



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: CBb 2011-08-30

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2012). Annotation: CBb 2011-08-30. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 16. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18945>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18945>

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

AB 2012/96: Schending meldplicht mag niet leiden tot vaststelling op nihil. Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen (softlaw) zijn vertaald in (de toelichting op) nationale algemeen verbindende voorschriften.

Instantie:	College van Beroep voor het bedrijfsleven (Meervoudige kamer)	Datum:	30 augustus 2011
Magistraten:	Mrs. E. Dijt, E.R. Eggeraat, M.M. Smorenburg	Zaaknr:	AWB 09/325
Conclusie:	-	LJN:	BR6940
Roepnaam:	-	Noot:	W. den Ouden

Awb art. 3:4, 4:46

Snel naar: [Essentie](#) | [Samenvatting](#) | [Partijen](#) | [Uitspraak](#) | [Noot](#)

Essentie

Schending meldplicht mag niet leiden tot vaststelling op nihil. Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen (softlaw) zijn vertaald in (de toelichting op) nationale algemeen verbindende voorschriften.

Samenvatting

Op deze correspondentie kan naar het oordeel van het College worden afgeleid dat de EC er bij de Nederlandse regering op heeft aangedrongen de verplichting om de investering minimaal vijf jaar te behouden in het BSRI op te nemen. Naar aanleiding daarvan is artikel 16 in het BSRI opgenomen. In de Nota van Toelichting bij artikel 16 BSRI is ook verwoord dat de in dat artikel opgenomen verplichting verband houdt met de in de Richtsnoeren geformuleerde eis dat de investering gedurende een periode van minimaal vijf jaren behouden moet blijven. De EC heeft vervolgens met het BSRI ingestemd. Het College is van oordeel dat hieruit kan worden afgeleid dat de opsteller van het BSRI aan artikel 16 (mede) de strekking heeft willen toekennen uitvoering te geven aan de in punt 4.10 Richtsnoeren opgenomen eis dat de investering minimaal vijf jaar behouden blijft. Dit betekent dat artikel 16 BSRI, in samenhang met artikel 12 BSRI, zo moet worden begrepen dat daarmee is beoogd om voor ontvangers van subsidie op grond van het BSRI, naast de in dit artikel neergelegde meldingsplicht, tevens de verplichting in het leven te roepen dat de investering minimaal vijf jaar behouden dient te blijven.

Uit de tekst van artikel 16 BSRI, gelezen in samenhang met artikel 12 BSRI, vloeit voort dat de termijn van deze periode aanvangt op het moment van subsidieverlening. Bovendien volgt uit de hierboven genoemde correspondentie (met name uit de brieven van 6 december 1999 en van 24 februari 2000) dat zowel de opsteller van het BSRI als de EC voor het aanvangsmoment van deze periode zijn uitgegaan van de datum waarop de subsidie wordt verleend. Voor het andersluidende standpunt van verweerder zijn in het BSRI, de Nota van Toelichting noch de Richtsnoeren aanknopingspunten te vinden. Het College is derhalve van oordeel dat de bedoelde termijn van vijf jaar een aanvang neemt op het moment van subsidieverlening, in dit geval met het besluit tot subsidieverlening van 21 december 2001, en derhalve eindigde op 21 december 2006. Dit betekent dat appellante haar investering, waarvan door verweerder niet wordt betwist dat die is beëindigd omstreeks eind januari 2007, meer dan vijf jaar heeft behouden.

Voorts staat vast dat appellante in de laatste fase van de daarvoor bedoelde periode van vijf jaar de meldingsplicht van artikel 16 BSRI heeft geschonden. Nu vaststaat dat appellante wel heeft voldaan aan de voorwaarde van de Richtsnoeren dat de investering vijf jaar behouden dient te blijven, is het College van oordeel dat louter de hier aan de orde zijnde schending van de meldingsplicht van artikel 16 BSRI in redelijkheid geen grond (meer) kan zijn voor het ingevolge artikel 4:46, tweede lid, onder b Awb op nihil vaststellen van de subsidie. Gelet hierop heeft verweerder de aan appellante verleende subsidie dan ook in redelijkheid niet op nihil kunnen vaststellen.

Nu verweerder als gevolg van de schending door appellante van de in artikel 16 BSRI opgenomen meldingsplicht niet tot een inhoudelijke subsidievaststelling is overgegaan, dient verweerder dat alsnog te doen.

Partij(en)

A, appellante, gemachtigde: mr. K.D. Meersma, advocaat te Amsterdam,

tegen

de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, verweerder, gemachtigden: mr. K.M. Bresjer en C.G. de Best, beiden werkzaam bij verweerder.

Uitspraak

1. De procedure

Appellante heeft bij brief van 3 maart 2009, bij het College binnengekomen op dezelfde datum, beroep ingesteld tegen een besluit van verweerder van 23 januari 2009.

Bij dit besluit heeft verweerder ongegrond verklaard het bezwaar van appellante tegen een besluit van 23 juni 2008, waarbij de subsidie van appellante op grond van het Besluit subsidies regionale investeringsprojecten 2000 (hierna: BSRI) op nihil is vastgesteld.

Bij brief van 26 maart 2009 heeft appellante de gronden van het beroep aangevuld en enkele stukken ingediend.

Bij brief van 28 april 2009 heeft verweerder de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 17 februari 2011 heeft appellante nog enkele aanvullende stukken ingediend.

Op 10 maart 2011 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Appellante heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Namens appellante zijn tevens verschenen B en C. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door voornoemde gemachtigden.

