

AB 2010/283

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer)

,
30 december 2009

, nr200901363/1/H2. LJN:BK7961,

Mrs. D.A.C. Slump, S.F.M. Wortmann, P.B.M.J. van der Beek-Gillessen

Wetgeving:

Awb art. 4:49 lid 3, 4:57lid 4; BW art. 3:309; Vo 2988/95 art. 3

Essentie

Europese subsidies. Legaliteitsbeginsel. Toepasselijkheid verjaringstermijnen. Stuiting.

Samenvatting

2.6.1. Niet in geschil is dat, nu de gemeente niet heeft voldaan aan de in de ESF-regeling 1991 neergelegde verplichtingen, sprake is van nalatigheid als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening. Zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen in de door de rechtbank aangehaalde uitspraak van 24 december 2008 in zaak nr. 200502951/1, heeft dit, gelet op het arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2008 tot gevolg dat de lidstaat Nederland op grond van artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening moet overgaan tot terugvordering van de subsidies die in strijd met de ESF-regeling 1991 aan de gemeente zijn verstrekt, nu uit dat arrest moet worden afgeleid dat deze bepaling voor de lidstaat daartoe een verplichting schept, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. Deze bepaling schept, naar de rechtbank terecht heeft overwogen, de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering. De Afdeling ziet geen aanleiding prejudiciële vragen te stellen. (...)

2.7.1.1. De periode waarvoor de subsidie was verleend is geëindigd vóór de inwerkingtreding van Verordening nr. 2988/95 op 26 december 1995, zodat de Afdeling zich voor de vraag gesteld ziet of de in artikel 3, eerste lid, bedoelde verjaringstermijn ook in dit geval van toepassing is. Voorop dient te worden gesteld dat door de communautaire wetgever vóór de inwerkingtreding van Verordening nr. 2988/95 niet was voorzien in een gemeenschapsrechtelijke verjaringsregel voor de terugvordering van door marktdeelnemers als gevolg van een handeling of nalaten van hun kant onterecht verkregen voordelen. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 29 januari 2009, C-278/07, C-279/07 en C-280/07, Vosding, punt 34 (www.curia.europa.eu) volgt dat de in artikel 3, eerste lid, bedoelde verjaringstermijn met terugwerkende kracht van toepassing is op vóór de inwerkingtreding van de verordening begane onregelmatigheden, maar dat de rechtszekerheid zich er tegen verzet dat schulden die vóór de inwerkingtreding van Verordening 2988/95 bestonden en reeds zijn verjaard op grond van de nationale verjaringsvoorschriften die van toepassing waren op het tijdstip waarop de betrokken onregelmatigheden zijn begaan, door de nationale autoriteiten worden ingevorderd. Invorderen heeft hier de betekenis van terugvorderen. Derhalve moet worden vastgesteld of de bevoegdheid van de minister om de reeds betaalde subsidiebedragen terug te vorderen naar nationaal recht reeds was verjaard op het moment dat Verordening nr. 2988/95 in werking trad.

(...) In het arrest van het Hof van Justitie van 11 januari 2007, C-279/05, Vonk Dairy Products, punten 41 en 44 (www.curia.europa.eu) is bepaald dat indien economische voordelen worden behaald uit een geheel van soortgelijke handelingen die inbreuk maken op dezelfde bepaling van gemeenschapsrecht, sprake is van voortdurende of voortgezette onregelmatigheid als bedoeld in artikel 3, eerste lid, tweede alinea, van Verordening nr.

2988/95. Nu aan de hier aan de orde zijnde zaak geschonden verplichtingen naar hun aard gedurende de gehele looptijd van het project moet worden voldaan, moet de door de minister aan de terugvordering ten grondslag gelegde onregelmatigheid als zodanig worden aangemerkt. (...)

2.7.2.1. Artikel 3, derde lid, van Verordening nr. 2988/95 staat lidstaten toe langere termijnen toe te passen dan de in het eerste en tweede lid bepaalde. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 29 januari 2009 in de zaak Vosding, punt 47, volgt dat het lidstaten is toegestaan langere verjaringstermijnen te behouden die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de verordening reeds bestonden en dat deze termijnen kunnen voortvloeien uit bepalingen van gemeen recht, zodat daar niet in specifieke en/of sectoriële regelingen in hoeft te zijn voorzien. (...) Gelet op het vorenstaande is in dit geval de in artikel 3:309 van het BW neergelegde langere verjaringstermijn van vijf jaar van toepassing.

Partijen

Uitspraak op het hoger beroep van de gemeente Middelharnis, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 januari 2009 in zaak nr. 02/1021 in het geding tussen: de gemeente Middelharnis

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 2 januari 2001 heeft de Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening (hierna: de Algemene Directie) de voor het project 'Transnationaal project Schotland' (hierna ook: het project) voor de periode van 1 april 1994 tot 1 april 1995 aan de gemeente Middelharnis (hierna: de gemeente) verleende en vastgestelde subsidie ingetrokken, de subsidie over die periode op nihil vastgesteld en de uitbetaalde bedragen teruggevorderd.

Bij besluit van 14 maart 2002 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister), als rechtsopvolger van de Algemene Directie, het door de gemeente daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 7 januari 2009, verzonden op 13 januari 2009, heeft de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) het door de gemeente daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de gemeente bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 24 februari 2009, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 24 maart 2009.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak gevoegd met zaak nr. 200901362/1 ter zitting behandeld op 7 augustus 2009, waar de gemeente, vertegenwoordigd door mr. H.J. Breeman, advocaat te Rotterdam, vergezeld door mr. J. den Braber, ambtenaar in dienst van de gemeente, en de minister, vertegenwoordigd door mr. F.A. Gelauff, ambtenaar bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Na zitting is de zaak gesplitst van zaak nr. 200901362/1.

