

AB 2007, 96

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer)

,
2 augustus 2006
, nr200502880/1, LJN:AY5506
(Mrs. Slump, Van den Brink, Roemers)

Wetgeving:

Awb art. 4:36; Awb art. 4:49; EG-verord. nr. 4253/88 art. 23

Essentie

Formele rechtskracht: de onaantastbaarheid van een vaststellingsbeschikking onder ontbindende voorwaarde; legaliteitsbeginsel; eis van een deugdelijke urenadministratie; vertrouwensbeginsel.

Samenvatting

Zoals onder 2.7 overwogen heeft het besluit tot subsidievaststelling van 9 juni 1999 een voorwaardelijk karakter, aangezien de ingediende einddeclaratie onderwerp kan uitmaken van toekomstige controle(s). Hiermee is uitdrukkelijk beoogd dat gebreken of onvolledigheden, die mochten blijken uit deze controle(s), tot intrekking van de subsidievaststelling kunnen leiden. (...) Vast staat dat tegen het besluit van 9 juni 1999, dat een rechtsmiddelenclausule bevatte, door appellante geen bezwaar is gemaakt. Bezwaar is eerst gemaakt tegen het besluit van 23 oktober 2002. Gelet hierop kan de rechtmatigheid van het besluit van 9 juni 1999 — en ook van het in dit besluit gemaakte voorbehoud — thans niet meer aan de orde zijn. Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen.

Uit de art. 10 en 14 van de ESF-regeling volgt dat de deelnemersadministratie moet zijn te controleren aan de hand van een urenregistratie. Niet in geschil is dat de door appellante overgelegde urenadministratie bestaat uit maandoverzichten die zijn afgetekend door de projectleider en de deelnemers. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de per dag door de deelnemers en een projectmedewerker afgetekende weekstaten de originele en derhalve meest relevante bewijsstukken vormen aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd of de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Gelet hierop, had appellante dan ook de dagelijks bijgehouden urenregistratie moeten overleggen. (...)

Op grond van de kwartaalrapportages kon niet worden vastgesteld of de onderliggende projectadministratie, waaronder de urenadministratie, juist en volledig was als bedoeld in de ESF-regeling. (...) De minister heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat in het onderhavige geval geen sprake is van een projectadministratie die voldoet aan de eisen neergelegd in art. 10 ESF-regeling en dat geen sprake is van ten opzichte van appellante gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen.

Partijen

De provincie Zuid-Holland, appellante, tegen de uitspraak in zaak nr. AWB 03/3884 van de Rb. 's-Gravenhage van 20 april 2004 in het geding tussen:

appellante

en

de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 9 februari 1998 heeft de Regionale Directie voor de Arbeidsvoorziening Rijnmond (de Regionale Directie) appellante op grond van de Regeling Europees Sociaal Fonds (CBA 1994, *Stcrt.* 1994, 239, zoals nadien gewijzigd; de ESF-regeling) voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 1998 een subsidie van maximaal f 256 640,00 (€ 116 458,15) verleend voor het project 'Arbeidsplaatsen (verstandelijk gehandicapten)' (het project).

Bij besluit van 9 juni 1999 heeft de Regionale Directie de subsidie vastgesteld op f 166 816,00 (€ 75 697,80).

Bij besluit van 23 oktober 2002 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister), als rechtsoptvolger van de Regionale Directie, de subsidie op nihil vastgesteld en het bedrag van f 128 320,00 (€ 58 229,08) teruggevorderd.

Bij besluit van 31 juli 2003 heeft de minister het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 20 april 2004, verzonden op 21 april 2004, heeft de Rb. 's-Gravenhage (de rechtbank) het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht. (niet opgenomen, *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief, bij de Centrale Raad van Beroep ingekomen op 2 juni 2004, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 19 juli 2004. Deze brieven zijn aangehecht. (niet opgenomen, *red.*).

Bij brief van 20 augustus 2004 heeft de minister van antwoord gediend.

Op 17 maart 2005 heeft de Centrale Raad van Beroep het hoger beroep doorgezonden naar de Afdeling.

De Afdeling heeft de zaak, tegelijk met de zaak 200 503 130/1, ter zitting behandeld op 7 december 2005, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. H.C. van Olden, advocaat te Utrecht, en de minister, vertegenwoordigd door mr. F. Gelauff, ambtenaar bij het ministerie, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1

De subsidie is verstrekt uit het Europees Sociaal Fonds, één van de structuurfondsen van de Europese Gemeenschappen. Dit Fonds vindt zijn grondslag in de art. 146 en 158 EG-Verdrag. Op grond van artikel 158 van het EG-Verdrag wordt onder meer het Europees Sociaal Fonds ingezet bij het voeren van een Europese structuurpolitiek. Op grond van de art. 161, 163 en 209 EG-Verdrag zijn twee kaderverordeningen vastgesteld waarin de hoofdlijnen van het structuurfondsenbeleid zijn neergelegd, namelijk de Verordening nr. 2052/88 van 24 juni 1988 betreffende de taken van de Fondsen met structurele strekking, hun doeltreffendheid alsmede de coördinatie van hun bijstandsverlening onderling en met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten, zoals gewijzigd in art. 1 Verordening nr. 2081/93 (*Pb. EG* 1993 L 193/5), en de Verordening nr. 4253/88 van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van de Verordening nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds, zoals gewijzigd in artikel 1 van de Verordening nr. 2082/93 (*Pb. EG* 1993 L 193/20). Onder verwijzing naar voormelde verordeningen en de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 17 augustus 1994, nr. C(94)1414, waarbij de Commissie het Enig Programmerings Document voor de structurele bijstandsverlening door de Gemeenschap (het ESF) voor het gehele Nederlandse grondgebied met betrekking tot doelstelling 3 heeft goedgekeurd voor de periode van 1 januari 1994 tot en met 31 december

1999, heeft het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening besloten tot vaststelling van de ESF-regeling.