Bij beslissing van 18 maart 2011 heeft het College het onderzoek heropend en verweerder verzocht enkele in die beslissing genoemde stukken te overleggen.

Bij brief van 13 april 2011 heeft verweerder aan dit verzoek voldaan en enkele nadere stukken overgelegd.

Bij brief van 12 mei 2011 heeft appellante op deze stukken gereageerd.

Bij brief van 1 juni 2011 heeft verweerder een nadere reactie ingediend.

Bij brieven van respectievelijk 29 juni 2011 en 4 juli 2011 hebben appellante en verweerder toestemming gegeven met toepassing van artikel 8:57 van de Algemene wet bestuursrecht zonder nadere zitting uitspraak te doen in deze zaak.

Bij brief van 6 juli 2011 heeft het College meegedeeld dat het onderzoek is gesloten.

2. De grondslag van het geschil

2.1.

Het BSRI luidde, ten tijde en voor zover hier van belang, als volgt:

'Artikel 2

1. Onze Minister verstrekt op aanvraag subsidie aan de ondernemer die een project tot stand brengt in een bij ministeriële regeling aangewezen gemeente of deel van een gemeente.

(...)

Artikel 12

1. Aan de subsidieverlening zijn de in de artikelen 13, 14, 15 en 16 opgenomen verplichtingen verbonden.
2. De in de artikelen 12, 13, 14 en 15 opgenomen verplichtingen gelden tot aan de dag waarop de subsidie wordt vastgesteld. De in artikel 16 opgenomen verplichting geldt totdat vijf jaren na de subsidieverlening zijn verstreken.

(...)

Artikel 16

De subsidie-ontvanger stelt Onze Minister onverwijld in kennis van elk voornemen om van het project deel uitmakende duurzame bedrijfsuitrusting, grond of bedrijfsgebouwen in de kosten waarvan op grond van dit besluit subsidie is verstrekt af te stoten of buiten gebruik te stellen.'

In de Nota van Toelichting bij het BSRI is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

‘Artikel 16

De in dit artikel opgenomen verplichting houdt verband met de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de richtsnoeren geformuleerde eis dat investeringen gedurende een periode van minimaal vijf jaren behouden moeten blijven.

De Kaderwet EZ-subsidies biedt in artikel 7 de mogelijkheid om in geval van strijd met ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichtingen de subsidievaststelling in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen.’

De door de Europese Commissie (hierna: EC) opgestelde Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen van 10 maart 1998 (*PbEG* 1998, C 74/06; hierna: Richtsnoeren) luiden, ten tijde in geding en voor zover hier van belang, als volgt:

‘1. Inleiding

(...)

Regionale steunmaatregelen hebben ten doel achtergebleven regio's te ontwikkelen door in het kader van de duurzame ontwikkeling investeringen en schepping van werkgelegenheid te steunen. Zij stimuleren de uitbreiding, de modernisering en de diversificatie van de activiteiten van de in deze regio's gevestigde ondernemingen, evenals de vestiging van nieuwe ondernemingen. Om deze ontwikkeling te bevorderen en mogelijke negatieve gevolgen van eventuele bedrijfsverplaatsingen tegen te gaan, is het noodzakelijk om aan de toekenning van dergelijke steun de voorwaarde te verbinden dat de investering en de geschapen arbeidsplaatsen gedurende tenminste een zekere tijd voor de achtergebleven regio behouden blijven.

4. Doel, aard en hoogte van de steunverlening

(...)

4.10.

De steunmaatregelen ten behoeve van de initiële investering moeten door de wijze van uitkering of door de voorwaarden welke aan de toekenning ervan zijn verbonden, worden onderworpen aan de verplichting dat de betrokken investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar behouden blijft.’

De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

‘Artikel 4:46

(...)

2. De subsidie kan lager worden vastgesteld indien:

a. (...);

b. de subsidie-ontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen;

(...).’

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.

— Appellante heeft op 26 april 2001 een aanvraag gedaan voor subsidie op grond van het BSRI voor de vestiging van een productiefaciliteit voor metalen omhulsels en overige componenten van batterijen te Heerlen.

— Bij besluit van 21 december 2001 heeft verweerder appellante subsidie verleend op grond van het BSRI ter hoogte van 10% van de subsidiabele kosten, met een maximum van € 2.433.905,10.

— Bij besluit van 23 juni 2008 heeft verweerder de subsidie vastgesteld op nihil en het reeds betaalde voorschot van € 1.114.900 teruggevorderd. Daarbij heeft verweerder overwogen dat gebleken is dat de activiteiten waarvoor subsidie is verleend in 2007 zijn beëindigd en verplaatst naar Duitsland. Appellante is, gelet op artikel 16 BSRI, in gebreke gebleven door verweerder niet te informeren over het voornemen hiertoe. Daarnaast heeft verweerder erop gewezen dat de meldingsplicht verband houdt met de verplichting uit de Richtsnoeren om de investering gedurende minimaal vijf jaar te behouden. Verweerder heeft geconcludeerd dat appellante de verplichtingen verbonden aan de subsidieverlening niet is

nagekomen. Gelet op de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan appellante kan worden verweten, heeft verweerder de subsidie op grond van artikel 4:46, tweede lid, Awb op nihil vastgesteld.

