



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2008-12-24

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2009). Annotation: ABRvS 2008-12-24. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14931>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14931>

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

AB 2009/96**RAAD VAN STATE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK (MEERVOUDIGE KAMER)**

24 december 2008, nr. 200502951/1

(Mrs. P.J.J. van Buuren, H.G. Lubberdink, D. Roemers)

m.nt. W. den Ouden

LJN BG8290

EG-verdrag art. 10; Vo. 4253/88 art. 23; Awb art. 4:49, 4:57

[Essentie] Communautaire verplichting tot terugvordering van ESF-subsidies. Verplichting zonder dat bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is; de bevoegdheidsgrondslag is ingevolge het communautaire recht een gegeven. Verordeningconforme uitleg van art. 4:49 Awb. Geen ruimte voor toetsing aan het nationale vertrouwensbeginsel. Schadevergoeding wegens schending nationaal vertrouwensbeginsel? Geen beroep op het gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel bij een kennelijke schending. Voor verdere afweging is geen plaats.

Gelet op het arrest heeft dit tot gevolg dat in de onderhavige zaak de lidstaat Nederland op grond van art. 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening moet overgaan tot terugvordering van de subsidie die in strijd met de ESF-regeling aan de gemeente is verstrekt, nu uit de overweging van het Hof van Justitie in punt 40, herhaald in het dictum onder punt 1, van het arrest moet worden afgeleid dat deze bepaling voor de lidstaat daartoe een verplichting schept, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. Deze bepaling schept derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering. (...) Uit het voorgaande volgt dat, nu de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het communautaire recht een gegeven is, de uitoefening van de bevoegdheid moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan. De Afdeling moet derhalve allereerst de vraag beantwoorden of het algemene subsidierecht zoals neergelegd in titel 4.2 van de Awb, de van toepassing zijnde modaliteit naar nationaal recht, voorziet in een bevoegdheid van een bestuursorgaan om de subsidie terug te vorderen. Daartoe wordt het volgende overwogen. In art. 4:49, eerste lid, van de Awb is aan het bestuursorgaan dat de subsidie heeft verleend en vastgesteld de bevoegdheid geattribueerd het vaststellingsbesluit op de daarin onder a tot en met c vermelde gronden in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen. Naar het oordeel van de Afdeling betekent verordeningconforme uitleg van deze bepaling, als bedoeld in 2.7, dat het bestuursorgaan dat de subsidie heeft vastgesteld ingevolge deze bepaling ook bevoegd is het vaststellingsbesluit in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen indien ingevolge art. 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening voor de lidstaat Nederland een verplichting bestaat om van de subsidieontvanger door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Naar Nederlands recht dient er een besluit tot intrekking of wijziging van een eerder vaststellingsbesluit te worden genomen waarbij de onverschuldigdheid van reeds betaalde subsidiebedragen wordt vastgesteld, voordat tot terugvordering kan worden overgegaan. Wat betreft het beroep op het vertrouwensbeginsel, gedaan door de gemeente in onder meer haar reactie van 14 mei 2008 op het arrest, welk beroep inhoudt dat, indien art. 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening verplicht tot terugvordering van de verstrekte subsidie en een beroep op het communautaire vertrouwensbeginsel niet kan slagen, zij recht heeft op schadevergoeding ten bedrage van de verstrekte subsidie, omdat de minister het besluit van 18 juli 2001, dat hij bij besluit van 17 mei 2002 heeft gehandhaafd, in strijd met het nationale vertrouwensbeginsel heeft genomen, wordt het volgende overwogen. (...) Uit het oordeel van het Hof van Justitie, zoals weergegeven in 2.3, dat de nationale rechter in dit geval aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht, volgt dat in deze zaak geen ruimte bestaat om het besluit van 17 mei 2002 op het bezwaar van de gemeente aan het nationale vertrouwensbeginsel te toetsen. Het Hof van Justitie heeft voorts in punt 56 van het arrest geoordeeld dat op het gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel geen beroep kan worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling. Zoals in 2.5 is overwogen heeft de gemeente in strijd met art. 10 van de ESF-regeling gehandeld. Gelet op het arrest betekent dit dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling en dat haar daarom geen beroep toekomt op het in deze zaak van toepassing zijnde gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel. Voor een verdere afweging is geen plaats.

[Tekst] De gemeente Rotterdam, appellante, tegen de uitspraak in zaak nr. 02/1694 van de rechtbank Rotterdam van 18 augustus 2003 in het geding tussen:

Appellante, en De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij verwijzingsuitspraak van 30 augustus 2006 heeft de Afdeling het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof van Justitie) verzocht bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op vijf vragen, de behandeling van het hoger beroep van appellante (hierna: de gemeente) geschorst tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan en iedere verdere beslissing aangehouden. Voor het procesverloop voorafgaande aan deze uitspraak wordt naar de verwijzingsuitspraak, die is aangehecht,

verwezen.

