



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2012-02-08

Geleijnse, C.A.; Ouden, W. den

Citation

Geleijnse, C. A., & Ouden, W. den. (2012). Annotation: ABRvS 2012-02-08.
Administratiefrechtelijke Beslissingen, 15. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18944>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18944>

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

AB 2012/87: Vaststellingsbesluit met ontbindende voorwaarde. Formele rechtskracht. Wijziging vaststellingsbesluit en terugvordering subsidies. Verjaringstermijnen van art. 4:49 en 4:57 Awb; overeenkomstige toepassing van art. 3:309 BW.

Instantie:	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer)	Datum:	8 februari 2012
Magistraten:	Mrs. M.W.L. Simons-Vinckx, A.B.M. Hent, F.C.M.A. Michiels	Zaaknr:	201100227/1/A4.
Conclusie:	-	LJN:	BV3200
Roepnaam:	-	Noot:	C.A. Geleijnse en W. den Ouden

Awb art. 4:49, 4:57; BW art. 3:309, 326

Essentie

Vaststellingsbesluit met ontbindende voorwaarde. Formele rechtskracht. Wijziging vaststellingsbesluit en terugvordering subsidies. Verjaringstermijnen van art. 4:49 en 4:57 Awb; overeenkomstige toepassing van art. 3:309 BW.

Samenvatting

De minister stelt dat de verjaringstermijn niet is overschreden, omdat de subsidies bij de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 slechts voorlopig zijn vastgesteld, namelijk onder voorbehoud van de resultaten van een eventueel uit te voeren budgethouderscontrole. Nu tegen de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 door GGD IJsselland geen rechtsmiddelen zijn aangewend, moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van deze besluiten, aldus de minister. Het in de besluiten gemaakte voorbehoud heeft naar zijn mening tot gevolg dat de verjaringstermijn niet is aangevangen bij de vaststelling van de subsidies.

In de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 is vermeld dat de vaststelling van de subsidies geschiedt onder de voorwaarde dat de bevoegde instantie te allen tijde in de gelegenheid wordt gesteld zowel door boekenonderzoek als op andere wijze ter plaatse alle inlichtingen in te winnen of te doen inwinnen welke noodzakelijk voorkomen en onder voorbehoud van herziening en verrekening bij achteraf geconstateerde onjuistheden.

De minister verwijst ter onderbouwing van zijn standpunt dat de verjaringstermijn niet aanvangt indien een subsidie onder voorbehoud is vastgesteld, onder meer naar de uitspraken van de Afdeling van 2 augustus 2006, nr. 200502880/1, 23 januari 2008, nr. 200702332/1 en 14 juli 2010, nr. 200909287/1. Deze uitspraken zien evenwel niet op de vraag op welk moment de verjaringstermijn aanvangt.

Voor de beantwoording van de vraag wanneer de verjaringstermijn is aangevangen, moet onderscheid worden gemaakt tussen de voor het jaar 2000 verleende subsidie, welke subsidie is verleend bij besluit van 22 augustus 1997, en de voor de jaren 2001 en 2002 verleende subsidies, welke subsidies zijn verleend bij besluiten van 27 augustus 1998 en 26 augustus 1999. Nu de voor het jaar 2000 verleende subsidie is verleend vóór 1 januari 1998, is ingevolge art. III lid 1 van de wet van 20 juni 1996 tot aanvulling van de Awb (Derde tranche Awb; *Stb.* 1996, 333), welke wet op 1 januari 1998 in werking is getreden, Titel 4.2 Awb niet van toepassing. Op de subsidies die zijn verleend voor de jaren 2001 en 2002 is Titel 4.2 Awb wel van toepassing.

Partij(en)

De Gemeentelijke Gezondheidsdienst IJsselland (hierna: GGD IJsselland), appellant,
tegen
de minister van Infrastructuur en Milieu, verweerder.

Uitspraak

1. *Procesverloop*

Bij besluit van 9 april 2010 heeft de minister naar aanleiding van de door hem uitgevoerde controle op het gevelisolatieproject 'Programma 2000–2002 te Zwolle' de aan GGD IJsselland voor de jaren 2000, 2001 en 2002 verleende en vastgestelde subsidies gewijzigd en gedeeltelijk teruggevorderd.

Bij besluit van 29 november 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de minister het door GGD IJsselland hiertegen gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft GGD IJsselland bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 6 januari 2011, beroep ingesteld. De gronden van het beroep zijn aangevuld bij brief van 3 februari 2011.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 17 oktober 2011, waar GGD IJsselland, vertegenwoordigd door mr. J.J.M. Pinners, advocaat te Zwolle, mr. J.W. Pieneman en mr. H. van der Weerd, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J.P.J. Geurts, B. Vennemann, mr. V. de Jong en S. Verdouw, zijn verschenen.

