



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: CBb 2006-03-16

Griffioen, H.M.; Ouden, W. den

Citation

Griffioen, H. M., & Ouden, W. den. (2007). Annotation: CBb 2006-03-16.

Administratiefrechtelijke Beslissingen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/24432>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/24432>

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

AB 2007, 22: Europese subsidie uit communautair initiatief; prejudiciële vragen over de rechtstreekse binding van justitiabelen aan commissiebeschi...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	College van Beroep voor het bedrijfsleven	Datum:	16 maart 2006
Magistraten:	Mrs. Aerts, De Moor-van Vugt, Kuiper	Zaaknr:	AWB04/866
Conclusie:	-	LJN:	AV7337
Noot:	W. den Ouden, H. Griffioen	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:CBB:2006:AV7337, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 16-03-2006		

Wetgang: EG-Verdrag art. 10; EG-Verdrag art. 249; EG-Verord. nr. 1260/99 art. 38; Awb art. 4:23; Awb art. 4:37; Awb art. 4:38

Brondocument: CBB, 16-03-2006, nr AWB04/866

Essentie

Europese subsidie uit communautair initiatief; prejudiciële vragen over de rechtstreekse binding van justitiabelen aan commissiebeschikkingen gericht tot de lidstaten, ondanks gebrekkige uitvoering op nationaal niveau; terugvordering van de subsidie door de nationale autoriteiten bij de eindbegunstigde en de bescherming van het gewettigd vertrouwen en het rechtszekerheidsbeginsel.

Samenvatting

Naar Nederlands recht brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee dat een subsidievoorwaarde die een belastend karakter heeft niet kan worden tegengeworpen aan de begunstigde van de subsidieverlening indien die voorwaarde niet vooraf kenbaar is gemaakt aan die begunstigde.

In het onderhavige geding is de vraag aan de orde of verweerder bepalingen van Beschikking C(95)1753 aan appellante kan tegenwerpen, in het geval deze verplichting niet via het nationale recht is opgelegd. Naar het oordeel van het College is voor zijn uitspraak in dit geding een prejudiciële beslissing noodzakelijk over de vraag of art. 249 EG-Verdrag zo moet worden uitgelegd dat art. 6 Beschikking C(95)1753 een justitiabele rechtstreeks bindt om als eindbegunstigde uiterlijk op 31 december 1999 de daarbij bedoelde juridisch verbindende maatregelen te nemen en de benodigde financiële middelen specifiek vast te leggen.

Indien het antwoord op voormelde vraag betekent dat de datumeis van art. 6 Beschikking C(95)1753 appellante rechtstreeks bindt, zal het college zich voor de vraag zien gesteld of verweerder zich terecht gehouden heeft geacht de subsidie op nul vast te stellen en de betaalde bedragen terug te vorderen. Het college wijst in dit verband op het arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2002, C-336/00, Martin Huber) voor de mogelijkheid van de betrokken lidstaat om terugvordering van ten onrechte betaalde communautaire steun achterwege te laten op aan het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het rechtszekerheidsbeginsel ontleende gronden. Het college acht derhalve noodzakelijk een prejudiciële vraag omtrent de uitleg van art. 38 lid 1 aanhef en onder h Verordening (EG) nr. 1260/1999 en de beginselen van het gemeenschapsrecht te stellen.

Partij(en)

De Stichting ROM-projecten, te Venlo, appellante, gemachtigde: adv. mr. J. Roeleveld, te Heerlen,

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

1. De procedure

Bij brief van 22 oktober 2004, binnengekomen op 25 oktober 2004, heeft het college van de Rb. Roermond een als beroepschrift aan te merken bezwaarschrift van appellante ontvangen. Dit, oorspronkelijk tot verweerder gerichte en door deze aan de Rb. Roermond doorgezonden, bezwaarschrift is gericht tegen een besluit van verweerder van 16 augustus 2004.

Bij dit besluit heeft verweerder, na vernietiging door de Rb. Roermond van een eerder door hem genomen besluit, opnieuw beslist op het bezwaar van appellante tegen zijn besluiten tot vaststelling van subsidie, verleend op grond van het operationeel programma Communautair Initiatief MKB Nederland.

Bij brief van 18 november 2004 heeft appellante de gronden van haar beroep ingediend.

Bij brief van 6 januari 2005 heeft verweerder de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en een verweerschrift ingediend.

Bij ongedateerde brief, bij het college binnengekomen op 24 mei 2005, heeft verweerder nadere stukken overgelegd.

Bij brief van 14 juni 2005 heeft verweerder een nadere toelichting gegeven en stukken ingediend.

Op 28 juni 2005 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten hebben toegelicht. Aan de zijde van verweerder is voorts verschenen A RA.

2. De grondslag van het geschil

2.1 De Kaderwet EZ-subsidies (*Stb.* 1996, 180, zoals gewijzigd bij wetten van 6 november 1997, *Stb.* 1997, 510, 10 december 1997, *Stb.* 1997, 638; in werking getreden op 1 januari 1998; Kaderwet) luidt, voor zover hier van belang:

'Art. 2

1. Onze Minister kan subsidies verstrekken voor activiteiten welke passen in:
 - a. het technologiebeleid;
 - b. het ruimtelijk economisch beleid;
 - c. het beleid met betrekking tot het midden- en kleinbedrijf;
 - d. het beleid met betrekking tot energiebesparing en duurzame energie;
 - e. het exportbevorderingsbeleid.

(...)

Art. 4

Onze Minister verstrekt slechts subsidie op grond van een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling als bedoeld in artikel 3, tenzij het een subsidie betreft:

- a. als bedoeld in artikel 4:23, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht of

(...)

Art. 7

1. Voor zover subsidieverstrekking in strijd is met ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichtingen, kan Onze Minister:

(...)

- b. een subsidie lager vaststellen dan overeenkomstig de subsidieverlening;
- c. een subsidieverlening of subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen.

(...)

- 4. De artikelen 4:49, derde lid, en 4:57 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing op de vaststelling, intrekking en wijziging, bedoeld in het eerste lid.

(...)

Art. 9

Tegen een besluit, genomen op grond van deze wet kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.'

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt voor zover hier van belang:

'Art. 3:4

- 1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
- 2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

(...)

Art. 4:23

- 1. Een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.

(...)

- 3. Het eerste lid is niet van toepassing:

(...)

b 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 vastgesteld programma wordt verstrekt;

(...)

Art. 4:29

Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald kan voorafgaand aan een subsidievaststelling een beschikking omtrent subsidieverlening worden gegeven, indien een aanvraag daartoe is ingediend voor de afloop van de activiteit of het tijdvak waarvoor de subsidie wordt gevraagd.

(...)

Art. 4:37

- 1. Het bestuursorgaan kan de subsidie-ontvanger verplichtingen opleggen met betrekking tot:
 - a aard en omvang van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend;

(...)

Art. 4:38

- 1. Het bestuursorgaan kan de subsidie-ontvanger ook andere verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.
- 2. Indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust, worden de verplichtingen opgelegd bij wettelijk voorschrift of krachtens wettelijk voorschrift bij de subsidieverlening.
- 3. Indien de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust, kunnen de verplichtingen worden opgelegd bij de subsidieverlening.

(...)

Art. 4:42

De beschikking tot subsidievaststelling stelt het bedrag van de subsidie vast en geeft aanspraak op betaling van het vastgestelde bedrag overeenkomstig afdeling 4.2.7.

(...)

Art. 4:49

1. Het bestuursorgaan kan de subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen:
 - a. op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de subsidieverlening zou zijn vastgesteld;
 - b. indien de subsidievaststelling onjuist was en de subsidie-ontvanger dit wist of behoorde te weten, of
 - c. indien de subsidie-ontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen.
2. De intrekking of wijziging werkt terug tot en met het tijdstip waarop de subsidie is vastgesteld, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald.
3. De subsidievaststelling kan niet meer worden ingetrokken of ten nadele van de ontvanger worden gewijzigd indien vijf jaren zijn verstreken sedert de dag waarop zij is bekendgemaakt dan wel, in het geval, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, sedert de dag waarop de handeling in strijd met de verplichting is verricht of de dag waarop aan de verplichting had moeten zijn voldaan.