Bij arrest van 13 maart 2008 in de gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, waarbij de onderhavige zaak nr. C-384/06 heeft (hierna: het arrest), heeft het Hof van Justitie deze vragen beantwoord. Het arrest is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Desgevraagd hebben de gemeente bij brief van 14 mei 2008 en de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij brief van 23 mei 2008 een reactie op dit arrest ingediend.

Partijen hebben de Afdeling desgevraagd toestemming gegeven om op grond van artikel 8:57 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna ook: Awb) een nadere zitting achterwege te laten, waarna het onderzoek is gesloten.

2. Overwegingen

2.1. Voor de weergave van het wettelijk kader zoals dat in deze zaak van toepassing is en voor de voor het geschil relevante feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de verwijzingsuitspraak van 30 augustus 2006.

2.2. De Afdeling heeft bij de verwijzingsuitspraak van 30 augustus 2006 het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verzocht bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

1.a. Kan de lidstaat respectievelijk een bestuursorgaan van die staat een bevoegdheid rechtstreeks - dus zonder grondslag in het nationale recht - aan een verordening ontfangen?

1.b. Zo ja, verleent artikel 23, eerste lid, van de Verordening nr. 4253/88 van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van de Verordening nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds, zoals gewijzigd bij de Verordening nr. 2082/93, (de Coördinatieverordening) (Pb. EG 1993 L 193/6) de bevoegdheid om een subsidie vaststelling in te trekken en vervolgens het uitgekeerde bedrag terug te vorderen, ervan uitgaande dat artikel 23 van de Coördinatieverordening, indien sprake is van misbruik of nalatigheid als bedoeld in dat artikel, de lidstaten daartoe verplicht?

2. Zo neen, brengt artikel 10 van het EG-Verdrag, gelezen in verbinding met artikel 249 van dat Verdrag, met zich dat een nationale bepaling als artikel 4:49, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht - op grond van welke bepaling het bestuursorgaan de subsidie vaststelling kan intrekken of ten nadele van de ontvanger kan wijzigen

(a) op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bij de subsidie vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de subsidieverlening zou zijn vastgesteld,

(b) indien de subsidie vaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten, of

(c) indien de subsidieontvanger na de subsidie vaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen - verordeningconform moet worden uitgelegd?

3. Zo ja, vindt deze uitleg zijn beperking in algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht, met name de rechtsbeginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen?

4. Indien vraag 3 bevestigend wordt beantwoord dan rijst met betrekking tot deze beperking de navolgende vraag: kan aan de aan artikel 4:49, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht ten grondslag liggende nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginselen een verder strekkende betekenis toekomen dan de communautaire algemene beginselen, met name communautaire rechtsbeginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen, die bij de toepassing van de Coördinatieverordening in acht moeten worden genomen?

5. Speelt, gelet op artikel 10 van het EG-Verdrag, bij de toepassing van de communautaire rechtsbeginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen een rol dat de subsidieontvanger een rechtspersoon naar publiekrecht is?

2.3. Het Hof van Justitie heeft op de onder 1 vermelde vragen van de Afdeling - die betrekking hebben op de bevoegdheidsgrondslag om tot intrekking van de subsidie vaststelling en terugvordering van de uitbetaalde bedragen over te gaan - geantwoord, zoals is samengevat in punt 40 van het arrest, dat artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen. Het Hof van Justitie heeft in aansluiting daarop overwogen dat het antwoord op deze vragen een antwoord op de als tweede gestelde vraag overbodig maakt.

Het Hof van Justitie heeft op de derde en de vierde vraag van de Afdeling - die betrekking hebben op de (communautaire) rechtsbeginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen - na herformulering ervan geantwoord, zoals is samengevat in punt 51 van het arrest, dat de nationale rechter uitvoering moet geven aan de verplichting die uit artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening voortvloeit wanneer aan hem een verzoek tot terugvordering van verstrekte subsidie als gevolg van misbruik of nalatigheid van verloren middelen wordt voorgelegd. De nationale rechter dient daarbij, indien nodig, aan terugvordering in de weg staande voorschriften, zoals de Awb, die alleen met het oog op een zuiver nationale situatie zijn uitgewerkt, buiten toepassing te laten of uit te leggen. Volgens de punten 52 en 53 van het arrest kan het niet in strijd met het gemeenschapsrecht worden geacht wanneer het nationale recht in zaken als hier aan de orde rekening houdt met het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Daarbij dient aan die beginselen toepassing te worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht, omdat de verplichting

om de verloren middelen te recupereren voortvloeit uit artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening. Volgens punt 57 van het arrest is het aan de nationale rechter om te beoordelen of, gelet op het gedrag van zowel de begunstigde als de betrokken bestuursorganen, de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, naar gemeenschapsrecht verstaan, tegen de verzoeken om terugbetaling kunnen worden ingeroepen.