2.2

Nu de subsidie is verleend na 1 januari 1998, is ingevolge art. III lid 1 Wet van 20 juni 1996 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche *AwbStb.* 1996, 333), welke wet op 1 januari 1998 in werking is getreden, titel 4.2. Awb hierop van toepassing.

2.3

Ingevolge art. 4:37 lid 1 aanhef en onder b Awb, kan het bestuursorgaan de subsidieontvanger verplichtingen opleggen met betrekking tot de administratie van aan de activiteiten verbonden uitgaven en inkomsten.

Ingevolge art. 4:49 lid 1 Awb 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 subsidieontvanger 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 art. 4:57 Awb, voor zover thans van belang, kunnen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld nog geen vijf jaren zijn verstreken.

2.4

Ingevolge art. 2 lid 1 ESF-regeling kan met inachtneming van de bepalingen van deze regeling aan een aanvrager subsidie ten laste van het Europees Sociaal Fonds worden verleend.

Ingevolge art. 5 lid 1 ESF-regeling, voor zover thans van belang, kan subsidie slechts worden verleend voor de navolgende kosten:

- a. kosten van instructiepersoneel;
- b. exploitatiekosten;
- c. inkomen en vergoedingen deelnemers;
- d. aan het project toerekenbare overheadkosten;
- e. andere door het Comité van Toezicht voor vergoeding aangewezen kosten.

Ingevolge art. 10 lid 1 ESF-regeling draagt de aanvrager er zorg voor dat een aparte projectadministratie wordt gevoerd, bestaande uit een deelnemersadministratie en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken. Waar mogelijk dienen voldoende waarborgen te bestaan ten aanzien van functiescheiding.

Ingevolge het tweede lid van dat artikel geeft de deelnemersadministratie inzicht in de geplande, gerealiseerde en geprognosticeerde prestaties in termen van deelnemers en uren.

Ingevolge het derde lid van dat artikel geeft de financiële administratie inzicht in de subsidiabele kosten en de wijze waarop de inkomsten en uitgaven aan het project worden toegerekend. Deze bevat derhalve:

- a. baten en lasten;
- b. inkomsten en uitgaven;
- c. vorderingen op ESF en/of derden;
- d. schulden aan ESF en/of derden.

Ingevolge het vierde lid van dat artikel dient de administratie aldus te zijn opgezet dat deze voldoende waarborgen biedt voor correcte en adequate tussentijdse rapportages.

Ingevolge het vijfde lid van dat artikel biedt de administratie voldoende mogelijkheden voor

een goede accountantscontrole en controle op de juiste naleving van de subsidievoorwaarden. Ingevolge art. 11 lid 1 ESF-regeling rapporteert de aanvrager binnen twee weken na afloop van elk kwartaal, alsmede tussentijds, in geval van bijzondere omstandigheden, door volledige en waarheidsgetrouwe informatie te geven over de voortgang van het project waarvoor subsidie is verleend door middel van daarvoor ter beschikking gestelde standaardformulieren, waarvan het model is vastgesteld door het Centraal Bestuur.

Ingevolge art. 14 lid 1 ESF-regeling wordt het definitieve subsidiebedrag vastgesteld aan de hand van de ingediende declaratie als bedoeld in art. 13 en met inachtneming van hetgeen overigens is gebleken. Het definitieve subsidiebedrag is niet hoger dan het bedrag van de toezegging, noch hoger dan het bedrag dat controleerbaar en in overeenstemming met de voorschriften van deze regeling is.

2.5

De toelichting op art. 5 ESF-regeling geeft aan dat, aangezien het logischerwijs niet de bedoeling is dat kosten aan ESF-projecten worden toegerekend die hiervoor feitelijk niet zijn gemaakt, dan wel hoger uitvallen dan gebruikelijk is (bijvoorbeeld het oversalariëren van ingezette mankracht, aanschaf van onevenredig dure hulpmiddelen etc.), ruimte is gelaten voor een toetsing door de besluitnemer.

De toelichting op art. 10 ESF-regeling vermeldt dat het vereiste van een goede projectadministratie van groot belang is. De opgevoerde kosten moeten aantoonbaar zijn op factuurniveau. Een onjuiste, onvolledige of ontoegankelijke administratie belemmert een goede accountantscontrole en dus een goede eindverantwoording. De aanvrager is ervoor verantwoordelijk dat wordt zorg gedragen voor een administratie die voldoet aan de daaraan te stellen eisen en dat de bevoorschotting en eindbetaling (financiering) van het project tijdig en ongestoord verloopt, conform de door het ESF gestelde eisen, aldus de toelichting.