(...)

Art. 4:57

Onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kunnen worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld, dan wel de handeling als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, onderdeel c, heeft plaatsgevonden, nog geen vijf jaren zijn verstreken.'

Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad van 21 juni 1999 houdende algemene bepalingen inzake de Structuurfondsen, *PbEG* 1999, L 161, p. 1–42, (Verordening (EG) nr. 1260/99) luidt voor zover hier van belang:

'TITEL IV

DOELTREFFENDHEID VAN DE BIJSTANDSVERLENING VAN DE FONDSEN

(...)

HOOFDSTUK II

FINANCIELE CONTROLE

Art. 38

Algemene bepalingen

1. Onverminderd de verantwoordelijkheid van de Commissie voor de uitvoering van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen dragen de lidstaten in eerste instantie de verantwoordelijkheid voor de financiële controle van de bijstandspakketten. Te dien einde dragen de lidstaten met name zorg voor het volgende:
 - (...)
 - e. zij doen het nodige om onregelmatigheden te voorkomen, op te sporen en te herstellen; overeenkomstig de geldende wetgeving stellen zij de Commissie in kennis van onregelmatigheden, en zij houden haar op de hoogte van het verloop van de administratieve en gerechtelijke procedures;
(...)
 - h. zij vorderen de middelen terug die ten gevolge van geconstateerde onregelmatigheden verloren zijn

gegaan, in voorkomend geval verhoogd met moratoire rente.

(...).'

De Beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (Commissie) van 16 oktober 1995 inzake de verlening van een bijdrage van het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) en van het Europees Sociaal Fonds (ESF) voor een operationeel programma in het kader van het communautair initiatief MKB, ten gunste van gebieden die in aanmerking komen voor doelstellingen nr. 1 en 2 in Nederland, C(95) 1753 (Beschikking C(95)1753), bepaalt voor zover van belang:

'Art. 1

Het voor de periode 30 november 1994 tot en met 31 december 1999 vastgestelde en in de bijlagen omschreven operationeel programma MKB Nederland, dat een coherent geheel van meerjarige maatregelen omvat in het kader van het communautair initiatief MKB ten voordele van de gebieden die in aanmerking komen onder doelstellingen nr. 1 en 2 in Nederland, wordt goedgekeurd.

(...)

Art. 6

De communautaire bijstand heeft betrekking op de uitgaven in verband met de onder dit programma vallende werkzaamheden waarvoor uiterlijk op 31 december 1999 in de Lid-Staat juridisch verbindende maatregelen zijn genomen en de benodigde financiële middelen specifiek zijn vastgelegd. De uiterste datum waarop de uitgaven voor deze acties moeten zijn gedaan om in aanmerking te kunnen worden genomen, wordt vastgesteld op 31 december 2001.

(...)

Art. 9

Deze beschikking is gericht tot het Koninkrijk der Nederlanden.'

De Beschikking van de Commissie van 23 april 1997 tot wijziging van de beschikkingen houdende goedkeuring van communautaire bestekken, enige programmeringsdocumenten en communautaire initiatieven ten behoeve van Nederland, 97/320/EG, (*PbEG* 1997, L 146, p. 7-61; Beschikking 97/320/EG) bepaalt voor zover van belang:

Art. 1

1. De bijlage (14) bij deze beschikking maakt een integrerend deel uit van de beschikkingen houdende goedkeuring van de communautaire bestekken, enige programmeringsdocumenten en communautaire initiatieven.

(...)

Art. 2

Deze beschikking is gericht tot het Koninkrijk der Nederlanden.

(...)

BIJLAGE

Notities betreffende de uitgaven die in aanmerking komen voor financiering in het kader van de Structuurfondsen

(...)

Notitie nr. 1 Subsidieerbaarheid van de uitgaven in het kader van de Structuurfondsen

'Eindbegunstigde' van de bijstand

Algemene regel

Eindbegunstigden zijn:

- * instanties of ondernemingen in de overheids- of particuliere sector die voor de werkzaamheden als opdrachtgever optreden.

(...)

Notitie nr. 3 Subsidieerbaarheid van de uitgaven in het kader van de Structuurfondsen

Geldigheid van de op het niveau van de lidstaten aangegane verplichtingen

Algemene regel

Onder 'juridisch verbindende maatregelen' en 'vastlegging van de nodige financiële middelen' wordt verstaan de door de eindbegunstigden genomen besluiten om de in aanmerking komende werkzaamheden uit te voeren alsmede de toewijzing van de desbetreffende overheidsgelden (...). Met de verplichting op het niveau van de lidstaat wordt de verplichting bedoeld die wordt aangegaan door de eindbegunstigde. Deze verplichting moet juridisch bindend zijn en begeleid zijn door de financiële vastlegging, d.w.z. vastlegging van de nodige publieke financiële middelen. (...).'

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het college komen vast te staan.

- Bij brief van 31 augustus 1999 heeft appellante door tussenkomst van één van haar bestuurders, te weten de NV Gelderse Ontwikkelingsmaatschappij te Arnhem (GOM) op een daartoe bestemd formulier bij verweerder een verzoek ingediend tot subsidieverlening in het kader van het operationeel programma MKB-Initiatief Nederland (Programma) voor het project 'Kenniskaart Medische Technologie en Life Sciences' (project).
- Bij overeenkomst van november 1999 heeft appellante GOM opdracht en volmacht verleend om werkzaamheden betreffende de uitvoering en coördinatie van het project te verrichten, waaronder het namens appellante aangaan van overeenkomsten, en daarvoor een bedrag van NLG 40 000 beschikbaar gesteld.
- Bij besluit van 29 december 1999 heeft verweerder aan appellante subsidie verleend van maximaal NLG 200 000, zijnde 45,45% van de totale subsidiabele kosten ad NLG 440 000. Als voorwaarde is onder meer gesteld dat het project diende te zijn gerealiseerd op 31 december 2000 en voorts dat de kosten vóór 1 januari 2000 en na 31 december 2000 gemaakt, niet voor subsidiëring in aanmerking komen.
- Bij besluit van 25 februari 2000 heeft verweerder ingestemd met de verschuiving van de startdatum van het project van 1 januari 2000 naar 1 november 1999.
- Bij brief van 13 maart 2000 heeft GOM namens appellante een opdracht tot uitvoering van het project verstrekt aan TNO Strategie, Technologie en Beleid te Delft (TNO), conform de offerte van TNO van 23 december 1999.
- Bij besluit van 12 december 2000 heeft verweerder op verzoek van appellante de termijn waarover gemaakte kosten kunnen worden gedeclareerd verlengd tot 30 juni 2001.
- In 2000 en in 2001 heeft verweerder op verzoek van appellante voorschotten betaald van telkens NLG 80 000.
- Appellante heeft in juni 2000 de eerste voortgangsrapportage ingediend, de tweede in december 2000, de derde in juni 2001 en de eindrapportage in september 2001.
- Bij besluit van 11 juli 2002 heeft verweerder appellante onder andere te kennen gegeven dat zij niet heeft voldaan aan de door de Commissie gestelde voorwaarde dat de verplichtingen door de subsidieontvanger vóór 31 december 1999 aangegaan moesten zijn. De vraag of de subsidie daardoor op nihil moet worden vastgesteld is door verweerder aan de Commissie voorgelegd en — naar verweerder heeft gesteld — door de diensten van de Commissie informeel ontkennend beantwoord. In afwachting van een formele bevestiging van de Commissie hierover heeft verweerder de subsidie onder algemeen voorbehoud vastgesteld op NLG 69 788. Daarbij is een correctie toegepast op het oorspronkelijk toegekende subsidiebedrag om reden dat een deel van de subsidiabele kosten niet kon worden toegerekend aan activiteiten in de doelstellingsregio's. Verweerder heeft appellante tevens verzocht een bedrag van NLG 90 212 terug te betalen.
- Bij brief van 13 augustus 2002 heeft GOM namens appellante tegen dat besluit bezwaar gemaakt bij verweerder.
- Bij brief van 20 september 2002 heeft GOM namens appellante naar aanleiding van de vraag van verweerder naar de bevoegdheid tot ondertekening van het bezwaarschrift de overeenkomst van opdracht met GOM van november 1999 aan verweerder toegezonden.
- Bij besluit van 27 februari 2003 heeft verweerder de subsidie alsnog vastgesteld op nihil, omdat gebleken is dat de Commissie onverkort vasthoudt aan de eis dat de verplichtingen door de subsidieontvanger voor 31 december 1999 moeten zijn aangegaan. Verweerder heeft voorts verzocht ook het resterende bedrag

van NLG 69 788 terug te betalen. In het besluit is verder vermeld dat het bezwaar van appellante van 13 augustus 2002 wordt geacht mede te zijn gericht tegen dit besluit.