Het Hof van Justitie heeft voorts op de vijfde vraag van de Afdeling in punt 59 van het arrest geantwoord dat bij de beoordeling door de nationale rechter het feit dat de begunstigde van de gelden een publiekrechtelijke rechtspersoon is, irrelevant is.

Bevoegdheidsgrondslag

2.4. Het Hof van Justitie heeft in het arrest, in het dictum onder punt 1, voor recht verklaard:

"Artikel 23, lid 1, van verordening (EEG) nr. 4253/88 van de Raad van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van verordening (EEG) nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van de bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 2082/93 van de Raad van 20 juli 1993, schept voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen."

2.5. De Afdeling heeft in de verwijzingsuitspraak van 30 augustus 2006 vastgesteld dat de gemeente de aan de verleende subsidie verbonden verplichting dat een aparte projectadministratie dient te worden gevoerd, bestaande uit een deelnemers- en een financiële administratie waarin alle gegevens zijn te verifiëren die zijn opgenomen in de aanvraag en de rapportageformulieren, niet dan wel onvoldoende heeft nageleefd. Zij heeft geoordeeld dat mitsdien sprake is van strijd met artikel 10 van de Regeling Europees Sociaal Fonds (CBA 1994, *Stcrt.* 1994, 239, zoals nadien gewijzigd; hierna: de ESF-regeling) en dat dit betekent dat sprake is van misbruik of nalatigheid als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening.

Gelet op het arrest heeft dit tot gevolg dat in de onderhavige zaak de lidstaat Nederland op grond van artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening moet overgaan tot terugvordering van de subsidie die in strijd met de ESF-regeling aan de gemeente is verstrekt, nu uit de overweging van het Hof van Justitie in punt 40, herhaald in het dictum onder punt 1, van het arrest moet worden afgeleid dat deze bepaling voor de lidstaat daartoe een verplichting schept, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. Deze bepaling schept derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering.

Modaliteiten naar het nationale recht

2.6. Het Hof van Justitie heeft in het arrest, in het dictum onder 2, voor recht verklaard:

"De terugvordering van als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen moet geschieden op de voet van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88, zoals gewijzigd bij verordening nr. 2082/93, en volgens de modaliteiten van het nationale recht, vooropgesteld dat de toepassing van dit recht geen afbreuk doet aan de toepassing en de werkzaamheid van het gemeenschapsrecht en niet tot gevolg heeft dat de terugvordering van de op onregelmatige wijze toegekende gelden nagenoeg onmogelijk wordt gemaakt. Het staat aan de nationale rechter om de toepassing van het gemeenschapsrecht ten volle te verzekeren door indien nodig nationale bepalingen zoals de Algemene wet bestuursrecht die hieraan in de weg staan, buiten toepassing te laten of uit te leggen. De nationale rechter kan de gemeenschapsrechtelijke beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen toepassen bij de beoordeling van het gedrag van zowel de begunstigde van de verloren middelen als de betrokken bestuursorganen, vooropgesteld dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden. Het feit dat de begunstigde van de gelden een publiekrechtelijke rechtspersoon is, is daarbij irrelevant."

