

Het wankle evenwicht tussen Europees en Nederlands subsidierecht bij de uitvoering van de Europese structuurfondsen

**Spreektekst oratie prof. mr. drs. W. den Ouden
11 april 2008**

Mijnheer de rector magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

1. Inleiding

In de afgelopen jaren is hier in de gemeente Leiden het zogenoemde 'Triple-win-project' uitgevoerd. Tegenwoordig is het hip om alles in het Engels te doen, maar dit betekent natuurlijk gewoon het 'drie keer winnen project'. De activiteiten 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.

Dit Triple-win-project werd mede gefinancierd vanuit ESF-gelden. ESF staat voor Europees Sociaal Fonds. Het is een 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.

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

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 90.

Toen werd uit de resultaten van steekproeven van de Europese Commissie duidelijk dat voor veel Nederlandse projecten uit de periode 94-99 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.

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.

Over de vraag wie de schuldige was maakte de Europese Commissie zich niet druk. Zij legde zich toe op de terugvordering van de onrechtmatig bestede gelden. De lidstaat Nederland moest tientallen miljoenen euro's aan subsidiegelden terugbetalen. Om de schade een beetje te beperken besloot de Minister van Sociale Zaken tot terugvordering van de subsidiegelden bij eindontvangers, de uitvoerders van de gesubsidieerde projecten.

Maar die hadden hun projecten al uitgevoerd en de gelden dus uitgegeven. Zij gingen met terugvordering 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 die periode 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 Europese Hof van Justitie. 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.

Uit dit arrest blijkt dat er veranderingen gaande zijn in de juridische normering van de uitvoering van de Europese structuurfondsen. 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 deelterrein 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.

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 – juist in zo'n situatie moet worden gewaakt voor de coherentie van het recht, de rechtszekerheid en de waarborging van institutionele rechtsbeginselen. Dit zijn onderwerpen die centraal staan in een belangrijk onderzoeksprogramma van de Leidse rechtenfaculteit. 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 vertrouwensbeginsel in een context van gemengd bestuur. De daarna te bespreken antwoorden van het Hof leiden tot een nieuwe verhouding tussen het Europese subsidierecht en het nationale uitvoeringsrecht. Een verhouding die naar mijn mening niet meer dan een wankel evenwicht mag worden genoemd.

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, die per programma-periode worden opgesteld.

Deze verordeningen vormen de grondslag voor een proces van beleidsvorming over de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten. 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. Als de Commissie de plannen goedkeurt moet de lidstaat 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.

Voor Nederland betekent dit in de meeste gevallen dat het subsidierecht van de Algemene wet bestuursrecht, de Awb, van toepassing is. Daarin is geregeld dat subsidieverstrekking in beginsel in een wettelijk voorschrift moet zijn geregeld. Voor de uitvoering van Europese subsidieprogramma's moeten dus speciale Nederlandse subsidieregelingen worden opgesteld.

Nu komt het 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 neergelegd in aanvragen en goedkeuringsbeslissingen, het subsidierecht van de Awb en soms meerdere bijzondere uitvoeringsregelingen op basis waarvan de subsidie is verstrekt. Zie daar als onschuldig opleidingsinstituut voor werknemers maar eens uit op te maken welke verplichtingen er allemaal aan jouw subsidie zijn verbonden.

Dat blijkt in de praktijk 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.

Eén van hen noemt zichzelf zelfs het 'ESF Rescueteam'.

Wanneer je de tekst op hun website leest krijg je associaties met reddingsoperaties die moeten worden uitgevoerd bij een nationale ramp. Maar laten we niet vergeten dat onverwachte terugvorderingen van subsidies in de praktijk ook vaak als ramp worden 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. Wat moet er dan gebeuren?

De Europese verordeningen geven 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 moeten voorkomen en vervolgen en onrechtmatig bestede middelen moeten terugvorderen. Om die taken uit te kunnen voeren gebruikt men in Nederland handhavingsbevoegdheden die zijn geregeld in het nationale subsidierecht. De toepassing van die handhavingsbevoegdheden staat centraal in het ESF-arrest van het Hof van 13 maart jongstleden en daarmee kom ik op de zaak Cedris.

3. De zaak Cedris

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. 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 deze 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. Wat daarna ook gebeurde.