- Op 10 april 2003 is appellante gehoord op haar bezwaar.
- Bij besluit van 26 mei 2003 heeft verweerder het bezwaar tegen beide voornoemde besluiten ongegrond verklaard.
- Tegen dat besluit heeft appellant beroep ingesteld bij de Rb. Roermond.
- Bij uitspraak van 23 januari 2004, met procedurenummer 03/791 WET K1, heeft de Rb. Roermond het beroep gegrond verklaard en het besluit van 26 mei 2003 vernietigd. Verweerder is opgedragen een nieuw besluit te nemen op het bezwaar van appellante.
- Op 28 april 2004 is appellante opnieuw gehoord op haar bezwaar.
- Vervolgens heeft verweerder het besluit van 16 augustus 2004 (het bestreden besluit) genomen.
- Bij brief van 15 september 2004, bij verweerder binnengekomen op 16 september 2004, heeft appellante bezwaar gemaakt tegen dit besluit.
- Bij brief van 30 september 2004 heeft verweerder dit bezwaarschrift doorgezonden aan de Rb. Roermond ter behandeling als beroepschrift.
- Bij brief van 22 oktober 2004, bij het college binnengekomen op 25 oktober 2004, heeft de Rb. Roermond dit beroepschrift aan het college doorgezonden.

3. Het bestreden besluit

Bij het bestreden besluit heeft verweerder zijn besluit om de subsidie op nihil vast te stellen gehandhaafd.

In dit besluit heeft verweerder overwogen dat hij op grond van de uitspraak van de rechtbank over moet gaan tot een belangenafweging. Om die reden heeft verweerder nogmaals geoordeeld over het bezwaar van appellante, inhoudende dat verweerder ten onrechte het bedrag van de subsidiabele kosten heeft verminderd omdat het project het gehele land bestrijkt, terwijl slechts projecten in de in het operationeel programma Communautair Initiatief MKB genoemde doelstellingsregio's voor subsidie in aanmerking komen. Gelet op het feit dat de aanvraag zich uitstrekt tot geheel Nederland en in de verleningsbeschikking niet duidelijk is gesteld dat de subsidie slechts gold voor zover de kosten toegerekend kunnen worden aan de doelstellingsregio's laat verweerder de in zijn besluit van 11 juli 2002 toegepaste correctie vervallen.

In verband met het bepaalde in art. 6 Beschikking C(95)1753 is aan de subsidie de voorwaarde verbonden dat voor 31 december 1999 voor de uitvoering van het project juridisch verbindende maatregelen zijn genomen en de benodigde financiële middelen zijn vastgelegd. Deze beschikking heeft directe werking en bij toepassing ervan is geen sprake van nationale beoordelings- of beleidsvrijheid. Gelet op de uitspraak van de rechtbank staat vast dat appellante zich niet aan genoemde voorwaarde heeft gehouden. Daaraan heeft verweerder in zijn verweerschrift toegevoegd dat de overeenkomst van november 1999 geen opdracht tot uitvoering van het project inhoudt, maar slechts een opdracht en volmacht om betreffende de uitvoering van het project overeenkomsten met derden aan te gaan. Op grond van art. 4:46 lid 2 aanhef en onder b Awb heeft verweerder in beginsel de bevoegdheid tot lagere vaststelling.

Verweerder stelt dat voor een belangenafweging ter zake geen plaats is, omdat art. 38 lid 1 onder h Verordening 1260/99 dwingt tot terugvordering. De door appellante aangevoerde omstandigheden zijn geen bijzondere dringende redenen op grond waarvan dit art. niet onverkort zou moeten worden toegepast. Dit geldt temeer omdat het project inmiddels is gestopt en geen onderhoud meer wordt gepleegd aan de website. Dit is in strijd met art. 30 lid 4 onder a Verordening 1260/99. In zijn verweerschrift zegt verweerder hierover dat dit geen zelfstandig argument voor vaststelling op nihil inhoudt, maar een element bij de beoordeling of zich dringende omstandigheden hebben voorgedaan.

Verweerder stelt de subsidie vast op nihil en verzoekt om terugstorting van de onverschuldigd uitbetaalde voorschotten van € 72 604,84.

4. Het standpunt van appellante

Appellante is van mening dat haar beroep moet worden behandeld door de Rb. Roermond, aangezien het primaire besluit van 29 december 1999, noch de beslissing op bezwaar van 26 mei 2003 verwijzen naar de Kaderwet. De uitspraak van de rechtbank van 10 februari 2004 heeft bindende rechtskracht gekregen, aangezien daartegen geen

hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is ingesteld.

Wat de inhoud van de bestreden beslissing betreft stelt appellante dat de opvatting van verweerder dat geen ruimte bestaat voor een belangenafweging niet meer aan de orde kan zijn, omdat de rechtbank heeft beslist dat het bij de terugvordering gaat om uitoefening van een discretionaire bevoegdheid en verweerder tot een belangenafweging moet overgaan. In tegenstelling tot wat verweerder stelt, verzet het gemeenschapsrecht zich niet tegen de toepassing van Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder art. 3:4 Awb. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hof van Justitie) van 1 juni 1999 (*Eco Swiss*, C-126/99, *Jur.* p. I-3055, *NJ* 2000, 339) en naar het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340, stelt appellante dat indien EG-bepalingen waarvan de niet-naleving met nietigheid wordt bedreigd, geen grond kunnen zijn voor doorbreking van regels van nationaal (proces)recht, dit zeker geldt voor EG-bepalingen waarvan de niet-naleving niet met nietigheid is bedreigd, zoals EG-subsidievoorschriften als hier aan de orde.

Het beroep op Verordening 1260/99 is door verweerder pas in zijn verweerschrift gedaan, hetgeen te laat is. Overigens dwingt Verordening 1260/99 evenmin tot terugvordering. Zij heeft geen directe werking voor appellante. Het nationale recht is niet uitgeschakeld. Art. 38 lid 1 onder h van de verordening is van toepassing in geval van onregelmatigheden. De situatie dat bij een op 29 december 1999 afgegeven subsidiebeschikking geen committering van subsidiegelden heeft plaatsgevonden voor 31 december 1999 valt hier niet onder. Bovendien zijn, anders dan art. 38 lid 1 onder h voornoemd, eist, geen middelen verloren gegaan: zij zijn aangewend voor het gesubsidieerde doel. Ook uit art. 39 Verordening 1260/99 blijkt dat bij het toepassen van financiële correcties een marge bestaat, zodat geen plicht bestaat tot volledige terugvordering.

In zijn brief van 14 juni 2005 erkent verweerder dat hij er zelf ook vanuit ging dat er geen verplichting bestond tot committeren voor 1 januari 2000. Verder blijkt nergens uit de stukken dat de voorwaarde werd gesteld. In de verleningsbeschikking zijn wel voorwaarden met een tijdsaspect gesteld, maar niet de eis van committering voor even genoemde datum.