2.7. De terugvordering geschiedt volgens de modaliteiten van het nationale recht. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie valt af te leiden dat de nationale rechter zijn nationale recht binnen de door het Gemeenschapsrecht getrokken grenzen aldus moet uitleggen dat het door de richtlijn voorgeschreven doel wordt bereikt (arrest van 13 november 1990, *Marleasing*, zaak C-106/89, *Jurispr.* 1990 blz. I-4135, punt 8). Verder moet de nationale rechter het gehele nationale recht in beschouwing nemen om te beoordelen in hoeverre dat recht zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat (arrest van 5 oktober 2004, *Pfeiffer*, gev. zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jurispr.* 2004 blz. I-8835, punt 115). Deze interpretatiemethode geldt niet alleen voor richtlijnen, maar ook voor verordeningen (arrest van 7 januari 2004, X, zaak C-60/02, *Jurispr.* 2004 blz. I-651, punt 59). Voorts heeft het Hof van Justitie in de punten 48 en 49 van het arrest overwogen dat uit de rechtspraak van het Hof volgt dat op geschillen betreffende de terugvordering van ten onrechte uit hoofde van het gemeenschapsrecht betaalde bedragen bij gebreke van communautaire bepalingen door de nationale rechter moet worden beslist overeenkomstig het nationale recht, met inachtneming van de door het gemeenschapsrecht getrokken grenzen. De toepassing van het nationale recht mag geen afbreuk doen aan de toepassing en de werkzaamheid van het gemeenschapsrecht. Dit zou met name het geval zijn, wanneer die toepassing de terugvordering van op onregelmatige wijze toegekende bedragen nagenoeg onmogelijk zou maken. Bijgevolg dient de nationale rechter in beginsel zijn nationale recht toe te passen in die mate dat daarbij de volle werkzaamheid van het gemeenschapsrecht wordt gewaarborgd. Dit laatste kan hem ertoe brengen, zo nodig aan een nationale regel die daaraan in de weg zou staan geen toepassing te geven of een

nationale regel die enkel met het oog op een zuiver interne situatie is uitgewerkt, uit te leggen, aldus het Hof. In dit verband wijst de Afdeling erop dat zij in de verwijzingsuitspraak van 30 augustus 2006 heeft overwogen dat het nationale recht en meer concreet het algemene en bijzondere subsidierecht, zonder acht te slaan op het Gemeenschapsrecht, geen grondslag biedt om het besluit tot subsidievestiging in te trekken en, als gevolg daarvan, de reeds betaalde bedragen terug te vorderen. De vraag of het nationale recht in combinatie met het gemeenschapsrecht wel zodanige grondslag inhoudt, heeft de Afdeling in afwachting van door het Hof van Justitie gegeven antwoorden, nog niet beantwoord.

2.8. Uit het voorgaande volgt dat, nu de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het communautaire recht een gegeven is, de uitoefening van de bevoegdheid moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan. De Afdeling moet derhalve allereerst de vraag beantwoorden of het algemene subsidierecht zoals neergelegd in titel 4.2 van de Awb, de van toepassing zijnde modaliteit naar nationaal recht, voorziet in een bevoegdheid van een bestuursorgaan om de subsidie terug te vorderen. Daartoe wordt het volgende overwogen.

2.8.1. In artikel 4:49, eerste lid, van de Awb is aan het bestuursorgaan dat de subsidie heeft verleend en vastgesteld de bevoegdheid geattribueerd het vaststellingsbesluit op de daarin onder a tot en met c vermelde gronden in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen. Naar het oordeel van de Afdeling betekent verordeningconforme uitleg van deze bepaling, als bedoeld in 2.7, dat het bestuursorgaan dat de subsidie heeft vastgesteld ingevolge deze bepaling ook bevoegd is het vaststellingsbesluit in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen indien ingevolge artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening voor de lidstaat Nederland een verplichting bestaat om van de subsidieontvanger door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Naar Nederlands recht dient er een besluit tot intrekking of wijziging van een eerder vaststellingsbesluit te worden genomen waarbij de onverschuldigheid van reeds betaalde subsidiebedragen wordt vastgesteld, voordat tot terugvordering kan worden overgegaan.

Het voorgaande betekent dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) ingevolge artikel 4:49, eerste lid, van de Awb bevoegd was, als rechtsopvolger, het besluit tot subsidievestiging van de Regionale Directie voor de Arbeidsvoorziening Rijnmond van 28 mei 1999 in te trekken dan wel te wijzigen en de subsidie bij besluit van 18 juli 2001 opnieuw, nu op nihil, vast te stellen. Bij de minister berustte voorts de bevoegdheid tot het nemen van het besluit op bezwaar van 17 mei 2002. Hij ontleende verder aan artikel 4:57 van de Awb de bevoegdheid het bedrag van de onverschuldigd betaalde subsidie geheel terug te vorderen.

2.9. Wat betreft het beroep op het vertrouwensbeginsel, gedaan door de gemeente in onder meer haar reactie van 14 mei 2008 op het arrest, welk beroep inhoudt dat, indien artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening verplicht tot terugvordering van de verstrekte subsidie en een beroep op het communautaire vertrouwensbeginsel niet kan slagen, zij recht heeft op schadevergoeding ten bedrage van de verstrekte subsidie, omdat de minister het besluit van 18 juli 2001, dat hij bij besluit van 17 mei 2002 heeft gehandhaafd, in strijd met het nationale vertrouwensbeginsel heeft genomen, wordt het volgende overwogen. Uit het oordeel van het Hof van Justitie, zoals weergegeven in 2.3, dat de nationale rechter in dit geval aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht, volgt dat in deze zaak geen ruimte bestaat om het besluit van 17 mei 2002 op het bezwaar van de gemeente aan het nationale vertrouwensbeginsel te toetsen. Het Hof van Justitie heeft voorts in punt 56 van het arrest geoordeeld dat op het gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel geen beroep kan worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling. Zoals in 2.5 is overwogen heeft de gemeente in strijd met artikel 10 van de ESF-regeling gehandeld. Gelet op het arrest betekent dit dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling en dat haar daarom geen beroep toekomt op het in deze zaak van toepassing zijnde gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel. Voor een verdere afweging is geen plaats.

