de subsidie te verstrekken, is de achterliggende financiering daarvan niet van belang. Zoals de Afdeling in de uitspraak van 19 april 2006 tot uiting heeft gebracht in de eerste alinea van overweging 2.9, is de vraag of er een ander wettelijk voorschrift is waaraan het college de bevoegdheid tot subsidieverstrekking kan ontleen, dan wel of de subsidie rechtstreeks op grond van een Europees programma als bedoeld in artikel 4:23, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb wordt verstrekt, eerst aan de orde wanneer aan de subsidieverstrekking door het college niet een provinciale verordening ten grondslag ligt.

2.6.2.

De Bijdrageverordening is met terugwerkende kracht gewijzigd in die zin dat ook zonder voorafgaande verlening een subsidie kan worden vastgesteld. Aldus bestaat niet langer grond

voor het oordeel dat het college die verordening niet heeft toegepast bij de verstrekking van de subsidie. Het betoog van subsidieontvangers dat de met terugwerkende kracht gewijzigde Bijdrageverordening niet mag worden toegepast, nu zij in een nadeliger positie zijn terechtgekomen, volgt de Afdeling niet. Met de wijziging van de Bijdrageverordening is een wettelijke basis voor de subsidie tot stand gebracht en is een verwijzing naar de criteria uit het Leader II-programma in de verordening opgenomen. Bij de wijziging zijn geen bepalingen opgenomen die andere of meer verplichtingen opleggen aan de subsidieontvangers dan die reeds volgden uit de tussen het college en subsidieontvangers gesloten overeenkomsten.

2.6.3.

Gelet hierop zijn de besluiten van 16 oktober 2008 genomen op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Het betoog slaagt.

2.7.

De Afdeling zal de beroepsgronden die subsidieontvangers hebben ingebracht tegen de besluiten van 24 juli 2003 beoordelen.

2.8.

De subsidieontvangers betogen dat het college de in de op 22 juni 1999 en 30 december 1999 gesloten overeenkomsten opgenomen verplichtingen ten onrechte heeft betrokken bij de subsidievaststelling ineens. Daartoe voeren zij aan dat deze overeenkomsten nietig zijn wegens strijd met de Awb en dat bij vaststelling ineens geen andere verplichtingen aan de subsidie kunnen worden verbonden dan die uit de subsidieregeling volgen. Dit betoog faalt. Of de tussen de provincie en subsidieontvangers in 1999 gesloten overeenkomsten nietig zijn, staat thans niet ter beoordeling. In ieder geval staat geen rechtsregel eraan in de weg dat het college bij de op de Bijdrageverordening gebaseerde subsidievaststelling ineens belang hecht aan de verplichtingen die partijen jegens elkaar zijn aangegaan vanwege de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verstrekt.

2.9.

De subsidieontvangers betogen voorts dat het college zich ten onrechte op het standpunt stelt dat de facturen van derden die na 31 december 2001 zijn betaald niet voor subsidie in aanmerking komen. Daartoe voeren zij in de eerste plaats aan dat de Europese subsidieregels niet rechtstreeks doorwerken in de subsidieverhouding en die uiterste betalingstermijn niet in de Bijdrageverordening is opgenomen, maar daarin slechts is bepaald dat dient te worden voldaan aan de criteria van het Europees Programmeringsdocument, het jaarprogramma en LEADER II. Voorts voeren zij aan dat in de overeenkomsten met LSF en TMG geen termijn was opgenomen waarop de facturen aan derden moesten zijn betaald en tenslotte voeren zij aan dat nu het college ten gunste van FH en FAF van de in de met hen gesloten overeenkomsten neergelegde betalingstermijnen is afgeweken, zij niet behoefden te verwachten dat het college aan de termijn van 31 december 2001 zou vasthouden.

2.9.1.