De toelichting op art. 11 vermeldt dat om de voortgang van een project goed te kunnen volgen, tijdig en adequaat te kunnen ingrijpen, alsmede een goede analyse te kunnen uitvoeren van de haalbaarheid van (vervolg-)projecten op een goede manier over de voortgang en eindresultaten van het project dient te worden gerapporteerd. De inhoud van deze rapporten dient een gelijkwaardige kwaliteit en juistheid te hebben als de eindverantwoording. Afwijkingen van de tussenrapportages op fundamentele onderdelen zullen hierdoor beperkt blijven. Tevens is gekozen voor een actieve melding van gebeurtenissen die een project aanmerkelijk beïnvloeden, opdat de verdere voortgang kan worden bepaald.

2.6

Op 13 november 1997 heeft appellante een subsidie aangevraagd voor het project. Het project is gericht op de toeleiding van verstandelijk gehandicapten naar de arbeidsmarkt door middel van trajectbegeleiding. Bij besluit van 9 februari 1998 heeft de Regionale Directie een subsidie van maximaal f 256 640,00 (€ 116 458,15) verleend. Hierbij is de verplichting opgelegd dat de aanvrager een aparte projectadministratie voert, bestaande uit een deelnemers- en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens, tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken.

Bij besluit van 9 juni 1999 heeft de Regionale Directie de subsidie vastgesteld op het bedrag van f 166 816,00 (€ 75 697,80). Bij besluit van 23 oktober 2002 heeft de minister de subsidie op nihil vastgesteld en het bedrag van f 128 320,00 (€ 58 229,08) teruggevorderd. De minister heeft de nihilstelling gebaseerd op een rapport van 21 maart 2002, opgesteld door het Team Interne Controle, waarin onder meer is geconstateerd dat de urenadministratie niet voldoet aan de ESF-regeling, nu de dagelijks bijgehouden registratie is weggegooid.

Appellante heeft thans enkel maandoverzichten overgelegd die eerst na afloop van de projectperiode door de deelnemers en de projectmedewerker zijn ondertekend, aldus het rapport. Bij besluit van 31 juli 2003 heeft de minister het tegen het besluit van 23 oktober

2002 door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en dat besluit gehandhaafd.

2.7

In het besluit van 9 juni 1999 is opgenomen dat de subsidievaststelling een voorwaardelijk karakter heeft, aangezien de ingediende einddeclaratie voorwerp kan uitmaken van toekomstige controle(s). Blijkens het besluit is hiermee uitdrukkelijk beoogd dat gebreken of onvolledigheden, die mochten blijken uit deze controle(s), tot intrekking van de subsidievaststelling kunnen leiden.

2.7.1

Naar het oordeel van de Afdeling dient het besluit van 9 juni 1999 gelet op de inhoud, de verwijzing naar art. 14 ESF-regeling en de systematiek van de ESF-regeling te worden aangemerkt als het besluit tot subsidievaststelling. In het besluit wordt expliciet gesteld dat, gelet op het bepaalde in art. 14 ESF-regeling, wordt beslist tot vaststelling van de navolgende subsidieverlening. Gesteld wordt verder dat het vastgestelde subsidiebedrag is berekend aan de hand van de projectbeschrijving, de bereikte resultaten, de eindrapportage en de projectkosten en -inkomsten als opgegeven in de einddeclaratie. Ook dit kan naar het oordeel van de Afdeling niet op iets anders duiden dan op een vaststelling. Nu het besluit van 9 juni 1999 de subsidievaststelling betreft, betreft het besluit van 23 oktober 2002 de intrekking van de subsidievaststelling.

2.8

Appellante betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat geen sprake is van het schenden van een aan de subsidieverlening verbonden hoofdverplichting en mitsdien de subsidie ten onrechte op nihil is vastgesteld. Daartoe voert zij aan dat in de ESF-regeling niet is vastgelegd wanneer sprake is van een juiste en volledige urenadministratie. Volgens haar is ook sprake van een deugdelijke urenadministratie indien de uren per dag in de computer worden ingevoerd en gecontroleerd en vervolgens een maandstaat wordt uitgeprint. Een dergelijke maandstaat dient als een brondocument te worden gekwalificeerd; een dagelijks bijgehouden registratie is niet noodzakelijk.

2.8.1

Uit de art. 10 en 14 ESF-regeling volgt dat de deelnemersadministratie moet zijn te controleren aan de hand van een urenregistratie. Niet in geschil is dat de door appellante overgelegde urenadministratie bestaat uit maandoverzichten die zijn afgetekend door de projectleider en de deelnemers. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de per dag door de deelnemers en een projectmedewerker afgetekende weekstaten de originele en derhalve meest relevante bewijsstukken vormen aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd of de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Gelet hierop, had appellante dan ook de dagelijks bijgehouden urenregistratie moeten overleggen. De rechtbank heeft dan ook evenzeer met juistheid overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat appellante niet heeft voldaan aan de verplichting dat in de deelnemers- en de financiële administratie alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken. Er is dan ook geen sprake van een projectadministratie die voldoet aan de eisen neergelegd in art. 10 ESF-regeling. Of en zo ja welke kosten subsidiabel zijn, als bedoeld in art. 5 en bijlage 2 ESF-regeling, kan dan ook niet worden vastgesteld, hetgeen wezenlijk is voor een juiste uitvoering van die regeling. Het betoog van appellante faalt derhalve.