- Tegen dit besluit heeft appellante bij brief van 21 juli 2008 bezwaar gemaakt.
- Op 24 december 2008 heeft een hoorzitting plaatsgevonden.
- Vervolgens heeft verweerder het bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit en het nadere standpunt van verweerder

Verweerder heeft overwogen dat volgens artikel 12, tweede lid, BSRI de in artikel 16 BSRI neergelegde plicht tot melden van 'elk voornemen' tot afstoot of buitengebruikstelling gold gedurende vijf jaar na de subsidieverlening, dus in dit geval tot 22 december 2006. Het besluit om de activiteiten te beëindigen is op 9 januari 2007 door de Advisory Board goedgekeurd. De productie is op 25 januari 2007 daadwerkelijk beëindigd. Er moet dus voor 22 december 2006 sprake zijn geweest van een voornemen, aldus verweerder. Het gaat hier om een ontmanteling van een productielocatie met, volgens appellante, een personeelsbestand in 2006 van 34 fte. Verweerder heeft daarbij voorts mede rekening gehouden met de tussenliggende feestdagen, het feit dat de beherend vennoot in Nederland was gevestigd en de gebrekkige communicatie die herhaalde malen is aangevoerd als excuus in het kader van de indiening van de aanvraag om subsidievestiging. Verweerder verbindt hieraan de conclusie dat het voornemen dat aan het goed te keuren besluit is voorafgegaan in strijd met artikel 16 BSRI niet is gemeld. De materiële verplichting tot behoud van de investering vloeit niet voort uit het BSRI, maar rechtstreeks uit punt 4.10 Richtsnoeren. De aanvang van de termijn van vijf jaar is daarbij niet vermeld. Gelet op de overwegingen in de inleiding bij de Richtsnoeren mag volgens verweerder worden aangenomen dat met het behoud van 'de investering en de geschapen arbeidsplaatsen' een project wordt bedoeld dat daadwerkelijk revenuen begint af te werpen voor de regio die deze revenuen zo hard nodig heeft en daarom in aanmerking is gebracht voor regionale steun. Daarvan is nog geen sprake op het moment van de subsidieverlening. Daarvan is evenmin sprake op het tijdens de hoorzitting geopperde moment van — eerste — aanschaf van bedrijfsmiddelen. Uit het in de Richtsnoeren omschreven doel van regionale steunmaatregelen volgt naar de mening van verweerder ontegenzeggelijk dat wordt uitgegaan van het moment van realisatie van het project. De uiterste realisatiedatum van het project is op verzoek van appellante bepaald op 31 december 2005.

Appellante heeft onder meer in haar aanvraag om vaststelling van de subsidie aangegeven dat tot en met 2005 investeringen zijn gedaan. Volgens het verificatierapport is het project eind 2005 afgerond. Het aanvangsmoment van de verplichting uit hoofde van punt 4.10 Richtsnoeren is derhalve eind 2005, aldus verweerder. In dit verband wijst verweerder nog op punt 40 van de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen 2007–2013 (2006/C 54/08), waarin het gaat om 'het behoud van de desbetreffende investering in het bewuste gebied voor een minimumperiode van ten minste vijf jaar na voltooiing ervan'. In punt 4.4 Richtsnoeren wordt onder 'investering' verstaan een investering in vast kapitaal ten behoeve van de oprichting van een nieuwe vestiging. Een 'investering' bestaat volgens punt 4.5 uit een geheel van uitgaven die betrekking hebben op de onderdelen terreinen, gebouwen en uitrusting.

De periode van vijf jaar van punt 4.10 betreft de 'betrokken investering', dat wil in de terminologie van de Richtsnoeren dus zeggen het geheel van de uitgaven en niet, zoals appellante betoogt, elke uitgave afzonderlijk. De regio die voor steun in aanmerking is gebracht is immers slechts gebaat met de effecten op de regionale economie van een gerealiseerd en daadwerkelijk in gebruik genomen investeringsproject en niet met een aantal afzonderlijke uitgaven. Verweerder verwijst daarbij naar de toelichting bij artikel 13 BSRI. Het betoog van appellante, dat slechts gekort zou mogen worden op de bedrijfsmiddelen voor zover deze niet aan de verplichting van punt 4.10 voldoen, treft volgens verweerder derhalve geen doel.

Verweerder kan appellante ook niet volgen in het betoog dat de korting zou moeten worden berekend naar rato van de periode dat de investering in haar geheel korter behouden is gebleven dan vijf jaar. In punt 4.10 is sprake van 'een periode van minimaal vijf jaar'. Deze formulering biedt naar de letter geen enkele ruimte om rekening te houden met periodes van minder dan vijf jaar. Voorts is het belangrijkste beginsel dat volgens de inleiding bij de richtsnoeren bij regionale steunmaatregelen in aanmerking moet worden genomen het uitzonderlijke karakter van dit instrument. Dit beginsel staat volgens verweerder in de weg aan de door appellante voorgestane wijze van toepassing van punt 4.10 Richtsnoeren.

In het verweerschrift heeft verweerder erop gewezen dat de EC het BSRI als steunmaatregel heeft goedgekeurd, waarbij de Richtsnoeren het toetsingskader zijn geweest. Artikel 16 is in het BSRI opgenomen naar aanleiding van opmerkingen van de EC over de verplichting van punt 4.10 van de Richtsnoeren. De termijn van de verplichting om een voornemen als bedoeld in artikel 16 BSRI te melden, valt niet samen met de verplichting tot instandhouding van de investering. De termijn van laatstgenoemde verplichting dient te worden gerekend vanaf het moment van realisatie van de investering. Volgens verweerder is dit de enige logische uitleg van punt 4.10 van de Richtsnoeren.

Gelet op het voorgaande komt verweerder tot de slotsom dat appellante niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen. Verweerder acht vaststelling van de subsidie op nihil op grond van artikel 4:46, tweede lid, onder b, Awb aangewezen.

