



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2008). *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel* (Vol. 153). Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15298>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15298>

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

*De terugvordering van Europese subsidies in Nederland:
Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*

De terugvordering van Europese
subsidies in Nederland:
Over legaliteit, rechtszekerheid en
het vertrouwensbeginsel

Rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
op het gebied van het staats- en bestuursrecht aan de Universiteit
Leiden op 11 april 2008

door

MR. DRS. W. DEN OUDEN

Kluwer – Alphen aan den Rijn – 2008

© 2008 W. den Ouden

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 978-90-13-062472

NUR 823-319

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veeleenvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoud

1	Inleiding	1
2	Het samenspel van Europees en Nederlands subsidierecht	5
3	De ESF-casus	9
4	Rechtstreekse toepassing van communautaire verordeningen	13
5	De toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van communautaire steun	21
6	Conclusie	29
7	Dankwoord	31

1 | Inleiding

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,¹

In de afgelopen jaren is in de gemeente Leiden het zogenoemde 'Triple-win-project' uitgevoerd. De activiteiten van dit 'drie keer winnen-project' bestonden uit het instellen van een cluster van leerbedrijven en verschillende sociale activiteiten in kwetsbare wijken. Daarmee werd in Leidse buurten als Boshuizen, Slaaghwijk en de Fortuinwijk het gemiddelde opleidingsniveau verhoogd, is de werkloosheid afgenomen en als het goed is, is daarmee de cohesie in de woonomgeving vergroot. Drie keer gewonnen dus.

Het Triple-win-project werd mede gefinancierd vanuit ESF-gelden. ESF staat voor Europees Sociaal Fonds; het is één van de zogenaamde structuurfondsen. De structuurfondsen zijn de grootste subsidieprogramma's van de Europese Unie.

Op Europees niveau wordt veel gebruik gemaakt van subsidieregelingen; ook in Brussel heeft men ervaren dat het om beleidsdoelstellingen te bereiken soms veel effectiever is om een wortel voor te houden, dan om met de stok te dreigen. De cijfers spreken voor zich. De begroting van de Europese Unie bedraagt voor het jaar 2008 ruim 129 miljard euro. Daarvan is 45%, zo'n 58 miljard, uitgetrokken voor stimuleringsprogramma's die moeten zorgen voor meer concurrentievermogen en cohesie, zodat de economische groei en werkgelegenheid in heel Europa zullen toenemen.²

Het gaat dus om veel geld. Voor Nederland is alleen al aan structuurfondsgelden tot 2013 bijna 2 miljard euro gereserveerd. Daarmee kunnen allerlei belangrijke projecten worden gefinancierd. Maar bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen gaat er helaas regelmatig wat mis. Zo heeft de Algemene Rekenkamer in het Trendrapport 2008 vastgesteld dat Nederland grote financiële risico's loopt vanwege ernstige tekortkomingen in de uitvoering van een

1 De hierna uitgesproken tekst is op punten uitgebreider dan de uitgesproken versie. De spreektekst is in te zien via <<http://www.law.leidenuniv.nl/org/publiekrecht/sbrecht/oudenwden.jsp>>

2 Zie voor de begroting van de EU voor 2008: <http://www.ec.europa.eu/budget/library/publications/budget_in_fig/syntchif_2008_nl.pdf>

ander structuurfonds: het Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling.³ De Europese Commissie is op verschillende punten niet tevreden. Minister Van der Hoeven van Economische Zaken schreef afgelopen dinsdag nog een brief over deze kwestie aan de Tweede Kamer.⁴

In eerdere gevallen waarin de Europese Commissie niet tevreden was over de Nederlandse uitvoeringspraktijk heeft dat Nederland veel geld gekost. Meest bekende voorbeeld is de ESF-affaire die losbarstte aan het einde van de jaren negentig. Toen werd uit de resultaten van steekproeven van de Europese Commissie duidelijk dat voor veel Nederlandse projecten uit de periode 1994-1999 geen goede boekhouding was bijgehouden. Bovendien had Nederland een deel van het Europese ESF geld gebruikt om de uitvoeringsorganisatie – de Arbeidsvoorzieningsorganisatie – te financieren, in plaats van de gelden aan projecten op het gebied van de werkgelegenheid te besteden.⁵ Maandenlang schreven de kranten over de vraag of de toenmalige Minister van Sociale Zaken Melkert die financiële constructie had bedacht toen hij na de ‘paarse’ formatie van 1994 flink op het budget van de arbeidsbureaus moest bezuinigen.⁶

De grote politieke commotie werd vooral veroorzaakt door de financiële gevolgen die de ESF-kwestie meebracht. De Europese Commissie zette de bevoorschotting van Nederlandse ESF-projecten stop en vorderde tientallen miljoenen euro's aan subsidiegelden terug van Nederland.⁷ Om hoeveel geld het precies gaat is niet bekend. Vast staat dat het voor de periode 1994-1996 ging om meer dan 157 miljoen euro.⁸ Voor de periode daarna heeft Nederland een schikking getroffen met de Commissie;⁹ de inhoud daarvan is niet bekend gemaakt.

Deze Europese sancties leidden tot financiële problemen bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de rechtsopvolger van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. De Arbeidsvoorzieningsorganisatie werd namelijk al snel nadat de affaire was gaan spelen opgedoekt. Om de schade te beperken ging de Minister over tot extra strenge controles bij subsidieontvangers waarvan

3 Algemene Rekenkamer, EU-trendrapport 2008, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 335, nrs. 1-2.

4 Brief van 8 april 2008 inzake de EU Structuurfondsen, *Kamerstukken II 2007/08*, 27 813, nr. 29.

5 Zie daarover uitgebreid J. Vervaele, Fraude met Europese sociale subsidies in Nederland, *NJB* 2001, p. 2167-2175.

6 Zie voor een mooi overzicht: <<http://www.nrc.nl/geslotendossiers/esf/reconstructie/article54396.ece/Met_Melkert_aan_tafel>>

7 Zie daarover *Kamerstukken* onder nummer 26 642, A.J.C. de Moor-van Vugt, 'ESF: testcase voor een systeem van toezicht', *Openbaar Bestuur* 2002-5, pp. 8-11 en E. Steyger, 'Besturen in het Europese recht. Over de invloed van het communautaire recht op de nationale bestuursrechtelijke tradities' (oratie VU), Den Haag, Sdu 2002, p. 30 e.v.

8 *Kamerstukken II* 2001/02, 26 642, nr. 43.

9 Zo blijkt uit ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007, 240, m.nt. Jacobs en Den Ouden, r.o. 2.12.5.

de subsidie nog niet definitief was vastgesteld; wanneer bleek dat die ontvangers zich niet *precies* aan hun verplichtingen hadden gehouden werd de subsidie alsnog op nul vastgesteld. Nieuwe vaststellingen werden onder voorbehoud afgegeven. In sommige gevallen werd de vaststellingsbeschikking na controle achteraf alsnog ingetrokken. Alle onverschuldigd betaalde subsidiegelden werden teruggevorderd.

Maar de ontvangers van de ESF-subsidiegelden hadden hun projecten doorgaans al uitgevoerd en de gelden dus uitgegeven. Zij gingen met de nieuwe, strenge aanpak en de daaruit voortvloeiende terugvorderingen niet zomaar akkoord. Er volgden tientallen procedures voor Nederlandse bestuursrechters. De affaire heeft dus veel geld, tijd en energie gekost. Tot op de dag van vandaag, zo'n tien jaar later, worden geschillen over ESF-terugvorderingen uit de periode 1994-1999 in hoger beroep voorgelegd aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

In drie van die zaken zag de Afdeling bestuursrechtspraak in 2006 reden om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU.¹⁰ Nadat er op 28 juni 2007 een zitting was geweest in Luxemburg bleef het lange tijd stil. Pas vorige maand – op 13 maart 2008 – volgde een arrest van het Hof.¹¹

Uit dit arrest blijkt dat er veranderingen gaande zijn in de juridische normering van de uitvoering van de Europese structuurfondsen.¹² Het is belangrijk om daaraan aandacht te besteden. Niet alleen omdat, zoals bleek bij de ESF-affaire, fouten in de Nederlandse uitvoeringspraktijk kunnen leiden tot terugvorderingen, afgebroken projecten, rechtszaken en meer van dat soort narigheid, maar ook, en vooral, omdat wij hier te maken hebben met een bijzonder deel terrein van het Europese recht. Bij de uitvoering van de structuurfondsen raken het Europese recht en het nationale recht namelijk zo sterk met elkaar vervlochten en werken Europese en nationale uitvoeringsinstanties zo nauw samen dat daarvoor een apart begrip wordt gebruikt, het zogenaamde 'gemengd bestuur' of 'mixed administration', ook wel 'shared management' genoemd.¹³

10 ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 240, ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241, m.nt. Jacobs en Den Ouden, en ABRvS 30 augustus 2006, zaaknummer 200502951/1.

11 HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-383-385/06, NJ 2008, 349, m.nt. M.R. Mok, AB 2008, 207, m.nt. W. den Ouden, JB 2008, 104, m.nt. AJB en RvdW 2008, 477.

12 Zie daarover ook M.J. Jacobs, W. den Ouden & N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies', NTB 2008, p. 155-166.

13 Vgl. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006, p. 57, waar hij verwijst naar het tweede verslag van het Comité van onafhankelijke deskundigen over de hervorming van de Commissie, Analyse van huidige praktijken en voorstellen voor het aanpakken van wanbeheer, onregelmatigheden en fraude (10 september 1999, paragraaf 3.2.2) en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 29 e.v. Zie voor een recente bestuurskundige beschrijving van de structuurfondsen als 'the leading edge of a system of multilevel governance'

Juist op dit terrein komen de problemen en uitdagingen die samenhangen met de huidige veellagige rechtsorde, waarin het recht wordt gevormd, uitgevoerd en gehandhaafd op verschillende niveaus, scherp naar voren. In de ontstane situatie van 'multilevel jurisdiction' – u hoort het, ook aan deze universiteit doen wij met de mode mee – moet worden gewaakt voor de coherentie van het recht, de rechtszekerheid en de waarborging van institutionele rechtsbeginselen. Dit zijn onderwerpen die centraal staan in het Leidse onderzoeksprogramma getiteld 'Securing the rule of law in a world of multilevel jurisdiction'.¹⁴ En juist op deze punten leidt het ESF-arrest van het Hof tot nieuwe vragen.