Na sluiting van het onderzoek ter zitting als bedoeld in artikel 8:65 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) heeft de Afdeling het onderzoek met toepassing van artikel 8:68 van de Awb heropend en de gemeente en de minister bij brieven van 5 oktober 2009 een aantal vragen gesteld. Bij brief van 30 oktober 2009 heeft de gemeente gereageerd. De minister heeft bij brief van 5 november 2009 gereageerd.

Met toestemming van partijen is geen nadere zitting gehouden.

2. Overwegingen

2.1.

Bij besluit van 23 februari 1994 heeft het Regionaal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening

Rijnmond (hierna: het Regionaal Bestuur) de gemeente op grond van de Regeling Europees Sociaal Fonds (CBA nr. 1991/065, *Stcrt.* 1991, 220; hierna: de ESF-regeling 1991) voor de periode van 1 april 1994 tot 1 april 1995 een subsidie van maximaal f 286.494,74 (€ 130.190,50) verleend voor het project 'Transnationaal project Schotland'. Voor het jaar 1994 gaat het daarbij om f 214.871,06 (€ 97.504,24) en voor het jaar 1995, onder voorbehoud van voldoende budget, om f 71.623,68 (€32.501,41). Bij besluit van 2 januari 1995 heeft het Regionaal Bestuur de subsidie voor het project voor de periode 1 januari 1995 tot 1 april 1995 bepaald op maximaal f 71.623,68 (€32.501,41).

Bij besluit van 25 juli 1995 heeft het Regionaal Bestuur de subsidie voor het project over de periode 1 april 1994 tot 1 april 1995 vastgesteld op f 273.729,58 (€ 124.213,07). Voor het jaar 1994 gaat het daarbij om f 202.105,90 (€ 91.711,66) en voor het jaar 1995 om f 71.623,68 (€ 32.501,41).

2.2.

De subsidies zijn verstrekt uit het Europees Sociaal Fonds (hierna: het ESF), één van de structuurfondsen van de Europese Gemeenschappen. Dit Fonds vindt zijn grondslag in de artikelen 146 en 148 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), thans, na wijziging, de artikelen 162 en 164 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU). Op grond van artikel 158 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 174 van het VWEU, wordt onder meer het ESF ingezet bij het voeren van een Europese structuurpolitiek. Op grond van de artikelen 161, 163 en 209 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, de artikelen 177, 179 en 242 van het VWEU, 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 artikel 1 van de 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) (hierna: de Coördinatieverordening). Onder verwijzing naar voormelde Verordeningen en de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 20 december 1989, nr. C (89)2312 def/6, waarbij de Commissie het communautaire bestek voor de bijstandsverlening door het ESF voor het gehele Nederlandse grondgebied met betrekking tot doelstelling 3 en 4 heeft goedgekeurd, heeft het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening besloten tot vaststelling van de ESF-regeling 1991.

2.3.

Ingevolge artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening nemen de lidstaten, teneinde de acties van de particuliere of publiekrechtelijke projectontwikkelaars te doen slagen, bij de tenuitvoerlegging van de acties de nodige maatregelen om:

- regelmatig te verifiëren dat de door de Gemeenschap gefinancierde maatregelen stipt zijn uitgevoerd,
- onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen,
- door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. (...).

De lidstaten houden de Commissie op de hoogte van de daartoe genomen maatregelen en verstrekken haar met name een beschrijving van de controle- en beheerssystemen die zijn opgezet om te zorgen voor een doeltreffende uitvoering van de acties. Zij houden de Commissie regelmatig op de hoogte van het verloop van de administratieve en gerechtelijke

procedures.

De lidstaten houden alle dienstige nationale verslagen over de controle op de in de betrokken programma's of acties opgenomen maatregelen ter beschikking van de Commissie.

(...).

Ingevolge het tweede lid, mogen, onverminderd de controles van de lidstaten overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en onverminderd het bepaalde in artikel 276 van het Verdrag, thans, na wijziging, artikel 319 van het VWEU, en alle inspecties op grond van artikel 279, onder b, van het Verdrag, thans, na wijziging, artikel 322 van het VWEU, ambtenaren of andere personeelsleden van de Commissie de door de Structuurfondsen gefinancierde acties, alsook de beheers- en controlesystemen ter plaatse controleren, onder meer door middel van steekproeven.

De Commissie stelt de betrokken lidstaat vooraf in kennis van een controle ter plaatse ten einde de nodige medewerking te verkrijgen. De uitvoering door de Commissie van eventuele controles ter plaatse zonder aanzegging wordt beheerst door overeenkomsten die in overeenstemming met de bepalingen van het Financieel Reglement zijn gesloten in het kader van het partnerschap. Ambtenaren of andere personeelsleden van de lidstaat mogen aan de controles deelnemen.

De Commissie kan de betrokken lidstaat verzoeken een controle ter plaatse uit te voeren om de regelmatigheid van het betalingsverzoek na te gaan. Ambtenaren of andere personeelsleden van de Commissie mogen aan deze controle deelnemen en zijn verplicht dit te doen indien de betrokken lidstaat hierom verzoekt.