2.9

Voorts betoogt appellante dat de wijziging van de subsidievaststelling en de daaruit voortvloeiende terugvordering in strijd is met het vertrouwensbeginsel. Daartoe voert zij aan dat bij tussentijdse controles door het Team Interne Controle, onder meer de preventieve controle neergelegd in een rapport van 20 oktober 1998, nooit is gevraagd naar

brondocumenten en nooit is aangegeven dat de administratie ondeugdelijk was. Voorts stelt appellante dat zij uit de correct bevonden kwartaalrapportages heeft mogen afleiden dat de aan de subsidieverlening verbonden verplichtingen adequaat werden nageleefd.

2.9.1

Anders dan appellante betoogt, heeft zij geen gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontlenen aan het rapport van het Team Interne Controle van 20 oktober 1998. Het rapport geeft slechts aan dat het Team Interne Controle vooralsnog concludeert dat sprake is van een adequate projectadministratie. Het rapport bevat dan ook niet meer dan een voorlopige conclusie. Uit de stukken blijkt voorts dat de beoordeling en behandeling van de kwartaalrapportages plaatsvond op administratief niveau en dat in dit verband alleen werd gekeken of het juiste formulier was gebruikt, of de optellingen klopten en of de rapporten in overeenstemming waren met de door de subsidieaanvrager in de aanvraag opgenomen begroting en met mogelijke eerdere kwartaalrapportages. Voorts is van de zijde van de minister aangegeven dat veel meer dan deze standaardcontrole niet mogelijk was, omdat de onderliggende administratie niet werd meegezonden met de kwartaalrapportages. Niet is gebleken dat deze weergave niet juist is. Nu ook appellante wist althans kon weten dat de onderliggende administratie niet werd meegezonden, kon appellante ervan op de hoogte zijn dat het feit dat in de kwartaalrapportages geen opmerkingen zijn gemaakt omtrent de urenregistratie slechts van beperkte waarde was. Gelet hierop kon op grond van de kwartaalrapportages, gelijk de minister heeft aangegeven, niet worden vastgesteld of de onderliggende projectadministratie, waaronder de urenadministratie, juist en volledig was als bedoeld in de ESF-regeling. Dat in de kwartaalrapportages nooit is aangegeven dat de urenadministratie niet deugdelijk was, kan uitsluitend zien op hetgeen uit die rapportages blijkt en strekt zich dus niet uit over controle naar de onderliggende administratie. De verplichting tot het uitbrengen van tussentijdse kwartaalrapportages, zoals opgenomen in art. 11 ESF-regeling, richt zich tot de subsidieontvanger en niet ook tot het bestuursorgaan dat de subsidie heeft verleend. Ingevolge art. 14 ESF-regeling dient voor de vaststelling van de subsidie bovendien de einddeclaratie als uitgangspunt en niet de kwartaalrapportage. In dat licht dient ook hetgeen in de toelichting op art. 11 ESF-regeling is aangegeven te worden begrepen. Gelet op het vorenstaande heeft appellante aan de omstandigheid dat in de kwartaalrapportages nooit is aangegeven dat de urenadministratie niet deugdelijk was evenmin gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontlenen dat de projectadministratie voldeed aan de in de ESF-regeling gestelde eisen. De kwartaalrapportages betreffen immers een beperktere controle dan de eindrapportage en dienen een beperkter doel.

2.10

Gelet op het vorenoverwogene, heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat in het onderhavige geval geen sprake is van een projectadministratie die voldoet aan de eisen neergelegd in art. 10 ESF-regeling en dat geen sprake is van ten opzichte van appellante gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen.

2.11

Zoals onder 2.7 overwogen is in het besluit van 9 juni 1999 opgenomen dat de subsidievaststelling een voorwaardelijk karakter heeft, aangezien de ingediende einddeclaratie onderwerp kan uitmaken van toekomstige controle(s) en is hiermee uitdrukkelijk beoogd dat gebreken of onvolledigheden, die mochten blijken uit deze controle(s), tot intrekking van de subsidievaststelling kunnen leiden.

Vast staat dat tegen het besluit van 9 juni 1999, dat een rechtsmiddelenclausule bevatte, door appellante geen bezwaar is gemaakt. Bezwaar is eerst gemaakt tegen het besluit van 23 oktober 2002. Gelet hierop kan de rechtmatigheid van het besluit van 9 juni 1999 — en ook van het in dit besluit gemaakte voorbehoud — thans niet meer aan de orde zijn. Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking

van de subsidievaststelling wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen.

2.12

Gelet op het vorenoverwogene staat vast dat appellante de aan de subsidie verbonden verplichtingen niet heeft nageleefd en dat dientengevolge de door haar ingediende einddeclaratie gebreken en onvolledigheden vertoont. De in het besluit van 9 juni 1999 vermelde omstandigheden op grond waarvan de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling, hebben zich dan ook voorgedaan. Nu appellante de subsidie heeft aangevraagd rustte ingevolge art. 10 ESF-regeling op haar de verplichting dat een aparte projectadministratie zou worden gevoerd, bestaande uit een deelnemers- en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zouden zijn vastgelegd en zouden zijn te verifiëren met bewijsstukken.