Plan van aanpak

Om die vragen vandaag met u te kunnen bespreken zal ik in het vervolg van dit betoog eerst de juridische vormgeving en feitelijke uitvoering van de Europese structuurfondsen in Nederland kort beschrijven. Daarna schets ik één van de zaken waarin het Europese Hof op 13 maart jongstleden uitspraak deed: de zaak Cedris. Het gaat in die casus hoofdzakelijk om vragen over de betekenis van de rechtstreekse toepasselijkheid van een Europese verordening en om de invulling van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel in een context van gemengd bestuur. De daarna te bespreken antwoorden van het Hof leiden tot een nieuwe verhouding tussen het Europese subsidie-recht en het nationale uitvoeringsrecht. Een verhouding die naar mijn mening niet meer dan een wankel evenwicht mag worden genoemd.

J. Bachtler, C. Mendez, 'Who governs EU Cohesion Policy? Deconstructing the Reforms of the Structural Funds', *Journal of Common Market Studies* 2007, p. 535-564.

14 Zie: <<<http://www.law.leidenuniv.nl/onderzoek/onderzoeksprogrammas/ruleoflaw.jsp>>>

2 | Het samenspel van Europees en Nederlands subsidierecht

Maar laat ik niet vooruitlopen op de conclusies en beginnen met de beloofde schets van het huidige samenspel van Europees en Nederlands subsidierecht.

Als gezegd worden de belangrijkste Europese subsidies gefinancierd uit een aantal structuurfondsen. De globale regels op basis waarvan lidstaten in aanmerking kunnen komen voor gelden uit de structuurfondsen, zijn neergelegd in verschillende Europese verordeningen. Er is een algemene, overkoepelende structuurfondsenverordening¹⁵ en verder zijn er specifiekere verordeningen per structuurfonds. Deze verordeningen worden per programmeringsperiode opgesteld. Daarnaast zijn er verschillende relevante verordeningen op deelonderwerpen, zoals de belangrijke Verordening over de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.¹⁶

De structuurfondsenverordeningen vormen de grondslag voor een proces van beleidsvorming over de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten.¹⁷ Op die basis kunnen lidstaten vervolgens subsidieaanvragen indienen bij de Europese Commissie. Daarin beschrijven zij hun concrete plannen voor de besteding van de Europese gelden in de lidstaat en hoe deze gelden met nationale gelden zullen worden aangevuld. De lidstaten moeten de activiteiten namelijk zelf meefinancieren. Dat is het principe van de cofinanciering. Concrete projecten worden dus steeds betaald met Europese én Nederlandse euro's. Het programmeringsdocument of operationeel programma wordt door de

15 Voor de periode waarin de ESF-crisis ontstond waren dit de Verordening 2052/88 en de zogenaamde Coördinatieverordening (Verordening (EEG) nr. 4253/88 van de Raad van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van Verordening (EEG) nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden Structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds), zoals gewijzigd bij de Verordening (EEG) nr. 2081/93 van de Raad van 20 juli 1993 en Verordening (EEG) nr. 2082/93 van de Raad van 20 juli 1993. Voor de periode 1999-2006 was Vo (EG) 1260/99 de algemene structuurfondsenverordening, in de huidige programmeringsperiode (2007-2013) is dat Vo (EG) 1083/2006.

16 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.

17 Daarover B. Schöndorf-Haubold, *Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft*, München: Verlag C.H. Beck 2005, p. 158 e.v.

Europese Commissie per beschikking goedgekeurd.¹⁸ De lidstaat moet er vervolgens voor zorgen dat de gelden bij concrete projecten terecht komen.

Over het selecteren van projecten en de concrete verstrekking van subsidiegelden regelen de Europese verordeningen nauwelijks iets. Waar Europese regels ontbreken mogen de lidstaten gebruik maken van hun nationale recht om aan de uitvoering vorm te geven. We noemen dat het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten. Wel geldt daarbij dat moet zijn voldaan aan de bekende eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.¹⁹

Voor Nederland betekent dit in de meeste gevallen dat het subsidierecht van de Algemene wet bestuursrecht, de Awb, van toepassing is.²⁰ Nu daarin is geregeld dat subsidieverstrekking door bestuursorganen in beginsel bij wettelijk voorschrift moet zijn geregeld, moeten er ook voor de tenuitvoerlegging van Europese stimuleringsprogramma's Nederlandse subsidieregelingen worden opgesteld.²¹

Het komt regelmatig voor dat ontvangers van Europese subsidies publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, bijvoorbeeld gemeenten of provincies. Zij gebruiken de Europese subsidies vaak om eigen subsidieregelingen mee te financieren. Zo wordt de eindontvanger van de Europese subsidie, de uitvoerder van een project, geconfronteerd met een complex geheel van gelaagde regelgeving. Het gaat om algemene en specifieke regelgeving op Europees niveau, specifieke afspraken tussen de Europese Commissie en de lidstaat in programmeringsdocumenten en goedkeuringsbeschikkingen, het subsidierecht van de Awb en soms meerdere bijzondere uitvoeringsregelingen op basis waarvan zijn subsidie is verstrekt. Het is geen wonder dat het soms bijzonder lastig is voor zo'n eindontvanger om na te gaan welke verplichtingen er nu allemaal aan zijn subsidie zijn verbonden.

18 De juridische status van deze stukken is niet geheel duidelijk. Door de goedkeuring ervan door de Commissie per beschikking krijgt een programmeringsdocument in ieder geval geen gemeenschapsrechtelijke status: HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00 (Huber), r.o. 41.

19 Zie over de procedurele autonomie van de lidstaten en de grenzen die het Hof op dat vlak heeft geformuleerd Jans e.a. 2007, p. 40 e.v.

20 De meeste Europese gelden worden namelijk weggezet in de vorm van financiële verstrekkingen die voldoen aan de subsidiedefinitie van art. 4:21 Awb. Vgl. ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296 (Flevoherb), m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.

21 Zie over artikel 4:23 in relatie tot Europese stimuleringsmaatregelen uitgebreid: M.J. Jacobs, 'De tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen in Nederland: over het verstrekken van EG-subsidies en het beheersen van de uitgaven', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 169 e.v.

Dat blijkt in de praktijk zelfs zo ingewikkeld te zijn dat allerlei commerciële advieskantoren zich hebben gespecialiseerd in het aanvragen van Europese subsidies en het begeleiden van ontvangers om zeker te stellen dat er geen fouten worden gemaakt. Anders moet er immers in een later stadium terug worden betaald. Om terug te komen op de ESF subsidies: er is zelfs een commercieel 'ESF Rescueteam'. Een stukje van de tekst op hun website:

'We doorlopen uw ESF-aanvraag, uw AO/IC, de ESF-toekenning en alle relevante correspondentie. We beoordelen de kwaliteit van de dossiers. De eventuele knelpunten en zwaktes worden geïnventariseerd en aansluitend wordt een op uw situatie afgestemd verbeterplan opgesteld. Wij nemen alle dossiers door en zorgen voor herstel van fouten en onvolledigheden. We brengen hiaten en onvolkomenheden in de projectadministratie in beeld en waar nodig worden de procedures aangescherpt. Deze werkzaamheden worden uitgevoerd door specialisten die weten waar het bij ESF-administraties om draait. (...) Indien gewenst kan het ESF Rescue Team worden toegevoegd aan de operationele ESF-projectorganisatie, onder meer voor adviezen over de inrichting van de te gebruiken documenten, de dossiervorming en de aandachtspunten hierbij.'²²

Het klinkt bijna als de voorbereiding op een nationale ramp. Maar onverwachte terugvorderingen worden in de praktijk ook als een ramp ervaren.

Ondanks het feit dat steeds meer eindontvangers zich laten bijstaan door dit soort, meestal dure deskundigen, wordt nog steeds met regelmaat vastgesteld dat een project niet aan de Europese eisen voldoet. Voor die gevallen geven de Europese verordeningen enkele algemene regels. Ten tijde van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie ging het om artikel 23 van de zogenaamde Coördinatieverordening. Daarin was bepaald dat lidstaten onregelmatigheden met Europese subsidies voorkomen en vervolgen en middelen die door misbruik of nalatigheid verloren zijn gegaan in beginsel recupereren.²³ Het begrip 'onregelmatigheid' moet in dat verband ruim worden uitgelegd. Volgens artikel 1 van Verordening 2988/95 is dat namelijk 'elke inbreuk op het gemeenschapsrecht die bestaat in een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Gemeenschappen of de door de Gemeenschappen beheerde begrotingen worden of zouden kunnen worden benadeeld, hetzij door de vermindering of het achterwege blijven van ontvangsten uit de eigen middelen, die rechtstreeks voor rekening van de Gemeenschappen worden geïnd, hetzij door een onverschuldigde uitgave.' Volgens De Moor-Van Vugt komt het erop neer dat elk feit dat niet in overeenstemming

²² <<www.esf-rescueteam.nl>>

²³ Een ander voorbeeld geeft artikel 4 van de Verordening betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EG (Verordening 2988/95), waarin is geregeld dat iedere onregelmatigheid waardoor de financiële belangen van de EG kunnen worden geschaad in de regel tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel leidt.

is met de regelgeving of de subsidievoorschriften een onregelmatigheid is, zodat al snel is voldaan aan dit criterium.²⁴

In Nederland werd aangenomen dat uitvoering geven aan artikel 23 Coördinatieverordening betekent dat wanneer onregelmatigheden worden geconstateerd, naar de regels van het algemene subsidierecht, de subsidiebeschikking moet worden ingetrokken of de subsidie lager moet worden vastgesteld.²⁵ Vervolgens kunnen al uitbetaalde subsidiegelden als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.²⁶ Vragen rond het gebruik van deze Nederlandse 'handhavingsbevoegdheden' stonden centraal in de prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak en daarmee kom ik op de zaak Cedris.²⁷

24 Zie A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht in het kader van de rechtmatige besteding van EG-gelden', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2007, p. 154.

25 Vgl. de artt. 4:46, 4:48 en 4:49 Awb.

26 Art. 4:57 Awb.

27 ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241, m.nt. Jacobs en Den Ouden.