4. Het standpunt van appellante

Appellante heeft aangevoerd dat artikel 16 BSRI verband houdt met onderdeel 4.10 Richtsnoeren.

De daarin opgenomen verplichting beoogt de bevoegdheid van het bestuur van de onderneming om de activiteiten af te stoten of te beëindigen niet te beperken, maar verweerder slechts in staat te stellen daar gevolgen aan te verbinden voor de verkregen subsidie. Het is dus geenszins de bedoeling geweest om verweerder in staat te stellen nog iets te doen aan het voornemen of de subsidieontvanger een verbod op te leggen. Het gaat slechts om de gevolgen voor de subsidie. Naar de opvatting van appellante moet 'elk voornemen' niet gelezen worden als 'elke binnen de onderneming levende gedachte'. Dat is immers niet relevant voor de subsidie. Naar de mening van appellante zou een dergelijke uitleg voor zowel verweerder als de subsidieontvanger onwerkbaar zijn. Alleen voornemens van het bevoegde gezag, al naar gelang de interne bevoegdheidsverdeling is georganiseerd, zijn relevant. Een verstandig ondernemer zal ook willen voorkomen dat in het bedrijf zelf en in de markt waarin het actief is wordt gespeculeerd over het voortbestaan van de onderneming. Verweerder betwist niet dat het bevoegde gezag het besluit tot beëindiging van de productie op 9 januari 2007 heeft genomen, dus na 21 december 2006. Gelet op artikel 12, tweede lid, BSRI is dus geen sprake van overtreding van de subsidievoorwaarden. Appellante betreurt dat de melding niet is gedaan aan verweerder, maar is van mening dat het gaat om het schenden van een fatsoensnorm die niet onrechtmatig is. Het niet naleven hiervan rechtvaardigt niet de vaststelling op nihil. Verweerder geeft op geen enkele manier aan waarom het niet melden zo ernstig is dat dit een vaststelling op nihil rechtvaardigt. Ondanks de beëindiging van de activiteiten heeft verweerder een verificatieonderzoek kunnen laten uitvoeren, waarbij verweerder geen enkele hinder heeft ondervonden. Alle documentatie was beschikbaar voor diens accountant. Er is dus geen sprake van de situatie dat verweerder niet heeft kunnen vaststellen in hoeverre de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend, hebben plaatsgevonden.

De Richtsnoeren zijn een vorm van soft law en daarmee een vorm van een niet-bindend instrument.

De EC gebruikt de Richtsnoeren om het toetsingskader te beschrijven voor onder meer de door haar te beoordelen steunregelingen. Dit rechtsinstrument komt geen bindende werking toe ten laste van burgers, maar creëert een vorm van zelfbinding voor de EC, bijvoorbeeld bij de beoordeling van het BSRI. De Richtsnoeren laten zich het best vergelijken met beleidsregels. Daaruit kan derhalve geen verplichting voor appellante worden afgeleid tot behoud van de investering voor de duur van vijf jaar.

Een dergelijke verplichting volgt ook niet uit het BSRI, dat door de EC is goedgekeurd. Ook uit de goedkeuringsbeschikking en daaraan voorafgaande correspondentie kan die verplichting niet worden afgeleid.

Indien met verweerder zou worden aangenomen dat wel een verplichting bestaat om de investering minimaal vijf jaar te behouden, voert appellante het volgende, subsidiair, aan.

In de toelichting bij artikel 16 BSRI wordt opgemerkt dat de meldingsplicht verband houdt met de in de Richtsnoeren geformuleerde eis dat de investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar behouden moet blijven. Die verplichting tot melden vangt aan op het moment van de subsidieverlening. Het tijdstip van verlenen zal echter veelal gelegen zijn voor het tijdstip van realisering. Dat betekent dat de verplichting tot melden niet aansluit bij de termijn die volgens verweerder geldt voor het in stand houden van het project. Die opvatting is volgens appellante niet logisch. Het is duidelijk dat het BSRI de wens van de EC tot instandhouding van minimaal vijf jaar gebrekkelijk heeft vertaald. Het ligt het meest voor de hand om de aanvang te koppelen aan het moment waarop de meldingsplicht ontstaat, namelijk bij de subsidieverlening dan wel het moment waarop de investering wordt gedaan. Hier ligt dat nog meer voor de hand, omdat in de jaren 2001 en 2002 bijna 70% van de investeringen zijn gedaan. Het ligt dan niet voor de hand om 21 december 2005 als begin van de termijn aan te merken voor de instandhoudingsverplichting van de investering. Deze onduidelijkheid in de regelgeving zou gevolgen moeten hebben voor de regelgever en niet voor de burger, aldus appellante.

Een redelijke wetstoepassing moet er toe leiden dat in het geval de investering niet gedurende vijf jaar in stand blijft, dit niet automatisch leidt tot subsidievaststelling op nihil. Het stellen van de norm in punt 4.10 Richtsnoeren geeft geen inzicht in de gevolgen van het niet nakomen daarvan. Dat de Richtsnoeren naar de letter geen ruimte laten is dus onjuist, omdat deze geen letter besteden aan de gevolgen van de schending van de norm. Ook het uitzonderlijke karakter van de steunmaatregel staat niet in de weg aan een pro rata korting.

5. De beoordeling van het geschil

5.1.

Het College dient de vraag te beantwoorden of verweerder de aan appellante verleende subsidie in redelijkheid op nihil heeft

kunnen vaststellen. Daartoe overweegt het College als volgt.

5.2.