Meer subsidiair stelt appellante dat wel sprake is van committering voor 1 januari 2000. De overeenkomst van opdracht van november 1999 draagt de feitelijke werkzaamheden voor het project op aan GOM, die deze opdracht heeft aangenomen.

Het gemeenschapsrecht bepaalt dat terugvordering moet geschieden volgens de nationale procesrechtelijke en juridisch inhoudelijke bepalingen. Appellante meent dat de bestreden beslissing in strijd is met het vertrouwens- en het evenredigheidsbeginsel. Deze beginselen vinden ook toepassing in het gemeenschapsrecht zelf. Nu de overheid zelf van oordeel was dat de verplichting tot committeren voor 1 januari 2000 niet bestond, en hij die eis niet heeft opgenomen in de subsidie-informatie, heeft hij vertrouwen gewekt. Indien de overheid hiermee een beoordelingsfout heeft gemaakt, komt die voor haar eigen risico en behoort die niet te worden afgewenteld op appellante.

Het beroep dat verweerder doet op art. 30 lid 4 onder a Verordening 1260/99 is een nieuw argument. Het niet plegen van onderhoud aan de website valt niet te brengen onder de gronden voor niet handhaving van de subsidie in genoemd art., aangezien het project daardoor geen belangrijke verandering ondergaat.

5. De beoordeling van het geschil

- 5.1 Met betrekking tot zijn bevoegdheid om het beroep te behandelen en daarop te beslissen overweegt het college als volgt. Ingevolge art. 9 Kaderwet is het college bevoegd beroepen te behandelen tegen besluiten die op grondslag van deze wet zijn genomen. Blijkens de stukken heeft verweerder subsidie verleend voor een project ten behoeve van een betere ontsluiting van kennisnetwerken voor het midden- en kleinbedrijf, hetgeen een project is dat valt onder de omschrijving van art. 2 lid 1 onder a en c Kaderwet. Nu de verstrekking van de subsidie aan appellante valt binnen de reikwijdte van de Kaderwet moet ervan worden uitgegaan dat de door verweerder met betrekking tot deze subsidie genomen besluiten zijn gegrond op de Kaderwet en is de bevoegdheid van het college gegeven. Het betoog van appellante dat in dezen de Rb. Roermond bevoegd zou zijn, faalt dan ook. Het college concludeert dat deze rechtbank het als beroepschrift aangemerkte bezwaarschrift terecht aan het college heeft doorgezonden.
- 5.2 Verweerder heeft zijn besluit doen steunen op de overweging dat appellante niet heeft voldaan aan de in art. 6 Beschikking C(95)1753 gestelde eis dat uiterlijk op 31 december 1999 juridisch verbindende maatregelen zijn

genomen (datumeis). Beschikking 97/320/EG bepaalt in Notitie nr. 3 van de Bijlage, dat om te voldoen aan de verplichting van onder meer art. 6 Beschikking C(95)1753 de eindbegunstigde besluiten moet hebben genomen om de in aanmerking komende werkzaamheden uit te voeren. Voorts moet de eindbegunstigde juridisch bindende verplichtingen zijn aangegaan voor genoemde datum.

5.3 Dienaangaande overweegt het college dat appellante ter ondersteuning van haar beroep heeft gewezen op de overeenkomst die zij is aangegaan met GOM in november 1999. De overeenkomst houdt in dat aan GOM opdracht wordt gegeven de uitwerking van het project te coördineren en het project te implementeren. Daartoe dient GOM een medewerkster aan te wijzen. Appellante stelt voor het vervullen van de functie van projectverantwoordelijk persoon NLG 40 000 beschikbaar. Het college is van oordeel dat deze overeenkomst niet een juridisch verbindende maatregel inhoudt in de zin van art. 6 Beschikking 1995. Immers, blijkens de overeenkomst wijst appellante GOM als een van de bestuursleden van appellante aan als uitvoerder van het project, hetgeen naar het oordeel van het college wijst op een interne verdeling van taken en niet op het nemen van juridisch verbindende maatregelen, als bedoeld in art. 6 Beschikking 1995.

Voorts behelst de opdracht aan GOM met name het aangaan van overeenkomsten betreffende de uitvoering van het project, onder meer met deelnemende bedrijven, en met sponsors of subsidiegevers. Daarnaast houdt de opdracht in het informeren van appellante over de voortgang van de werkzaamheden. Deze omschrijving van de werkzaamheden houdt naar het oordeel van het college in, dat het de opdrachtnemer is die voor appellante de in art. 6 Beschikking 1995 bedoelde juridische verbindende maatregelen moet nemen om de in aanmerking komende werkzaamheden uit te (doen) voeren. Hieruit volgt dat appellante met het sluiten van bedoelde overeenkomst niet heeft voldaan aan de in art. 6 Beschikking C(95)1753 vervatte datumeis. Ook overigens is niet gebleken van het aangaan van verplichtingen in de zin van genoemd artikel.

5.4 Het college ziet aanleiding vervolgens te onderzoeken of verweerder aan appellante kan tegenwerpen, dat zij niet aan de datumeis heeft voldaan. Naar Nederlands recht brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee dat een dergelijke subsidievoorwaarde, die een belastend karakter heeft, niet kan worden tegengeworpen aan de begunstigde van de subsidieverlening, indien die voorwaarde niet vooraf kenbaar is gemaakt aan die begunstigde. Dit vereiste van kenbaarheid vloeit bovendien voort uit het bepaalde in de Awb. Art. 4:37 en art. 4:38 lid 2 en 3 Awb, gelezen in onderlinge samenhang, eisen dat een verplichting die is verbonden aan een subsidie, wordt neergelegd hetzij in een wettelijk voorschrift, hetzij in de beschikking tot verlening van de subsidie. Vast staat dat in het onderhavige geval de datumeis niet is opgenomen in de beschikking tot verlening van de subsidie, noch in de bijbehorende subsidievoorwaarden, — verplichtingen en — voorschriften. Evenmin is deze genoemd in het aanvraagformulier en de bijbehorende handleiding. Het college is niet gebleken van enig Nederlands algemeen verbindend voorschrift op grond waarvan de datumeis van toepassing zou zijn.

Gelet op art. 4:23 lid 3 onder b Awb kan een subsidie rechtstreeks worden verstrekt op grond van een door de Commissie vastgesteld programma. Een afzonderlijke wettelijke basis is niet nodig. Het college stelt vast dat het onderhavige programma een programma is in de zin van art. 4:23 lid 3 onder b Awb. In het programma is met betrekking tot de categorie van projecten, waaronder het project van appellante ressorteert, te weten 'Netwerkvorming MKB', bedoelde datumeis niet opgenomen. Onder het kopje Periode is vermeld dat de maatregelen en projecten betrekking hebben op de hele periode van het MKB-initiatief 1994–1999. Daarentegen is voor de categorie 'Technische bijstand en transnationale uitwisseling' wel vermeld dat de middelen eind 1999 geëncijmteerd dienen te zijn. Aldus blijkt niet uit het programma dat de datumeis werd gesteld voor de categorie van projecten, waartoe dat van appellante behoort.

Op grond van het voorgaande stelt het college vast dat de datumeis naar louter Nederlands recht niet als aan de subsidie verbonden verplichting aan appellante kan worden tegengeworpen.

5.5 Verweerder heeft aangevoerd dat de in Beschikking C(95)1753 opgenomen datumeis kan worden tegengeworpen aan appellante, omdat de Beschikking rechtstreeks toepasselijk is. Het college overweegt met betrekking tot dit standpunt als volgt.