Gelet op het voorgaande, kwam de minister op grond van de in het besluit van 9 juni 1999 opgenomen voorbehoud de bevoegdheid toe om de in dat besluit neergelegde subsidievaststelling in te trekken en de reeds uitbetaalde bedragen terug te vorderen. Gelet hierop bestaat geen grond voor het oordeel dat de minister bij besluit van 23 oktober 2002 niet in redelijkheid bij afweging van alle belangen de subsidievaststelling heeft kunnen intrekken en het bedrag van f 128 320,00 (€ 58 229,08) heeft kunnen terugvorderen, zoals gehandhaafd in de beslissing op bezwaar van 31 juli 2003. Er bestaat dan ook geen grond voor vernietiging van het laatstvermelde besluit. De rechtbank is, gelet op het voorgaande, terecht tot de conclusie gekomen dat het beroep tegen het besluit van 31 juli 2003 ongegrond diende te worden verklaard.

2.13

Gelet op het vorenoverwogene, is het hoger beroep ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van de gronden waarop zij rust, te worden bevestigd.

2.14

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
recht doende:
bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot van

T. Barkhuysen, W. den Ouden

Noot

1

In februari 1998 heeft de Directie van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie op grond van de (Nederlandse) ESF-regeling subsidie verstrekt aan de provincie Zuid-Holland voor een project genaamd 'Arbeidsplaatsen (verstandelijk) gehandicapten'. De subsidie wordt in juni 1999 vastgesteld op ruim vijfenzeventig duizend euro. Dan wordt duidelijk dat de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds in Nederland niet geheel volgens de communautaire regels heeft plaatsgevonden. De Europese Commissie stelt op basis van een steekproef vast dat een deel van de Nederlandse projecten die in de periode 1994–1999 uit het Europees Sociaal Fonds (ESF) subsidie hadden ontvangen daarvoor eigenlijk niet in aanmerking hadden mogen komen en dat bij veel projecten geen deugdelijke administratie was bijgehouden. Voor de periode 1994–1996 moet er ruim 157 miljoen euro worden terugbetaald; de (eerste) ESF-affaire is geboren.

2

De Arbeidsvoorzieningsorganisatie wordt opgeheven en haar rechtsopvolger, de Minister van SZW, gaat over tot intrekking van subsidiebesluiten en terugvordering van reeds uitbetaalde

subsidiegelden waar mogelijk. Voor de provincie Zuid Holland betekent dit dat de subsidievaststelling in 2002, meer dan drie jaar (!) nadat dat besluit door de Arbeidsvoorzieningsorganisatie werd genomen, alsnog wordt ingetrokken. De reeds verstrekte subsidiegelden worden teruggevorderd wegens een administratie die niet voldoet aan de eisen van de ESF-regeling. De provincie verzet zich tegen deze terugvordering op verschillende gronden: de minister zou niet bevoegd zijn tot het intrekken van de beschikking tot subsidievaststelling nu een deugdelijke administratie werd overgelegd en de subsidierelatie reeds was afgesloten en bovendien zou de terugvordering in strijd komen met het vertrouwensbeginsel. Alle gronden worden door de Afdeling bestuursrechtspraak van de hand gewezen en de ‘strenge lijn’ die zij daarmee volgt is ook terug te vinden in de overige 16 uitspraken die de Afdeling op diezelfde dag deed in vergelijkbare ESF-geschillen (zie *AB* 2006, nrs. 315 en 316 en verder www.raadvanstate.nl).

3

De minister baseert zijn bevoegdheid om de beschikking tot subsidievaststelling in te trekken in casu niet op art. 4:49 Awb, waarin de gronden om een dergelijk besluit in te trekken — limitatief — zijn opgesomd, maar op een voorbehoud dat in het besluit tot subsidievaststelling uit 1999 was opgenomen. Dat voorbehoud hield in dat indien uit toekomstige controles van de einddeclaratie waarop het vaststellingsbesluit berustte, zou blijken dat daaraan gebreken of onregelmatigheden kleefden, dat tot intrekking van de beschikking zou leiden (vgl. voor de formulering van het voorbehoud *ABRvS* 30 augustus 2006, nr. 200502951/1, onder punt 2.6). Het voorbehoud kwalificeert daarmee materieel als een zogenaamde ontbindende voorwaarde: als een toekomstige onzekere gebeurtenis zich voordoet, komt daarmee de werking aan de beschikking te ontvallen. Aangenomen wordt dat dergelijke ontbindende voorwaarden aan een beschikking mogen worden verbonden nu uit art. 3:38 BW volgt 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 (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 55). Echter, uit andere uitspraken van de Afdeling is bekend dat een ontbindende voorwaarde als in casu was geformuleerd juridisch *niet* door de beugel kan. In een uitspraak van 30 augustus 2006 (nr. 200 502 951/1, onder punt 2.9.4) stelt de Afdeling onomwonden dat een voorwaardelijke subsidievaststelling zich niet verdraagt met het systeem van subsidiëring zoals neergelegd in titel 4.2 Awb.