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, was al geconfronteerd met de terugvorderingsbeschikking van de Europese Commissie en controleerde streng.

Wat bleek: het project van Cedris had nooit gesubsidieerd 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.

Maar dat vond de Minister van SZW 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 uitkeren. En dus werd de subsidie op nul vastgesteld en werd er 3 miljoen euro aan als voorschotten uitbetaalde subsidiegelden van Cedris teruggevorderd.

Maar de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde in de procedure die volgde dat de *subsidieverstrekker* in dit geval ook boter op het hoofd had. De arbeidsvoorzieningsorganisatie had immers zelf voorgesteld de aanvraag te herschrijven naar de nieuwe doelstelling en had er van te voren mee bekend kunnen zijn dat het project tot weinig zou kunnen leiden. Het was daarmee aan de subsidieverstrekker zelf te wijten dat de activiteiten van de ontvanger niet aan de voorwaarden voldeden!

In zo'n geval staat in Nederland het vertrouwensbeginsel aan terugvordering in de weg. De Minister had als rechtsopvolger van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie naar Nederlands recht dus in beginsel geen bevoegdheid om tot terugvordering over te gaan, aldus de Afdeling. Maar geldt dat ook bij terugvordering van Europese subsidies? Daarover werden prejudiciële vragen gesteld.

Dames en heren,

Laat mij deze verwijzingsuitspraak voor u in perspectief plaatsen. Vooropgesteld moet worden dat de Afdeling in een eerder stadium streng was opgetreden.

Veel terugvorderingsbesluiten van de Minister van Sociale Zaken waren het vervolg op geconstateerde fouten in de projectadministratie. In de eerste 17 spraakmakende uitspraken in hoger beroep van begin augustus 2006, oordeelde de Afdeling in *alle* gevallen dat de terugvorderingsbesluiten rechtmatig waren. 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 subsidieontvangers de verplichting hadden om een deelnemersadministratie en een financiële administratie van de projecten bij te houden. Om precies te zijn stond in de Regeling dat 'alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig moeten worden vastgelegd en te verifiëren moeten zijn met bewijsstukken.' Uit die algemeen geformuleerde regels werden zeer specifieke verplichtingen voor de ontvangers afgeleid.

Ter illustratie een voorbeeld. Eén 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. Je kunt je er iets bij voorstellen wanneer je de papierhandel van dagregistraties van honderden deelnemers visualiseert. Dat de subsidie van ruim 116.000 euro vanwege die maandstaten werd teruggevorderd, vond 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' moest bestaan uit dagoverzichten en niet uit (daarop gebaseerde) maandoverzichten.

Deze strenge aanpak van de Afdeling lijkt te zijn ingegeven door de gedachte dat de bestuursrechter zo min mogelijk barrières voor de Minister dient op te werpen, zodat deze aan zijn Europeesrechtelijke verplichtingen kan voldoen. Al met al kunnen de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak in ESF-geschillen dus behoorlijk Europeesvriendelijk worden genoemd.

4. Rechtstreekse toepassing van communautaire verordeningen

Maar er zijn grenzen 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 terugvorderingbevoegdheid 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 verzette. Daarmee zegt de Afdeling in feite dat er 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 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 zijn. Iedereen vergeet wel eens wat.

In die gevallen beweren bestuursorganen noodgedwongen, regelmatig dat zij de nodige bevoegdheden rechtstreeks kunnen ontleen aan bepalingen in het EG-verdrag of Europese verordeningen of zelfs aan commissiebeschikkingen. Zij gebruiken 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 bevoegdheidstheorie' dus.

Deze redenering werd bijvoorbeeld gebruikt door de Minister van LNV toen hij van de Europese Commissie bij het bedrijf Fleuren Compost een subsidie moest terugvorderen met rente 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. Maar de Afdeling bestuursrechtspraak overwoog dat de toepasselijke Europese bepalingen niet *strekken* tot het scheppen van een bevoegdheid voor nationale uitvoerende instanties. Er was dus geen bevoegdheid tot het vorderen van rente, niet naar nationaal recht en niet naar Europees recht. Daarom kon het aangevochten besluit op dit punt niet in stand blijven.

Op deze uitspraak volgde een levendige discussie.