De Commissie ziet erop toe dat de controles die zij verricht, zodanig gecoördineerd worden dat herhaling van controles in een zelfde zaak en in een zelfde periode wordt vermeden. De betrokken lidstaat en de Commissie stellen elkaar onverwijld op de hoogte van alle passende informatie betreffende de resultaten van de uitgevoerde controles.

2.4.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, van Verordening nr. 2988/95 van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (Pb. EG 1995 L 312; hierna: Verordening 2988/95) wordt met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen een algemene regeling inzake homogene controles en administratieve maatregelen en sancties met betrekking tot onregelmatigheden ten aanzien van het Gemeenschapsrecht aangenomen.

Ingevolge het tweede lid wordt onder onregelmatigheid verstaan: 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.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, voor zover thans van belang, bedraagt de verjaringstermijn van de vervolging vier jaar vanaf de datum waarop de in artikel 1, eerste lid, bedoelde onregelmatigheid is begaan.

Voor voortdurende of voortgezette onregelmatigheden gaat de verjaringstermijn in op de dag waarop de onregelmatigheid is geëindigd.

De verjaring van de vervolging wordt gestuit door elke onderzoekshandeling of daad van vervolging van de onregelmatigheid door de bevoegde autoriteit, mits deze de betrokkene ter kennis is gebracht. Na de stuiting vangt een nieuwe verjaringstermijn aan.

Ingevolge het tweede lid, voor zover thans van belang, vervalt het recht tot uitvoering van het besluit waarbij een administratieve sanctie wordt opgelegd, na drie jaar. Deze termijn vangt aan op de dag waarop het besluit definitief wordt.

Ingevolge het derde lid staat het de lidstaten vrij langere termijnen toe te passen dan de in het eerste en tweede lid bepaalde.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, laat de Commissie, onverminderd de door de lidstaten overeenkomstig hun nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen verrichte controles en onverminderd de overeenkomstig de bepalingen van het EG-Verdrag, met name artikel 248, thans, na wijziging, artikel 287 van het VWEU, door de Gemeenschapsinstellingen verrichte controles, onder eigen verantwoordelijkheid nagaan:

- a. of de administratieve praktijken met de communautaire voorschriften in overeenstemming zijn;
- b. of de nodige bewijsstukken beschikbaar zijn en of deze overeenkomen met de in artikel 1 bedoelde ontvangsten en uitgaven van de Gemeenschappen;
- c. hoe deze financiële verrichtingen worden uitgevoerd en geverifieerd.

Ingevolge het tweede lid kan zij bovendien onder de bij de sectoriële regelingen bepaalde voorwaarden controles en verificaties ter plaatse verrichten.

Voordat zij deze controles en verificaties verricht, brengt de Commissie in overeenstemming met de geldende regeling de betrokken lidstaat op de hoogte van dit voornemen teneinde alle noodzakelijke hulp te verkrijgen.

2.5.

Aan de bij besluit van 14 maart 2002 gehandhaafde besluiten van 2 januari 2001 is, kort weergegeven, ten grondslag gelegd dat de gemeente niet heeft voldaan aan de in de ESF-regeling 1991 neergelegde verplichting tot medefinanciering van het project en een ondeugdelijke projectadministratie heeft gevoerd. In hoger beroep wordt dit door de gemeente niet meer bestreden.

2.6.

De gemeente betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening de grondslag scheidt voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering van de subsidie die in strijd met de ESF-regeling 1991 aan haar is verstrekt. Zij voert ter onderbouwing aan dat uit het door de rechtbank aan de aangevallen uitspraak ten grondslag gelegde arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof van Justitie) van 13 maart 2008, C-383/06, C-384/06 en C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (www.curia.europa.eu) weliswaar volgt dat misbruik of nalatigheid als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening voor de lidstaat een gemeenschapsrechtelijke verplichting tot terugvordering scheidt, maar dat daaruit niet volgt dat deze bepaling ook een dienovereenkomstige bevoegdheid meebrengt, zonder dat bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. De gemeente verzoekt de Afdeling deze principiële bevoegdheidsvraag door middel van een prejudiciële procedure nogmaals aan het Hof van Justitie voor te leggen.

2.6.1.

Niet in geschil is dat, nu de gemeente niet heeft voldaan aan de in de ESF-regeling 1991 neergelegde verplichtingen, sprake is van nalatigheid als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening. Zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen in de door de rechtbank aangehaalde uitspraak van 24 december 2008 in zaak nr. 200502951/1, heeft dit, gelet op het arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2008 tot gevolg dat de lidstaat Nederland op grond van artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening moet overgaan tot terugvordering van de subsidie die in strijd met de ESF-regeling 1991 aan de gemeente is verstrekt, nu uit dat arrest moet worden afgeleid dat deze bepaling voor de lidstaat daartoe een verplichting scheidt, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. Deze bepaling scheidt, naar de rechtbank terecht heeft overwogen, de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering. De Afdeling ziet geen aanleiding

prejudiciële vragen te stellen. Het betoog faalt.

2.7.