Naar de mening van verweerder heeft appellante niet voldaan aan de verplichting van artikel 16 BSRI. Uit dit artikel, gelezen in samenhang met artikel 12 BSRI, volgt voor appellante de verplichting om gedurende een periode van vijf jaren na subsidieverlening verweerder onverwijld in kennis te stellen van elk voornemen de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend te beëindigen.

Het College stelt vast dat deze periode in het geval van appellante is aangevangen met het besluit tot subsidieverlening van 21 december 2001 en derhalve eindigde op 21 december 2006. Tussen partijen is niet in geschil dat de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk zijn beëindigd omstreeks eind januari 2007. Uit het dossier en het verhandelde ter zitting van het College is duidelijk geworden dat een besluit tot beëindiging van activiteiten als hier aan de orde door het management van appellante wordt genomen, waarna het door de Advisory Board van het Duitse moederbedrijf moet worden goedgekeurd. Het College stelt vast dat het besluit van het management van appellante tot beëindiging van de activiteiten in Heerlen over te gaan op 9 januari 2007 ter goedkeuring aan de Advisory Board voor is gelegd. Ter zitting van het College heeft appellante verklaard dat dit besluit tot beëindiging van de activiteiten in Heerlen vóór de datum van voorlegging aan de Advisory Board feitelijk reeds door het management van appellante was genomen. Het gaat in dit geval om een bedrijfsmatig gezien ingrijpende beslissing, namelijk de beëindiging van bedrijfsactiviteiten, die leidt tot sluiting van een gehele productievestiging en ontslag van een niet onaanzienlijk aantal medewerkers. Gelet op deze omstandigheden is het College van oordeel dat verweerder zich op het standpunt heeft mogen stellen dat het niet anders kon zijn dan dat reeds vóór 21 december 2006 sprake was een dermate vergevorderd voornemen tot beëindiging van de activiteiten te Heerlen dat verweerder daarvan in kennis had moeten worden gesteld door appellante.

Daarbij acht het College mede van belang dat appellante niet aannemelijk heeft gemaakt dat een dergelijk voornemen van het management van appellante pas na die datum tot stand is gekomen.

Het College is derhalve van oordeel dat verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat appellante niet heeft voldaan aan meldingsplicht van artikel 16 BSRI.

5.3.

Verweerder stelt zich voorts op het standpunt dat appellante evenmin heeft voldaan aan de verplichting dat de activiteit waarvoor subsidie is verleend (hierna: de investering) vijf jaar behouden dient te blijven. Appellante betwist dat een dergelijke verplichting bestaat.

Niet in geschil is dat het BSRI een steunmaatregel is die is aan te merken als steunmaatregel in de zin van (thans) artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en die op grond van artikel 108, derde lid, VWEU bij de EC dient te worden aangemeld ter goedkeuring. Bij brief van 1 september 1999 (nr. 10122) is het BSRI bij de EC aangemeld ter goedkeuring. Bij brief van 22 september 2009 (D/63958) heeft de EC in dat kader, voor zover hier van belang, het volgende verzocht:

‘(n) Paragraaf 4.10 van de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen bepaalt dat steunmaatregelen door de wijze van uitkering of de voorwaarden welke aan de toekenning ervan zijn verbonden, worden onderworpen aan de verplichting dat de betrokken investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar behouden blijft. Zijn de Nederlandse autoriteiten bereid een dergelijke clause in de voorgestelde regeling op te nemen?’

Bij brief van 6 december 1999 (nr. 10535) heeft de Nederlandse regering, voor zover hier van belang, als volgt gereageerd:

‘(n) De regeling bewerkstelligt impliciet dat aan een toekenning voor een subsidie veelal een periode van 5 jaar gekoppeld is. Immers een bedrijf gaat investeren zodra de aanvraag voor een subsidie is ingediend. De committering geschiedt ca. 3 maanden na ontvangst van de aanvraag. Daarna heeft het bedrijf minimaal 18 maanden voor de realisatie en vervolgens komt na 12 tot 18 maanden de verifiërende accountant controleren, waarna de definitieve eindafrekening volgt. Voordat de subsidie met een bedrijf definitief afgerekend wordt is zodoende tenminste 3 jaar verstreken. Over het algemeen is de realisatietermijn, gezien de substantiële omvang van de projecten, echter aanmerkelijk langer dan genoemde 18 maanden. In de meeste gevallen is een verlenging van de realisatietermijn met 1 tot 2 jaar nodig, zodat gesteld kan worden dat de betrokken investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar behouden blijft, voordat tot subsidievaststelling wordt overgegaan. (...)’

Bij brief van 24 februari 2000 (D/50830) heeft de EC, voor zover hier van belang, het volgende opgemerkt:

‘Een ander punt betreft de periode van vijf jaar waarbinnen de investering dient behouden te blijven in de regio. De verschillende termijnen die in de regeling voorzien zijn voor committering, realisatie en definitieve afrekening zouden daartoe verlengd kunnen worden;’

Bij brief van 12 mei 2000 (nr. 11053) is, voor zover hier van belang, als volgt geantwoord:

'In de toelichting op artikel 16 staat: De in dit artikel opgenomen verplichting houdt verband met de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de richtsnoeren geformuleerde eis dat investeringen gedurende een periode van minimaal vijf jaren behouden moeten blijven.'

Bij beschikking van 17 augustus 2000 (steunmaatregel nr. N 549/99) heeft de EC besloten het BSRI, aangezien deze in overeenstemming is met de Richtsnoeren, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te beschouwen. In deze beschikking is voorts, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

2. Beschrijving van de steunregeling

(...)