Daarin werd gewezen op literatuur waarin wordt betoogd dat Nederlandse bestuursorganen binnen de grenzen van het legaliteitsbeginsel wel degelijk rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontleen 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 gesteld dat dit feitelijk al gebeurt en dat dit zijns inziens geen halve legaliteit oplevert. Ik geloof dat inmiddels breed wordt aangenomen dat het Nederlandse legaliteitsbeginsel zich daartegen ook niet verzet.

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 voorrangregels er in dat geval toe leiden dat de nationale legaliteitsregels aan de kant worden gezet? Het antwoord op *die* vragen is nog bepaald geen uitgemaakte zaak.

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.

Het is geen wonder dat een 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 maar eens navraagt bij zijn Europese collega. Ik denk dat de Afdeling bestuursrechtspraak in de ESF-zaken die mogelijkheid zag.

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 gebeuren.

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 of de voorrangregels, 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.

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 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* over de terugvordering van ten onrechte uitgekeerde communautaire steun voor melkpoeder. De ontvangers van de steun viel weinig te verwijten en de uitkerende Duitse instantie had fouten gemaakt. Een zaak die dus wel doet denken aan de Cedriscasus.

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. Dergelijke vorderingen worden beheerst door het nationale recht, aldus het Hof. Naar de betreffende rechtsoverwegingen is in veel latere arresten verwezen. Ook in zaken waarin, zoals in de Cedriszaak, artikel 23 van de Coördinatieverordening centraal stond.

Ook in ons ESF-arrest verwijst het Hof naar de *Milchkontor* uitspraak. Maar niet zozeer in het kader van de bevoegdheidskwestie.

Het Hof wijst op *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.

De nadruk die het Hof legt op de handhaving

plicht

 past geheel in het Europese beleid waarin de bescherming van financiële belangen van de Gemeenschap een top prioriteit is. De gemiddelde Europeaan is toch al niet zo enthousiast over de Europese Unie en dan helpt het niet wanneer er steeds weer berichten in de media verschijnen over fraude en misstanden met Europese gelden. 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 had gevraagd. De handhavingverplichting bestaat zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, aldus het Hof.

Dat is geen antwoord op de vraag die de Afdeling stelde. 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 tot terugvordering over te gaan; en dus niets wat lijkt op een opportuunheidsbeginsel.

Het antwoord is ook gevaarlijk omdat door de opmerking over bevoegdheidsattributie naar nationaal recht die niet nodig is om een handhavingverplichting 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. Dat lijkt mij om vier redenen niet waarschijnlijk.

Ten eerste omdat dan op dit punt 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.

Ten derde niet omdat vragen rond ontbrekende nationale bevoegdheden al vaker aan het Hof zijn voorgelegd en het Hof tot nu toe heel handig beantwoording daarvan ontwijkt.

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, wat alleen gebeurt als er geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is.

Verder is het arrest gewezen door een kleine kamer die geen reden heeft gezien deze zaak, wegens het belang daarvan de zaak, naar een grote kamer te verwijzen, wat in ieder stadium van het geding mogelijk is.

Maar waarom besteed ik nu zoveel aandacht aan verklaarbare overwegingen van het Hof op dit punt, nu deze slechts bevestigen wat wij al wisten, namelijk dat de lidstaten verplicht zijn te handhaven bij onregelmatigheden rond Europese subsidies? Dat is toch niets nieuws onder de zon?

Dat doe ik omdat hier een groot gevaar ligt voor miscommunicatie. 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, mogen zij 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.

De Nederlandse bestuursrechter doet er goed aan onverkort vast te houden aan de al uitgezette lijn dat, zolang er in Europese regels geen 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 voor te zorgen dat de uitvoerende bestuursorganen over de nodige bevoegdheden kunnen beschikken. Zoals ik al zei, ben ik van mening dat in dit geval de Awb voldoende handhavingsbevoegdheden biedt.

De werkelijke vraag is in welke gevallen van die bevoegdheid geen gebruik mag worden gemaakt. Met andere woorden: welke rol mag gerechtvaardigd vertrouwen spelen bij *de toepassing* van de terugvorderingsbevoegdheid?