Binnen de subsidietitel wordt namelijk 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, nu de wetgever de mogelijkheden tot het intrekken van een vaststellingsbesluit uitdrukkelijk heeft willen beperken tot die situaties. Die mogelijkheden mogen dus niet worden uitgebreid door een voorbehoud in de vaststellingsbeschikking op te nemen dat ziet op een andere situatie dan genoemd in art. 4:49 Awb. De minister mag zijn eigen intrekingsbevoegdheden niet uitbreiden.

Concreet betekent dit dat de vaststelling slechts kan worden ingetrokken wanneer:

- a. het bestuursorgaan redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van feiten en omstandigheden op grond waarvan de subsidie lager zou zijn vastgesteld
- b. er sprake is van een kennelijk onjuiste subsidievaststelling, of
- c. de subsidieontvanger de subsidieverplichtingen die ook na de subsidievaststelling voortduren niet is nagekomen.

Nu de intrekking van de vaststellingsbeschikking in casu is gebaseerd op stukken die de Arbeidsvoorzieningsorganisatie ook al ter beschikking had tijdens het nemen van het eerste

vaststellingsbesluit in 1999, is van een situatie als bedoeld onder a geen sprake en is de minister op grond van de Awb dus niet bevoegd tot intrekking van de vaststellingsbeschikking, nu evenmin de gronden genoemd onder b of c aan de orde zijn (vergelijk de genoemde Afdelingsuitspraak van 30 augustus onder punt 2.9.5).

4

Hoewel dus vast staat dat de Arbeidsvoorzieningsorganisatie de gewraakte ontbindende voorwaarde niet aan de vaststellingsbeschikking had mogen verbinden en de minister niet op andere gronden bevoegd is tot het intrekken van de vaststellingsbeschikking uit 1999, komt de Afdeling toch tot de conclusie dat er een bevoegdheid tot intrekking voor de minister bestaat. Omdat de vaststellingsbeschikking uit 1999, waarin de ontbindende voorwaarde was opgenomen, door de provincie niet is aangevochten, is dit besluit volgens de Afdeling onaantastbaar geworden: ‘Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen.’ Een en ander is 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 de rechtszekerheid van betrokken partijen (vgl. binnen een nationale context: ABRvS 14 februari 2007, zaaknr. 20060283/1 (MBO-fraude)).

5

Toch kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij deze uitkomst. Om te beginnen kan worden gewezen op praktische bezwaren. Van een subsidieontvanger wordt zo immers verwacht dat deze opkomt tegen een begunstigende beschikking waarbij hij de subsidie krijgt waarop hij recht meent te hebben en dat slechts vanwege een (onrechtmatig) voorbehoud. Of de onzekere toekomstige gebeurtenis zich ooit zal voordoen is niet bekend en geeft dus geen dringend belang voor de ontvanger. Dat lokt dure en langslpende procedures uit. Een meer principiële bezwaar betreft het feit dat het voor bestuursorganen op deze wijze erg aantrekkelijk kan zijn om zich — contra legem — ‘extra’ bevoegdheden toe te delen in begunstigende beschikkingen. Daarmee is het legaliteitsbeginsel in het geding.

6

Het fundamentele belang van dit legaliteitsbeginsel wordt door de Afdeling erkend waar zij — ook in subsidiezaken — bevoegdheidskwesties (steeds meer) ambtshalve toetst (vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2006, p. 168–170 en de daar aangehaalde uitspraken). Daaraan verbindt de Afdeling echter niet het gevolg dat in het kader van deze ambtshalve bevoegdheidstoetsing ook de rechtmatigheid van onaantastbare onderliggende besluiten, waarop de bevoegdheid in het ter toetsing voorliggende besluit wordt gebaseerd, (opnieuw) kan en moet worden onderzocht. Een vergelijkbare aanpak met die in de onderhavige zaak zien we in een recente uitspraak waarin de Afdeling de Rb. Maastricht corrigeert omdat deze laatste in het kader van de ambtshalve toetsing van de vraag of de burgemeester bevoegd was een gebiedsontzegging op te leggen niet had volstaan met het toetsen óf een voor het activeren van de bedoelde bevoegdheid vereist verwijderingsbevel tenminste eenmaal eerder was opgelegd, maar ook inging op de rechtmatigheid van dit bij eerder besluit opgelegd bevel en daarover negatief oordeelde. Daarmee trad de rechtbank buiten de grenzen van het geschil als bedoeld in art. 8:69 Awb (ABRvS 31 januari 2007, nr. 200 603 725/1, *LJN AZ7437*). De strafrechter is op dit punt ruimhartiger. Het Hof Amsterdam bleek in een strafzaak tegen een verdachte die weigerde zich te onderwerpen aan een preventieve fouillering bereid de rechtmatigheid van een onaantastbaar geworden besluit tot aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied te toetsen, nu de rechtmatigheid daarvan een voorwaarde was voor het aannemen van de bevoegdheid van de officier van justitie tot het geven van een bevel — een apart besluit — om concreet over te gaan tot preventief fouilleren (Hof Amsterdam 23 september 2005, *AB* 2006, 30,