Beschikking C(95)1753 is gericht tot lidstaat Nederland, en is daarmee, gelet op art. 249 EG-Verdrag, verbindend in al haar onderdelen voor de Nederlandse staat. In de tekst van art. 249 EG-Verdrag lijkt geen steun te kunnen worden gevonden voor bovengenoemd standpunt van verweerder dat de datumeis in Beschikking C(95)1753 appellante ook rechtstreeks kan binden en reeds om die reden — zonder dat verweerder op zijn beurt appellante langs de weg van het nationale recht aan deze eis heeft gebonden — aan

haar kan worden tegengeworpen.

- 5.6** Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat een Commissiebeschikking als hier aan de orde onder omstandigheden rechtstreeks toepasselijk kan zijn. Door een particulier kan een bepaling uit een beschikking immers in rechte worden ingeroepen ter bescherming van zijn rechtspositie binnen het gemeenschapsrecht, indien deze naar aard, opzet en bewoordingen onvoorwaardelijk is en voldoende duidelijk en bepaald om tussen de lidstaat en hun justitiabelen directe gevolgen teweeg te brengen (arrest Hof van Justitie van 6 oktober 1970, 9/70, Grad, *Jur.* 1970, p. 825, punten 5 en 9).

In het onderhavige geding is evenwel niet aan de orde de vraag of appellante zich ter bescherming van haar rechtspositie binnen het gemeenschapsrecht kan beroepen op bepalingen Beschikking C(95)1753, maar de vraag of verweerder appellante die bepalingen kan tegenwerpen, in het geval deze verplichting niet via het nationale recht is opgelegd.

- 5.7** In het kader van de beantwoording van deze vraag is allereerst aan de orde de voorvraag of de bepaling die verweerder wil tegenwerpen onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en bepaald is. Gelet op de stellige bewoordingen van art. 6 Beschikking 1995 met betrekking tot de datum zelf, meent het college dat deze vraag in aanmerking komt voor een bevestigende beantwoording. Gelet echter op het feit dat — indien het Hof van Justitie tot een ander antwoord op deze vraag zou komen — de hierna aan de orde te stellen vragen niet meer behoeven te worden beantwoord, legt het college deze vraag (hierna in rubriek 6 genummerd als vraag 1) als eerste aan het Hof van Justitie ter beantwoording voor.

- 5.8** Aannemend dat eerstgenoemde prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, is naar het oordeel van het college voor zijn uitspraak in dit geding een prejudiciële beslissing noodzakelijk over de vraag of art. 249 EG-Verdrag zo moet worden uitgelegd dat art. 6 Beschikking C(95)1753 een justitiabele rechtstreeks bindt om als eindbegunstigde uiterlijk op 31 december 1999 de daarbij bedoelde juridisch verbindende maatregelen te nemen en de benodigde financiële middelen specifiek vast te leggen.

Daarbij overweegt het college enerzijds dat art. 10 EG-Verdrag ook de nationale rechter verplicht alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag in gevaar kunnen brengen. Zo mogen de nationale rechterlijke instanties geen beslissingen nemen die indruisen tegen een beschikking van de Commissie, zoals het Hof van Justitie naar aanleiding van een specifieke mededingingsrechtelijke casus heeft overwogen (arrest van 14 december 2000, C-344/98, Masterfoods, *Jur.* p. I-11369, punt 52). In dit licht kan het college niet bij voorbaat geheel uitsluiten dat een beschikking in de zin van art. 249 EG-Verdrag ook bezwarende gevolgen zou kunnen hebben voor anderen dan de geadresseerde van die beschikking.

Daartegenover staat dat een beschikking naar de letter van art. 249 EG slechts verbindend is voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht. Beschikking C(95)1753 is uitsluitend gericht tot de lidstaat Nederland. Bovendien brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee dat justitiabelen kennis moeten kunnen nemen van de voor hen geldende wettelijke verplichtingen en dat justitiabelen weten welke publicaties zij daartoe dienen te raadplegen. Het college is niet gebleken dat Beschikking C(95)1753 in de L-editie van het Publicatieblad van de Europese Unie of op enigerlei andere wijze algemeen bekend is gemaakt. Dat Beschikking 97/320/EG, waarbij ondermeer aan de term 'juridisch verbindende maatregelen' nadere uitleg is gegeven, wel is gepubliceerd in de L-editie van het Publicatieblad, lijkt het college in dit verband niet relevant nu de datumeis zelf daarbij niet is herhaald en uitsluitend in art. 6 Beschikking C(95)1753 is te lezen.

Eveneens pleit voor een ontkennende beantwoording van de hiervoor weergegeven vraag dat naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie ook een richtlijn niet uit zichzelf verplichtingen aan particulieren kan opleggen, en dat een bepaling van een richtlijn niet als zodanig tegen een particulier kan worden ingeroepen, indien deze bepaling niet in nationaal recht is omgezet (arrest van 26 september 1996, C-168/95, Arcaro, *Jur.* 1996, blz. I-4705, punt 36 en de daar aangehaalde jurisprudentie).

Bij de beantwoording van meerbedoelde vraag is derhalve aan de orde of analoog aan deze jurisprudentie moet worden geoordeeld dat de verplichtingen die in het onderhavige geval voor appellante zouden voortvloeien uit de Commissiebeschikking en van een belastend karakter zijn, niet aan haar kunnen worden opgelegd, zonder dat deze verplichtingen op kenbare wijze in voor appellante bindende bepalingen zijn neergelegd. Aangezien de datumeis noch in Nederlandse algemeen verbindende voorschriften, noch in het

Programma, noch in de verleningsbeschikking, of de bijbehorende voorwaarden, verplichtingen en voorschriften is opgenomen, is het college gelet op de eisen die het rechtszekerheidsbeginsel stelt, voornamelijk van oordeel dat deze niet aan appellante kunnen worden tegengeworpen. Daarbij is van belang, dat appellante onweersproken heeft gesteld, dat zij geen kennis heeft genomen Beschikking C(95)1753, aangezien verweerder deze niet op enigerlei wijze aan haar ter kennis heeft gebracht, en zij redelijkerwijs ook niet op andere wijze op de hoogte is kunnen komen van de inhoud van deze beschikking.

- 5.9** Indien het antwoord op voormelde vraag betekent dat de datumeis van art. 6 Beschikking C(95)1753 appellante rechtstreeks bindt, zal het college zich voor de vraag zien gesteld of verweerder zich terecht gehouden heeft geacht de subsidie op nul vast te stellen en de betaalde bedragen terug te vorderen. Dienaangaande overweegt het college als volgt.

In het voorliggend geschil dient het college in het licht van art. 3:4 Awb te onderzoeken of het bestreden besluit blijk geeft van de vereiste belangenafweging en verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel, nu als vaststaand moet worden aangenomen dat appellante de datumeis van art. 6 Beschikking C(95)1753 niet kende en haar naar het oordeel van het college ook geen verwijt treft voor haar gebrek aan kennis van dit voorschrift.

De bij art. 3:4 Awb voorgeschreven belangenafweging is echter onderworpen aan beperkingen die kunnen voortvloeien uit een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid.

Zodanige beperking kan besloten te liggen in de bepaling van art. 38 lid 1 aanhef en onder h Verordening (EG) nr. 1260/1999, dat de lidstaten de middelen terugvorderen in geval van onregelmatigheden. Immers, indien deze bepaling een onvoorwaardelijke verplichting tot terugvordering niettegenstaande bijzondere omstandigheden behelst, heeft in zoverre voor verweerder geen ruimte bestaan voor een belangenafweging in de zin van art. 3:4 Awb en bestaat aldus evenmin aanleiding voor het college het bestreden besluit aan dit art. te toetsen.