Ingevolge artikel 7, aanhef en onder b, gelezen in samenhang met artikel 3a, vijfde lid, van de Bijdrageverordening wordt de aanvraag tot subsidievaststelling afgewezen indien niet kan worden voldaan aan de bepalingen van het EPD of LEADER II of het jaarprogramma. In het EPD en LEADER II is uitdrukkelijk bepaald dat de betalingen moeten zijn verricht voor 31 december 2001 om voor subsidie in aanmerking te komen. Het college heeft zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat de uiterste betaaltermijn van 31 december 2001 onderdeel uitmaakt van de voor de subsidies geldende verplichtingen. Dit geldt temeer voor FH en FAF, nu in de met hen gesloten overeenkomsten de betalingstermijn op 30 juni 2001 was bepaald. Dat het college uit coulance is afgeweken van de in de overeenkomsten van FH en FAF opgenomen betalingstermijn van 30 juni 2001 betekent niet dat zij erop mochten vertrouwen

dat het college niet zou vasthouden aan de datum van 31 december 2001. Die laatste, bij subsidieontvangers bekende, termijn volgt immers uit de Bijdrageverordening waarin wordt verwezen naar het Europees Programmeringsdocument, het jaarprogramma en LEADER II als uiterste termijn waarop de betalingen moeten zijn gedaan.

2.10.

De subsidieontvangers voeren voorts aan dat het college in strijd met de in zijn brief van 9 januari 2001 neergelegde afspraken ten aanzien van de projecten van FH en FAF, niet is overgegaan tot betaling van de laatste voorschotten, zijnde 20 procent van het totaalbedrag, en deze betaling in strijd met artikel 5 van de overeenkomsten en artikel 4:56 van de Awb heeft opgeschort gedurende het accountantsonderzoek. Zij voeren daartoe aan dat deze met wederzijdse instemming gemaakte afspraken een afwijking inhouden van artikel 4 van de met hen op 30 december 1999 gesloten overeenkomsten, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat de laatste 20 procent van de bijdrage zal worden uitbetaald na voltooiing, betaling en complete afwikkeling van het project en nadat de ondernemer aan zijn overige verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst heeft voldaan.

2.10.1.

Uit de overeenkomsten blijkt dat 80 procent van de subsidies in aanmerking komt voor bevoorschotting en dat de overige 20 procent wordt uitbetaald na voltooiing van de projecten. Uit de brief van 9 januari 2001 blijkt dat het college de systematiek van bevoorschotting aldus heeft aangepast dat bevoorschotting zal plaatsvinden per kwartaal op basis van de geraamde investeringen. De brief van 9 januari 2001 heeft evenwel geen betrekking op een wijziging van de overeenkomsten ten aanzien van de betaling van het restbedrag na voltooiing van de projecten. Nu de betaling van het restbedrag naar haar aard geen voorschot betreft, bestaat ook geen grond voor het oordeel dat het niet uitbetalen van dit bedrag voor afronding van de projecten in strijd is met artikel 4:56 van de Awb of het tussen partijen overeengekomene.

2.11.

Het betoog van de subsidieontvangers dat zij niet in staat waren tijdig de nog openstaande rekeningen te betalen doordat het college het accountantsonderzoek afwachtte alvorens te beslissen op de verzoeken om vaststelling en over te gaan tot betaling, terwijl de lengte van het onderzoek niet aan hen te verwijten valt, kan de subsidieontvangers niet baten. Ook in het geval de subsidies eerder waren vastgesteld zou het college bij die vaststelling zijn uitgegaan en had het mogen uitgaan van de op het moment van vaststellen van de subsidie betaalde facturen en had het college ook dan de niet betaalde facturen niet bij de vaststelling van de subsidie betrokken.

2.12.

FH en FAF voeren aan dat de overschrijding van de in de overeenkomsten vastgelegde betalingstermijn in het licht van het evenredigheidsbeginsel niet had behoren te leiden tot het op nihil stellen van de subsidie voor de desbetreffende kosten. In plaats daarvan had het college in het licht van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb een belangenafweging moeten maken. Daartoe betogen zij dat zij niet in staat waren de openstaande facturen binnen de genoemde termijn te betalen omdat het college de daarvoor benodigde subsidie nog niet had uitgekeerd.

2.12.1.

Er bestaat geen grond voor het oordeel dat het college in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft gehandeld door de kosten waarvan de subsidieontvangers de facturen niet binnen de voorgeschreven betalingstermijn van 31 december 2001 hebben voldaan, niet voor subsidie in aanmerking te brengen. Dat de subsidieontvangers in betalingsonmacht zijn komen te verkeren, naar zij stellen omdat de voorschotten niet voorafgaand aan de betalingen werden verstrekt, maakt niet dat het college de subsidie in

zoverre niet lager had kunnen vaststellen. In de met FH en FAF gesloten overeenkomsten is bepaald dat zij ter realisering van het project zelf dienen te voorzien in de benodigde financiële middelen, zodat de omstandigheid dat zij in betalingsonmacht zijn komen te verkeren aan hen moet worden toegerekend. Voorts wisten subsidieontvangers bij aanvang van de bevoorschotting uit de met het college gesloten overeenkomst dat de facturen al voor indiening van de eindafrekening hadden moeten worden betaald. Anders dan de subsidieontvangers aanvoeren, blijkt uit de overeenkomst, noch uit het dossier dat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op het niet gesubsidieerde deel van de projectkosten. Het betoog faalt.