De gemeente betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hetgeen de gemeente heeft aangevoerd over de verjaringstermijn, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2008, in samenhang met de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2008 geen verdere bespreking behoeft omdat het niet kan leiden tot een ander oordeel. In dat verband voert de gemeente aan dat noch in het arrest van 13 maart 2008, noch in de uitspraak van 24 december 2008 de vraag aan de orde is geweest of de bevoegdheid tot intrekking van de subsidievaststelling kan verjaren dan wel de bevoegdheid tot invordering kan vervallen. Nu tussen de vaststelling van de subsidie op 25 juli 1995 en de besluiten van 2 januari 2001, waarbij de vaststelling is ingetrokken en de uitbetaalde bedragen zijn teruggevorderd, meer dan vijf jaren zijn verstreken, verzet de in artikel 3 van Verordening nr. 2988/95 neergelegde verjaringstermijn van vier jaar zich volgens de gemeente tegen intrekking van de subsidievaststelling en terugvordering van de uitbetaalde bedragen. Voor zover deze verjaringstermijn hier niet van toepassing is, verzetten ook de in de artikelen 3:309 en 3:310, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW) opgenomen verjaringsbepalingen zich tegen intrekking van de subsidievaststelling en terugvordering van de uitbetaalde bedragen, aldus de gemeente.

2.7.1.

In de eerste plaats ligt ter beantwoording voor de vraag of artikel 3, eerste lid, van Verordening nr. 2988/95 van toepassing is op de terugvordering door de minister van de hier aan de orde zijnde ten onrechte aan de gemeente betaalde subsidie. Zoals het Hof van Justitie in het arrest van 24 juni 2004, C-278/02, Handlbauer, punt 31 (www.curia.europa.eu) heeft overwogen, voert artikel 1, eerste lid, van Verordening nr. 2988/95 een algemene regeling in inzake homogene controles en administratieve maatregelen en sancties met betrekking tot onregelmatigheden ten aanzien van het gemeenschapsrecht teneinde fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschappen worden geschaad, op alle beleidsgebieden te bestrijden. Onder onregelmatigheid wordt ingevolge het tweede lid, voor zover thans van belang, verstaan elke inbreuk op het gemeenschapsrecht die bestaat in een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Gemeenschappen wordt of zou kunnen worden benadeeld. Deze definitie dekt zowel opzettelijk of uit nalatigheid begane onregelmatigheden die overeenkomstig artikel 5 tot een administratieve sanctie kunnen leiden, als onregelmatigheden die volgens artikel 4 van deze verordening uitsluitend tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel leiden. Dit betekent dat artikel 3, eerste lid, anders dan de minister betoogt, niet uitsluitend van toepassing is op in geval van onregelmatigheden op te leggen strafsancities maar ook op de terugvordering van wegens onregelmatigheden betaalde subsidie, zoals hier aan de orde.

2.7.1.1.

De periode waarvoor de subsidie was verleend is geëindigd vóór de inwerkingtreding van Verordening nr. 2988/95 op 26 december 1995, zodat de Afdeling zich voor de vraag gesteld ziet of de in artikel 3, eerste lid, bedoelde verjaringstermijn ook in dit geval van toepassing is. Voorop dient te worden gesteld dat door de communautaire wetgever vóór de inwerkingtreding van Verordening nr. 2988/95 niet was voorzien in een gemeenschapsrechtelijke verjaringsregel voor de terugvordering van door marktdeelnemers als gevolg van een handeling of nalaten van hun kant onterecht verkregen voordelen. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 29 januari 2009, C-278/07, C-279/07 en C-280/07, Vosding, punt 34 (www.curia.europa.eu) volgt dat de in artikel 3, eerste lid, bedoelde verjaringstermijn met terugwerkende kracht van toepassing is op vóór de inwerkingtreding van de verordening begane onregelmatigheden, maar dat de rechtszekerheid zich er tegen verzet dat schulden die vóór de inwerkingtreding van Verordening 2988/95 bestonden en

reeds zijn verjaard op grond van de nationale verjaringsvoorschriften die van toepassing waren op het tijdstip waarop de betrokken onregelmatigheden zijn begaan, door de nationale autoriteiten worden ingevorderd. Invorderen heeft hier de betekenis van terugvorderen. Derhalve moet worden vastgesteld of de bevoegdheid van de minister om de reeds betaalde subsidiebedragen terug te vorderen naar nationaal recht reeds was verjaard op het moment dat Verordening nr. 2988/95 in werking trad.

Op het moment dat het project beëindigd was, was de subsidietitel uit de Awb nog niet in werking getreden, zodat de daarin opgenomen verjaringstermijnen niet van toepassing waren. Ingevolge artikel 3:309 van het BW, dat op grond van de in artikel 3:326 van het BW neergelegde schakelbepaling van overeenkomstige toepassing is op de terugvordering van in verband met onregelmatigheden betaalde subsidie, nu de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet, verjaart de rechtsoverdracht uit onverschuldigde betaling door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan. Van belang is derhalve vast te stellen vanaf welk moment de minister een vordering op de gemeente had. Eerst met de intrekkingbesluiten van 2 januari 2001 heeft de minister het recht verkregen om de betaalde subsidie terug te vorderen. Dat betekent dat eerst met de bekendmaking van die besluiten de verjaringstermijn is aangevangen. In het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2003 in zaak nr. C01/231 (AB 2003/451) wordt van eenzelfde benadering uitgegaan. Nu de intrekkingbesluiten dateren van na de inwerkingtreding van Verordening nr. 2988/95 is uitgesloten dat de vorderingen op dat moment waren verjaard en is de in artikel 3, eerste lid, bedoelde verjaringstermijn in dit geval met terugwerkende kracht van toepassing.

2.7.2.