3 | De ESF-casus

In 1998 verleende de Algemene Directie voor de Arbeidsvoorzieningsorganisatie een subsidie van ruim 3 miljoen euro aan de Vereniging Nationaal overlegorgaan Sociale Werkvoorziening. Deze Vereniging, die vandaag de dag de naam Cedris draagt, is de brancheorganisatie van sociale werkgelegenheids- en reïntegratiebedrijven in Nederland. Zij houdt zich bezig met het creëren van passende werkplekken aan mensen die veel ondersteuning nodig hebben op hun weg naar de arbeidsmarkt.²⁸ Een deel van de werknemers van de leden van Cedris werkt op een sociale werkplaats. Voor de opleiding van deze mensen diende Cedris een ESF-subsidieaanvraag in. Toen het de Arbeidsvoorzieningsorganisatie duidelijk werd dat de aanvraag niet zou kunnen worden gehonoreerd, vroeg zij Cedris de aanvraag te herschrijven naar een scholingsproject met een andere doelstelling, zodat er wel subsidie zou kunnen worden verleend.

Maar toen de subsidie na afloop van de gesubsidieerde opleidingsactiviteiten moest worden vastgesteld in 2002, was de Arbeidsvoorzieningsorganisatie, in de nasleep van de ESF-affaire, inmiddels opgeheven. Haar rechtsopvolger, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, was al geconfronteerd met de terugvorderingsbeschikking van de Europese Commissie en controleerde streng. Toen bleek dat het project van Cedris nooit gesubsidieerd had mogen worden. ESF-subsidie mocht namelijk alleen worden verstrekt voor scholingsprojecten die zouden leiden tot uitstroom van medewerkers van de sociale werkvoorziening naar reguliere banen. Maar van medewerkers van een sociale werkplaats is nu juist vastgesteld dat zij niet erg geschikt zijn voor de reguliere arbeidsmarkt; daaraan valt met scholing meestal niet veel te veranderen. Cedris had zich door het scholen van die medewerkers dus vooral bezig gehouden met het verkleinen van de afstand tot de reguliere arbeidsmarkt. Dat vond de Minister van SZW bij nader inzien niet genoeg; er was te weinig uitstroom naar de reguliere arbeidsmarkt gerealiseerd, namelijk maar in een half procent van de gevallen. Voor deze weinig indrukwekkende resultaten zou de Europese Commissie vast geen bijdrage willen uitkeren. Daarom werd de subsidie op nihil vastgesteld en werd er 3 miljoen euro, het bedrag dat reeds als voorschot was uitbetaald, van Cedris teruggevorderd.

28 <<<http://www.cedris.nl/web/Pages/default.aspx>>>

Ter zitting bracht de Minister ter sprake dat Cedris eigenlijk ook de wettelijke rente over dit bedrag zou moeten vergoeden.

Cedris kwam tot in hoogste instantie op tegen het terugvorderingsbesluit en in hoger beroep oordeelde de Afdeling dat de subsidieverstrekker in dit geval (ook) boter op het hoofd had. De arbeidsvoorzieningsorganisatie had immers zelf voorgesteld de aanvraag te herschrijven naar een andere doelstelling en had er van te voren mee bekend kunnen zijn dat met de voorgestelde activiteiten de uitstroomdoelstelling niet zou kunnen worden bereikt. Het was daarmee aan de subsidieverstrekker zelf te wijten dat de activiteiten van de subsidieontvanger niet aan de voorwaarden voldeden. In die omstandigheden staat in Nederland het vertrouwensbeginsel aan intrekking en terugvordering in de weg.²⁹ De Minister had naar Nederlandse recht dus in beginsel geen bevoegdheid om tot (volledige) terugvordering over te gaan, aldus de Afdeling. Maar kan deze regel ook gelden bij terugvordering van Europese subsidies? Op dat punt werden prejudiciële vragen geformuleerd.

Het is goed om deze verwijzingsuitspraak in perspectief te plaatsen. Vooropgesteld moet worden dat de Afdeling in de daarvoor aan haar voorgelegde ESF-geschillen streng was geweest voor de subsidieontvangers. In de eerste 17 spraakmakende uitspraken in hoger beroep die zij begin augustus 2006 deed oordeelde de Afdeling in alle gevallen dat de terugvorderingsbesluiten rechtmatig waren.³⁰ De stelling van appellanten dat het lange tijd voor iedereen onduidelijk was geweest hoe de administratie van de ESF-projecten moest worden vormgegeven, maakte geen indruk. Uit de Nederlandse ESF regeling bleek dat de ontvangers de verplichting hadden om een deelnemers- en financiële administratie van de projecten bij te houden. Om precies te zijn stond daarin dat 'alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig moeten worden vastgelegd en te verifiëren moesten zijn met bewijsstukken.' Uit die algemeen geformuleerde regels werden zeer specifieke verplichtingen voor de ontvangers afgeleid. Ter illustratie een voorbeeld.³¹ Een van de subsidieontvangers had de weekstaten die per dag werden afgetekend door deelnemers en docenten in een onderwijsproject digitaal samengevoegd tot maandstaten. Die maandstaten werden opnieuw door de deelnemers en docenten afgetekend. Goed voorstelbaar wanneer je de papierhandel van dagregistraties van honderden deelnemers visualiseert. Dat de subsidie van ruim 116.000 euro vanwege

29 Zie voor een recent geval waarin de (mede)schuld van de subsidiënt leidt tot het oordeel dat niet tot (volledige) intrekking en terugvordering mag worden overgegaan: ABRvS 25 juli 2007, AB 2007, 350, m.nt. W. den Ouden.

30 O.a. ABRvS 2 augustus 2006, zaaknr. 200504902/1, 200503091/1, 200502784/1, 200502880/1 en 200502437/1. Zie daarover bijv. het NRC Handelsblad 2 augustus 2006, 'Raad van State steunt terugvordering ESF-geld', Het Parool 3 augustus 2006, 'Gesjoemel met EU-geld', Het Financieel Dagblad 3 augustus 2006, 'Teruggave van ESF-subsidies bekrachtigd'.

31 ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007,96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden.

die maandstaten op nul werd vastgesteld oordeelde de Afdeling rechtmatig nu de dagstaten de meest originele en dus de meest relevante bewijsstukken waren. Onduidelijk blijft hoe de ontvanger had moeten weten dat een 'deugdelijke urenadministratie' moet bestaan uit dagoverzichten en niet uit (daarop gebaseerde) maandoverzichten.

In diezelfde zaak had de subsidiënt tussentijds administratieve controles uitgevoerd. In rapporten daarover had het Team Interne Controle van het Ministerie van SZW geconcludeerd dat er sprake was van een 'adequate project-administratie'. Maar omdat daarbij het woord 'vooralsnog' werd gebruikt mocht de subsidieontvanger aan die rapporten geen vertrouwen ontleen, aldus de Afdeling. Zelfs het feit dat de Minister in deze zaak gebruik maakte van een intrekingsbevoegdheid die hij zelf had gecreëerd met behulp van een onrechtmatig voorbehoud opgenomen in een eerdere vaststellingsbeschikking, passeerde de Afdeling met behulp van de leer van de formele rechtskracht. Nu is het beginsel van de formele rechtskracht van besluiten belangrijk, maar dat zij in dit geval niet per se hoefde te worden toegepast blijkt uit vergelijkbare gevallen in het milieurecht.³²

De strenge aanpak die de Afdeling koos in deze ESF-geschillen leek te zijn ingegeven door de gedachte dat de bestuursrechter zo min mogelijk barrières voor de Minister dient op te werpen, zodat deze aan zijn communautaire verplichting om op te treden bij onregelmatigheden bij Europese subsidies kan voldoen.³³ Al met al kunnen de uitspraken van de Afdeling in ESF-geschillen dus behoorlijk Europeesvriendelijk worden genoemd; de Afdeling had veel oog voor de handhavingverplichting van de Minister die voortvloeide uit artikel 23 van de Coördinatieverordening.

32 Zie reeds ABRvS 30 juni 2004, zaaknr. 200 307 390/1, bevestigd in ABRvS 24 januari 2007, zaaknr. 200 603 030/1, LJN AZ6851.

33 Vgl. de formulering in ABRvS 2 augustus 2006, zaaknr. 200502391/1, r.o. 2.6.5 en in ABRvS 2 augustus 2006, zaaknr. 200502699/1, r.o. 2.6.5.

4 | Rechtstreekse toepassing van communautaire verordeningen

Er zijn grenzen aan de Europeesvriendelijke aanpak die een rechter kan (en moet) kiezen en kennelijk vond de Afdeling die bereikt in de Cedriszaak en de twee andere zaken waarin prejudiciële vragen werden gesteld. De Afdeling stelde dat de toepasselijke Nederlandse subsidiebepalingen in die drie zaken geen mogelijkheid tot terugvordering boden. Daarnaast constateerde de Afdeling dat in artikel 23 van de Coördinatieverordening niet met zoveel woorden een terugvorderingsbevoegdheid aan nationale uitvoeringsautoriteiten wordt toegekend. Dit leidde de Afdeling tot de prejudiciële vraag of een handhavingsbevoegdheid in dit geval toch rechtstreeks aan artikel 23 van de Coördinatieverordening moest worden ontleend, nu daaruit immers een handhavingverplichting volgt.

Om eerlijk te zijn vind ik deze vraag in de Cedris casus (en overigens ook in de twee andere zaken) overbodig. Er is namelijk *wel* een terugvorderingsbevoegdheid die in gevallen waarin een subsidie op nul is vastgesteld kan worden gebruikt, namelijk art. 4:57 van de Awb. Dit artikel kon naar de mening van de Afdeling in dit geval niet worden ingezet omdat het vertrouwensbeginsel, in ieder geval naar Nederlands recht, zich daartegen verzetste.³⁴ Daarmee stelde de Afdeling in feite dat er in casu wel een terugvorderingsbevoegdheid bestaat, maar dat van die bevoegdheid gezien de omstandigheden geen gebruik mag worden gemaakt. Eigenlijk draaide de hele zaak dus om de invulling van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van communautaire steun in dit bijzondere geval. Bijzonder omdat de geconstateerde onregelmatigheid voor een groot deel aan de subsidieverstrekker zelf viel te wijten.