2.13.

Het betoog van FH dat het college ten onrechte geen kosten voor interest voor subsidie in aanmerking heeft gebracht, faalt evenzeer. Uit artikel 8.1 van de overeenkomst die FH met het college heeft gesloten en de daaraan gehechte bijlage blijkt niet dat is overeengekomen dat rentekosten voor vergoeding in aanmerking komen.

2.14.

Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling de beroepen tegen de besluiten van 16 oktober 2007 van het college alsnog ongegrond verklaren.

2.15.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Zwolle van 20 maart 2009 in zaken nr. 07/2097, 2098, 2099 en 2100;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

Noot van

W. den Ouden

1.

Deze uitspraak is het vervolg op ABRvS 19 april 2006 (*AB* 2006/296, m.nt. MJJ en WdO (Flevo Herb I); zie ook ABRvS 10 februari 2010, zaaknr. 200903953/1/H2 voor een tweede vervolgzak, waarin dezelfde problematiek speelt). Voor een uitgebreide beschrijving van de casus verwijs ik naar de annotatie onder die uitspraak. Hier kan worden volstaan met de opmerking dat het geschil draait om verstrekking van subsidies die (mede)gefinancierd werden uit het Europese structuurfonds EOGFL-O door het college van GS van Flevoland aan verschillende bedrijven voor vernieuwende agrarische activiteiten. Deze subsidies werden in 1999 in de vorm van overeenkomsten aan de ontvangers toegekend. Toen er onenigheid ontstond tussen partijen over de laatste termijn aan uit te betalen subsidiegelden vroegen de bedrijven om een besluit tot subsidievaststelling. Volgens de wet geeft dit besluit recht op uitbetaling van het vastgestelde subsidiebedrag (art. 4:52 Awb). De gevraagde vaststellingsbesluiten werden in 2002 ook genomen, maar het bedrag dat daarin was opgenomen was lager dan het bedrag waarop de ontvangers op basis van de genoemde overeenkomsten recht dachten te hebben. In de juridische procedure die daarop volgde werd duidelijk dat GS de subsidierelaties ten onrechte per overeenkomst hadden geregeld. Volgens de regels van de subsidietitel van de Awb (titel 4.2) dienen subsidies namelijk per besluit te worden verstrekt, waarvoor in beginsel een wettelijke regeling moet worden gemaakt (art. 4:23 Awb). Slechts een (de beschikking) aanvullende, uitvoeringsovereenkomst is nog mogelijk (art. 4:36 Awb). Op provinciaal niveau was ook wel een verordening vastgesteld ten

behoefte van dit soort subsidieverstrekkingen — de zogenaamde Bijdrageverordening — maar die was in casu om onduidelijke redenen niet gevolgd.

Toen de Afdeling in de voornoemde uitspraak van 2006 had vastgesteld dat de subsidie ten onrechte door middel van een overeenkomst was verstrekt, vernietigde zij de beslissing op bezwaar. Het primaire vaststellingsbesluit werd echter in stand gelaten om partijen niet in een slechtere positie te brengen als gevolg van hun hoger beroep; hun recht op reeds uitbetaalde subsidiegelden bleef zodoende in stand (vgl. ABRvS 9 april 2008, zaaknr. 200703105/1). Zo werden partijen terug gestuurd naar de bestuurlijke fase zonder dat duidelijk was wat daarin nu precies moest gebeuren om een rechtmatige situatie te creëren en het geschil op te lossen.

2.