Nu vaststaat dat artikel 3, eerste lid, van Verordening nr. 2988/95 in deze zaak van toepassing is, komt de vraag aan de orde wanneer de bevoegdheid van de minister om de betaalde subsidie terug te vorderen op grond van de verordening is verjaard. De verjaringstermijn van de terugvordering bedraagt ingevolge artikel 3, eerste lid, eerste alinea, vier jaren vanaf de datum waarop de in artikel 1, eerste lid, bedoelde onregelmatigheid is begaan. De door de minister vervolgte onregelmatigheid betreft het niet voldoen aan de in de ESF-regeling 1991 neergelegde verplichtingen tot medefinanciering en het voeren van een deugdelijke projectadministratie. In het arrest van het Hof van Justitie van 11 januari 2007, C-279/05, Vonk Dairy Products, punten 41 en 44 (www.curia.europa.eu) is bepaald dat indien economische voordelen worden behaald uit een geheel van soortgelijke handelingen die inbreuk maken op dezelfde bepaling van gemeenschapsrecht, sprake is van voortdurende of voortgezette onregelmatigheid als bedoeld in artikel 3, eerste lid, tweede alinea, van Verordening nr. 2988/95. Nu aan de hier aan de orde zijnde zaak geschonden verplichtingen naar hun aard gedurende de gehele looptijd van het project moet worden voldaan, moet de door de minister aan de terugvordering ten grondslag gelegde onregelmatigheid als zodanig worden aangemerkt. De verjaringstermijn gaat in dat geval in op de dag waarop de onregelmatigheid is beëindigd, derhalve op de dag dat de periode waarvoor de subsidie is verleend is geëindigd. Deze periode liep af op 1 april 1995, zodat de verjaringstermijn op die datum aanvangt.

2.7.2.1.

Artikel 3, derde lid, van Verordening nr. 2988/95 staat lidstaten toe langere termijnen toe te passen dan de in het eerste en tweede lid bepaalde. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 29 januari 2009 in de zaak Vosding, punt 47, volgt dat het lidstaten is toegestaan langere verjaringstermijnen te behouden die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de verordening reeds bestonden en dat deze termijnen kunnen voortvloeien uit bepalingen van gemeen recht, zodat daar niet in specifieke en/of sectoriële regelingen in hoeft te zijn

voorzien. Anders dan de gemeente ter zitting bij de Afdeling heeft betoogd, is evenmin vereist dat de langere nationale termijn na de inwerkingtreding van de verordening wordt aangemeld of opnieuw bekendgemaakt. Gelet op het vorenstaande is in dit geval de in artikel 3:309 van het BW neergelegde langere verjaringstermijn van vijf jaar van toepassing. Nu niet is voorzien in de mogelijkheid een van Verordening nr. 2988/95 afwijkend aanvangstijdstip van de verjaring te bepalen, volgt uit het vorenstaande dat de bevoegdheid om de wegens onregelmatigheden uitgekeerde subsidiebedragen terug te vorderen vijf jaar na het eindigen van de periode waarvoor subsidie is verleend is verjaard, op 31 maart 2000, tenzij de verjaring is gestuit.

2.7.3.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, derde alinea van Verordening nr. 2988/95 wordt de verjaring van de vervolging gestuit door elke onderzoekshandeling of daad van vervolging van de onregelmatigheid door de bevoegde autoriteit, mits deze de betrokkene ter kennis is gebracht. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 24 juni 2004 in de zaak Handlbauer, punt 43, volgt dat de aankondiging van een controle aan de betrokken onderneming alleen dan een onderzoekshandeling of een daad van vervolging van de onregelmatigheid is die de in artikel 3, eerste lid, eerste alinea, bedoelde verjaringstermijn kan stuiten, indien de handelingen waarop de verdenkingen van de onregelmatigheid betrekking hebben, daarin voldoende nauwkeurig zijn omschreven.

2.7.3.1.

Bij brief van 31 maart 1999 is de gemeente ervan op de hoogte gesteld dat de controle afdeling van de Europese Commissie (hierna: de Europese Commissie) een extra controle zou uitvoeren naar enkele ESF-projecten in de regio Rijnmond die zijn gestart in de periode 1994 tot en met 1997, waaronder een aantal projecten dat door de gemeente is ingediend. De aangekondigde controle heeft zonder onderscheid betrekking op projecten van verschillende aanvragers in de regio Rijnmond gedurende een langere periode. Een dergelijke aankondiging, die geen enkele aanwijzing over verdenkingen omtrent voldoende bepaalde onregelmatigheden bevat, kan als zodanig de verjaringstermijn voor de terugvordering van de door de gemeente voor het in de periode van 1 april 1994 tot 1 april 1995 uitgevoerde project ontvangen subsidie niet stuiten. De op 13 april 1999 door de Europese Commissie uitgevoerde controle kan dat evenmin, reeds omdat uit het in beroep bestreden besluit blijkt dat bij deze controle het project 'Transnationaal project Schotland' niet aan bod is gekomen. Wel is een ander ESF-project van de gemeente met de naam 'Arbeidsplaatsen bewoners', gecontroleerd.

2.7.3.2.

Op 14 juli 1999 heeft de Europese Commissie naar aanleiding van de controle op 13 april 1999 een rapport gezonden aan de minister. In dat rapport staat met betrekking tot het project 'Arbeidsplaatsen bewoners' onder meer dat:

'(...) a control of the training records showed that no registration of hours (...) was kept and that the public matching funding was artificially inflated in order to obtain the maximum ESF possible.

(...)

As in this case the municipality of Middelharnis acted as applicant but did not contribute to the project, another condition was not fulfilled to get ESF-assistance.