Toch begrijp ik heel goed waarom de Afdeling deze bevoegdheidsvraag stelde. In de afgelopen jaren is meerdere keren gebleken dat Nederlandse bestuursorganen soms niet over de bevoegdheden beschikken die zij nodig hebben om hun communautaire plichten te verrichten. In de meeste gevallen heeft de Nederlandse wetgever gewoonweg niet voorzien dat die bevoegdheden nodig zouden kunnen zijn. In die gevallen beweren bestuursorganen noodgedwongen, regelmatig dat zij de nodige bevoegdheden rechtstreeks kunnen

34 R.o. 2.20.

ontlenen aan bepalingen in het EG-verdrag of Europese verordeningen of zelfs aan commissiebeschikkingen. Zij betrekken daarbij de stelling dat het Europese recht rechtstreeks kan worden toegepast in de Nederlandse rechtsorde en dat daar waar duidelijk een Europese verplichting bestaat voor de lidstaten, ook een bevoegdheid voor de uitvoerende autoriteiten moet worden aangenomen. Een soort 'Europese verplichting is nationale bevoegdheid-theorie' dus.

Deze redenering werd bijvoorbeeld gebruikt door de Minister van LNV toen hij van de Europese Commissie bij het bedrijf Fleuren Compost een subsidie met rente moest terugvorderen omdat deze subsidie onrechtmatige staatssteun inhield. Voor een rentevordering gaf het Nederlandse subsidierecht geen bevoegdheid en dus baseerde de minister zich daarbij op de rechtstreekswerkende Europese Procedureverordening.³⁵ De Afdeling maakte korte metten met die constructie door te overwegen dat artikel 14 van de Procedureverordening weliswaar rechtstreekse werking heeft in Nederland, maar niet strekt tot het scheppen van een bevoegdheid voor de minister tot het vorderen van rente over onrechtmatig verstrekte staatssteun.³⁶ In de Procedureverordening is namelijk slechts bepaald dat indien de Commissie een lidstaat de opdracht geeft onrechtmatig verstrekte staatssteun terug te vorderen, daarbij ook een rentevergoeding moet worden gevorderd. Dat is dus *verplichting* voor de lidstaten. In die bepaling ziet de Afdeling geen bedoeling van de Europese wetgever om een *bevoegdheid* te scheppen voor nationale uitvoerende instanties. Nu dus noch naar nationaal recht, noch naar Europees recht een expliciete bevoegdheid tot het vorderen van rente voor de Minister van LNV was opgenomen kon het vorderingsbesluit van de Minister op dit punt geen stand houden. De stelling van de Minister dat zijn communautaire verplichting ook een publiekrechtelijke bevoegdheid opleverde, werd zo impliciet van de hand gewezen.³⁷

Op deze uitspraak volgde een levendige discussie.³⁸ Daarin werd gewezen op literatuur waarin wordt betoogd dat Nederlandse bestuursorganen binnen de grenzen van het legaliteitsbeginsel wel degelijk rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontlenen aan Europese bepalingen. Belangrijk is dat het in die literatuur vooral ging om de meer principiële vraag *of* communautaire attributie aan nationale ambten mogelijk is. Collega Voermans heeft in 2003 op deze plaats besproken dat dat feitelijk al gebeurt en dat dat zijns inziens geen halve

35 Vo (EG) 659/1999.

36 Eerder al in die richting ABRvS 4 mei 2005, AB 2005, 395, m.nt. WdO.

37 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2006, 7254, m.nt. van den Tweel, *JB* 2006, 54.

38 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld H.M. Griffioen, 'Kinken in de bevoegdheidskabel: het legaliteitsbeginsel tussen 'Europa' en de nationale rechtsorde', *NTER* 2006, p. 290 e.v. en R.J.M. van den Tweel, 'Beschouwingen over effectieve terugvordering van onrechtmatige staatssteun', *SEW* 2008, p. 369 e.v.

legaliteit oplevert.³⁹ Ik geloof dat inmiddels breed wordt aangenomen dat het Nederlandse legaliteitsbeginsel zich daartegen ook niet verzet.⁴⁰

Maar dat attributie van bevoegdheden aan nationale bestuursorganen per verordening *mogelijk* is, zegt nog niets over de vraag of dat in artikel 23 van de Coördinatieverordening ook *is gebeurd*. En ook niets over wat er moet gebeuren wanneer het nationale recht en het Europese recht beide geen terugvorderingsgrondslag bieden. Moeten de communautaire voorrangsregels er (bijv. op basis van het loyaliteitsbeginsel van artikel 10 EG of het effectiviteitsbeginsel) in dat geval toe leiden dat de nationale legaliteitsregels aan de kant wordt gezet? Moet er ergens een bevoegdheidsgrondslag worden ‘gevonden’ door nationale bestuursorganen en rechters? Het antwoord op *die* vragen is nog bepaald geen uitgemaakte zaak.⁴¹

Kort na de Fleuren Compost-uitspraak, die tot de hiervoor geschetste discussie leidde, kondigde de Europese Commissie aan dat zij een inbreukprocedure zou starten tegen de lidstaat Nederland. Dit omdat het staatssteunrecht in ons land niet voldoende ten uitvoer zou worden gelegd.⁴²

Het is geen wonder dat een nationale rechter zich bij dergelijke reacties nog eens achter de oren krabt. Het is begrijpelijk dat hij wanneer de gelegenheid zich voordoet, dat wat hij eerst zo vanzelfsprekend vond voor de zekerheid nog eens navraagt bij zijn Europese collega. De Afdeling zag in de ESF-zaken die mogelijkheid. Alle drie de onderdelen van het bevoegdheidsvraagstuk komen aan bod. De eerste vraag luidt *of* bevoegdheidstoedeling aan een nationaal bestuursorgaan rechtstreeks in een Europese verordening kan plaatsvinden. Tweede vraag was of artikel 23 van de Coördinatieverordening ook werkelijk een terugvorderingsbevoegdheid geeft aan verstrekkers van structuurfondssubsidies. En met haar derde vraag – die wat onhandig is geformuleerd – vraagt de Afdeling naar mijn mening of wanneer artikel 23 van de Coördinatieverordening ook geen bevoegdheid geeft, zij als nationale rechter, op grond van het loyaliteitsbeginsel (art. 10 EG) of de voorrangsregels, verplicht is om een dergelijke bevoegdheid ergens ‘in te lezen’. De vraag is dus of in dat geval het Nederlandse legaliteitsbeginsel opzij moet worden gezet om terugvordering in de Cedriscasus toch mogelijk te maken.

39 W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, BJu 2004, p. 31 e.v.

40 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, BJu: Den Haag 2007, p. 26 en het standpunt van de Nederlandse regering in de zaak Cedris, C-383-385/06, r.o. 33.

41 Vgl. over die vraag Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 26 e.v.

42 Zaak C-401/07.

Antwoord van het Hof

Het was niet de eerste keer dat het Europese Hof vragen kreeg over terugvordering van Europese gelden door nationale bestuursorganen. In eerdere jurisprudentie daarover wordt steeds benadrukt dat zolang de Europese bepalingen over controle en handhavingverplichtingen vrij algemeen zijn geformuleerd, dit betekent dat de lidstaten deze taken moeten uitvoeren met behulp van het *nationale* recht. Klassieker op dit gebied is het arrest *Deutsche Milchkontor*.⁴³ Daarin stond ter discussie of ten onrechte uitgekeerde communautaire steun voor melkpoeder mocht worden teruggevorderd, nu de ontvangers van de steun weinig viel te verwijten en de uitkerende nationale instantie fouten had gemaakt. Een zaak die dus wel doet denken aan de *Cedris*zaak.

In het *Milchkontor*arrest benadrukt het Europese Hof van Justitie dat de in die zaak toepasselijke Europese terugvorderingsbepaling niet de betrekkingen tussen de nationale autoriteiten en de ontvangers van de steun regelt. Expliciet stelt het Hof dat deze bepaling geen rechtsgrondslag vormt voor *de bevoegdheid* van de nationale autoriteiten om onverschuldigd betaalde steun terug te vorderen.⁴⁴ Dergelijke vorderingen worden beheerst door het nationale recht, aldus het Hof. Naar de betreffende rechtsoverwegingen is in veel latere arresten verwezen. Ik wil van die zaken slechts noemen een uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak *Regione Siciliana* tegen Commissie.⁴⁵ In die zaak stond, net als in de *Cedris*zaak, artikel 23 van de Coördinatieverordening centraal. Het Gerecht oordeelt met een verwijzing naar het *Milchkontor*arrest en een uitgebreide verhandeling over het systeem van gedeeld bestuur en de verantwoordelijkheden van de lidstaten daarbij, dat de lidstaten bij terugvorderingsmaatregelen handelen op basis van eigen bevoegdheden naar nationaal recht.⁴⁶ Deze uitspraak is nog in 2006 in hoger beroep bevestigd door het Hof van Justitie.⁴⁷

Op grond van deze jurisprudentie moesten lidstaten er bij de uitvoering van de structuurfondsen zelf voor zorgen dat zij, binnen hun nationale rechtsstelsels, uitvoerende autoriteiten aanwijzen en hen voldoende toerusten voor de uitvoering van hun communautaire handhavingstaken.

Ook in het *ESF*-arrest verwijst het Hof naar de *Milchkontor* uitspraak.⁴⁸ Maar niet zozeer in het kader van de bevoegdhedenkwestie. Het Hof wijst op

43 HvJ EG 21 september 1983, zaken 205-215/82 (*Deutsche Milchkontor*).

44 R.o. 20.

45 GvEA 8 juli 2004, zaak T-341/02. Zie over de rolverdeling tussen Gemeenschap en lidstaat op grond van Vo 4253/88 ook GvEA 18 oktober 2005, zaak T-60/03.

46 Zie met name de rechtsoverwegingen 59, 61, 70, 72.

47 HvJ EG 2 mei 2006, zaak C-417/04 P.

48 R.o. 38.

Milchkontor om te benadrukken dat het niet zo mag zijn dat een lidstaat een discretionaire bevoegdheid heeft bij de beoordeling of communautaire steun bij onregelmatigheden moet worden teruggevorderd. Kort en goed mag het niet zo zijn dat als misstanden worden geconstateerd de lidstaat zelf mag beslissen of het opportuun is om tot terugvordering over te gaan. Het antwoord van het Hof in de Cedriszaak concentreert zich dus op de verplichting voor de lidstaat en niet op de bevoegdheid van de nationale autoriteiten, waarnaar de Afdeling heeft gevraagd. Die verplichting bestaat zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, aldus het Hof.