2. *Overwegingen*

2.1.

Bij besluiten van 22 augustus 1997, 27 augustus 1998 en 26 augustus 1999 heeft de minister aan GGD IJsselland voor de kalenderjaren 2000, 2001 en 2002 subsidies verleend voor geluidwerende maatregelen aan woningen op de A-lijst in de regio IJssel-Vecht (hierna: het project).

Bij besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 heeft de minister de subsidies vastgesteld onder de voorwaarde van een eventueel nog uit te voeren budgethouderscontrole.

Bij besluit van 9 april 2010 heeft de minister de vaststellingsbesluiten naar aanleiding van de resultaten van een budgethouderscontrole gewijzigd en een bedrag van € 361.211,41 van GGD IJsselland teruggevorderd, omdat uit de budgethouderscontrole is gebleken dat de bestedingen op het project niet volledig als subsidiabel zijn aan te merken.

Bij het bestreden besluit heeft de minister het door GGD IJsselland gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard en het terug te vorderen bedrag verminderd tot € 360.788,91.

Op verzoek van partijen beperkt de uitspraak zich tot de vraag of de minister bevoegd was tot wijziging en terugvordering van de vastgestelde subsidies.

2.1.1.

Ingevolge artikel 4:46, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) stelt het bestuursorgaan, indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vast.

Ingevolge artikel 4:49, eerste lid, kan het bestuursorgaan 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.

Ingevolge het derde lid kan de subsidievaststelling 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.

Ingevolge artikel 4:57, eerste lid, kan het bestuursorgaan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen.

Ingevolge het vierde lid vindt terugvordering van een subsidiebedrag of een voorschot niet plaats voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld, dan wel de handeling, bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, onderdeel c, heeft plaatsgevonden, vijf jaren zijn verstreken.

2.2.

GGD IJsselland betoogt dat de minister ten onrechte is overgegaan tot wijziging en gedeeltelijke terugvordering van de bij de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 vastgestelde subsidiebedragen. GGD IJsselland betoogt dat de

minister ten aanzien van de besluiten van 2 juli 2002 en 2 december 2003 hiertoe niet bevoegd was omdat de verjaringstermijn van vijf jaren als bedoeld in de artikelen 4:49, derde lid, en 4:57, vierde lid, van de Awb was overschreden. Voorts stelt GGD IJsselland dat tussen de bij het besluit van 5 april 2002 vastgestelde subsidie, welke subsidie op 22 augustus 1997 en derhalve voor de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb is verleend, en het besluit van 9 april 2010 een zodanig tijdsverloop heeft plaatsgevonden dat de minister niet meer bevoegd was de bijdrage gewijzigd vast te stellen en over te gaan tot terugvordering.

2.2.1.

De minister stelt dat de verjaringstermijn niet is overschreden, omdat de subsidies bij de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 slechts voorlopig zijn vastgesteld, namelijk onder voorbehoud van de resultaten van een eventueel uit te voeren budgethouderscontrole. Nu tegen de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 door GGD IJsselland geen rechtsmiddelen zijn aangewend, moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van deze besluiten, aldus de minister. Het in de besluiten gemaakte voorbehoud heeft naar zijn mening tot gevolg dat de verjaringstermijn niet is aangevangen bij de vaststelling van de subsidies.

2.2.2.

In de besluiten van 5 april 2002, 2 juli 2002 en 2 december 2003 is vermeld dat de vaststelling van de subsidies geschiedt onder de voorwaarde dat de bevoegde instantie te allen tijde in de gelegenheid wordt gesteld zowel door boekenonderzoek als op andere wijze ter plaatse alle inlichtingen in te winnen of te doen inwinnen welke noodzakelijk voorkomen en onder voorbehoud van herziening en verrekening bij achteraf geconstateerde onjuistheden.

De minister verwijst ter onderbouwing van zijn standpunt dat de verjaringstermijn niet aanvangt indien een subsidie onder voorbehoud is vastgesteld, onder meer naar de uitspraken van de Afdeling van 2 augustus 2006, zaak nr. 200502880/1, 23 januari 2008, zaak nr. 200702332/1 en 14 juli 2010, zaak nr. 200909287/1. Deze uitspraken zien evenwel niet op de vraag op welk moment de verjaringstermijn aanvangt.

2.2.3.

Voor de beantwoording van de vraag wanneer de verjaringstermijn is aangevangen, moet onderscheid worden gemaakt tussen de voor het jaar 2000 verleende subsidie, welke subsidie is verleend bij besluit van 22 augustus 1997, en de voor de jaren 2001 en 2002 verleende subsidies, welke subsidies zijn verleend bij besluiten van 27 augustus 1998 en 26 augustus 1999. Nu de voor het jaar 2000 verleende subsidie is verleend vóór 1 januari 1998, is ingevolge artikel III, eerste lid, van de Wet van 20 juni 1996 tot aanvulling van de Awb (Derde tranche Awb; *Stb.* 1996, 333), welke wet op 1 januari 1998 in werking is getreden, titel 4.2. van de Awb niet van toepassing. Op de subsidies die zijn verleend voor de jaren 2001 en 2002 is titel 4.2 van de Awb wel van toepassing.