2.10. De conclusie is dat het hoger beroep ongegrond is. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van de gronden waarop deze rust, te worden bevestigd. Het besluit op bezwaar van 17 mei 2002 kan in rechte stand houden, nu het bestuursorgaan, zoals uit het vorenoverwogene volgt, bevoegd en verplicht was tot intrekking dan wel wijziging van de subsidievestiging over te gaan en het reeds betaalde bedrag terug te vorderen, als het heeft gedaan.

2.11. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld. Daartoe wordt overwogen dat, mede naar aanleiding van het arrest, de motivering in deze uitspraak voor het intrekken van het besluit tot subsidievestiging en het terugvorderen van de verstrekte subsidie sterk afwijkt van de motivering die ten grondslag is gelegd aan het besluit van 17 mei 2002 op het bezwaar van de gemeente, zodat voor de gemeente een goede reden bestond daartegen beroep en hoger beroep in te stellen. Om dezelfde reden zal de Afdeling gelasten dat het door de gemeente betaalde griffierecht aan haar wordt vergoed.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
recht doende:

I. bevestigt de aangevallen uitspraak;

II. veroordeelt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij de gemeente Rotterdam in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 3.139,50 (zegge: drieduizend honderdnegenendertig euro en vijftig cent), geheel toe te

rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het dient door de Staat der Nederlanden (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aan de gemeente Rotterdam onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

III. gelast dat de Staat der Nederlanden (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aan de gemeente Rotterdam het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 545 (zegge: vijfhonderdzesenzestig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot

1. De hiervoor opgenomen uitspraken zijn twee van de vier einduitspraken die de Afdeling bestuursrechtspraak eind vorig jaar deed naar aanleiding van het zogenaamde ESF-arrest van het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG 13 maart 2008, zaaknummer C-383-385/06, *NJ* 2008, 349, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2008, 207, m.nt. W. den Ouden en *JB* 2008, 104, m.nt. AJB). De overige twee uitspraken bevatten vergelijkbare formuleringen en zijn te vinden op www.raadvanstate.nl onder zaaknummers 200505580/1 en 200502898/1. Deze uitspraken vormen het sluitstuk van een langdurige juridische discussie over de vraag wat er moet gebeuren wanneer er onregelmatigheden worden geconstateerd bij projecten die met Europese subsidies werden gefinancierd, maar ook blijkt dat de uitvoerende Nederlandse instanties zodanig klungelig te werk zijn gegaan dat niet met goed fatsoen tot (gehele) terugvordering kan worden overgegaan. De eerst opgenomen uitspraak geeft een goed beeld van het gehele procesverloop en de prejudiciële vragen die de Afdeling formuleerde in haar verwijzingsuitspraken (zie ook *AB* 2007, 240 en *AB* 2007, 241, m.nt. Jacobs en Den Ouden). De tweede uitspraak is opgenomen omdat daarin ook een schade-argument aan de orde is gesteld, dat hierna onder punt 8 zal worden besproken.

2. Twee punten stonden centraal in het ESF-arrest, te weten (1) de vraag in hoeverre nationale bestuursorganen de bevoegdheid om ESF-subsidies terug te vorderen rechtstreeks kunnen ontleenen aan het Europese recht en (2) in hoeverre de begunstigen zich met een beroep op het vertrouwensbeginsel succesvol zouden kunnen verzetten tegen een terugvorderingsbesluit. Deze twee vragen, de antwoorden daarop van het Hof van Justitie en de uitwerking die de Afdeling daaraan geeft in de hier opgenomen uitspraken komen achtereenvolgens aan bod.