Maar daarmee wordt geen antwoord gegeven op de gestelde vraag en het is bovendien een opmerking die weinig ter zake lijkt te doen. Immers, in de toepasselijke Nederlandse ESF-regeling was destijds een verplichting opgenomen voor de uitvoerende autoriteiten om bij onregelmatigheden handhavend op te treden;⁴⁹ niets geen opportunitiebeginsel dus. Het antwoord is bovendien gevaarlijk omdat – door de opmerking over bevoegdheidsattributie naar nationaal recht die niet nodig is om een handhavingsverplichting te doen ontstaan – de indruk wordt gewekt dat hier een uitspraak wordt gedaan over de bevoegdheidskwestie, waar ook zo uitdrukkelijk naar was gevraagd.

Maar als dat zo zou zijn, dan zou dat een vrij fundamentele koerswijziging zijn van het Hof op een belangrijk constitutioneel punt, waarover ook in andere lidstaten wordt gediscussieerd,⁵⁰ en dat lijkt mij om vier redenen niet waarschijnlijk. Ten eerste omdat dan zou worden afgeweken van de standaard Milchkontor jurisprudentie, terwijl daar nu juist expliciet naar wordt verwezen door het Hof. Ten tweede niet omdat het Hof in het vervolg van de uitspraak in de gebruikelijke bewoordingen stelt dat de terugvordering van de communautaire steun moet geschieden volgens de modaliteiten van het nationale recht.⁵¹ Ten derde niet omdat vergelijkbare bevoegdheidsvragen al vaker aan het Hof werden voorgelegd en het Hof tot nu toe geen eenduidige benadering heeft gekozen en beantwoording ervan ook regelmatig ontwijkt.⁵² En ten slotte niet omdat de omstandigheden van het Cedrisarrest niet wijzen op antwoorden van een zeer fundamentele aard. Het arrest werd namelijk gewezen zonder een conclusie van een advocaat generaal. Volgens het Statuut van het Hof is

49 Vgl. art. 14, lid 1 en art. 15, lid 4 van de destijds geldende Regeling Europees Sociaal Fonds, CBA 1994.

50 Vgl. bijvoorbeeld C. Herrmann & T. Kruis, Die Rückforderung vertraglich gewährter gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen unter Beachtung des Gesetzesvorbehalts, *EuR* 2007, p. 141 e.v. en H. Eberhard, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2008, p. 49-116.

51 R.o. 59.

52 Vgl. Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 26 e.v. en over deze vraag in staatssteunzaken: J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Subsidierrecht en staatssteun', in: *Staatssteun op het grensolak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR preadviezen 2005, p. 189 e.v.

het criterium voor het afzien van een conclusie 'dat in de zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is.'⁵³ Verder is het arrest gewezen door een kleine kamer die geen reden heeft gezien deze zaak, wegens het belang daarvan, naar een grote kamer te verwijzen,⁵⁴ wat in ieder stadium van het geding mogelijk is volgens het Reglement voor procesvoering van het Hof.

Gezien deze omstandigheden acht ik het veel waarschijnlijker dat het Hof met de betreffende rechtsoverweging de verplichting van lidstaten om onregelmatigheden met Europese subsidies aan te pakken heeft willen benadrukken. Misschien dat daarbij een rol heeft gespeeld dat alleen al in de Cedriszaak op vijf plaatsen wordt vermeld dat de nationale handhavingsbevoegdheden die voortvloeien uit de Awb discretionair van aard zijn. Het is voorstelbaar dat het Hof de indruk heeft gekregen dat er in Nederland wel erg nonchalant wordt aangekeken tegen de communautaire handhavingsverplichtingen. De nadruk die in het arrest op de handhavingsverplichting wordt gelegd past bovendien geheel in het Europese beleid waarin het bestrijden en voorkomen van fraude met Europese gelden steeds meer prioriteit krijgt. Al 13 jaar weigert de Europese Rekenkamer om een goedkeurende verklaring af te geven over de wettigheid en regelmatigheid van uitgaven van Europese gelden.⁵⁵ De steeds terugkerende krantenberichten over onregelmatigheden rond Europese bestedingen doen het imago van de Europese Unie bepaald geen goed. De goedkeuringsverklaring is dus inmiddels in Brussel een felbegeerd object geworden.⁵⁶ Er zijn al verschillende routekaarten en actieplannen door de Europese Commissie ontwikkeld⁵⁷ en op Europees niveau mag handhaving bij onregelmatigheden met Europese gelden beslist een 'hot issue' worden genoemd.⁵⁸

53 Artikel 20 van het Statuut, laatste zin luidt: 'Wanneer het Hof van oordeel is dat in de zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is, kan het Hof, de advocaat-generaal gehoord, beslissen dat de zaak zonder conclusie van de advocaat-generaal zal worden berecht.'

54 Vgl. art. 44, lid 4 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie.

55 Zie voor een overzicht van de oordelen van de Europese Rekenkamer over de begrotingsjaren 1994-2005 het EU-tendrapport 2007 van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 955, nr. 1-2, p. 49.

56 Waarvoor zelfs een speciaal actieplan werd gemaakt: Road Map to a Declaration of Assurance as scheduled: <http://ec.europa.eu/commission_barroso/kallas/positive_declaration_en.htm>

57 Zie onder meer de Mededeling over een stappenplan voor een geïntegreerd interne controlekader COM (2005), 252 en de Mededeling Actieplan van de Commissie voor een geïntegreerd interne controlekader COM (2006), 9. Zie over alle beleidsontwikkelingen op dit gebied Algemene Rekenkamer, EU tendrapport 2008, p. 21 e.v.

58 Vgl. ook Advocaat Generaal Y. Bot in zijn conclusie van 6 mei 2008 in de zaak Heemskerk/Schaap (C-455/06), waarin hij het Hof voorstelt te verklaren dat het gemeenschapsrecht op grond van het doeltreffendheidsbeginsel verplicht tot ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht door de nationale rechter buiten de grenzen van artikel 8:69 Awb om in gevallen waarin op die manier fraude met gemeenschapsgelden kan worden aangepakt. Zie r.o. 129 e.v. i.h.b. r.o. 144.

Het gaat dus waarschijnlijk om verklaarbare overwegingen van het Hof op dit punt, die slechts bevestigen wat wij al wisten, namelijk dat de lidstaten verplicht zijn te handhaven bij onregelmatigheden rond Europese subsidies. Dat is niets nieuws onder de zon. Dat ik daaraan desalniettemin zoveel aandacht schenk is omdat de kans op miscommunicatie op dit punt groot is. Waar de Afdeling vanuit de Nederlandse bevoegdheidsdiscussie vragen stelt, krijgt zij een antwoord vanuit de gedachte dat de financiële belangen van de Europese Gemeenschap moeten worden beschermd. Hoe de lidstaten aan hun verplichtingen op dit vlak kunnen voldoen, moeten zij (nog steeds) zelf uitzoeken van het Hof.

De Nederlandse bestuursrechter zal er voor moeten waken dat dit arrest door uitvoerende bestuursorganen wordt aangegrepen om besluiten te nemen over Europese subsidies zonder zich nog langer te storen aan het Nederlandse subsidierecht. Daarmee zouden wij terug keren naar de ongeordende toestanden van voorheen, waarin het soms volstrekt onduidelijk was welke Nederlandse autoriteit tot het verstrekken van Europese subsidies bevoegd was en welke regels daarbij in acht moesten worden genomen, met grote juridische wanorde en rechtsonzekerheid als gevolg.⁵⁹

De Nederlandse bestuursrechter doet er daarom goed aan om onverkort vast te houden aan de al uitgezette lijn dat, zolang er in Europese regels geen (uitputtende) bepalingen over een onderwerp zijn opgenomen, het Nederlandse subsidierecht in beginsel van toepassing is. Voor zover de grenzen van gelijkwaardigheid en vooral effectiviteit daardoor niet worden overschreden, gelden de regels van titel 4.2 Awb! Dit betekent dat er voor de verstrekking van Europese subsidies in beginsel een wettelijke regeling moet worden gemaakt, waarin staat wie de subsidie mag verstrekken en welke projecten voor subsidie in aanmerking kunnen komen. Zolang er op Europees niveau geen uitgewerkte regels van subsidierecht bestaan, kunnen alleen op die manier de rechtseenheid en rechtszekerheid worden gewaarborgd.

De Nederlandse wetgever dient er daarbij vanzelfsprekend voor te zorgen dat de uitvoerende bestuursorganen over de nodige bevoegdheden kunnen beschikken. Wanneer de nationale rechter toch ontbrekende bevoegdheden constateert kan worden vastgehouden aan de nationale legaliteitseis. Dat kan onder omstandigheden leiden tot een inbreukprocedure, met als gevolg dat de wetgever alsnog aan zijn verplichtingen voldoet. Zo is het ook gegaan in de nasleep van de BPM-subsidies. De inbreukprocedure die volgde op de BPM-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak leidde tot koortsachtige wetgevingsactiviteiten van de wetgever, resulterend in een wetsvoorstel Terugvor-

59 Zie daarover D.E. Comijs, *Europese structuurfondsen* (diss. UU), Deventer: Kluwer 1998.

dering staatssteun.⁶⁰ De tevredengestelde Commissie trok zich vervolgens uit de procedure terug. Overigens denk ik dat dit voor terugvordering van Europese subsidies niet eens nodig is.⁶¹ De Awb biedt op dat vlak voldoende handhavingsbevoegdheden. De werkelijke vraag is in welke gevallen van die bevoegdheid geen gebruik mag worden gemaakt. Met andere woorden: welke rol mogen het rechtszekerheidsbeginsel en gerechtvaardigd vertrouwen spelen bij *de toepassing* van de terugvorderingsbevoegdheid?

60 *Kamerstukken II 2007/08*, nr. 31 418. Daarover Van den Tweel 2008 en P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008.