Het college komt daarentegen wel aan zodanige toetsing toe indien genoemde bepaling van art. 38, bezien in het licht van de beginselen van het gemeenschapsrecht en met name het rechtzekerheidsbeginsel, er niet aan in de weg staat dat de lidstaten afzien van terugvordering wegens inbreuk op een voorschrift indien de betrokken subsidiebegunstigde dit voorschrift niet kende en hem geen verwijt treft voor zijn gebrek aan kennis van dit voorschrift. Het college wijst in dit verband op het arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2002, C-336/00, *Jur.* p. I-7699 (Martin Huber), waarin onder meer aan de orde was de betekenis van art. 8 Verordening (EEG) nr. 729/70 van de raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijke landbouwbeleid (*PbEG* L 94, p. 13) voor de mogelijkheid van de betrokken lidstaat om terugvordering van ten onrechte betaalde communautaire steun achterwege te laten op aan het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het rechtszekerheidsbeginsel ontleende gronden. Het Hof van Justitie verklaarde daarin onder andere voor recht dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat evengenoemde beginselen worden toegepast om de terugvordering van dergelijke steun uit te sluiten, mits ook het gemeenschapsbelang in aanmerking wordt genomen en de goede trouw van de begunstigde van de betrokken steun is aangetoond.

Het college acht derhalve noodzakelijk een daartoe strekkende prejudiciële vraag omtrent de uitleg van art. 38 lid 1 aanhef en onder h Verordening (EG) nr. 1260/1999 en de beginselen van het gemeenschapsrecht te stellen.

- 5.10** Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zal het onderzoek worden heropend en zal de zaak worden verwezen naar het Hof van Justitie om bij prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de in par. 6 geformuleerde vragen. Ingevolge art. 23 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie wordt de procedure voor het college in afwachting van de prejudiciële beslissing geschorst en zal het college iedere verdere beslissing in dit geding aanhouden. Het vorenoverwogene leidt tot de volgende beslissing.

6. De beslissing

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven;

- heropent het onderzoek;
- verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak

te doen over de volgende vragen:

1. Is art. 6 Beschikking van de Commissie van 16 oktober 1995 inzake de verlening van een bijdrage van het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) en van het Europees Sociaal Fonds (ESF) voor een operationeel programma in het kader van het communautair initiatief MKB, ten gunste van gebieden die in aanmerking komen voor doelstellingen nr. 1 en 2 in Nederland, C(95) 1753, onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om rechtstreeks toepasselijk te zijn in de nationale rechtsorde?
 2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:
Moet art. 249 EG-Verdrag zo worden uitgelegd dat art. 6 van genoemde beschikking een justitiabele rechtstreeks bindt om als eindbegunstigde uiterlijk op 31 december 1999 juridisch verbindende maatregelen te nemen en de benodigde financiële middelen specifiek vast te leggen?
 3. Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord:
Laat art. 38 lid 1 aanhef en onder h Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad van 21 juni 1999 houdende algemene bepalingen inzake de structuurfondsen, bezien in het licht van de beginselen van het gemeenschapsrecht de lidstaten ruimte af te zien van terugvordering wegens inbreuk op een voorschrift indien de betrokken subsidiebegunstigde dit voorschrift niet kende en hem geen verwijt treft voor zijn gebrek aan kennis van dit voorschrift?
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Auteur: W. den Ouden, H. Griffioen

NOOT

- 1 De hiervoor opgenomen uitspraak maakt heel duidelijk waarom Nederland steeds vaker te maken krijgt met zogenaamde onderuitputtingsproblemen bij de uitvoering van Europese stimuleringsmaatregelen. Subsidies die worden gefinancierd vanuit Europese gelden worden door 'het veld' vaak beschouwd als risicogeld; je weet als ontvanger nooit of de subsidieverstrekker op een later moment om een onvoorspelbare reden de betaalde subsidiegelden weer terug zal vorderen. Nu het CBB in deze uitspraak ook nog een prejudiciële vraag formuleert die raakt aan de fundamentele van het 'gemengd bestuur', dat kenmerkend is voor de uitvoering van Europese stimuleringsmaatregelen binnen de lidstaten, is zij een bespreking waard. Omdat deze noot nogal lang is geworden een korte leeswijzer: de punten 2 tot en met 5 hebben betrekking op het Nederlandse subsidierecht en behandelen de vraag onder welke voorwaarden subsidieontvangers aan subsidieverplichtingen zijn gebonden. Onder de punten 6 tot en met 11 gaan wij vervolgens in op de belangrijkste onderwerpen die het CBB in de prejudiciële vragen aan de orde stelt, te weten rechtstreekse binding van particulieren aan beschikkingen van de Europese Commissie die zijn gericht tot een lidstaat en de werking van het rechtszekerheidsbeginsel bij terugvordering van Europese subsidies.
- 2 In casu heeft de subsidiënt, de staatssecretaris van EZ, op 29 december 1999 een subsidie van 200 000 Nederlandse gulden (bijna 91 000 euro) verleend aan de Stichting ROM-projecten voor het project 'Kenniskaart Medische Technologie en Life Sciences'. De staatssecretaris verstreekte de subsidie in het kader van de uitvoering van het operationeel programma MKB-Initiatief Nederland, een programma dat Nederland heeft opgesteld in het kader van het door de Europese Commissie ingestelde Communautaire Initiatief MKB. De staatssecretaris had zich op het moment van subsidieverlening niet gerealiseerd dat de Stichting twee dagen later, namelijk op 31 december 1999, alle subsidiegelden alweer moest hebben uitgegeven, althans dat er op dat moment met betrekking tot de voor het gesubsidieerde project benodigde uitgaven 'juridisch verbindende maatregelen moesten zijn getroffen'. Deze door de Europese Commissie geformuleerde voorwaarde was neergelegd in een Commissiebeschikking uit 1995 waarbij het Nederlandse operationele programma werd goedgekeurd. Kennelijk was die voorwaarde de staatssecretaris in 1999 ontschoten. De

ontvangende Stichting wist niets van de datumeis en kon daarvan eigenlijk ook niet weten. De betreffende Commissiebeschikking was namelijk niet bekend gemaakt en de datumeis was ook niet opgenomen in de verleningsbeschikking van de staatssecretaris, noch in de relevante regelgeving, toegestuurde handleidingen of het aanvraagformulier. Dat weerhoudt de staatssecretaris er echter niet van om bij de vaststelling van de subsidie in juli 2002 formeel te constateren dat de Stichting niet aan haar verplichtingen heeft voldaan. De staatssecretaris legt vervolgens de vraag voor aan de Commissie of in gevallen waarin niet is voldaan aan de datumeis een vaststelling op nihil moet volgen. Voorlopig wordt de subsidie onder algemeen voorbehoud vastgesteld op ruim 69 000 Nederlandse guldens. Wanneer uit haar reactie blijkt dat de Commissie 'onverkort vasthoudt' aan de eis dat de verplichtingen door de subsidieontvanger voor 31 december moeten zijn aangegaan (lees: voor projecten waarbij niet aan deze eis is voldaan zal Nederland van de Commissie geen geld uitgekeerd krijgen), besluit de staatssecretaris begin 2003 de subsidie alsnog op nul vast te stellen en alle reeds uitbetaalde gelden terug te vorderen.