De subsidie voor het jaar 2000

2.2.4.

Op de bij besluit van 5 april 2002 voor het jaar 2000 vastgestelde subsidie is titel 4.2 van de Awb niet van toepassing. Wel is op grond van de in artikel 3:326 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW) neergelegde schakelbepaling artikel 3:309 van het BW van overeenkomstige toepassing nu de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Op grond van artikel 3:309 van het BW verjaart de rechtsvordering uit onverschuldigde betaling door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan.

2.2.5.

Van belang is derhalve vast te stellen vanaf welk moment de minister een vordering op GGD IJsselland heeft verkregen. Daarvoor moet eerst worden vastgesteld of de minister in redelijkheid eerst bij besluit van 9 april 2010 kon overgaan tot wijziging van het besluit van 5 april 2002 tot vaststelling van de subsidie.

2.2.6.

Uit de stukken volgt dat de minister GGD IJsselland bij brief van 2 augustus 2004 heeft medegedeeld dat het gevelisolatieproject 'Programma 2000–2002 te Zwolle' is geselecteerd voor de budgethouderscontrole. Vervolgens heeft gedurende een aantal jaren intensief contact tussen partijen plaatsgevonden over het aanleveren van ontbrekende stukken. Op 18 januari 2009 beschikte de minister over voldoende gegevens om de budgethouderscontrole uit te voeren. Bij brief van 15 mei 2009 heeft de minister zijn bevindingen naar aanleiding van de budgethouderscontrole aan GGD IJsselland kenbaar

gemaakt. Bij besluit van 9 april 2010 heeft de minister de vastgestelde subsidie naar aanleiding van zijn bevindingen bij de budgethouderscontrole gewijzigd. Naar het oordeel van de Afdeling kon de minister, gelet op het feit dat hij in 2004 is overgegaan tot controle van de subsidie en eerst op 18 januari 2009 beschikte over voldoende gegevens om een budgethouderscontrole te kunnen uitoefenen, en gelet op de tijd die gemoeid was met het uitvoeren van de budgethouderscontrole, in redelijkheid eerst op 9 april 2010 tot wijziging van de vaststelling van de subsidie overgaan.

2.2.7.

Uit de rechtspraak van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 30 september 2009 in zaak nr. 200901362/1/H2) vloeit voort dat de minister eerst met het wijzigingsbesluit van 9 april 2010 het recht heeft verkregen om de betaalde subsidie terug te vorderen. Dat betekent dat de verjaringstermijn eerst met de bekendmaking van het besluit van 9 april 2010 is aangevangen. Nu de minister de subsidies bij dit besluit zowel heeft gewijzigd als teruggevorderd, was de verjaringstermijn wat de subsidie voor het jaar 2000 betreft ten tijde van het nemen van het bestreden besluit niet verstreken. De minister was in zoverre dus bevoegd tot gedeeltelijke terugvordering van de vastgestelde subsidie voor het jaar 2000. De beroepsgrond faalt in zoverre.

De subsidies voor de jaren 2001 en 2002

2.2.8.

De bij besluiten van 27 augustus 1998 en 26 augustus 1999 voor de jaren 2001 en 2002 verleende subsidies zijn bij besluiten van 2 juli 2002 en 2 december 2003 onder voorbehoud vastgesteld.

Op grond van artikel 4:49, derde lid, kan de subsidievaststelling 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 dat aan de verplichting had moeten zijn voldaan. Artikel 4:57, vierde lid, bepaalt dat terugvordering niet plaatsvindt voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld, dan wel de handeling, bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, onderdeel c, heeft plaatsgevonden, vijf jaren zijn verstreken.

Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de Afdeling voor de vraag wanneer de verjaringstermijn voor de bevoegdheid tot intrekken of wijzigen van de subsidievaststelling alsmede voor de bevoegdheid tot terugvordering is aangevangen, bepalend de datum waarop de subsidievaststelling is bekendgemaakt dan wel de handeling als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, onderdeel c, heeft plaatsgevonden. De subsidies zijn bij besluiten van 2 juli 2002 en 2 december 2003 vastgesteld, welke besluiten vervolgens door verzending aan GGD IJsselland zijn bekendgemaakt. Daarnaast is het project in 2004 afgerond zodat uiterlijk in dat jaar sprake kan zijn geweest van een in strijd met de verplichting verrichte handeling. Gelet op het voorgaande moet worden geoordeeld dat de verjaringstermijn van vijf jaren in elk geval op 1 januari 2010 was verstreken. De minister was derhalve op 9 april 2010 niet meer bevoegd de voor de jaren 2001 en 2002 vastgestelde subsidies te wijzigen en terug te vorderen. De beroepsgrond slaagt in zoverre.