(...)

It is V/G/3's opinion that before corrective measures are imposed and since this problem has an effect on the whole member-state, a broader sample of project where the matching funding is built up out of unemployment allowances be controlled in order to be able to calculate the error margin as correctly as possible. (...)

The member-state is requested to freeze administratively all advance and final payments to

the following promoters and this until further notice: [Hernesseroord]. (...)’

2.7.3.3.

Naar aanleiding van de bevindingen van de Europese Commissie is Arbeidsvoorziening Nederland op 20 juli 1999 een onderzoek gestart naar het project ‘Arbeidsvoorziening bewoners’. In het naar aanleiding daarvan opgemaakte rapport van 9 september 1999 staat onder meer:

‘(...)

Er is geen urenregistratie aanwezig. (...)

Op grond van de uitgevoerde werkzaamheden wordt geconcludeerd dat de projectadministratie niet voldoet aan het eerder genoemde doel. (...)

Op grond van de uitgevoerde werkzaamheden wordt geconcludeerd dat de deelnemersadministratie niet voldoet aan het eerder genoemde doel. (...)

Op grond van de uitgevoerde werkzaamheden wordt geconcludeerd dat de urenadministratie niet voldoet aan het eerder genoemde doel. (...)

Op grond van de uitgevoerde werkzaamheden wordt geconcludeerd dat de in de financiële projectadministratie opgenomen financiering niet voldoet aan het eerder genoemde doel.

(...)

2.7.3.4.

Bij brief van 20 maart 2000 heeft de Algemene Directie een nader onderzoek naar het project ‘Transnationaal project Schotland’ aangekondigd. Aanleiding voor dat onderzoek zijn de hiervoor bedoelde bevindingen van de Europese Commissie en Arbeidsvoorziening Nederland. Dat deze bevindingen betrekking hebben op een ander ESF-project van de gemeente neemt niet weg dat deze voldoende grond bieden voor de verdenking dat door de gemeente ook in het kader van andere ESF-projecten, waaronder het project ‘Transnationaal project Schotland’ onregelmatigheden zijn begaan, nu de projecten in dezelfde periode en door dezelfde instelling zijn uitgevoerd en de Europese Commissie uitdrukkelijk heeft verzocht alle administratieve betalingen aan die instelling tot nader order op te schorten. Dit in aanmerking nemende, blijkt uit de brief van 20 maart 2000 in voldoende mate dat er een verband bestaat tussen de aangekondigde controle en verdenking van onregelmatigheden die betrekking hebben op een voldoende nauwkeurig omschreven handeling.

2.7.3.5.

De vraag die tot slot moet worden beantwoord, is of de Algemene Directie de bevoegde autoriteit was als bedoeld in artikel 3, eerste lid, derde alinea van Verordening nr. 2988/95. In 2.6.1 is overwogen dat de lidstaat Nederland op grond van artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening bevoegd is subsidie die in strijd met de ESF-regeling 1991 aan de gemeente is verstrekt terug te vorderen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de hiervoor genoemde uitspraak van 24 december 2008 moet de uitvoering van de terugvordering, gegeven de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland daartoe, plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan. Derhalve moet worden bezien of het nationale recht voorziet in de bevoegdheid van de Algemene Directie om de subsidie terug te vorderen. De subsidietitel in de Awb gold nog niet ten tijde van de verlening en vaststelling van de hier aan de orde zijnde subsidie, zodat moet worden teruggevallen op het toepasselijke ongeschreven subsidierecht. Op grond hiervan gold het in de rechtspraak van voor het van kracht worden van voormelde titel neergelegde uitgangspunt dat het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kon worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht geheel of gedeeltelijk in te trekken en reeds betaalde subsidies terug te vorderen indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Gelet hierop was de Algemene Directie, als rechtsoptvolger van het Regionaal Bestuur, bevoegd de hier aan de orde zijnde subsidie terug te vorderen en derhalve de bevoegde autoriteit als bedoeld in artikel 3, eerste lid, derde alinea

van Verordening nr. 2988/95.

2.7.3.6.

Gelet op het vorenstaande moet de brief van 20 maart 2000 van de Algemene Directie, nu die dateert van vóór het einde van de verjaringstermijn op 31 maart 2000, worden beschouwd als een handeling die de verjaring stuit in de zin van artikel 3, eerste lid, derde alinea, van Verordening nr. 2988/95 en was de bevoegdheid van de Algemene Directie om de door de gemeente ontvangen subsidie terug te vorderen niet verjaard. De rechtbank heeft derhalve terecht, zij het op onjuiste gronden, overwogen dat hetgeen de gemeente in beroep heeft aangevoerd over de verjaringstermijn niet kan leiden tot een ander oordeel. Het betoog faalt.

2.8.

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van gronden, te worden bevestigd.

2.9.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

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

Noot van

J.E. van den Brink en W. den Ouden

1.