- 3 Het CBB stelt vast dat de staatssecretaris daartoe naar Nederlands recht niet bevoegd is. Het rechtszekerheidsbeginsel brengt mee dat een subsidieverplichting niet aan een subsidieontvanger kan worden tegengeworpen indien de verplichting niet vooraf aan de ontvanger bekend is gemaakt. Uit de art. 4:37 en 4:38 Awb leidt het college af dat dit soort subsidieverplichtingen hetzij in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust, hetzij in de verleningsbeschikking moet worden geformuleerd. Nu de gewraakte datumeis niet in de verleningsbeschikking was neergelegd (op het moment van het geven van die beschikking wist de staatssecretaris zelf ook niet dat de datumeis gold, zo gaf hij eerlijk toe) en het college niet is gebleken van enig Nederlands algemeen verbindend voorschrift waaruit de datumeis voortvloeit, had deze verplichting voor de subsidieontvanger geen gelding. In dat geval kan de subsidiënt de subsidie dus niet lager vaststellen op basis van art. 4:46 Awb lid 2 sub b, op de grond dat de ontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen.
- 4 Opvallend is dat het CBB na deze uiteenzetting ook nog ingaat op art. 4:23 Awb lid 3 onder b, waar (onder meer) is bepaald dat een subsidie rechtstreeks op basis van een door de Europese Commissie vastgesteld programma kan worden verstrekt; in die gevallen geldt de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking dus niet. Eerder in de uitspraak (onder punt 5.1) had het college in het kader van de vaststelling van de jurisdictie namelijk al geoordeeld dat de subsidieverstrekking in casu berust op art. 9 van de Kaderwet EZ-subsidies. Het is dus helemaal niet nodig om de bevoegdheid tot subsidieverstrekking van de staatssecretaris te baseren op de in art. 4:23 Awb geformuleerde uitzondering voor Europese programma's. Waarom gaat het College dan toch in op deze uitzonderingsbepaling? Wij kunnen ons slechts voorstellen dat de gedachte was dat indien de eis van een wettelijke grondslag niet geldt voor subsidieverstrekking op basis van een Europees programma, deze eis ook niet kan gelden voor subsidieverplichtingen verbonden aan dergelijke subsidies. Het college onderzoekt namelijk of de datumeis wellicht kan worden afgeleid uit het operationeel programma dat door Nederland is opgesteld en kijkt zodoende naar een bron voor de subsidieverplichting die *niet* kan worden gekwalificeerd als algemeen verbindend voorschrift of als verleningsbeschikking.
- 5 Wij hebben om twee redenen moeite met deze aanpak. Ten eerste is het operationele programma dat door Nederland is opgesteld naar onze mening geen programma zoals de wetgever bedoelt in art. 4:23 Awb lid 3 onder b. De in art. 4:23 Awb geformuleerde uitzondering heeft betrekking op *communautaire* programma's, in dit geval dus op het Communautair Initiatief MKB (vergelijk *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 42: het gaat om gevallen waarin op Europees niveau subsidieprogramma's tot stand komen). Het Nederlandse operationele programma dat door de Commissie moet worden goedgekeurd kan nog het best worden vergeleken met een aanvraag om voor subsidiëring uit het Communautaire Initiatief in aanmerking te komen. In de zaak Huber (HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00, punt 41) heeft het Hof van Justitie van de EG ook expliciet vastgesteld dat nationale uitvoeringsprogramma's door de goedkeuring van de Commissie niet de hoedanigheid van een gemeenschapsrechtelijke handeling krijgt. Dit betekent dat uitvoeringsprogramma's zoals het operationeel programma in deze casus, zelfstandig onvoldoende wettelijke grondslag vormen voor subsidieverstrekking door Nederlandse bestuursorganen (in die zin ook ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296, (m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden)).
Ten tweede delen wij niet het uitgangspunt van het college dat in een uitzonderingsgeval (dus in gevallen waarin de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking niet geldt), ook met betrekking tot *andere*

bevoegdheden waarvoor de Awb een wettelijke grondslag vraagt, die eis komt te vervallen. Met andere woorden: dat de eis van een wettelijke grondslag in een bepaald geval niet geldt, brengt niet mee dat ook de overige bepalingen van titel 4.2 Awb niet van toepassing zouden zijn. De regels van de subsidietitel gelden ook binnen subsidierelaties die berusten op een subsidie die zonder wettelijke grondslag is verstrekt, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt. Deze opvatting wordt ons inziens bevestigd door art. 4:38 Awb lid 3, dat bepaalt dat indien een subsidie zonder wettelijke grondslag wordt verstrekt, subsidieverplichtingen kunnen worden opgelegd bij de beschikking tot subsidieverlening. Overigens maakt de uitleg die het college aan art. 4:23 Awb lijkt te geven niet veel uit voor het eindresultaat van de uitspraak nu de datumeis waarom het geschil draait ook niet uit het operationele programma kan worden afgeleid. Wij gaan op dit punt slechts zo uitgebreid in omdat het (opnieuw) duidelijk maakt dat de uitzondering van de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking bij subsidies gefinancierd uit een Europees programma in de rechtspraak tot veel problemen leidt.

- 6 Nadat het college heeft vastgesteld dat de datumeis naar louter Nederlands recht niet aan appellante kan worden tegengeworpen, buigt het zich over de stelling van de staatssecretaris dat de gewraakte subsidieverplichting wel geldt voor de subsidieontvanger, nu de verplichting is opgenomen in een Commissiebeschikking die 'rechtstreeks toepasselijk is'. Die stelling leidt tot onderzoek naar de vraag of de datumeis als gevolg van het feit dat deze is opgenomen in een Commissiebeschikking, in casu toch kan leiden tot een verplichting voor de subsidieontvanger. Kan een eindontvanger van Europese subsidie door een Commissiebeschikking gericht aan de lidstaat *rechtstreeks* worden gebonden aan verplichtingen zoals de gewraakte datumeis, dat wil zeggen zonder dat de uitvoerende lidstaat die verplichting in het kader van uitvoeringsregelgeving en handelingen aan de ontvanger oplegt? Dat is de belangrijkste vraag die het college het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen stelt in deze uitspraak en het vraagt daarmee naar de werking van het legaliteitsbeginsel in situaties van gedeeld bestuur. In die zin toont deze uitspraak verwantschap met de rits aanhangige prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in geschillen rond ESF-subsidies, waarin de Afdeling onder meer vraagt naar de bevoegdheden van uitvoerende nationale autoriteiten rechtstreeks op grond van communautaire regelgeving in situaties waarin de benodigde uitvoeringsregelgeving ontbreekt (ABRvS 30 augustus 2006, Gemeente Rotterdam — Minister van SZW (LJN AY7173), Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant — Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening (JB 2006, 303 (m.nt. AJB)) en Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening — Minister van SZW (LJN AY7176)).
- 7 Het college stelt er vooralsnog van uit te gaan dat er voor de subsidieontvanger geen belastende verplichtingen uit de Commissiebeschikking kunnen volgen zonder dat de verplichtingen op kenbare wijze in voor de ontvanger bindende bepalingen zijn neergelegd; de uitvoerende instantie had de gewraakte verplichting via nationale uitvoeringsmaatregelen aan de ontvanger moeten opleggen en de verplichting zodoende ook kenbaar moeten maken. Dat lijkt ons ook waarschijnlijk. Naast de argumenten die het CBB geeft voor deze voorlopige stellingname (onder punt 5.8) wijzen wij in dat verband nog op het eerder genoemde arrest Huber. Toen het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof in de zaak Huber aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen vroeg of eindontvangers van communautaire landbouwsteun adressaten zijn van de beschikking waarmee de Commissie het nationale uitvoeringsprogramma goedkeurt en onder welke voorwaarden zij daaraan zijn gebonden (punt 27), antwoordde het hof dat de goedkeuringsbeschikking uitsluitend tot de betrokken lidstaat is gericht (punt 42) en ging vervolgens nog slechts in op de binding van eindontvangers aan de nationale uitvoeringsmaatregelen. Ook kan worden gewezen op jurisprudentie inzake beroepen tot nietigverklaring van Commissiebeschikkingen tot intrekking van communautaire steun ingediend door andere betrokkenen dan de lidstaat, zoals decentrale uitvoeringsinstanties en eindontvangers van de steun. In beschikkingen betreffende deze beroepen benadrukt het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen het subsidiariteitsbeginsel dat geldt bij de tenuitvoerlegging van communautaire stimuleringsmaatregelen en stelt het gerecht dat nationale uitvoeringsmaatregelen noodzakelijk zijn voordat een concrete verplichting tot terugbetaling ontstaat voor de eindontvanger (bijvoorbeeld GvEAEG 8 juli 2004, zaak T-341/02 (Regione Siciliana/Commissie), punt 70). Nu is een communautaire intrekkingbeschikking natuurlijk een ander soort beschikking dan een beschikking waarmee een nationaal uitvoeringsprogramma wordt goedgekeurd. Dat neemt niet weg dat wij niet inzien waarom in het ene geval wel rechtsplechten voor