Slotoverwegingen

2.3.

Het beroep is gegrond. Het besluit van 29 november 2010 is voor wat betreft de subsidies over de jaren 2001 en 2002 in strijd met de artikelen 4:49, derde lid, en 4:57, vierde lid, van de Awb. Nu uit het bestreden besluit niet duidelijk wordt welk deel van het teruggevorderde bedrag ziet op de jaren 2000 onderscheidenlijk 2001 en 2002, kan niet worden volstaan met een gedeeltelijke vernietiging van het bestreden besluit, maar dient het in zijn geheel te worden vernietigd. De minister dient een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Daartoe zal de Afdeling een termijn stellen.

2.4.

De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

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

- I. verklaart het beroep gegrond;
- II. vernietigt het besluit van de minister van Infrastructuur en Milieu van 29 november 2010, kenmerk BSV 2010031350;

- III. draagt de minister van Infrastructuur en Milieu op om binnen 16 weken na de verzending van deze uitspraak met inachtneming van hetgeen daarin is overwogen een nieuw besluit te nemen;
- IV. veroordeelt de minister van Infrastructuur en Milieu tot vergoeding van bij Gemeentelijke Gezondheidsdienst IJsselland in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 874 (zegge: achthonderdvierenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- V. gelast dat minister van Infrastructuur en Milieu aan de Gemeentelijke Gezondheidsdienst IJsselland het door hem voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 298 (zegge: tweehonderdachtennegentig euro) vergoedt.

Met noot van C.A. Geleijnse en W. den Ouden¹

1.

Deze uitspraak van de Afdeling is om twee redenen opvallend. In de eerste plaats omdat de Afdeling voorbijgaat aan het betoog van het bestuursorgaan dat een subsidievaststelling onder voorbehoud tot gevolg heeft dat de verjaringstermijnen als bedoeld in art. 4:49 en 4:57 Awb niet gaan lopen (hierna besproken onder punt 2 tot en met 5). In de tweede plaats omdat de Afdeling twee verschillende verjaringsregelingen toepast op vergelijkbare subsidies, met de op het eerste gezicht opmerkelijke uitkomst dat een voor het kalenderjaar 2000 verleende subsidie wél kan worden teruggevorderd en de subsidies van later datum (2001 en 2002) niet. De reden hiervoor is dat de eerste (oudste) subsidie voor de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb is verleend en de verjaringstermijnen uit de subsidietitel (Titel 4.2 Awb) daarop dus niet van toepassing is. Bij gebrek aan een bijzondere wettelijke regeling kiest de Afdeling voor toepassing van art. 3:309 BW inzake de verjaring van een vordering uit onverschuldigde betaling (hierna besproken onder punt 6 e.v.). Toepassing van dit civiele regime leidt in het bestuursrecht tot problemen, zo zullen wij hierna betogen; een helder publiekrechtelijk verjaringskader verdient de voorkeur.

2.

Het gaat in casu om de intrekking van drie vaststellingsbesluiten en de terugvordering van de daarmee gemoeide gelden voor de kalenderjaren 2000, 2001 en 2002. De subsidies werden door de (rechtsvoorganger van de) Minister van Infrastructuur en Milieu verleend aan de GGD IJsselland voor geluidwerende maatregelen aan woningen in de regio IJssel-Vecht. Bij besluiten van april 2002, juli 2002 en december 2003 heeft de minister de subsidies vastgesteld, 'onder de voorwaarde van een eventueel nog uit te voeren budgethouderscontrole' en 'onder voorbehoud van herziening en verrekening bij achteraf geconstateerde onjuistheden.' In augustus 2004 heeft de minister aan de GGD meegedeeld dat het project voor een dergelijke controle was geselecteerd. Ondanks intensief contact met de GGD over het aanleveren van ontbrekende stukken, beschikt de minister pas op 18 januari 2009 over voldoende gegevens voor de uitvoering van de controle. Ruim een jaar later, per besluit van 9 april 2010, wijzigt de minister uiteindelijk de acht jaar eerder genomen vaststellingsbesluiten en vordert een bedrag van ruim € 350.000 terug van de GGD. De GGD beroept zich bij de Afdeling op de verjaring van de intrekking- en terugvorderingsbevoegdheid. De minister daarentegen betoogt — onder verwijzing naar verschillende uitspraken van de Afdeling — dat met de vaststelling onder voorbehoud de verjaringstermijnen niet zijn aangevangen, zodat van verjaring geen sprake kan zijn.

3.