5. De toepassing van het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van communautaire steun

Ook over die vraag is al veel Europese jurisprudentie verschenen. En ook daarin geldt de zaak *Milchkontor* als een klassieker. In dat arrest stelde het Hof namelijk ook vast dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde. Wanneer met dit beginsel rekening wordt gehouden in nationale terugvorderingsregels komt dat dus in principe niet in strijd met het Europese recht, ook niet als dat Europese recht tot terugvordering verplicht.

Maar ook hier zijn er grenzen. Bij de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel moet de nationale rechter, 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 werden besteed. Bovendien stelt het Hof als eis dat de ontvanger van de Europese subsidie te goeder trouw moet zijn geweest. Er gelden op dit vlak behoorlijk strenge eisen voor de subsidieontvanger. Die moet zijn best hebben gedaan om volledig geïnformeerd te raken over de geldende voorschriften en al zijn verplichtingen.

Maar in het ESF-arrest van 13 maart kiest het Hof een andere aanpak. Nadrukkelijk wordt gesteld dat – wat ik hier maar even de *Milchkontor*lijn zal noemen – alleen geldt in gevallen waarin het *nationale* vertrouwensbeginsel wordt toegepast in een terugvorderingsprocedure. Maar voor toepassing daarvan ziet het Hof in de 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 vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven *overeenkomstig de regels voor het gemeenschapsrecht*. Het Hof herhaalt daarna nog verschillende keren dat de nationale rechter het *gemeenschapsrechtelijke* vertrouwensbeginsel moet toepassen. 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 wij in Nederland de *indirecte* toepassing van gemeenschapsrecht noemen. De Europese terugvorderingsverplichting van artikel 23 moet *direct* worden toegepast. Het is Europees recht dat de nationale terugvorderingsprocedure dwingend regelt en het kan slechts opzij worden gezet met een beroep op het *Europese* vertrouwensbeginsel.

Van *directe toepassing* spreekt men wanneer de bevoegdheden die een nationaal uitvoeringsorgaan moet gebruiken voor de uitvoering van Europeesrechtelijke taken ‘geheel zijn gecommunautariseerd.’ Daarvan zou sprake zijn wanneer in de Europese regeling exact wordt omschreven wanneer en onder welke voorwaarden een nationaal orgaan communautaire steun moet terugvorderen. Het Nederlandse 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 kunnen worden gevonden om op deze verplichting inbreuk te maken.

Belangrijk is natuurlijk de vraag in welke gevallen men kan spreken van een gecommunautariseerde situatie.

In de Europese jurisprudentie waarin het Hof tot nu toe koos voor rechtstreekse toepassing, ging het vooral om handhavingszaken op andere rechtsterreinen, namelijk om landbouwsubsidies en exportrestituties. In de daarbij toepasselijke verordeningen wordt gewoonlijk 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. Dat is bijvoorbeeld wanneer de betaling is ver-

richt als gevolg van een fout door de uitvoerende autoriteit die voor de ontvanger niet kenbaar was of in gevallen van overmacht.

Je zou dus kunnen zeggen dat het vertrouwensbeginsel in die regelingen al door de Europese wetgever is verdisconteerd.

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 vervolgd en dat onrechtmatig bestede gelden moeten worden teruggevorderd. De bepaling wekt niet direct de indruk dat de Europese wetgever heeft bedoeld de terugvordering geheel en dwingend te regelen.

De Europese Commissie zag die bedoeling ook niet zo blijkt uit de voor het Hof ingebrachte opmerkingen. Desalniettemin neemt het Hof de nogal rigoureuze stap om ook deze bepaling te beschouwen als een bepaling die het nationale terugvorderingsgebeuren geheel reguleert. Gevolg daarvan is als gezegd dat eindontvangers zich alleen nog met een beroep op het *Europese* vertrouwensbeginsel kunnen verzetten tegen terugvordering.

Ik kan mij voorstellen dat u zich inmiddels afvraagt of dat nu allemaal veel uitmaakt. Een vertrouwensbeginsel is toch een vertrouwensbeginsel?

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 subsidierelaties geheel buiten de deur wordt gezet.

Bij de toepassing van intrekings- en terugvorderingsbevoegdheden van de Awb, kan niet 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 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.

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 wordt niet weggenomen wanneer de lidstaat de betreffende subsidiegelden al heeft terugbetaald aan Europa, zo voegt het Hof daar in dit arrest nog aan toe.