(m.nt. Brouwer en Schilder)). Deze (feitelijke) doorbreking van de formele rechtskracht is in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt (HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80, (m.nt. YB)). Opmerkelijkwijze laat de Afdeling op een ander rechtsgebied dan aan de orde in de onderhavige zaak voor een dergelijke aanpak ook ruimte. Met betrekking tot onaantastbaar geworden voorschriften verbonden aan een milieuvergunning blijkt zij bereid op deze onaantastbaarheid een uitzondering aan te nemen 'indien het een voorwaarde betreft waarvan moet worden gesteld dat voor een ieder op voorhand duidelijk is dat deze niet aan de vergunning mocht worden verbonden'. Volgens de Afdeling dient in dat soort zaken te worden beoordeeld of het voorschrift 'kennelijk iedere wettelijke grondslag mist' (zie reeds ABRvS 30 juni 2004, zaaknr. 200 307 390/1, onlangs bevestigd in ABRvS 24 januari 2007, zaaknr. 200 603 030/1, *LJN* AZ6851).

7

Een en ander roept de vraag op of in casu geen uitzondering op de onaantastbaarheid c.q. formele rechtskracht van de ontbindende voorwaarde had moeten worden aangenomen. Buiten kijf staat immers dat het fundamentele belang van legaliteitsbeginsel in het geding is. Daarbij is het zonneklaar — en de Afdeling stelt dat zelf ook vast — dat de minister niet bevoegd was de gewraakte voorwaarde op te nemen. Dit volgt direct uit de wet, zodat goed kan worden verdedigd dat de voorwaarde kennelijk iedere wettelijke grondslag mist en om die reden — conform de zojuist aangehaalde milieuzaken — op de onaantastbaarheid een uitzondering moet worden aangenomen. Verder kan worden vastgesteld dat in casu geen met rechtszekerheid verband houdende belangen van derden in het spel zijn die nopen tot het vasthouden aan de onaantastbaarheid van de ontbindende voorwaarde in de vaststellingsbeschikking. Het gaat hier immers — anders dan bij de hiervoor genoemde niet aangevochten milieuvergunningvoorschriften, waar de Afdeling desalniettemin wel ruimte ziet voor een uitzondering op de onaantastbaarheid daarvan — om een tweepartijengeschild met louter (voor de overheid negatieve) financiële implicaties. Daarmee komt een belangrijke reden om vast te houden aan de formele rechtskracht te vervallen. Vergelijk in dit opzicht de conclusies van de Commissie-Polak, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 88. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat de rechtszekerheid — in casu de belangrijkste ratio van de formele rechtskracht — in dit geval beter zou worden gediend met het doorbreken van de formele rechtskracht. Dan immers zou het betrokken bestuursorgaan niet in strijd met geldende — geschreven en bekendgemaakte — wettelijke bepalingen tot terugvordering over kunnen gaan.

8

Een meer systematisch argument om in casu niet vast te houden aan de formele rechtskracht kan ook worden gevonden in de analogie met het civiele recht. Nu de Minister van SZW de bevoegdheid tot het opnieuw vaststellen van de subsidie in laatste instantie ontleent aan het burgerlijk recht (immers daaruit volgt dat rechtshandelingen onder voorwaarden kunnen worden verricht) is het interessant te bezien welke rechtsgevolgen het BW verbindt aan het verrichten van een rechtshandeling onder een voorwaarde die in strijd komt met de wet. Welbekend is dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde, nietig is (art. 3:40 BW). Een ontbindende voorwaarde die qua inhoud in strijd komt met titel 4.2 Awb zou, indien beoordeeld door een civiele rechter, dus nietig zijn. De nietigheid zou overigens niet automatisch de gehele rechtshandeling — in casu de subsidievaststelling — raken; voor zover een grond van nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft, kan de rest van de rechtshandeling in stand blijven, voor zover deze rest niet in een onverbreekelijk verband staat met het nietige deel daarvan, zo blijkt uit art. 3:41 BW. Met deze bepaling wordt voorkomen dat een nietigheid verder strekt dan nodig is. Toegepast op de gewraakte subsidievaststelling zou een en ander betekenen dat de subsidievaststelling uit juni 1999 rechtskracht zou behouden; alleen het voorbehoud zou als

nietig dienen te worden gekwalificeerd. De bevoegdheid die de Minister van SZW ontleent aan het burgerlijk recht zou in een procedure voor de burgerlijke rechter dus waarschijnlijk geen stand houden. En voor alle duidelijkheid; een vergelijkbaar geschil zou ook voor de burgerlijke rechter kunnen worden gebracht. Wanneer een subsidiërend bestuursorgaan een dergelijk voorbehoud namelijk niet formuleert in een subsidiebeschikking, maar in een zogenaamde uitvoeringsovereenkomst ex art. 4:36 Awb, worden geschillen daarover behandeld door de burgerlijke rechter. Dat in een uitvoeringsovereenkomst bepalingen ten aanzien van de vaststellingsbeschikking kunnen worden opgenomen blijkt bijvoorbeeld uit het bepaalde in art. 4:44 Awb lid 1 sub 3. Het is onbevredigend dat de intrekkingmogelijkheden van de minister in dit soort gevallen af kan hangen van de (soms toevallig) gekozen rechtsvorm voor de subsidieverstrekking.