Periode van vijf jaar

De subsidieontvangers worden geattendeerd op de verplichting dat de investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar in de regio behouden moet blijven en dat zij ter zake de in artikel 16 genoemde verplichtingen inzake kennisgeving van voornemens moeten nakomen. In artikel 16 wordt bepaald dat, indien dit niet geschiedt, de steun dienovereenkomstig kan worden gewijzigd.

(...)

3. Beoordeling van de voorgestelde steunmaatregel

(...)

5.

De verplichting dat de investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar in de regio behouden moet blijven is in de bepalingen opgenomen.

(...).'

Uit deze correspondentie kan naar het oordeel van het College worden afgeleid dat de EC er bij de Nederlandse regering op heeft aangedrongen de verplichting om de investering minimaal vijf jaar te behouden in het BSRI op te nemen. Naar aanleiding daarvan is artikel 16 in het BSRI opgenomen. In de Nota van Toelichting bij artikel 16 BSRI is ook verwoord dat de in dat artikel opgenomen verplichting verband houdt met de in de Richtsnoeren geformuleerde eis dat de investering gedurende een periode van minimaal vijf jaren behouden moet blijven. De EC heeft vervolgens met het BSRI ingestemd. Het College is van oordeel dat hieruit kan worden afgeleid dat de opsteller van het BSRI aan artikel 16 (mede) de strekking heeft willen toekennen uitvoering te geven aan de in punt 4.10 Richtsnoeren opgenomen eis dat de investering minimaal vijf jaar behouden blijft. Dit betekent dat artikel 16 BSRI, in samenhang met artikel 12 BSRI, zo moet worden begrepen dat daarmee is beoogd om voor ontvangers van subsidie op grond van het BSRI, naast de in dit artikel neergelegde meldingsplicht, tevens de verplichting in het leven te roepen dat de investering minimaal vijf jaar behouden dient te blijven.

Uit de tekst van artikel 16 BSRI, gelezen in samenhang met artikel 12 BSRI, vloeit voort dat de termijn van deze periode aanvangt op het moment van subsidieverlening. Bovendien volgt uit de hierboven genoemde correspondentie (met name uit de brieven van 6 december 1999 en van 24 februari 2000) dat zowel de opsteller van het BSRI als de EC voor het aanvangsmoment van deze periode zijn uitgegaan van de datum waarop de subsidie wordt verleend. Voor het andersluidende standpunt van verweerder zijn in het BSRI, de Nota van Toelichting noch de Richtsnoeren aanknopingspunten te vinden. Het College is derhalve van oordeel dat de bedoelde termijn van vijf jaar een aanvang neemt op het moment van subsidieverlening, in dit geval met het besluit tot subsidieverlening van 21 december 2001, en derhalve eindigde op 21 december 2006. Dit betekent dat appellante haar investering, waarvan door verweerder niet wordt betwist dat die is beëindigd omstreeks eind januari 2007, meer dan vijf jaar heeft behouden.

Het College is dan ook van oordeel dat verweerder zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat appellante niet heeft voldaan aan de verplichting dat de investering vijf jaar behouden dient te blijven.

5.4.

Verweerder heeft de subsidie van appellante op grond van artikel 4:46, tweede lid, onder b, Awb vastgesteld op nihil. Nu vaststaat dat appellante ten onrechte is tegengeworpen dat zij niet aan de verplichting heeft voldaan dat de investering vijf jaar behouden dient te blijven, kan dit niet langer (mede) grondslag vormen voor een lagere vaststelling van de subsidie, in dit geval op nihil.

Voorts staat vast dat appellante in de laatste fase van de daarvoor bedoelde periode van vijf jaar de meldingsplicht van artikel 16 BSRI heeft geschonden. Nu vaststaat dat appellante wel heeft voldaan aan de voorwaarde van de Richtsnoeren dat de investering vijf jaar behouden dient te blijven, is het College van oordeel dat louter de hier aan de orde zijnde schending van de meldingsplicht van artikel 16 BSRI in redelijkheid geen grond (meer) kan zijn voor het ingevolge artikel 4:46, tweede lid, onder b, Awb op nihil vaststellen van de subsidie. Gelet hierop heeft verweerder de aan appellante verleende subsidie dan ook in redelijkheid niet op nihil kunnen vaststellen.

Nu verweerder als gevolg van de schending door appellante van de in artikel 16 BSRI opgenomen meldingsplicht niet tot een inhoudelijke subsidievaststelling is overgegaan, dient verweerder dat alsnog te doen.

5.5.

Het voorgaande leidt het College tot de slotsom dat het beroep gegrond is en dat het bestreden besluit dient te worden vernietigd. Verweerder zal, met inachtneming van deze uitspraak, een nieuwe beslissing op het bezwaar van appellante dienen te nemen.

5.6.

Het College acht ten slotte termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling. Deze kosten, bestaande uit de kosten van de door de gemachtigde van appellante verleende rechtsbijstand, worden op de voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 805 (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting en ½ punt voor de nadere reactie van 12 mei 2011, met wegingsfactor 1 en € 322 per punt).

6. De beslissing

Het College

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op een nieuwe beslissing op het bezwaar van appellante te nemen, met inachtneming van deze uitspraak;
- veroordeelt verweerder in de door appellante gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 805 (zegge: achthonderdvijf euro);
- bepaalt dat verweerder het door appellante betaalde griffierecht ten bedrage van € 288 (zegge: tweehonderdachtentachtig euro) aan haar vergoedt.

Met noot van W. den Ouden

1.