3. In alle drie de verwijzingsuitspraken had de Afdeling bestuursrechtspraak geconstateerd dat het bestuursorgaan dat in Nederland met de uitvoering van het ESF was belast - de Minister van SZW - naar Nederlands recht niet tot het nemen van de ter discussie staande intrekings- en terugvorderingsbesluiten bevoegd was, ondanks het feit dat onregelmatigheden bij de uitvoering van de gesubsidieerde projecten waren vastgesteld. De ter discussie staande projecten waren veel te laat gecontroleerd of de subsidieverstrekker was zelf (mede-)verantwoordelijk voor het feit dat Europese doelstellingen niet werden gerealiseerd. Daarmee ontstond een lastige situatie; op grond van de toepasselijke Europese bepalingen (art. 23 van Vo. 4253/88) zijn de lidstaten *verplicht* om onregelmatigheden te herstellen door middel van terugvordering, maar de voor nakoming van die verplichting benodigde bevoegdheden ontbraken op nationaal niveau. Dat leidde de Afdeling tot de vraag of een bevoegdheid wellicht direct kon worden ontleend aan het Europese recht, ook al werd in de betreffende Europese bepalingen niet met zoveel woorden een terugvorderingsbevoegdheid aan nationale uitvoeringsautoriteiten toegekend. Het leek verstandig deze vraag aan het Hof voor te leggen, nu zij al in eerdere zaken ook al een belangrijke rol had gespeeld (zie bijv. ABRvS 11 januari 2006 (Fleuren Compost), *AB* 2006, 208, m.nt. W. den Ouden).

Het antwoord van het Hof was echter weinig bevredigend. In afwijking van eerdere jurisprudentie waarin de terugvorderingsbevoegdheid in dit soort gevallen door het Hof werd gezocht in de nationale wetgeving (bijv. zaak 205-215/82 (Deutsche Milchkonor) r.o. 20, recenter GvEA 8 juli 2004, zaak T-341/02 en het hoger beroep tegen laatstgenoemde uitspraak: HvJ EG 2 mei 2006, zaak C 417/04 P), legt het Hof in het ESF-arrest sterk de nadruk op de terugvorderingsverplichting van de lidstaten. Over de vraag of een communautaire *verplichting* ook leidt tot een *bevoegdheid* is het Hof opvallend kort van stof. Met de summiere overweging dat "art. 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen" moest de Afdeling het doen.

4. In de literatuur is wel gesteld dat het Hof met deze overweging de vraag naar de bevoegdheidsgrondslag niet heeft beantwoord en overigens weinigzeggend is; dat er een terugvorderingsverplichting bestaat los van het nationale recht was voor iedereen reeds duidelijk. Maar het tussenzinnetje "zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is" riep twijfel op: zou het Hof toch de bedoeling hebben gehad in art. 23 van verordening nr. 4253/88 een bevoegdheidsattributie te lezen? Verschillende auteurs vonden die conclusie voorlopig niet aannemelijk (vgl. Bok onder *JB* 2008, 104, punt 9, M.J. Jacobs, W. den Ouden en N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies', *NTB* 2008, p. 155 e.v. en W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland, Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel* (oratie UL), Kluwer 2008). Maar er waren ook auteurs die geen probleem hadden met deze lezing (vgl. M.R. Mok onder *NJ* 2008, 349).

5. De Afdeling verkeerde dus in een lastig parket. Zij lost de kwestie in de onderhavige uitspraak op door, na het citeren van de hierboven weergegeven summiere overweging van het Hof op dit punt, te komen met een net zo summiere overweging: "Deze bepaling (art. 23 Vo 4253/88, *WdO*) schept derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering".

Twee zaken vallen daarbij op. Ten eerste dat de Afdeling het arrest van het Hof zo leest dat art. 23, waaruit