61 Anders Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 106-108, waar in het kader van het vermijden van onduidelijkheden wordt gepleit voor een aanvulling van de handhavingsbepalingen in de Awb, waaruit duidelijk zou moeten worden dat die bevoegdheden steeds mogen worden gebruikt wanneer het EG-recht dat vordert. Naar mijn mening staat de tekst van de wet niet aan gebruikmaking van de bevoegdheden in Europese gevallen in de weg en is het slechts de toelichting die tot twijfel kan leiden. In die gevallen kan in het kader van de effectieve doorwerking van gemeenschapsrecht in beginsel worden aangesloten bij de wetstekst en is de wetshistorie niet doorslaggevend. Vgl. HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007, 277 en HR 6 juni 2008, *AB* 2008, 214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

5 | De toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van communautaire steun

Over de rol van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van communautaire steun is al veel Europese jurisprudentie verschenen.⁶² En ook daarin geldt de zaak *Milchkontor* als een klassieker. In dat arrest stelde het Hof vast dat het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel deel uitmaken van de communautaire rechtsorde. Wanneer met deze beginselen rekening wordt gehouden in nationale terugvorderingsregels komt dat dus in beginsel niet in strijd met het Europese recht, ook niet als dat Europese recht tot terugvordering verplicht.⁶³ Daarbij heeft het Hof expliciet aangegeven dat nationale regels die bij onzorgvuldig gedrag van de uitvoerende autoriteiten in de weg staan aan terugvordering, niet in strijd zijn met de Europese terugvorderingsplicht!⁶⁴ Volgens die jurisprudentie mag toepassing van het nationale recht (en daarin verwerkte nationale rechtsbeginselen) er dus toe leiden dat Europese subsidies niet kunnen worden teruggevorderd wanneer de nationale uitvoeringsorganisaties (ernstige) fouten hebben gemaakt.

Maar ook hier zijn er grenzen. Bij de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel moet de rechter bij de beoordeling van een terugvorderingsgeschil, wanneer hij een afweging maakt tussen de betrokken belangen, ten volle rekening houden met het belang dat de Gemeenschap heeft bij de terugvordering van subsidies die niet rechtmatig zijn besteed.⁶⁵ Bovendien stelt het Hof als eis voor een succesvol beroep op die beginselen dat de ontvanger van de Europese subsidie te goeder trouw moet zijn geweest.⁶⁶ Over de vraag welke ontvanger een nationale rechter te goeder trouw mag achten, geeft het Hof uitgebreide aanwijzingen.⁶⁷ Samengevat kan worden vastgesteld dat er behoorlijk strenge eisen worden gesteld aan de subsidie-

62 Zie daarover onder meer M.P. Gerrits-Janssens, 'Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun', *JB plus* 2001, p. 99 e.v., Schöndorf 2005, p. 334 e.v. en Jans e.a. 2007, p. 163 e.v.

63 Zie r.o. 30 en 31. Eerder al in die lijn zaak 265/78 (*Ferwerda*).

64 Zie daarover in het bijzonder zaak C-366/95 (*Steff-Houlberg*), r.o. 30 e.v.

65 Zie onder meer zaak C-205-215/82 (*Deutsche Milchkontor*; r.o. 32), zaak C-298/96 (*Oelmühle*; r.o. 24), zaak C-80-82/99 (*Flemmer*; r.o. 61) en zaak C-336/00 (*Huber*; r.o. 57).

66 Zie bijv. zaak C-366/95 (*Steff-Houlberg*), r.o. 14 e.v. C-298/96 (*Oelmühle*; r.o. 29) en zaak C-336/00 (*Huber*; r.o. 58), zaak C-158/06 (*Stichting ROM*), r.o. 31.

67 Vgl. HvJ EG 19 september 2002, C-336/00 (*Huber*).

ontvanger. Die moet zijn best hebben gedaan om volledig geïnformeerd te raken over de geldende voorschriften en zijn verplichtingen.

In het ESF-arrest van 13 maart kiest het Hof echter een andere aanpak. Nadrukkelijk wordt gesteld dat wat hier maar even de Milchkontorlijn wordt genoemd, alleen geldt in gevallen waarin het *nationale* vertrouwensbeginsel wordt toegepast in een terugvorderingsprocedure. Voor toepassing van nationale beginselen ziet het Hof in de voorgelegde ESF-zaken geen ruimte, nu uit artikel 23 van de Coördinatieverordening een terugvorderingsverplichting volgt voor de lidstaten. Uit die verplichting leidt het Hof, zonder veel omhaal van woorden, af dat aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven *overeenkomstig de regels voor het gemeenschapsrecht*.⁶⁸ Het Hof herhaalt daarna nog verschillende keren dat de nationale rechter het vertrouwensbeginsel *naar gemeenschapsrecht* verstaan moet toepassen.⁶⁹ Geen toepassing van een nationaal vertrouwensbeginsel dus, maar van een Europees vertrouwensbeginsel.

Deze formulering duidt erop dat het Hof bij de terugvordering van structuurfondssubsidies niet langer uitgaat van wat in Nederland de indirecte toepassing van gemeenschapsrecht wordt genoemd. De Europese terugvorderingsverplichting van artikel 23 van de Coördinatieverordening moet direct worden toegepast.

In de Nederlandse literatuur wordt naar Duits voorbeeld⁷⁰ al langer onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte toepassing van Europees recht, vooral bij terugvorderingsgeschillen waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt gedaan.

Van *indirecte toepassing* is sprake wanneer een nationaal orgaan EG-recht uitvoert met behulp van zijn nationale recht en de bevoegdheden die daarvoor worden gebruikt 'niet volledig of in het geheel niet zijn gecommunautariseerd'.⁷¹ Dat wil zeggen dat het communautaire recht niet precies regelt hoe de bevoegdheden moeten worden aangewend. In die gevallen zou er ruimte zijn voor de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel.

Van *directe toepassing* is sprake wanneer en voorzover de bevoegdheden die een nationaal uitvoeringsorgaan bij de uitvoering van een Europese regeling

68 R.o. 53.

69 R.o. 57 en 59.

70 Zie daarover de noot van R. Ortlep onder CBB 20 september 2007, AB 2007, 361.

71 Jans e.a. 2002, p. 221.

moet toepassen 'geheel zijn gecommunautariseerd.'⁷² Daarvan zou sprake zijn wanneer in de Europese regeling exact wordt omschreven onder welke voorwaarden het nationale orgaan communautaire steun, subsidie of restitutie moet verlenen en onder welke voorwaarden dient te worden ingetrokken en teruggevorderd. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven formuleert het zo dat het in dergelijke gevallen gaat om een geheel door het Europese recht gereguleerde (terugvorderings)verplichting, zodat slechts in het Europese recht redenen gevonden kunnen worden om op deze verplichting inbreuk te maken.⁷³

Belangrijke vraag daarbij is in welke gevallen men kan spreken van een 'vercommunautariseerde situatie', in die zin dat dwingendrechtelijk is voorgeschreven hoe bepaalde bevoegdheden moeten worden toegepast. In de Europese jurisprudentie waarin het Hof tot nu toe voor deze constructie koos, ging het vooral om handhavingszaken op het gebied van landbouwsubsidies en exportrestituties.⁷⁴ In de daarbij toepasselijke verordeningen, die overigens ook met behulp van nationale procedures worden uitgevoerd, wordt vaak gedetailleerd omschreven welk deel van de communautaire steun moet worden ingetrokken bij welke overtreding. Daarbij worden vaak glijdende sanctieschalen gebruikt en wordt doorgaans ook geregeld in welke gevallen van terugvordering kan worden afgezien, bijvoorbeeld in gevallen van overmacht. Je zou dus kunnen zeggen dat het vertrouwensbeginsel al door de Europese wetgever is verdisconteerd in die regelingen.

Maar artikel 23 van de Coördinatieverordening is niet zo'n soort bepaling. Daarin wordt slechts in algemene zin aangegeven dat onregelmatigheden door de lidstaten moeten worden voorkomen en worden vervolgd en dat door misbruik of nalatigheid verloren middelen moeten worden teruggevorderd. De bepaling wekt niet bepaald de indruk dat de Europese wetgever heeft bedoeld de terugvordering geheel en dwingend te regelen.⁷⁵ De Europese Commissie zag die bedoeling ook niet zo blijkt uit de ingebrachte opmerkin-

72 Vgl. Jans e.a. 2002, p. 221 en Jans e.a. 2007, p. 171. Zie bijv. HvJ 24 mei 2007, zaak C-45/05 (Schonewille-Prins), r.o. 64 en 65.

73 CBB 20 september 2007, AB 2007, 361, m.nt. R. Ortlep, eerder al iets anders geformuleerd: CBB 17 mei 2006, AB 2006, 313 (Campina Zuivel BV), m.nt. A.P.W. Duijkersloot en CBB 23 april 2007, AB 2007, 274, m.nt. A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep.

74 Vgl. bijv. HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00 (KCH), r.o. 84 e.v. en HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-248/04 (Cosun), r.o. 78 e.v.

75 Sterker nog, de bepaling lijkt sterk op de bepaling die Jans e.a. aanhalen als een duidelijk voorbeeld van een situatie waarin de terugvordering *niet* is vercommunautariseerd en waar dus ruimte is voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel. Zie Jans e.a. 2007, p. 171.

gen.⁷⁶ Desalniettemin neemt het Hof de nogal rigoureuze stap om ook deze bepaling als dwingendrechtelijk te beschouwen. Gevolg daarvan is als gezegd dat eindontvangers zich alleen nog met een beroep op het Europese vertrouwensbeginsel kunnen verzetten tegen terugvordering.

Een belangrijke praktische consequentie van toepassing van het Europese vertrouwensbeginsel, zoals het Hof voorschrijft, is dat daarmee het Nederlandse vertrouwensbeginsel zoals dat geldt in andere, uitsluitend door het nationale recht geregelde subsidierelaties, geheel buiten de deur wordt gezet.

Bij de toepassing van intrekings- en terugvorderingsbevoegdheden van de Awb bij Europese subsidies, kan niet (langer) een verantwoordelijkheidsverdeling worden gemaakt zoals die in Nederland gebruikelijk is en die in de Cedriszaak zou hebben geleid tot het oordeel dat de subsidiegelden niet of in ieder geval niet geheel kunnen worden teruggevorderd. Met schuld aan de kant van de subsidieverstrekker kan bij directe toepassing van artikel 23 Coördinatieverordening veel minder rekening worden gehouden. Immers, het vertrouwensbeginsel is daarin niet verdisconteerd. En volgens vaste jurisprudentie over het ongeschreven Europese vertrouwensbeginsel kunnen nationale praktijken die met het Europees recht in strijd zijn geen gewettigd vertrouwen doen ontstaan.⁷⁷

Dit betekent dat zodra de subsidiegelden zijn gebruikt in strijd met een Europese bepaling of een nationale uitvoeringsbepaling – dus zodra onregelmatigheden worden geconstateerd – de gelden *moeten* worden teruggehaald bij de eindontvanger. Die verplichting kan niet worden weggenomen door terugbetaling van de betreffende subsidiegelden door de lidstaat aan Europa, zo voegt het Hof daar in dit arrest nog en passant aan toe.⁷⁸ Ook dit standpunt is duidelijk strenger dan de indruk die in eerdere jurisprudentie werd gewekt⁷⁹ en roept de nodige vragen op. Welk belang heeft de Gemeenschap eigenlijk nog bij terugvordering wanneer onrechtmatig verstrekte of aangewende Europese subsidies al zijn terugbetaald? Op die vraag kom ik later terug.