De uitspraken waarnaar de minister verwijst betreffen vooral geschillen over Europese subsidies. Als gevolg van de oplopende werkdruk is in de uitvoeringspraktijk van Europese subsidieregelingen de gewoonte ontstaan om vaststellingsbesluiten te geven onder het voorbehoud dat indien uit toekomstige controles onregelmatigheden zouden blijken, alsnog tot intrekking van de vaststellingsbeschikking zal worden overgegaan. Het betreft dus zeer vergelijkbare situaties als in het onderhavige geval; nog na de vaststellingsbeschikking vinden administratieve controles plaats. In dergelijke gevallen is geen sprake van een voorlopige vaststelling, zoals de minister lijkt te veronderstellen, maar van een vaststellingbesluit met daarin een ontbindende voorwaarde: als een toekomstige onzekere gebeurtenis zich voordoet, komt daarmee de werking aan de beschikking te ontvallen (vgl. bijv. ABRvS 23 januari 2008, *LJN BC2502*, r.o. 2.13.1). Dan kan een nieuw besluit worden genomen (ABRvS 24 december 2008, *AB 2009/411*, m.nt. W. den Ouden).

Als bekend wordt in de bestuursrechtelijke theorie aangenomen dat dergelijke ontbindende (of opschortende) voorwaarden in beginsel aan een beschikking mogen worden verbonden. Uit art. 3:38 BW volgt immers dat een rechtshandeling onder voorwaarde kan worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Via de schakelbepaling van art. 3:59 BW is art. 3:38 BW in beginsel van overeenkomstige toepassing bij subsidiebesluiten. Echter, uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is duidelijk geworden dat deze specifieke ontbindende voorwaarde bij een

vaststellingsbesluit niet door de bestuursrechtelijke beugel kan, op grond van de rechtszekerheid van ontvangers. In een uitspraak van 30 augustus 2006 (*LJN AY7173*, onder punt 2.9.4) stelde de Afdeling namelijk onomwonden dat een dergelijke voorwaardelijke subsidievestiging zich niet verdraagt met het systeem van subsidiëring zoals neergelegd in Titel 4.2 Awb. Binnen de subsidietitel wordt immers uitgegaan van een *verleningsbeschikking* waardoor een aanspraak op subsidiegelden ontstaat en — *na controle* van de gesubsidieerde activiteiten en overige subsidieverplichtingen — een vaststellingsbeschikking, waardoor een definitief recht op de subsidiegelden ontstaat. Aan dat recht kan nog slechts worden gemorrelt wanneer één van de situaties als genoemd in art. 4:49 Awb zich voordoet. De wetgever heeft de mogelijkheden tot het intrekken van een vaststellingsbesluit in het kader van de rechtszekerheid van de subsidieontvanger uitdrukkelijk willen beperken tot die situaties. Daarom mag de subsidieontvanger na de subsidievestiging erop vertrouwen dat een bepaalde periode is afgesloten en dat daarop niet door intrekking van de subsidievestiging zal worden teruggekomen, behalve in de gevallen genoemd in art. 4:49 Awb, aldus de Afdeling. Terecht; de Awb vraagt dat de subsidieverstrekker op tijd, dus *voor* de vaststelling, controleert. Het zou vreemd zijn als het bestuursorgaan die regel kan ontduiken door het opnemen van een voorwaarde in de vaststellingsbeschikking. Dat zou ernstig afbreuk doen aan de rechtszekerheid die het recht beoogt te bieden (vgl. M. Scheltema in zijn noot onder HR 30 maart 2001, *NJ 2003/170*).

Deze principiële uitspraak heeft echter veel aan kracht verloren door latere uitspraken die betrekking hadden op gevallen waarin het vaststellingsbesluit waarin de onrechtmatige ontbindende voorwaarde was opgenomen, niet door de subsidieontvanger was aangevochten. In die gevallen oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak stelselmatig dat het vaststellingsbesluit en het daarin opgenomen voorbehoud onaantastbaar waren geworden: 'Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievestiging wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen.' Zie voor voorbeelden onder meer ABRvS 2 augustus 2006, *AB 2007/96*, m.nt. Barkhuysen en Den *Ouden*, ABRvS 23 januari 2008, *LJN BC 2502* en ABRvS 4 maart 2009, *AB 2009/236*, m.nt. Barkhuysen en Den *Ouden*). Een en ander is natuurlijk conform de regel dat besluiten waartegen niet (tijdig) wordt opgekomen in beginsel als onaantastbaar moeten worden beschouwd c.q. dat deze formele rechtskracht hebben. Ratio daarvan is wrang genoeg ook de rechtszekerheid van betrokken partijen.

4.