Uit deze uitspraak wordt duidelijk dat PS van Flevoland naar aanleiding van de uitspraak in 2006 zijn overgegaan tot wijziging van de hiervoor genoemde Bijdrageverordening, de provinciale verordening met betrekking tot het verstrekken van provinciale subsidies (mede) gefinancierd uit Europese fondsen in de periode 1994-1999. Daarin werd (alsnog) neergelegd dat het (ook) mogelijk is voor GS om een subsidie direct per vaststellingsbesluit te verstrekken voor reeds gerealiseerde projecten. Deze wijziging werd met terugwerkende kracht ingevoerd, waarmee alsnog een wettelijke grondslag voor de vaststellingsbesluiten uit 2002 werd gecreëerd. Volgens de Rechtbank Zwolle (*LJN* BH 6980) was dat echter niet voldoende; de rechtbank leidde uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak af dat er naast een provinciale verordening, ook op nationaal niveau een wettelijke regeling zou moeten worden opgesteld waaruit moest blijken dat binnen Nederland GS van Flevoland was aangewezen om Europese gelden toe te wijzen aan concrete projecten. Dat geeft de Afdeling in hoger beroep de gelegenheid om uit te leggen wat nu precies moet worden verstaan onder de eis van een wettelijke grondslag zoals volgend uit artikel 4:23 Awb.

3.

Dat doet zij in r.o. 2.6.1 door te overwegen dat ‘Onder een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb wordt verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent. De Bijdrageverordening is krachtens de in de Provinciewet neergelegde autonome verordeningsbevoegdheid door provinciale staten vastgesteld en is daarmee een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb.’ Uit deze heldere overweging wordt duidelijk dat artikel 4:23 Awb niets zegt over de rang die het wettelijk voorschrift waarop een subsidieverstrekking is gebaseerd moet hebben. Dat moet worden bepaald naar de gewone regels van het staatsrecht, wat voor provincies betekent dat zij een basis kunnen leggen voor subsidieverstrekking in hun autonome verordeningen. Of dat ook *moet* is een tweede vraag, het kan zijn dat provinciale bestuursorganen al in nationale wetgeving worden aangewezen als bevoegd gezag voor subsidieverstrekkingen (wat voor dit soort subsidies voor een nieuwe programmaperiode ook zo is gebeurd: zie de AMvB Besluit EFRO programmaperiode 2007–2013 (*Stb.* 2007, 387) en de ministeriële regeling Regeling EFRO doelstelling 2 programmaperiode 2007–2013 (*Stcrt.* 2007, 222)). Het kan ook zijn dat een subsidie medegefinancierd uit Europese gelden valt onder de complexe uitzondering van art. 4:23 Awb, lid 3, sub b, waardoor geen wettelijke grondslag is vereist. Maar de Afdeling had in haar uitspraak van 2006 al aangegeven dat beide situaties zich in dit geval niet voordeden; een grondslag in een provinciale verordening was dus vereist, en die hebben PS daarom met terugwerkende kracht gecreëerd.

4.

Dat een subsidie met terugwerkende kracht van een wettelijke grondslag kan worden voorzien was al eerder door de Afdeling vastgesteld. In ABRvS 20 oktober 2004 (*AB* 2005/157, m.nt. NV, *JB* 2004/398, m.nt. AJB) accepteerde de Afdeling in hoger beroep een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking die met terugwerkende kracht was opgesteld

naar aanleiding van de rechtbankuitspraak waartegen werd opgekomen. In ABRvS 14 mei 2008 (zaaknr. 200704865/1) wordt bij deze uitspraak expliciet aangesloten. Er bestaat geen principieel bezwaar tegen het opstellen van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking met terugwerkende kracht, nu deze in beginsel leiden tot rechtmatige aanspraken en rechtszekerheid voor bij subsidiëring betrokken partijen (vgl. CRvB 2 oktober 2007, AB 2008/192, m.nt. J.E. van den Brink). Wel merken Verheij en Van den Brink in hun annotaties onder de genoemde uitspraken, terecht op dat dat anders kan liggen wanneer er derden (concurrenten) zijn die door subsidieverstrekking kunnen worden benadeeld of wanneer de achteraf opgestelde wettelijke grondslag een benadeling betekent voor betrokkenen.

5.

Dat laatste risico was natuurlijk aanwezig in deze zaak. Het geschil draaide om de vraag hoeveel subsidiegelden per beschikking moesten worden vastgesteld. GS weigerden onder meer om facturen die na 31 december 2001 waren betaald voor de gesubsidieerde projecten in de vaststellingsbeschikking mee te nemen, omdat die facturen buiten de uiterste betalingstermijn vielen die op Europees niveau was vastgesteld. Deze kosten zouden dus niet bij de Europese Commissie kunnen worden gedeclareerd. In de verordening wordt vervolgens met terugwerkende kracht bepaald dat de aanvraag tot vaststelling zou worden afgewezen indien niet was voldaan aan de bepalingen van het EPD (Enkelvoudig Programmerings Document). In het EPD was deze datum uitdrukkelijk opgenomen. Zo wordt het betalen voor de genoemde datum een wettelijke verplichting voor de subsidieontvangers en kunnen rekeningen daarna voldaan rechtmatig buiten het vast te stellen subsidiebedrag worden gehouden.