onder omstandigheden een terugvorderingsverplichting volgt voor de lidstaten, voor die lidstaten rechtstreeks een bevoegdheidsgrondslag oplevert. Een dergelijke lezing had naar mijn smaak wel iets uitgebreider mogen worden gemotiveerd, alleen al omdat de consequenties verstrekkend kunnen zijn. Uit de jurisprudentie blijkt dat Nederlandse bestuursorganen die met de uitvoering van Europees recht zijn belast zich, daar waar de noodzakelijke (publiekrechtelijke) bevoegdheden ontbreken, steeds vaker op het standpunt stellen dat zij de nodige bevoegdheden rechtstreeks aan het Europese recht ontlelen (zie bijv. CBB 18 september 2008, *AB 2008, 359*, m.nt. Ortlep). Te verwachten valt dat die tendens zal worden verstrekt door deze uitspraken van de Afdeling. Onder welke voorwaarde de Afdeling een bevoegdheid op grond van het Europese recht zal aannemen heeft zij evenwel niet duidelijk gemaakt; de uitspraak is wat dat betreft erg casuïstisch van opzet. 6. Verder is opvallend dat de Afdeling een bevoegdheidsgrondslag voor de terugvordering ziet voor *de lidstaat Nederland* en niet voor een nationale autoriteit, een Nederlands bestuursorgaan dus. Dat terwijl doorgaans wordt aangenomen dat, voor zover bestuursbevoegdheden al rechtstreeks aan het Europese recht kunnen worden ontleend, die bevoegdheden toekomen aan (uitvoerende) bestuursorganen (J. Jans e.a., 'Europeanisation of Public Law', *ELP* 2007, p. 23 e.v. en W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie UL 2004, p. 31 e.v. Zie ook Vz. CBB 28 augustus 2008, *AB 2008, 344*, m.nt. Ortlep). Ik stel mij voor dat de Afdeling voor deze formulering koos om te voorkomen dat willekeurig welk Nederlands bestuursorgaan dat zich geroepen voelt om tot terugvordering van Europese subsidies (of andersoortige financiële bijdragen) over te gaan op grond van bepalingen zoals art. 23 Vo 4253/88, daartoe ook bevoegd moet worden geacht. Na een verwijzing naar het arrest van het Hof, waarin in het dictum wordt overwogen dat de terugvordering van de subsidies moet geschieden "op de voet van art. 23 (...) en volgens de modaliteiten van het nationale recht" overweegt de Afdeling onder punt 2.8.1 namelijk dat "nu de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het communautaire recht een gegeven is, de uitoefening van die bevoegdheid moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan (curs. WdO)." Enigszins verwarrend is deze formulering wel nu naar Nederlands recht er geen bevoegd bestuursorgaan is, maar het gaat hier naar mijn mening om de identificatie van het bestuursorgaan dat volgens het nationale recht het meest in de rede ligt om de communautaire bevoegdheid uit te oefenen. En dat is, zoals de Afdeling terecht vaststelt, het bestuursorgaan dat de subsidie heeft verleend en vastgesteld, zo blijkt uit art. 4:49, eerste lid Awb. Waarom deze bepaling vervolgens verordeningconform moet worden uitgelegd, zoals de Afdeling doet in r.o. 2.8.1, is mij niet duidelijk. De terugvorderingsbevoegdheid volgt in de argumentatie van de Afdeling rechtstreeks uit het communautaire recht, art. 4:49 Awb hoeft slechts te worden gebruikt om het bevoegde bestuursorgaan te identificeren en hoeft voor die functie niet anders te worden uitgelegd dan gebruikelijk is binnen het Nederlandse subsidierecht. Vanuit het identificatieperspectief kan ook worden verklaard dat de Afdeling geen sub-grond noemt, terwijl art. 4:49, eerste lid Awb, drie verschillende intrekingsgronden bevat. Wanneer het slechts gaat om aanwijzing van het bevoegde bestuursorgaan is een verdere specificatie van de reden van intrekking immers niet noodzakelijk.

7. Vanaf r.o. 2.9 behandelt de Afdeling het beroep op het vertrouwensbeginsel dat zich volgens alle appellanten tegen terugvordering van de ESF-subsidies zou verzetten. Ook ten aanzien van dit punt bevatte het ESF-arrest van het Hof opvallende overwegingen. In voorgaande jaren werd in vaste jurisprudentielijnen steeds overwogen dat waar communautaire bepalingen over geschillen over terugvorderingsbesluiten ontbreken, de nationale rechter daarover dient te beslissen overeenkomstig het nationale recht. Wel moeten daarbij de door het gemeenschapsrecht getrokken grenzen van non-discriminatie en effectiviteit in acht worden genomen (daarover Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, 2007, p. 40 e.v.). Onder verwijzing naar bekende jurisprudentie zoals de zaken *Deutsche Milchkontor* (zaak 205-215/82) en *Huber* (zaak C-336/00) stelde het Hof vervolgens stelselmatig dat dit niet betekent dat er geen plaats is voor toetsing door de nationale rechter aan het (nationale) rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel; deze beginselen maken immers deel uit van de communautaire rechtsorde. Wanneer met dit beginsel rekening wordt gehouden in het nationale terugvorderingsrecht komt dat dus in principe niet in strijd met het Europese recht, ook niet als dat Europese recht tot terugvordering verplicht. Maar in het ESF-arrest voegt het Hof daaraan toe dat - nu art. 23 van Vo 4253/88 een terugvorderingsplicht schept voor de lidstaten - aan het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven *overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht*. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in die formulering - mijns inziens terecht - gelezen dat het Hof bij de terugvordering van structuurfondssubsidies verlangt dat het gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel worden toegepast door de nationale rechter (en dus niet de nationale varianten van die beginselen binnen de kaders die daarvoor zijn gegeven binnen eerdere jurisprudentie). Zij overweegt namelijk expliciet dat er geen ruimte is om de aangevochten besluiten te toetsen aan het nationale vertrouwensbeginsel. En toetsing aan het gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel kan, zoals het Hof al min of meer had aangegeven, in deze zaak geen succes opleveren voor de subsidieontvangers. Immers, nu de begunstigten zich schuldig hadden gemaakt aan een "kennelijke schending" van de ESF-regelingen kan een beroep op het gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel hen niet baten (bijv. HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (*Sideradria/Cie*)), wat de uitvoerende Nederlandse instanties verder ook kan worden verweten. Zoals de Afdeling overweegt is er voor een verdere afweging geen plaats.