Deze al wat oudere uitspraak verdient om verschillende redenen annotatie. Ik behandel er daarvan twee, te weten de (onhandige) doorvertaling van Richtsnoeren en brieven van de Europese Commissie over regionale steunmaatregelen en staatssteun in de Nederlandse subsidiereggeving en de vraag tot wat voor sanctie het enkel niet naleven van een 'meldplicht' door een subsidieontvanger mag leiden.

2.

De casus heeft betrekking op een onderneming met een moederbedrijf in Duitsland dat in december 2001 een subsidie van maximaal ruim twee miljoen euro verleend krijgt voor de vestiging voor een productiefabriek voor onderdelen van batterijen te Heerlen. Grondslag voor de verlening is het Besluit subsidies regionale investeringsprojecten (het BSRI). Deze regeling is ter goedkeuring aangemeld bij de Europese Commissie (EC) op grond van art. 108, derde lid VWEU. Bij de beoordeling van de regeling heeft de EC erop gewezen dat in de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen is bepaald dat aan dit soort steunmaatregelen door de wijze van uitkering of de toekenningsvoorwaarden de verplichting moet zijn verbonden dat de betrokken investering gedurende een periode van minimaal vijf jaar behouden blijft in de achterstandsregio. De Nederlandse regering liet daarop weten dat door de in de regeling opgenomen termijnen die periode meestal zou worden gehaald. Dat vond de EC niet voldoende; zij stelde voor de verschillende termijnen nog wat te verlengen. Uiteindelijk neemt de Minister van EZ in de BSRI een meldplicht op: ieder voornemen om met subsidiegelden gekochte bedrijfsuitrusting, grond of bedrijfsgebouwen af

te stoten of buiten gebruik te stellen moet worden gemeld. In de toelichting bij deze bepaling verwijst de Minister naar de door de EC geformuleerde eis van vijfjarig behoud van de investeringen. Daarmee gaat de EC wel akkoord; de regeling wordt goedgekeurd.

De onderneming in deze uitspraak beëindigde begin 2007 de activiteiten te Heerlen en verplaatst het bedrijf naar Duitsland, zonder dit aan de Minister te melden. Dat is voor de Minister aanleiding om in 2008 de subsidie op nul vast te stellen en de meer dan een miljoen euro die reeds aan voorschotten waren uitbetaald terug te vorderen. De subsidieontvanger zou niet hebben voldaan aan de verplichting om de investeringen gedurende vijf jaar te behouden voor de regio en de meldplicht hebben geschonden.

3.

In het kader van het beroep van de onderneming tegen deze besluiten moet het CBb eerst vaststellen of er wel een 'behoudverplichting' bestaat. Het BSRI bevat namelijk alleen een meldplicht. Volgens de Minister volgt de materiële verplichting tot behoud van de investering echter rechtstreeks voort uit de Richtsnoeren van de Europese Commissie. De subsidieontvanger merkt daarover op dat de betreffende richtsnoeren geen bindende instrumenten zijn, maar een vorm van soft-law die geldt bij de beoordeling van regionale steunmaatregelen van de Lidstaten door de EC. Die stelling behoeft enige nuance: uit het arrest IJssel-Vliet (HvJEU 15 oktober 1996, C-311/94, *JurEG* 1996, p. I-5023) blijkt dat een lidstaat aan Europese soft law van de Commissie is gebonden indien in het Europese recht een plicht tot samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten bestaat en bovendien is gebleken dat de lidstaat de desbetreffende soft law heeft aanvaard (zie daarover J.E. van den Brink onder *AB* 2011/173). Of dat hier het geval is kan niet uit de uitspraak worden afgeleid. Wel heeft appellant gelijk in de stelling dat uit deze Richtsnoeren voor de onderneming geen verplichtingen kunnen volgen. Subsidieverplichtingen worden opgelegd bij algemeen verbindend voorschrift of besluit van de subsidiënt, Zo blijkt uit art. 4:37 Awb e.v. en de Richtsnoeren kunnen in ieder geval niet als a.v.v. worden aangemerkt.

Het CBb stelt vast dat de meldplicht die is geregeld in art. 16 BSRI is opgenomen naar aanleiding van de discussie tussen de Nederlandse regering en de EC. Het overweegt daarbij dat in *de toelichting* op deze regeling ook expliciet staat dat 'de in dat artikel opgenomen verplichting verband houdt met de in de Richtsnoeren geformuleerde eis dat de investering gedurende een periode van minimaal vijf jaren behouden moet blijven. De EC heeft vervolgens met het BSRI ingestemd.' Hieruit leidt het CBb vervolgens af dat het de wil van de regelgever is geweest om met de meldplicht uitvoering te geven aan eis van behoud van investeringen gedurende vijf jaar. Dit betekent volgens het CBb dat de meldplicht van artikel 16 BSRI zo moet worden begrepen dat daarmee is beoogd om voor ontvangers van subsidie op grond van het BSRI, naast de in dit artikel neergelegde meldingsplicht, tevens de behoudsverplichting in het leven te roepen. Het CBb zegt het niet letterlijk, maar kennelijk is de bedoeling van de regelgever in dit geval genoeg om een verplichting voor de subsidieontvanger in het leven te roepen. Deze casus illustreert dat soft law in theorie weliswaar geen juridisch bindende regelgeving bevat, maar dat in de nationale uitvoeringspraktijken dat verschil vaak nauwelijks meer zichtbaar is. De minister heeft getracht de behoudsverplichting uit de richtsnoeren van de Europese Commissie rechtstreeks op te nemen in Nederlandse algemeen verbindende voorschriften. Als dat niet helemaal goed blijkt te zijn gelukt worden de richtsnoeren door het CBb gebruikt om een verplichting van een subsidieontvanger (mede) op te baseren.