76 De Commissie betoogde dat het nationale recht moest worden toegepast en daarbij het nationale vertrouwensbeginsel waarbij moest worden onderzocht of de begunstigde te goeder trouw was (vgl. r.o. 46).

77 Specifiek op het gebied van de tenuitvoerlegging van de structuurfondsen kan worden gewezen op de ook in het ESF-arrest aangehaalde zaken T-142/97 resp. C-453/98P (Branco/Commissie) en T-182/96 resp. C-465/99P (Partex/Commissie). In die zaken draaide het overigens om ontvangers die opkwamen tegen Commissiebeschikkingen waaruit bleek dat voor hun projecten minder communautaire steun zou worden uitbetaald en dus niet om terugvorderingsbeschikkingen van nationale autoriteiten.

78 R.o. 58.

79 Uit eerdere Europese jurisprudentie kon worden afgeleid dat in sommige gevallen, bijvoorbeeld bij nalatigheid van de lidstaat, genoeg kan of moet worden genomen met terugbetaling door de lidstaat: vgl. GvEA 8 juli 2004, zaak T-341/02, punt 73, met de nodige verwijzingen en onlangs nog HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM), r.o. 33.

Terugkerend naar onze Cedriszaak betekent het antwoord van het Hof mijn inziens dat de Afdeling bestuursrechtspraak het terugvorderingsbesluit van de Minister in stand zal moeten laten. Immers, op grond van de toenmalige Europese ESF-regeling had de subsidie niet verstrekt mogen worden. Nu artikel 23 niet spreekt over gedeeltelijke terugvorderingen of over situaties waarin van terugvordering kan worden afgezien, zoals in situaties van overmacht, lijkt het bij de directe toepassing van deze bepaling bovendien een alles-of-niets-situatie te worden. Voor Cedris lijkt alleen een schadevergoedingsactie naar nationaal recht nog enige uitkomst te kunnen bieden.⁸⁰ Waarschijnlijk zal het moeten gaan om een vordering op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) gebaseerd op de onrechtmatigheid van de handelingen die aan het omstreden terugvorderingsbesluit vooraf gingen en zal het slechts kunnen gaan om de zogenaamde dispositieschade.⁸¹

80 Uit de zaak Belovo (C-187/91) blijkt immers dat door nationale autoriteiten gewekte verwachtingen in beginsel aanleiding kunnen zijn voor een schadevergoedingsactie naar nationaal recht. Zie daarover A.W.H. Meij, 'Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur in de EG', *NTB* 1993, pp. 83 e.v.

81 Het is beslist niet eenvoudig om te bepalen welke rechtsgang Cedris daarvoor het best kan volgen. Vaststaat m.i. dat de bestuursrechter op grond van het EG-recht moet komen tot het oordeel dat besluiten tot intrekking en terugvordering van Europese subsidies in dit soort gevallen rechtmatig zijn. Dan rest er binnen het bestuursrecht slechts de mogelijkheid om een zelfstandig schadebesluit te vragen, maar de kans op succes langs die weg lijkt beperkt. Immers, het vertrouwensbeginsel wordt niet als grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen erkend, terwijl het *égalité*-beginsel evenmin een geschikte grondslag lijkt: wat de gelaedeerde partij wenst is immers een vergoeding van de schade die het gevolg is van de onrechtmatige handelingen die aan het (rechtmatige) terugvorderingsbesluit zijn voorafgegaan. Voor een casus als de Cedriszaak lijkt een erkenning van het vertrouwensbeginsel als grondslag voor 'nadeelcompensatie' wellicht wenselijk, maar naar de huidige stand van het recht is een civielrechtelijke actie op grond van een onrechtmatige daad waarschijnlijk de meest logische rechtsgang. Als gezegd zal deze actie moeten worden gebaseerd op de onrechtmatigheid van de handelingen die aan het omstreden terugvorderingsbesluit vooraf gingen (vgl. HR 2 februari 1990, Staat-Bolsius, AB 1990, 223) en die – in strijd met het EG-recht – het vertrouwen op een aanspraak op subsidiegelden hebben doen ontstaan (vgl. Jans e.a. 2002, p. 234). Daarbij is een lastig punt dat deze handelingen uiteindelijk zijn samen zijn gekomen in een (appellabel) besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen. Acht de burgerlijke rechter het handelen van het bestuursorgaan desalniettemin onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW, dan kan hij de staat veroordelen tot vergoeding van de door de arbeidsvoorzieningsorganisatie veroorzaakte schade, dus de dispositieschade. Daarbij moet worden opgemerkt dat die schade qua omvang al snel het uitgekeerde subsidiebedrag zal naderen, immers, zonder subsidie zouden de scholingsprojecten waarschijnlijk niet zijn uitgevoerd. Vanuit Europees perspectief is het echter op zijn minst merkwaardig te noemen wanneer subsidiegelden die moeten worden teruggevorderd omdat zij in strijd met het Europese recht werden besteed, uiteindelijk terugvloeien naar de eindontvanger in de vorm van een schadevergoeding. Daarnaast is de vraag in hoeverre het vertrouwensbeginsel in dit soort schadevergoedingszaken door de nationale rechter 'communautair' moet worden ingevuld nog niet beantwoord door het Hof van Justitie. Een schadevergoedingsprocedure in deze zaak zou dus zeker tot interessante jurisprudentie kunnen leiden.

De besproken verschuiving van indirecte naar directe toepassing van Europese handhavingsbepalingen mag niet geheel onverwacht worden genoemd. We hebben in de afgelopen jaren op tal van beleidsterreinen gezien dat de ruimte voor het nationale vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in terugvorderingszaken door het Hof stevig wordt teruggedrongen. Bekend is in dat verband vooral de staatssteunjurisprudentie. Officieel moet de nationale rechter bij terugvorderingen van onrechtmatige staatssteun het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepassen. Maar de randvoorwaarden daarbij zijn door het HvJ zodanig scherp geformuleerd dat er feitelijk geen situaties overblijven waarin de ontvanger met succes een beroep op het 'nationale' beginselen kan doen dan de situatie waarin de ontvanger navraag heeft gedaan bij de Europese Commissie.⁸² Formeel de toepassing van een nationaal vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel dus, maar materieel zo sterk ingekleurd door de Europese jurisprudentie dat van nationale variaties niets overblijft.

Op het gebied van de terugvordering van communautaire steun hebben we al eerder gezien dat het Hof nieuwe Europese verordeningen en terugvorderingsbepalingen aangrijpt voor het standpunt dat daarmee de terugvordering dwingendrechtelijk wordt geregeld.⁸³ Dan is er niet langer plaats is voor de toepassing van nationale beginselen. Met het ESF-arrest van 13 maart zet het Hof een stap verder op de eerder ingeslagen weg.

Met de steeds nadrukkelijker Europeesrechtelijke invulling van het nationale vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel is het onderscheid tussen de Europese en de nationale varianten van deze beginselen aan het vervagen. Door de verschuiving van indirecte naar directe toepassing van Europese handhavingsbepalingen vanuit het Europese landbouwrecht ook naar andere rechtsterreinen,⁸⁴ is er voor toepassing van nationale beginselen sowieso steeds minder ruimte. Daarmee wordt het toepasselijke recht steeds strenger voor de ontvangers van financiële bijdragen die in strijd met het Europese recht werden verstrekt of besteed. Vanaf 13 maart geldt de harde lijn kennelijk ook voor onrechtmatig verstrekte of bestede structuurfondssubsidies.

Deze ontwikkelingen kunnen worden verklaard vanuit de gedachte dat de EG meer grip wil krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijk

82 Zie daarover bijvoorbeeld P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, Kluwer: Deventer 2006, p. 110 e.v. en L. Hancher, T. Ottevanger, P.J. Slot (ed.), *EC State Aids*, London, Sweet & Maxwell 2006, p. 680 e.v. Zie ook HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM), AB 2007, 239, m.nt. Griffioen en Den Ouden, r.o. 30, waarin formeel sprake is van toetsing door de nationale rechter aan het nationale vertrouwensbeginsel, maar de toepassing van dit beginsel door het Hof volledig wordt ingevuld.

83 Bijvoorbeeld in zaak C-210/00 (Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co), r.o. 79 e.v.

84 Vgl. Jans e.a. 2002, p. 300.

en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen.⁸⁵ Zeker nu er zoveel prioriteit ligt bij het voorkomen en vervolgen van onregelmatigheden met Europese gelden, valt het ESF-arrest goed te verklaren. Consequentie is wel dat het financiële risico dat is verbonden aan Europese subsidies verder verschuift van de uitvoerende instanties naar de eindontvangers, de particulieren die de projecten uitvoeren. Het is de vraag of dat nu de meest voor de hand liggende constructie is. Het gaat bij de structuurfondssubsidies immers om gemengd bestuur, waarin veel medeverantwoordelijkheid ligt voor de vormgeving en de uitvoering van het stimuleringsbeleid. De nationale autoriteiten fungeren op dit gebied *niet*, zoals bij veel landbouwsubsidies en fiscale regelingen, als een soort uitvoeringsinstantie. Zij zijn partners van de Commissie. In dat kader zijn zij verantwoordelijk voor het opstellen van goede nationale uitvoeringsregels, het selecteren van veelbelovende projecten om te subsidiëren en de juiste vormgeving van de subsidiërelaties die daarop volgen. Niet duidelijk is waarom een ontvanger van Europese subsidies in een dergelijk stelsel niet zou mogen vertrouwen op nationale uitvoeringsregelgeving en het handelen van de nationale uitvoeringsautoriteiten.