Het op 13 maart 2008 door het Hof van Justitie van de EG (inmiddels het Hof van Justitie van de EU) gewezen ESF-arrest (zaaknummer C-383-385/06, *NJ* 2008/349, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2008/207, m.nt. W. den Ouden en *JB* 2008, 104, m.nt. AJB) heeft in Nederland aanleiding gegeven tot flink wat discussie. In de vele commentaren die er zijn geschreven op de uitspraak zijn de auteurs het over één ding eens: erg duidelijk is het Hof niet in zijn antwoord op de principiële vragen die de Afdeling bestuursrechtspraak had gesteld. Eén van die vragen betrof het legaliteitsbeginsel. De Afdeling had namelijk geconstateerd dat het bestuursorgaan dat het aangevochten intrekkings- en terugvorderingsbesluit had genomen, daartoe naar Nederlands recht niet bevoegd was. Er waren weliswaar onregelmatigheden bij de uitvoering van de gesubsidieerde projecten vastgesteld, maar deze projecten waren veel te laat gecontroleerd en in één geval was de subsidieverstrekker zelf (mede-)verantwoordelijk voor het feit dat Europese doelstellingen niet werden gerealiseerd. Daarmee ontstond de lastige situatie waarin op grond van de toepasselijke Europese bepalingen (art. 23 van Vo. 4253/88) de lidstaat Nederland *verplicht* was om onregelmatigheden te herstellen door middel van terugvordering, maar de voor nakoming van die verplichting benodigde bevoegdheden voor uitvoerende bestuursorganen niet aanwezig waren. Dat leidde de Afdeling tot de vraag of een bevoegdheid wellicht direct kon worden ontleend aan het Europese recht, ook al werd in de betreffende Europese bepalingen niet met zoveel woorden een terugvorderingsbevoegdheid aan nationale uitvoeringsautoriteiten toegekend.

Het antwoord van het Hof was als gezegd weinig bevredigend. In afwijking van eerdere jurisprudentie waarin de terugvorderingsbevoegdheid in dit soort gevallen door het Hof werd gezocht in de nationale wetgeving (bijv. zaak 205-215/82 (Deutsche Milchkontor) r.o. 20, recenter GvEA 8 juli 2004, T-341/02 en het hoger beroep tegen laatstgenoemde uitspraak: HvJ EG 2 mei 2006, C-417/04 P), legt het Hof in het ESF-arrest sterk de nadruk op de terugvorderingsverplichting van de lidstaten. Over de vraag of een communautaire *verplichting* ook leidt tot een *bevoegdheid* is het Hof opvallend kort van stof. Met de summiere overweging dat ‘art. 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen’ moest

de Afdeling het doen.

In de literatuur is betoogd dat het Hof met deze overweging de vraag naar de bevoegdheidsgrondslag niet heeft beantwoord; dat er een terugvorderingsverplichting bestaat los van het nationale recht was voor iedereen reeds duidelijk. Maar het tussenzinnetje ‘zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is’ riep twijfel op: zou het Hof toch de bedoeling hebben gehad in art. 23 van verordening nr. 4253/88 een bevoegdheidsattributie te lezen? De Afdeling heeft het Hof wel zo verstaan en stelde na herhaling van hierboven weergegeven overweging van het Hof over art. 23: ‘Deze bepaling (art. 23 Vo 4253/88, *WdO*) schept derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering’. Deze uitleg is in de literatuur (zie voor een overzicht R. Ortlep, ‘Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun’, *JPplus* 2009 p. 98 e.v.) bekritiseerd, onder meer vanwege de ontbrekende motivering bij deze uitleg waarvan de gevolgen verstrekkend kunnen zijn. Verder is er op gewezen dat de vastgestelde bevoegdheidsgrondslag voor de terugvordering voor *de lidstaat Nederland* niet voldoet; voor de rechtmatigheid van een intrekingsbesluit is een bevoegd *bestuursorgaan* noodzakelijk. Het is dus niet verwonderlijk dat appellant in de hier opgenomen uitspraak expliciet verzoekt ‘deze principiële bevoegdheidsvraag door middel van een prejudiciële procedure nogmaals aan het Hof van Justitie voor te leggen.’ In de literatuur is dit ook al gesuggereerd, niet alleen vanwege vragen rond het legaliteitsbeginsel, maar ook vanwege de (zeer) beperkte invulling van het vertrouwensbeginsel die uit het arrest van het Hof lijkt te volgen en die wezenlijk lijkt af te wijken van eerdere Europese standaard jurisprudentie, uiteindelijk gebaseerd op het arrest Ferwerda (daarover: J.E. van den Brink, ‘Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel’, In Verhoeven, Van den Brink en Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010, p. 117). De Afdeling bestuursrechtspraak is echter niet enthousiast: zij ziet geen aanleiding tot het stellen van nieuwe vragen. Kennelijk is voor haar de discussie over dit onderwerp afgesloten. Gezien de lange voorgeschiedenis van de ESF-uitspraak (met uitgebreide prejudiciële vragen, veel tijdsverloop en onbegrijpelijke antwoorden van het Hof) wel begrijpelijk, maar bekeken vanuit het belang van de genoemde onderwerpen een discutabele keuze.

Wij wijzen nog even op r.o. 2.7.3.5 waarin de Afdeling de vraag beantwoordt hoe, op grond van een Europese bevoegdheid toegekend aan *de lidstaat Nederland* een bevoegde (Nederlandse) autoriteit/bestuursorgaan moet worden vastgesteld, wanneer deze niet wordt aangeduid in de Europese regelgeving. Net als in haar einduitspraak naar aanleiding van het ESF-arrest stelt de Afdeling vast dat dit volgens de regels van het nationale recht moet worden vastgesteld. Volgens het toepasselijke (ongeschreven) subsidierecht is de Algemene directie voor de Arbeidsvoorziening het bevoegde bestuursorgaan om tot intrekking van het vaststellingsbesluit en terugvordering over te gaan, nu haar rechtsvoorganger de betreffende subsidie had vastgesteld. Ook uit de huidige subsidietitel van de Awb, titel 4.2, blijkt dat het bestuursorgaan dat de subsidie vaststelt, het bevoegde bestuursorgaan is om — onder omstandigheden — die beschikking weer in te trekken (art. 4:49 Awb).