De kritiek die op deze jurisprudentie is gegeven op basis van onder meer het legaliteitsbeginsel (dergelijke voorbehouden zijn in strijd met de wil van de wetgever) en praktische gronden (waarom zou een ontvanger opkomen tegen een positieve vaststellingsbeschikking wanneer hij geen reden heeft te veronderstellen dat later onregelmatigheden zullen worden vastgesteld?), konden de Afdeling kennelijk niet overtuigen. In een uitspraak van 23 juni 2010 over ESF-subsidies (*LJN BM8818*) stelde zij nog dat het maken van dergelijke voorbehouden in vaststellingsbesluiten niet in strijd komt met het legaliteitsbeginsel. Er zou aldus geen nieuwe bevoegdheid worden gecreëerd, maar onder voorbehoud gebruik worden gemaakt van een reeds bestaande bevoegdheid. Genuanceerder leek zij echter in een uitspraak van 14 juli 2010 (*LJN BN1145*). Daarin wordt weliswaar opnieuw verwezen naar de genoemde uitspraak van 2 augustus 2006 en de onaantastbaarheid van het vaststellingsbesluit, inclusief het daarin opgenomen voorbehoud, genoemd, maar de Afdeling voegde daar direct iets aan toe. Onder verwijzing naar het ESF-arrest (HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-383/06 t/m C-385/06, *NJ 2008/349*, m.nt. Mok, *AB 2008/207*, m.nt. W. den *Ouden*) stelt de Afdeling dat wanneer onregelmatigheden worden geconstateerd die in strijd komen met Europees recht het bestuursorgaan reeds daarom gehouden is tot wijziging van de eerdere subsidievestiging. Het nationale recht mag geen afbreuk doen aan de toepassing en de werking van het recht van de Europese Unie. Dit zou het geval zijn, aldus de Afdeling, indien niet zou worden uitgegaan van de onaantastbaarheid van het gemaakte voorbehoud en daardoor terugvordering onmogelijk zou worden. De leer van de formele rechtskracht leek in die uitspraak dus niet de enige reden om de subsidievestigingen onder voorbehoud voor rechtsgeldig te houden; dat zou ook noodzakelijk zijn om het Europese recht goed uit te kunnen voeren. Voor Van den Brink (onder ABRvS 14 juli 2010, *AB 2011/31*) was deze passage aanleiding om zich af te vragen of de strenge jurisprudentielijn over vaststellingen onder voorbehoud voortaan wellicht alleen gelding zou hebben voor casus waarin het (mede) om Europees geld gaat en niet in puur nationale casus.

5.

Ook in de onderhavige uitspraak, gewezen in eerste aanleg, lijkt de Afdeling te worstelen met de eerdere jurisprudentie over onaantastbaar geworden ontbindende voorwaarden. Zij ontwijkt dit punt in ieder geval behendig, door te stellen dat de eerdere uitspraken 'niet zien op de vraag op welk moment de verjaringstermijn aanvangt'. Dat klopt, maar doet eigenlijk niet ter zake; voor een ontbindende voorwaarde bestaat immers helemaal geen (bestuursrechtelijke) verval- of verjaringstermijn. Strikt genomen is art. 4:49 Awb waarin de termijn van vijf jaar is opgenomen waarbinnen een bestuursorgaan een vaststellingsbesluit nog mag wijzigen in deze zaak dus niet relevant; het beroep doen op een voorbehoud is een situatie waarop, zoals de Afdeling zelf ook vaststelde in haar principiële uitspraak van 30 augustus 2006, deze bepaling helemaal niet ziet. Ook art. 4:57 Awb

waaraan de Afdeling toetst is niet relevant. Deze bepaling geeft een termijn waarbinnen een terugvorderingsbesluit moet worden genomen; voor zover in casu relevant is dat binnen vijf jaar na de dag van bekendmaking van de vaststellingsbeschikking. Nu de herziene vaststellingsbeschikking van de Minister gegeven naar aanleiding van de controles is gegeven op 9 april 2010 is evident dat die termijn niet is overschreden.

De *werkelijke* vraag is of de minister op grond van het voorbehoud mag terugkomen op zijn eerdere vaststellingsbesluit en binnen welke termijn hij dat dan moet doen, anders gezegd: wanneer vervalt het voorbehoud zodat een beroep daarop (en daarmee het gebruik van de intrekingsbevoegdheid) niet meer mogelijk is? Daarvoor zijn geen Awb-antwoorden beschikbaar. Dat is logisch omdat dit soort voorbehouden in strijd komt met het stelsel van de Awb.

6.

Als gezegd loopt de Afdeling in deze uitspraak om dat vraagstuk heen en handelt zij de zaak af alsof het zou gaan om de situatie omschreven in art. 4:49 lid 1 onder a Awb, dus de situatie waarin er feiten en omstandigheden aan het licht komen waarvan het bestuursorgaan ten tijde van de vaststelling niet op de hoogte *kon* zijn en die tot een lagere subsidievaststelling moeten leiden. Dat leidt ertoe dat de subsidies voor de jaren 2001 en 2002 niet meer kunnen worden teruggevorderd; de betreffende subsidievaststelling waren meer dan vijf jaar geleden genomen.