8. Opvallend punt is ten slotte dat de Afdeling in de laatst opgenomen uitspraak wel meldt dat de gemeente Rotterdam heeft gesteld dat indien een beroep op het communautaire vertrouwensbeginsel niet zou slagen,

zij recht zou hebben op een schadevergoeding ten bedrage van de subsidie die werd teruggevorderd (zie r.o. 2.9), maar op dit punt niet apart ingaat. Het CBB is op dit punt veel explicieter in een uitspraak van 24 september 2008 (*AB 2008, 374*, m.nt. Ortlep) waarin wordt overwogen dat de gevraagde nadeelcompensatie op grond van het Nederlandse vertrouwensbeginsel niet kan worden toegewezen nu het communautaire recht én het Nederlandse recht zich daartegen verzetten; schadevergoeding zou een verboden maatregel vormen die inbreuk zou maken op de gemeenschappelijke marktordening. Opgemerkt moet worden dat het in casu ging om een verzoek tot kwijtschelding van een communautaire heffing. Ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies heeft het CBB, in gevallen waarin een communautaire terugvorderingsverplichting bestaat, maar het gezien de omstandigheden niet bij voorbaat redelijk lijkt de begunstigde met de gebakken peren te laten zitten, ook wel overwogen dat het die begunstigde vrij staat om bij separate procedure een verzoek tot compensatie van de geleden schade in te dienen bij het uitvoerende bestuursorgaan (zie bijv. CBB 14 december 2005, *LJN AU8632*, r.o. 5). Dat de Afdeling in dit geval niet wijst op de mogelijkheid van het uitlokken van een zelfstandig schadebesluit zou er op kunnen wijzen dat zij aan wilde geven dat zij die weg niet tot succes ziet leiden voor de getroffen subsidieontvangers. Dat is ook niet zo vreemd nu het schadeveroorzakende besluit (het intrekings- en terugvorderingsbesluit) in stand blijft en het dus slechts kan gaan om een verzoek om schadevergoeding op grond van rechtmatig overheidshandelen. Tot nu toe wordt het (Nederlandse) vertrouwensbeginsel niet erkend als grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen en gezien de nadruk die het Hof heeft gelegd op toepassing van het Europese vertrouwensbeginsel in het ESF-arrest ligt het niet echt voor de hand die grondslag in deze zaken opeens wel te erkennen.

9. Zuur is de uitkomst wel voor de subsidieontvangers in kwestie. De nasleep van de ESF-affaire, waartoe deze uitspraken mogen worden gerekend, kent echter zwaarwegender gevolgen dan teleurgestelde subsidieontvangers. Onlangs nog informeerde Staatssecretaris Klijnsma de Tweede Kamer over onderuitputtingsproblemen bij ESF; er blijven miljoenen aan Europese gelden op de plank liggen omdat gemeenten massaal afzien van het aanvragen van ESF-subsidies (*Kamerstukken II 2008/09, 26 642*, nr. 109). Er is weinig fantasie voor nodig om te bedenken dat aanvragers huiverig zijn geworden door de vele, vaak onverwachte terugvorderingen van de afgelopen jaren en de strenge jurisprudentie die uit de daarop volgende terugvorderingsgeschillen is voortgekomen. En wellicht kunnen we ook bij andere Europese subsidiestromen op dit soort problemen wachten; in het trendrapport 2009 van de Algemene Rekenkamer (*Kamerstuknummer 31 842*) geeft de Rekenkamer aan dat een terugvordering van subsidies betaald uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling van ruim 150 miljoen euro dreigt wegens uitvoeringsfouten van Nederlandse autoriteiten. In dat geval zal opnieuw een stroom aan terugvorderingsgeschillen ontstaan en laten nieuwe onderuitputtingsproblemen zich voorspellen. Het belang van een zorgvuldige uitvoeringspraktijk kan bij Europese subsidieregelingen niet genoeg worden benadrukt.

10. Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *JB 2009/53*, m.nt. AJB.

W. den Ouden