Genoeg reden dus om de aanpak die de Afdeling kiest in de onderhavige zaak niet zonder meer als maatgevend te zien voor toekomstige zaken waarin de regel van formele rechtskracht botst met het legaliteitsbeginsel.

9

Ook de tweede beroepsgrond van de provincie, te weten dat er geen gebreken kleven aan de ingediende einddeclaratie en dat de daarbijbehorende administratie aan alle eisen voldoet, wijst de Afdeling af. Het verschil van mening tussen de minister en de provincie had betrekking op de vraag of de overgelegde urenregistratie voldeed. De provincie vond dat een deugdelijke urenadministratie kon worden vormgegeven door de gegevens van de urenadministratie dagelijks digitaal in te voeren en te controleren en vervolgens een maandstaat uit te printen die door deelnemers en projectmedewerkers wordt afgetekend. De Afdeling is echter met de minister van mening dat uit de ESF-regeling kan worden afgeleid dat de deelnemersadministratie moet zijn te controleren aan de hand van een urenregistratie. Nu de dagelijks bijgehouden en afgetekende weekstaten ‘de originele en derhalve meest relevante bewijsstukken vormen aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd of de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk hebben plaatsgevonden’ hadden deze stukken moeten worden overgelegd. Nu dat niet is gebeurd, heeft de ontvanger niet aan zijn verplichtingen voldaan en kan niet worden vastgesteld of de gemaakte kosten subsidiabel zijn, aldus de Afdeling. De subsidie mocht dus op nul worden vastgesteld.

10

Onduidelijk blijft hoe de ontvanger had moeten weten dat een ‘deugdelijke urenadministratie’ moest bestaan uit dagoverzichten en niet uit (daarop gebaseerde) maandoverzichten. Wij verwijzen naar de uitspraak (onder punt 2.4) waarin het bepaalde in de artikelen waaruit de Afdeling deze gedetailleerde verplichting afleidt, is omschreven. Wij hadden het er zo snel niet in gelezen... Hoewel ook wij begrijpen dat maandoverzichten getekend door deelnemers aan dit gesubsidieerde project (voornamelijk geestelijk gehandicapten) wellicht niet erg betrouwbaar zijn, had de Afdeling aan deze kwestie ons inziens wel wat meer woorden mogen wijden, zeker nu het niet nakomen van deze verplichting de subsidieontvanger komt te staan op een hernieuwde subsidievestiging op nihil.

11

Ook een beroep op het vertrouwensbeginsel kan de provincie in casu niet baten. De provincie dacht wel goed te zitten met een tussenrapport van het Team Interne Controle waarin ten aanzien van het project van de provincie ‘vooralsnog’ wordt geconcludeerd dat er sprake is van een adequate projectadministratie. Het gaat volgens de Afdeling echter om niet meer dan een ‘voorlopige conclusie’. Ook aan het feit dat er naar aanleiding van ingediende kwartaalrapportages nooit opmerkingen zijn gemaakt over de urenregistratie, mocht de provincie geen vertrouwen ontnemen. Bij de controles van die rapportages werd namelijk slechts gekeken ‘of het juiste formulier was gebruikt, of de optellingen klopten en of de rapporten in overeenstemming waren met de door de subsidieaanvrager in de aanvraag

opgenomen begrotingen met mogelijke eerdere kwartaalrapportages. Nu ook appellante wist althans kon weten dat de onderliggende administratie niet werd meegezonden, kon appellante ervan op de hoogte zijn dat het feit dat in de kwartaalrapportages geen opmerkingen zijn gemaakt omtrent de urenregistratie slechts van beperkte waarde was.'

12

Een strenge lijn dus, die mogelijk voor een deel te verklaren is door de wens om Europees recht effectief te laten doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Immers, wanneer zich onregelmatigheden voordoen bij de tenuitvoerlegging van structuurfondsen dienen de lidstaten in beginsel tot terugvordering over te gaan (vergelijk art. 23 van de in casu van toepassing zijnde Coördinatieverordening Vo. 4253/88, gewijzigd bij Vo. 2082/93). Wij kunnen ons voorstellen dat de rechter gezien art. 10 EG-Verdrag niet snel een uitzondering op de formele rechtskracht zal aannemen wanneer dat leidt tot het blokkeren van de terugvorderingsmogelijkheid. Anderzijds zou deze rechter zich ook kunnen oriënteren op de jurisprudentielijnen waarin het Hof van Justitie in bijzondere omstandigheden toelaat dat de effectieve werking van het gemeenschapsrecht wordt gerelativeerd wanneer dit zou leiden tot aantasting van de aan het nationale wettelijke stelsel ontleende rechtszekerheid van particulieren (vergelijk HvJ EG 19 september 2002, Huber, zaak C-336/00). Wat daarvan ook zij, in ieder geval is er alle reden om ons te bezinnen op het ontwerpen van een systeem dat dit soort problemen voorkomt waarbij cruciaal is dat ontvangers van Europese subsidies precies weten wat er van hen wordt verlangd. Hier ligt een taak voor zowel de betrokken Europese als nationale instanties.

T. Barkhuysen en W. den Ouden

AB Rechtspraak Bestuursrecht

Copyright © Kluwer 2011

Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 25-04-2011

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.