Dit lijkt een benadeling voor de betrokken subsidieontvangers, maar dat is het, althans volgens de Afdeling, niet. Zij overweegt dat 'bij de wijziging (...) geen bepalingen zijn opgenomen die andere of meer verplichtingen opleggen aan de subsidieontvangers dan die reeds volgden uit de tussen het college en subsidieontvangers gesloten overeenkomsten.' Als norm lijkt zodoende wel te worden erkend dat geen benadeling van betrokkenen mag worden bewerkstelligd met een wettelijke subsidieregeling met terugwerkende kracht (in die lijn ook EHRM 18 mei 2010, AB 2010/189, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (Plalam)). Waarom er geen benadeling plaatsvindt relateert de Afdeling in casu rechtstreeks aan de eerder gesloten overeenkomsten. Daaruit kon al worden afgeleid dat rekeningen 31 december 2001 moesten zijn betaald om voor subsidie in aanmerking te kunnen komen. Sterker nog: daaruit volgde dat er al voor 30 juni moest zijn betaald, een termijn die later was verlengd uit 'coulance' naar 31 december 2001. Het was dus een 'bij de subsidieontvangers bekende' betalingstermijn, aldus de Afdeling. Een te volgen redeneerwijze, waarbij overigens wel opvallend is dat de Afdeling vaststelt dat de gewraakte termijn was opgenomen in de overeenkomsten gesloten met twee van de vier subsidieontvangers (r.o. 2.9.1). Hoe de termijn aan de andere twee partijen bekend moest zijn laat zij in het midden en dat is onbevredigend.

6.

De subsidieontvangers voerden aan dat verplichtingen die volgden uit de gesloten overeenkomsten überhaupt niet mochten worden meegenomen bij de aangevochten beschikking tot subsidievaststelling, nu deze overeenkomsten nietig zouden zijn wegens strijd met de Awb. Dat de betreffende overeenkomsten in strijd kwamen met de Awb kan inderdaad worden afgeleid uit de uitspraak van de Afdeling in deze kwestie uit 2006. Dat maakt de overeenkomsten niet per definitie nietig. Art. 3:40 BW, tweede lid, bepaalt dat overeenkomsten in strijd met dwingende wetsbepalingen in beginsel nietig zijn. Nu wordt deze bepaling wel 'één van de lelijkste eendjes van het BW' genoemd, vanwege de genuanceerdheid en de complexiteit daarvan (J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en*

overeenkomst, Kluwer 2007, p. 164). Over het antwoord op de vraag of de tussen GS en de subsidieontvangers gesloten overeenkomsten op grond van deze bepaling als nietig moeten worden gekwalificeerd kan beslist worden gediscussieerd. Maar daartoe blijkt de Afdeling niet bereid. Zij overweegt dat ‘thans niet ter beoordeling staat’ of de tussen de provincie en subsidieontvangers gesloten overeenkomsten nietig zijn. Zij vervolgt met de mededeling dat er ‘in ieder geval geen rechtsregel aan in de weg (staat) dat het college bij de op de Bijdrageverordening gebaseerde subsidievaststelling ineens belang hecht aan de verplichtingen die partijen jegens elkaar zijn aangegaan vanwege de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verstrekt.’ Die conclusie komt voor mij uit de lucht vallen. Indien zou moeten worden vastgesteld dat de tussen partijen gesloten overeenkomst (ver)nietig(baar) is omdat deze (kort samengevat) in strijd komt met Awb-bepalingen die vooral zijn opgesteld om de belangen van subsidieontvangers te beschermen, dan lijkt mij een logischer uitgangspunt dat daarin opgenomen verplichtingen niet zonder meer mogen worden meegewogen in een later te nemen vaststellingsbesluit. Die verplichtingen zullen dan eerst aan het publiekrechtelijk (subsidie)kader moeten worden getoetst; een stap die in deze uitspraak ontbreekt.
AB Rechtspraak Bestuursrecht

Copyright © Kluwer 2011
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 19-01-2011

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.