- eindontvangers direct uit een Commissiebeschikking inzake communautaire bijstand gericht tot de lidstaat zouden voortvloeien en in het andere geval niet.
- 8 Zou het hof tot de conclusie komen dat de Commissiebeschikking geheel onafhankelijk van nationale uitvoering verplichtend kan werken ten aanzien van een eindontvanger, dan zou dat een baanbrekend oordeel zijn. Tot nu toe wordt veelal aangenomen dat de (legaliteits-)grondslagen voor regulering en toekenning van dit soort Europese subsidies nationaal moeten worden ingericht. Het beeld dat opkomt uit de Europese jurisprudentie — zelfs ten aanzien van het streng communautair gereguleerde domein van het staatssteunrecht — is dat het nog steeds aankomt op de nationale rechtsorde om de door het Gemeenschapsrecht ingegeven maatregelen bindend aan burgers op te leggen. In die zin vertoont ook het subsidierecht de door Jans c.s. geschetste ‘dubbele (dat wil zeggen Europese en nationale) legaliteit’ (J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen 2002, p. 48), zij het dat hof en gerecht hiervan geen doctrinair getuigenis plegen af te leggen. Het maakt overigens niet alleen vanuit de afzondering van de studeerkamer iets uit hoe er wordt gedacht over de legaliteitskwesitie in het gemengd Europees-nationaal bestuur. Door de nationale bevoegdheidslaag onmisbaar te achten, bestaat er ruimte om de relatie lidstaat-eindontvanger anders te toetsen dan hetgeen uit de Europese jurisprudentie over de relatie EG-lidstaat voortvloeit. Slechts dan is het mogelijk om de erkenning van de rechtmatigheid van een Commissiebeschikking samen te doen gaan met de vaststelling dat daaruit door een gebrekkige uitvoering van de nationale autoriteiten geen rechtsplichten voor de eindontvanger voortvloeien.
- 9 Mocht het hof echter toch tot het oordeel komen dat uit de goedkeuringsbeschikking een verplichting voor de subsidieontvanger kan worden afgeleid, dan heeft de staatssecretaris wel de discretionaire bevoegdheid om de subsidie op nihil vast te stellen en tot terugvordering van reeds betaalde bedragen over te gaan. Dan rijst de vraag of de Stichting zich tegen een dergelijk besluit succesvol kan verzetten met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel, nu de datum eis aan haar niet bekend was of kon zijn. Vast staat dat Nederland op grond van art. 38 Vo (EG) 1260/1999 in beginsel verplicht is tot terugvordering van subsidies waarbij onregelmatigheden zijn geconstateerd. Echter, wanneer er (grove) fouten in de uitvoering zijn gemaakt op het nationale niveau kan dat leiden tot een onbevredigende uitkomst; door de terugvordering zouden de consequenties van de fouten gemaakt bij de uitvoering worden afgewenteld op de eindontvanger. Een afweging moet dus worden gemaakt tussen het belang van de correcte implementatie van het communautaire subsidiebeleid enerzijds en het belang van subsidieontvangers anderzijds. Vanuit het staatssteunrecht zijn er voorbeelden te over waarin de balans eenduidig doorslaat ten faveure van de effectieve uitvoering van communautair recht. Door de hoge eisen die het hof stelt aan het kennisniveau van de ontvanger van de steun als ‘behoedzame ondernemer’, kan deze zich slechts in ‘uitzonderlijke omstandigheden’ (wat wil zeggen zelden tot nooit) met succes beroepen op het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel wanneer onrechtmatig verstrekte steun door de lidstaat wordt teruggevorderd op last van een Commissiebeschikking (zaak C-5/1989, *BUG Alutechnik*). Dat geldt zelfs wanneer de ontvanger door de nationale autoriteiten op het verkeerde been is gezet (HvJ EG 20 maart 1997, *Alcan*, zaak C-24/95). De zaak *Fleuren Compost* (GvEA EG 14 januari 2004, zaak T-109/01, *AB* 2004, 411 (m.nt. AdMvV) en ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208 (m.nt. WdO)) biedt een goed voorbeeld van een zaak waarin het geschutter van de Nederlandse autoriteiten op het bordje van de ontvangers van de steun terecht komt; zij moeten de onrechtmatig verstrekte subsidie terugbetalen ondanks het feit dat in de *Staatscourant* een mededeling was gepubliceerd dat aanvragen als die van hen zouden vallen onder een goedkeuringsbesluit van de Commissie.
- 10 Echter het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft expliciet gesteld dat de hiervoor genoemde jurisprudentie inzake het staatssteunrecht niet onverkort kan worden toegepast op kwesties van Europees subsidierecht, nu bij communautaire steun het concurrentievoordeel dat kenmerkend is voor staatssteun (in beginsel) ontbreekt (HvJ EG 16 juli 1998, *Oelmühle*, zaak C-298/96, punt 37). Bovendien heeft het hof in constante jurisprudentie benadrukt dat bij terugvordering van onverschuldigd betaalde communautaire steun rekening kan worden gehouden met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen, nu deze beginselen deel uitmaken van de communautaire rechtsorde (zaak 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, zaak C-298/96, *Oelmühle*, zaak C-80-82/99, *Flemmer*). Wel moet bij de door de nationale rechter te maken belangenafweging ten volle rekening worden gehouden met het belang dat de Gemeenschap heeft bij de terugvordering van subsidies die in strijd

met het communautaire recht zijn besteed en moet de ontvanger van de subsidie te goeder trouw zijn geweest (*Oelmühle*, punt 29). De eis van de goede trouw werkt het hof in de — in dit verband ook door het CBB aangehaalde — zaak Huber (punt 58) zo uit dat in gevallen waarin de ontvanger stelt van bepaalde verplichtingen verbonden aan communautaire landbouwsteun niet op de hoogte te zijn geweest, de nationale rechterlijke instantie moet bezien of — in het geval dat het nationale programma waaruit die verplichting volgde niet aan de ontvanger is bekend gemaakt en die ontvanger er zelf niet voor heeft zorggedragen de inhoud van dat programma te weten te komen — de ontvanger daarmee wel de zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd die van een 'normaal zorgvuldige landbouwer' mag worden verwacht. In dat kader moet de nationale rechter ook nagaan of de manier waarop documenten kunnen worden geraadpleegd om de juiste omvang van de geldende verplichtingen te achterhalen aan de betrokken landbouwers geen 'buitensporige last' oplegt. Met de derde prejudiciële vraag lijkt het CBB te willen vernemen of deze jurisprudentie ook gelding heeft onder de Structuurfondsverordening 1260/1999 en of de bijzondere omstandigheden van dit geval derhalve mogen worden meegewogen in de belangenafweging die de Nederlandse rechter kan maken binnen het kader van art. 3:4 Awb.

- 11 In de zaak Huber wekt het hof de suggestie dat de Oostenrijkse rechter er goed aan zou doen om de betreffende verplichtingen niet aan de eindontvanger tegen te werpen. Ook het CBB lijkt op voorhand geneigd om de financiële strop van het wegvallen van Europese gelden in het geval *Stichting ROM-projecten* bij de overheid te leggen. Deze mogelijkheid is door het gerecht in het kader van het communautair subsidierecht ook al een aantal malen gesuggereerd (zie bijvoorbeeld GvEA EG 25 april 2001, zaak T-244/00 (*Coillte Teoranta — Commissie*), punt 48 en GvEA EG 18 oktober 2005, zaak T-60/03 (*Regione Siciliana — Commissie*), punt 58). Zoals zo vaak gaat het uiteindelijk om de vraag wie op de blaren moet zitten: het is ons inziens een goede zaak wanneer het nationale autoriteiten wordt weerhouden om 'teleurstellingen' in verband met Europese subsidies automatisch door te berekenen aan de ontvangers daarvan.

H. Griffioen en W. den Ouden