Voor de subsidie die voor 1998 werden verstrekt ligt het ingewikkelder. Daarop is de subsidietitel van de Awb als gevolg van het overgangsrecht niet van toepassing is. Al eerder heeft de Afdeling aangegeven in dat soort gevallen de bestuursrechtelijke verjaringstermijnen niet anticiperend toe te passen. Dat betekent echter niet dat er geen grenzen zijn: in ABRvS 4 april 2000 (AB 2000/250, m.nt. NV) stelt de Afdeling onomwonden dat wanneer Titel 4.2 niet geldt dat onverlet laat dat de bevoegdheid tot intrekken van subsidiebesluiten en terugvorderen ook wordt begrensd door de beperkingen die het rechtszekerheidsbeginsel stelt. Wat dat precies betekent is een vraag die met enige regelmaat in bestuursrechtelijke jurisprudentie aan de orde komt en dus het bespreken waard is. Weliswaar gelden voor subsidies inmiddels de termijnen van de Awb, maar voor de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen van andere aard is er geen algemene publiekrechtelijke regeling. Vaak ontbreken bepalingen daarover in de bijzondere regeling. Ook de vierde tranche van de Awb biedt geen oplossing: Titel 4.4 Awb inzake bestuursrechtelijke geldschulden bevat geen algemene bestuursrechtelijke verjaringstermijn voor het geven van een terugvorderingsbeschikking; in art. 4:104 Awb is slechts een regeling gegeven met betrekking tot *de invordering* van bestuursrechtelijke geldschuld die met de vaststelling van het terugvorderingsbesluit ontstaat (vgl. Scheltema, *Bestuursrechtelijke geldschulden* 2010, p. 96-98).

7.

Interessant is dus dat de Afdeling aanknoopt bij het civiele recht. Op grond van art. 3:309 BW vangt de verjaringstermijn aan op het moment dat de schuldeiser bekend is geworden met het bestaan van de vordering en met de persoon van de ontvanger. Toegepast in bestuursrechtelijke verhoudingen is natuurlijk cruciaal wanneer het bestuursorgaan geacht kan worden bekend te zijn met het bestaan van de vordering. Conform haar uitspraken van 30 december 2009 (LJN BK7961 en LJN BK7960, AB 2010/283, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden) stelt de Afdeling dit punt vast op het moment dat het vaststellingsbesluit wordt ingetrokken of gewijzigd; pas op dat moment staat immers vast dat er onverschuldigd is betaald en dat er een terugvorderingsbesluit kan worden genomen. In hun commentaar bij die uitspraak merken Van den Brink en Den Ouden op dat die aanpak weliswaar goed past bij onze gewoonte om geschillen in besluiten op te delen, maar dat die opvatting het startpunt van de verjaringstermijn afhankelijk maakt van handelingen van het bestuursorgaan. Dat zal tijdige besluitvorming niet direct stimuleren en is lastig te rijmen met een belangrijke doelstelling van verjaringstermijnen: de rechtszekerheid.

8.

Vanuit dat perspectief is het goed dat de Afdeling in deze uitspraak expliciet toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid pas op 9 april 2010, dus acht jaar na het eerste vaststellingsbesluit, kon komen tot een nieuw vaststellingsbesluit. Zo wordt wel enige bescherming geboden aan de ontvanger van overheidsmiddelen die achteraf onverschuldigd betaald blijken te zijn. Het betreft wel een 'afstandelijke' toets waarbij het antwoord op de vraag of tijdig een *intrekingsbesluit* is genomen sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Hoewel voor de ontvanger een vooraf vastgestelde termijn voor *intrekingsbevoegdheid* vanuit het oogpunt van rechtszekerheid valt te prefereren, is het redelijkheidscriterium wel begrijpelijk. Zo kan recht worden gedaan aan de omstandigheden van het geval die sterk kunnen verschillen, waaronder de aard van de verstrekking en de periode waarover bedragen worden verstrekt. Een bestuursorgaan moet immers ook na zeven of acht jaar een besluit kunnen aantasten op grond waarvan bijvoorbeeld een voortdurende, periodieke uitkering plaatsvindt; zeker wanneer het betreffende besluit nog recht geeft op aanspraken in de toekomst. Wanneer we de grote verscheidenheid aan financiële verstrekkingen door de overheid in ogenschouw nemen, lijkt de vaststelling van een algemene vervalttermijn voor het nemen van intrekking- of herzieningsbesluiten dan ook niet goed mogelijk. Gelet op de gevolgen van intrekking of herziening is dit wellicht — ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid — niet noodzakelijk. Een ontvanger verliest weliswaar (met terugwerkende kracht) het recht

op financiële aanspraken, maar van een verplichting tot terugbetalen is nog geen sprake. Het bestuursorgaan verkrijgt slechts het recht om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering.