Ook dit standpunt is duidelijk strenger dan de indruk die in eerdere jurisprudentie werd gewekt en dat roept de nodige vragen op. Welk belang heeft de Gemeenschap eigenlijk nog bij terugvordering wanneer onrechtmatig verstrekte of aangewende Europese subsidies al zijn terugbetaald? Ik kom daar zodadelijk op terug.

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 niets zegt over gedeeltelijke terugvorderingen lijkt het bij de directe toepassing van deze bepaling bovendien een alles of niets situatie te worden.

Dames en heren,

De besproken verschuiving van indirecte naar directe toepassing van Europese handhavingsbepalingen mag niet geheel onverwacht worden genoemd.

We hebben in de afgelopen jaren op veel beleidsterreinen gezien dat de ruimte voor het nationale vertrouwensbeginsel 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 Hof van Justitie zo scherp geformuleerd dat er feitelijk geen situaties overblijven waarin de ontvanger met succes een beroep op het 'nationale' vertrouwensbeginsel kan doen, dan de situatie waarin de ontvanger navraag heeft gedaan bij de Europese Commissie. Formeel de toepassing van een nationaal vertrouwensbeginsel dus, maar materieel zo sterk ingekleurd door de Europese jurisprudentie dat van nationale variaties niets overblijft.

En 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 volledig door het Europese recht wordt geregeld. Dan is er dus 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 ingeslagen weg.

Met de steeds nadrukkelijker Europeesrechtelijke invulling van het nationale vertrouwensbeginsel – en hetzelfde geldt overigens voor bijvoorbeeld het rechtzekerheidsbeginsel – is het onderscheid tussen het Europese en het nationale vertrouwensbeginsel aan het vervagen. Door de verschuiving van indirecte naar directe toepassing van Europese handhavingsbepalingen is er voor toepassing van nationale beginselen sowieso steeds minder plaats.

Deze ontwikkelingen kunnen worden verklaard vanuit de gedachte dat de EG meer grip wil krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijk en een meer uniforme toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen. 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.

En 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 de lidstaten veel medeverantwoordelijkheid dragen 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 uitvoeringsinstanties.

Zij zijn partners van de Commissie en in dat kader ook verantwoordelijk voor het opstellen van goede nationale uitvoeringsregels, het selecteren van veelbelovende projecten om te subsidiëren en de juiste vormgeving van de subsidierelaties die daarop volgen. Niet duidelijk is waarom een ontvanger van Europese subsidies in een dergelijk stelsel niet zou mogen vertrouwen op nationale uitvoeringsregelgeving en handelen van de nationale uitvoeringsautoriteiten.

Het is goed om te benadrukken dat dat in de huidige Europese structuurfondsregelingen niet anders ligt. Daaruit blijkt duidelijk dat de Europese wetgever uitgaat van het uitvoeren van handhavingstaken door nationale autoriteiten met behulp van 'de institutionele, juridische en financiële systemen van de lidstaat.' Er is niets dat erop wijst dat de 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 rechter 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 de Europese regels te ontduiken. 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.

Recent onderzoek heeft aangetoond dat juist die ervaring ertoe heeft geleid dat er in Nederland een zeer professioneel en Europees gericht handhavingssysteem rond ESF-subsidies tot stand is gekomen.

6. Conclusie

Dames en heren, laat mij het voorgaande kort voor u samenvatten. Over het ESF-arrest van het Hof is de afgelopen weken veel gediscussieerd. Ik ben van mening dat het Europese Hof de knoop niet doorhakt in de bevoegdheidsdiscussie. De Nederlandse bestuursrechter moet er daarom voor waken dat het ESF-arrest wordt misbruikt door Nederlandse bestuursorganen door niet bestaande bevoegdheden te claimen. Waar de nodige bevoegdheden ontbreken is, is *de wetgever* aan zet. Zo is de rolverdeling in onze rechtstaat.

Het ESF-arrest brengt *wel* mee dat de handhabingsbepalingen van Europese structuurfondsverordeningen direct moeten worden toegepast, 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 wordt aangepakt 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.

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. Afsluiting

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 werkomgeving 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 samen in het dagelijks bestuur van de afdeling.

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),

Uw harten 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 en Anita moet ik een uitzondering maken. Dank voor jullie vertrouwen, aanmoedigen 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.