Het is goed om te benadrukken dat dat voor de huidige Europese structuurfondsregelingen niet anders ligt. De huidige Europese structuurfondsverordeningen⁸⁶ bieden weliswaar aanzienlijk meer houvast bij de specifieke verplichtingen waaraan eindontvangers moeten voldoen dan in de jaren 90 van de vorige eeuw, maar de terugvorderingsbepalingen hebben ook nu nog een vrij algemeen karakter⁸⁷ en gaan duidelijk uit van de uitvoering van handhavings-taken met behulp van 'de institutionele, juridische en financiële systemen van de lidstaat'.⁸⁸ Ook de huidige regelgeving bevat wel een algemene terugvorderingsplicht, maar geen uitgewerkte regels van sanctierecht, zoals sanctieschalen of regels van overmacht. Er is dus niets dat erop wijst dat de Europese wetgever een uitputtend handhavings- of sanctierecht op dit terrein heeft willen creëren. De vraag is of het in zo'n geval verstandig is om als gemeenschapsrechter verder te gaan en de uitgangspunten van het gemengd bestuur bij de handhaving te verlaten.

Deze vraag wordt dringender nu er ook weinig reden is om terugvorderingen van Europese subsidies in *alle* gevallen te bevelen. Anders dan bij staatssteun is er geen gevaar dat de lidstaat en de ontvanger onder één hoedje spelen om

85 Jans e.a. 2007, p. 172.

86 M.n. Vo 1083/2006 (de algemene structuurfondsenverordening) en Vo 1828/2006 (Uitvoeringsbepalingen).

87 Zie m.n. Vo 1083/2006 art. 70 en Vo 1828/2006, artikelen 27-36.

88 Vo 1083/2006 art. 59, derde lid.

de Europese regels te ontduiken.⁸⁹ Immers, als fouten bij de uitvoering in beginsel op de schouders van de lidstaat drukken, kan dat de lidstaat veel geld kosten, zoals na de ESF-affaire in Nederland ook pijnlijk duidelijk is geworden.

Uit recent onderzoek⁹⁰ is gebleken dat juist die financiële schade in Nederland fungeerde als een krachtige motor bij de vormgeving van een zeer professioneel nationaal controle en handhavingsapparaat: het ESF agentschap bij het Ministerie van SZW. Dit agentschap blijkt bij de uitvoering van de handhavingstaken zeer Europees georiënteerd te werk te gaan. Er wordt gehandeld in nauw overleg met de Europese rekenkamer en de Europese Commissie. Dit agentschap speelde ook een belangrijke rol bij de totstandkoming van de zogenaamde nationale verklaring,⁹¹ waarmee tegemoet wordt gekomen aan een dringend verzoek van de Europese Commissie. Van de verklaring wordt namelijk verwacht dat deze zal bijdragen aan het verzekeren van de rechtmatigheid van de communautaire uitgaven.

89 Het Hof heeft eerder zelf ook aangegeven dat deze jurisprudentie niet onverkort kan worden toegepast bij de terugvordering van communautaire steun, 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. Zie daarover ook Jans e.a. 2007, p. 179 e.v.

90 Vgl. P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: BJu 2008, p. 215 e.v.

91 Een verklaring waarmee de besteding van communautaire gelden in Nederland met één eindverslag wordt verantwoord richting de Europese Commissie, wat tot nu toe slechts gebeurt met betrekking tot de landbouwigtingaven. Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 455, nr. 6. Zie ook de bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 31 335, nr. 5.

6 | Conclusie

Kort samengevat kan worden vastgesteld dat het ESF-arrest van het Hof tot veel discussie aanleiding heeft gegeven. Ik vind het onwaarschijnlijk dat het Hof de knoop heeft willen doorhakken in de discussie over de vraag of nationale bestuursorganen rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontlenen aan bepalingen in Europese verordeningen die gericht lijken te zijn tot de lidstaat. De Nederlandse bestuursrechter moet er daarom voor waken dat het ESF-arrest wordt misbruikt door Nederlandse bestuursorganen door in gevallen waarin nationale bevoegdheidsbepalingen ontbreken, niet bestaande (Europese) bevoegdheden te claimen. Waar de nodige bevoegdheden ontbreken, is de wetgever aan zet. Zo is de rolverdeling in onze rechtstaat.

Het ESF-arrest brengt wel mee dat de handhavingsbepalingen van Europese structuurfondsverordeningen voortaan direct moeten worden toegepast,⁹² ook nu zij daarvoor eigenlijk niet geschikt zijn. De Europese wetgever heeft namelijk steeds gekozen voor de uitvoering van de Europese structuurfondsen in gemengd bestuur en daarbij zijn nationale uitvoeringsbepalingen nu eenmaal onontbeerlijk. Nu de Europese rechter de uitgangspunten van gemengd bestuur bij de handhaving lijkt te hebben verlaten, is het evenwicht tussen het Europese en het nationale subsidierecht aan het wankelen gebracht. Meer rechtsonzekerheid is het gevolg.

Ik zie twee oplossingsrichtingen. Ten eerste kan de Europese wetgever zoals voorheen gebruikelijk was, uitdrukkelijk bepalen in Structuurfondsverordeningen dat de uitvoering en de handhaving door de lidstaten moet worden vormgegeven met behulp van het nationale recht.

Het is ook mogelijk dat de Europese wetgever wel iets ziet in een meer uniforme handhaving in de lidstaten. Dan wordt in ieder geval wat betreft de handhaving het uitgangspunt van gemengd bestuur verlaten. Maar dan zullen op Europees niveau ook geschikte rechtsregels over handhaving moeten worden geformuleerd.

⁹² Ik geloof niet dat het arrest op dit punt slechts sprake is van een 'ongelukkige redactie', vgl. A.J. Bok in zijn annotatie onder *JB* 2008, 104.

Tot die tijd zullen wij het moeten doen met wat er is: de zeer algemeen geformuleerde Europeesrechtelijke verplichting tot handhaving om bij iedere geconstateerde onregelmatigheid tot terugvordering over te gaan. De rechtstreekse toepassing daarvan leidt tot een verschuiving van de financiële risico's van uitvoerende overheden naar de uiteindelijke subsidieontvangers. Nederlandse uitvoerende instanties dienen aanvragers daarover zou goed mogelijk te informeren, zodat zij weten waaraan zij beginnen. Want bij Europese subsidies blijft waakzaamheid meer dan ooit geboden!

7 | Dankwoord

Het is tijd om af te ronden met de gebruikelijke dankwoorden.

Om te beginnen wil ik een ieder bedanken die aan mijn benoeming heeft bijgedragen. Speciale vermelding daarbij verdienen vanzelfsprekend het College van Bestuur dat het formele benoemingsbesluit heeft genomen, het faculteitsbestuur en de externe en interne leden van de benoemingscommissie.

Ook past een woord van dank aan mijn promotor, Thijs Drupsteen. Zonder zijn concrete voorstel was ik nooit op de gedachte gekomen om een proefschrift te schrijven en zouden dus ook verdere wetenschappelijke avonturen aan mij voorbij zijn gegaan. Het kan mij nog steeds verbazen Thijs dat jij in die student van toen, waarover ik verder maar niet zal uitweiden, iemand herkende die daarvoor geschikt zou kunnen zijn.

Dat proefschrift werd geschreven aan de Hugo de Grootstraat, waar het vaak stonk, altijd te warm was of juist te koud en groene smurrie uit de stopcontacten droop. Dankzij mijn bijzondere collega's van toen, waaronder Gerard van Ballegooij, Marco Lurks, Jon Schilder en kamergenoot Inez Kleijs, ging ik toch met veel plezier naar mijn werk.

Na de promotie volgde een moeilijke periode van reorganisatie en bezuiniging. Toch heb ik aan die tijd ook goede herinneringen. Van Jaap Polak leerde ik veel over het bestuursrecht in de praktijk en andere zaken. Ik vind het bijzonder Jaap dat je zoveel tijd en energie hebt gestoken in de wederopbouw van de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht. Ik hoop dat wij nog lang collega's zullen zijn in onze afdeling.

Trots en dankbaar ben ik als ik de afdeling staats- en bestuursrecht nu zie groeien en bloeien. De combinatie van wetenschappelijke ambitie met enthousiasme en loyaliteit naar elkaar is bijzonder. Ik kan mij geen prettiger werk-omgeving voorstellen, dus dank daarvoor aan al mijn collega's.

Met Tom Barkhuysen, Janneke Gerards, Michiel van Emmerik en sinds januari gelukkig ook weer Wim Voermans, werk ik met veel plezier samen in het dagelijks bestuur van de afdeling staats- en bestuursrecht. Beste DB'ers met jullie

ervaar ik dagelijks wat een winst je kunt boeken wanneer verschillende karakters werkelijk samenwerken. Ik hoop dat wij nog lang een team zullen vormen.

Ook Lex Michiels mag in mijn dankbetuigingen niet ontbreken. De afgelopen jaren heb ik in verschillende verbanden veel van jou geleerd, bijvoorbeeld dat het schrijven en discussiëren over bestuursrecht ook leuk en enthousiasmerend kan worden aangepakt en dat geduld niet altijd een schone zaak is!

Ik moet bekennen dat het me gerust stelt dat er meer mensen zijn met zo'n vreemde liefde als het subsidierecht. Alleen al om die reden wil ik Nico Verheij en Rianne Jacobs vandaag noemen. Ik hoop dat wij nog lang met elkaar kunnen werken aan een volwaardige wetenschappelijke status van dit voor de praktijk zo belangrijke rechtsterrein!

Dames en heren studenten. Ik heb in de afgelopen jaren veel werkgroepen begeleid en colleges verzorgd en ik zal dat met veel plezier blijven doen. Daarbij zal ik steeds proberen uw harten, waarin een soort voorgeprogrammeerde voorkeur voor het civielrecht lijkt te liggen (u hoort hier mijn frustratie), te winnen voor het mooie vak van het staats- en bestuursrecht.

Er zijn vandaag veel lieve familieleden en vrienden aanwezig. Dat maakt dit moment voor mij extra bijzonder.

Er is geen tijd om jullie allemaal bij naam te noemen, we moeten nodig naar de borrel. Maar voor mijn vader en moeder, Liset, Jan, Anita en Renée moet ik een uitzondering maken. Dank voor jullie vertrouwen, aanmoedigingen en praktische steun in de afgelopen jaren.

Koen en Janna, ten slotte, komen aan het einde van deze rede, zoals jullie er zijn aan het begin en het einde van iedere dag; dat is mijn grootste geluk.

Ik heb gezegd.