Nadat de behoudsverplichting op deze manier is geconstrueerd, stelt het CBb vervolgens vast dat de onderneming meer dan vijf jaar na de verleningsbeschikking in Nederland gevestigd is geweest. Dat die termijn gaat lopen met de verleningsbeschikking wordt afgeleid uit artikel 12 van de BSRI, dat ziet op de meldplicht. De stelling van de Minister dat de vijf jaar pas gaan lopen op het moment dat de doelstelling van de subsidie is bereikt - kort gezegd vanaf het moment dat er investeringen en arbeidsplaatsen werden gerealiseerd omdat dit logisch zou volgen uit de Richtsnoeren - wordt door het College van tafel geveegd. Ook op dit punt verwijst het CBb naar correspondentie tussen de Minister en de Europese Commissie waaruit zou blijken dat zij beiden van het moment van subsidieverlening zijn uitgegaan. Daarbij moet worden vastgesteld dat dit soort informatie voor subsidieontvangers doorgaans niet toegankelijk is. Het langs deze weg vaststellen van verplichtingen en termijnen waarbinnen verplichtingen gelden doet de rechtszekerheid van subsidieontvangers dus geen goed. In deze uitspraak loopt het op dit punt gelukkig goed af: als gezegd is het bedrijf meer dan vijf jaar na de verleningsbeschikking in Nederland gevestigd geweest. Er is dus aan de behoudsverplichting voldaan. Blijft over de meldplicht; het voornemen van beëindiging is niet bij de Minister gemeld.

4.

Het CBb heeft best wat woorden nodig om vast te stellen dat die meldplicht inderdaad is geschonden. Dat komt door de formulering van de meldplicht in het BSRI; het College moet uitrekenen of binnen vijf jaar na de verleningsbeschikking sprake is geweest van 'een voornemen' om de gesubsidieerde activiteiten te beëindigen. Deze formulering van een subsidieverplichting vraagt natuurlijk om een discussie over de precieze betekenis ervan en die is dan ook ontstaan. Uiteindelijk oordeelt het CBb dat, nu het bedrijf in januari 2007 is ontmanteld, 'verweerder zich op het standpunt heeft mogen stellen dat het niet anders kon

zijn dan dat reeds vóór 21 december 2006 sprake was een dermate vergevorderd voornemen tot beëindiging van de activiteiten te Heerlen dat verweerder daarvan in kennis had moeten worden gesteld door appellante'. Dat is niet gebeurd.

5.

Wat is nu het gevolg van het schenden van een meldplicht wanneer de activiteiten waarvoor de subsidie werd verstrekt wel hebben plaatsgevonden en de verplichting tot behoud van de investeringen gedurende vijf jaar, die de meldplicht beoogt te waarborgen, wel is gehaald? Dat is een lastige vraag: heeft deze meldplicht een zelfstandige functie? Appellant meent dat de meldplicht slechts relevant is in verband met de behoudverplichting waaraan is voldaan. Zij betreurt het dat de melding van beëindiging niet is gedaan, maar is van mening 'dat het gaat om het schenden van een fatsoensnorm die niet onrechtmatig is.' Zo ver wil het CbB kennelijk niet gaan. Het College stelt vast 'dat appellante in de laatste fase van de daarvoor bedoelde periode van vijf jaar de meldingsplicht van artikel 16 BSRI heeft geschonden. Nu vaststaat dat appellante wel heeft voldaan aan de voorwaarde van de Richtsnoeren dat de investering vijf jaar behouden dient te blijven, is het College van oordeel dat 'louter de hier aan de orde zijnde schending van de meldingsplicht van artikel 16 BSRI in redelijkheid geen grond (meer) kan zijn voor het ingevolge artikel 4:46, tweede lid, onder b, Awb op nihil vaststellen van de subsidie.' Waartoe het schenden van de meldplicht dan wel moet leiden weet het College kennelijk ook niet; de zaak wordt teruggezonden naar de Minister, deze moet opnieuw op het bezwaar beslissen.

Daarbij zal de laatste zich er rekenschap van moeten geven dat het College in gevallen waarin de gesubsidieerde activiteiten wel hebben plaatsgevonden maar een subsidieverplichting is geschonden, de daarop volgende sanctie minder marginaal toetst dan de Afdeling bestuursrechtspraak gewoon is. De Afdeling beoordeelt subsidiesancties consequent als herstelsancties die marginaal behoren te worden getoetst door de bestuursrechter (vgl. ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007/349, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden, *JB* 2007/169 (Triplewood)) en recenter bijv. ABRvS 26 januari 2011, *LJN* BP2121). Het CbB laat zich doorgaans niet uit over het karakter van dit soort sancties. Niet het juridische karakter van sanctiebesluiten binnen subsidieverhoudingen, maar de belangenafweging die steeds op grond van de betreffende discretionaire bevoegdheden moet worden gemaakt wordt voorop gesteld (vgl. CbB 7 juni 2011 en 7 juli 2011, *AB* 2011/277 en 278, m.nt. W. den Ouden). Bestuursorganen die besluiten een subsidie op nul vast te stellen (of een andere zwaarwegende subsidiesanctie op te leggen) in gevallen waarin er wel gesubsidieerde activiteiten zijn uitgevoerd, moeten aan het CbB in voorkomende gevallen dus duidelijk uit kunnen leggen waarom de door hen uitgevoerde belangenafweging daartoe aanleiding gaf. Dat zal in dit geval nog niet eenvoudig worden voor de Minister!