9.

Een andere vraag is of de bevoegdheid tot het nemen van een *terugvorderingsbesluit* evenmin aan een vaste, algemene termijn kan worden gebonden. Gelet op de onzekerheid die een voortdurende terugvorderingsbevoegdheid meebrengt voor de financiële positie van met name 'kleinere' ontvangers, vinden wij het wenselijk dat de bevoegdheid tot terugvordering aan een vooraf vastgestelde termijn wordt gebonden. De termijn in art. 3:309 BW is weliswaar vastgesteld op vijf jaar, maar de aanvang van de termijn is — in de wijze waarop de Afdeling het artikel in deze uitspraak toepast — afhankelijk van het intrekking- of wijzigingsbesluit, waardoor de tijdigheid van het terugvorderingsbesluit *de facto* afhankelijk is van de vraag of getoetst aan het rechtszekerheidsbeginsel tijdig tot intrekking dan wel wijziging is overgegaan.

10.

In dit verband verdient het opmerking dat het CBB en de CRvB *als ambtenarenrechter* uitdrukkelijk *geen* toepassing geven aan art. 3:309 BW, maar aan de hand van het rechtszekerheidsbeginsel toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid nog tot terugvordering heeft kunnen besluiten (zie bijv. CBB 22 oktober 2003, *LJN AN8141* en CRvB 22 april 2010, *LJN BM3726*). De Centrale Raad heeft daarbij expliciet aandacht besteed aan de hiervoor beschreven problematiek en de vaste jurisprudentiële norm ontwikkeld dat de bevoegdheid tot het nemen van een terugvorderingsbesluit in ieder geval vervalft na vijf jaar, waarbij de termijn aanvangt op het moment van uitbetaling van de onverschuldigd betaalde gelden. Het CBB daarentegen schrijft geen termijn voor en houdt het bij een toets aan het rechtszekerheidsbeginsel bij de vraag of het bestuursorgaan in een concreet geval nog tot het nemen van een terugvorderingsbesluit bevoegd is.

De Centrale Raad *als socialezekerheidsrechter* daarentegen past — op aangegeven van de wetgever — art. 3:309 BW wel toe en hanteert dus een vijfjarige termijn voor het nemen van een terugvorderingsbesluit. Hij doet dit echter anders dan de Afdeling. De Centrale Raad heeft *de aanvang* van de verjaringstermijn namelijk losgekoppeld van het intrekking- of wijzigingsbesluit. Volgens vaste jurisprudentie vangt de termijn aan op het moment dat het bestuursorgaan 'bekend is geworden met feiten of omstandigheden op basis waarvan voldoende duidelijk is dat een besluit omtrent terugvordering in de rede ligt' (zie recent CRvB 13 december 2011, *LJN BU9040*). Hoewel het precieze aanvangsmoment in een concreet geval aan stevig debat onderhevig kan zijn, is dit criterium naar onze mening objectiever. Het is namelijk niet afhankelijk van het handelen van het bestuursorgaan. Dat heeft als consequentie dat zodra terugvordering in de rede ligt, binnen vijf jaar het terugvorderingsbesluit moet worden genomen. Dit zet het bestuursorgaan aan tot tijdige besluitvorming: zodra terugvordering in de rede ligt, moet binnen vijf jaar zowel een intrekking- als een terugvorderingsbesluit volgen. Zo kon het UWV in een concreet geval wel overgaan tot intrekking van een WAO-uitkering, maar was terugvordering over de gehele uitkeringsperiode niet meer mogelijk. Er was zeven jaar verstreken tussen het moment van de hiervoor bedoelde wetenschap en het terugvorderingsbesluit (CRvB 28 maart 2007, *LJN BA2284*). Zou de Centrale Raad in dit geval de benadering van de Afdeling hebben toegepast, dan was terugvordering over de gehele periode wel mogelijk geweest. De termijn voor het nemen van een terugvorderingsbesluit begint dan immers pas te lopen met het nemen van het intrekkingbesluit.

11.

Het voorgaande laat zien dat de toepassing van de civielrechtelijke verjaringstermijn van art. 3:309 BW op de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het nemen van een terugvorderingsbesluit niet vanzelfsprekend en niet zonder problemen is. Het leidt tot verschillen in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtelijke colleges. Gelet op de rechtseenheid en de rechtszekerheid zou een algemene regeling met daarin een duidelijk moment van aanvang en duur van de verjaringstermijn voor terugvorderingsbesluiten in de Awb de voorkeur verdienen.

Voetnoot

[*] Mr. C.A. Geleijnse is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.