2.

De Afdeling bestuursrechtspraak gaat wel uitgebreid in op een tweede kwestie die in hoger beroep aan de orde werd gesteld, te weten de vraag of de verjaringstermijn voor intrekking en terugvordering was verstreken. De Rechtbank had in haar aangevallen uitspraak gesteld dat die vraag geen verdere bespreking behoefde omdat het antwoord daarop, gezien de ESF-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, niet kon leiden tot een ander oordeel over de rechtmatigheid van het aangevochten besluit. Dat is niet juist, zo blijkt uit het diepgravende onderzoek dat de Afdeling vanaf r.o. 2.7.1 uitvoert naar in casu geldende

verjaringstermijnen; de verplichting en bevoegdheid tot het nemen van intrekings- en terugvorderingsbesluiten bij geconstateerde onregelmatigheden bij Europese subsidies zijn dus gelukkig niet eeuwigdurend van aard! Hoewel het bestuderen van verjaringstermijnen bij terugvordering van Europese subsidies beslist niet onze hobby is, vinden wij het belangrijk om ook dit onderdeel van de onderhavige uitspraak (uitgebreid) te bespreken. Het laat namelijk zien hoe ingewikkeld de relatie tussen Europees en Nederlands (subsidie) recht kan zijn en meer in het bijzonder hoe complex de toepassing van de regels omtrent verjaringstermijnen neergelegd in artikel 3 van de Vo 2988/95 voor nationale bestuursorganen kan uitpakken. Daarbij moet worden bedacht dat deze bepaling een breder bereik heeft dan de Europese subsidiepraktijk; zij ziet op alle vervolgingsactiviteiten naar aanleiding van onregelmatigheden waardoor de financiële belangen van de Europese gemeenschap worden geschaad en kan dus bijvoorbeeld ook van toepassing zijn in douanekwesties, landbouwkwesties en strafzaken.

De verordening is *niet* van toepassing op bijvoorbeeld de terugvordering van onrechtmatige staatssteun, nu deze onregelmatigheid immers geen gevolgen heeft voor de financiën van de EU. In artikel 15 van de Vo 659/1999 kon met betrekking tot staatssteun dan ook worden geregeld dat de bevoegdheid van de Europese Commissie om een lidstaat een bevel tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun te geven, pas verjaart na tien jaar! De verordening ziet evenmin op de terugvordering van een Europese subsidie ten gevolge van het feit dat een nationaal uitvoeringsorgaan een vergissing heeft gemaakt (zie hieromtrent HvJEG 15 januari 2009, AB 2009/45, m.nt. R. Ortlep). Voor die gevallen bestaat geen Europese regeling, zodat daarop het nationale recht van toepassing is.

3.

In Vo 2988/95 is met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de EU (oorspronkelijk ging het uiteraard om de financiële belangen van de EG) een algemene regeling opgenomen inzake homogene controles en administratieve maatregelen en sancties met betrekking tot onregelmatigheden ten aanzien van het EU-recht waardoor de algemene begroting van de EU wordt of zou kunnen worden benadeeld. Zo wilde de Europese wetgever eenheid bewerkstelligen in de verschillende sectoriële regelingen op deze punten. De in Vo 2988/95 gedefinieerde begrippen gelden derhalve voor alle Europese subsidieregelingen. Ingevolge artikel 1, tweede lid, van de Vo 2988/95 dient onder onregelmatigheid te worden verstaan 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. Indien in andere relevante Europese regels het begrip 'onregelmatigheden' wordt gebruikt moet dat begrip dus volgens de definitie van Vo 2988/95 worden ingevuld.

4.

In deze zaak was in het bijzonder artikel 3 van de Vo 2988/95 van belang. Dit artikel bevat een verjaringstermijn van vier jaar voor de vervolging van onregelmatigheden vanaf de datum waarop zij zijn begaan. Deze verjaringstermijn geldt alleen indien in de sectoriële regelingen geen kortere termijn is bepaald die, zo bepaalt artikel 3, eerste lid, tweede volzin, niet korter mag zijn dan drie jaar. Bovendien staat het de lidstaten vrij om een langere verjaringstermijn toe te passen, zo blijkt uit artikel 2, eerste lid, van de Vo 2988/95.

5.

In de onderhavige casus was de subsidie voor de periode van 1 april 1994 tot 1 april 1995 bij besluit van 25 juli 1995 vastgesteld door het Regionaal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening Rijnmond. Haar rechtsopvolger, de Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening, heeft bij onderscheiden besluiten van 2 januari 2001 deze vastgestelde subsidie ingetrokken, de

subsidie op nihil vastgesteld en de uitbetaalde bedragen teruggevorderd. Appellant stelde dat deze besluiten na verstrijken van de verjaringstermijn, immers meer dan vijf jaar na de subsidievaststelling, zijn genomen hetgeen zich niet zou verdragen met de in artikel 3 van de Vo 2988/95 neergelegde verjaringstermijn. De Afdeling moet heel wat stappen zetten voordat tot het oordeel kan worden gekomen dat hier geen sprake is van verjaring.

6.

Eerste vraag is of artikel 3, eerste lid, van de Vo 2988/95 überhaupt van toepassing is op het gewraakte terugvorderingsbesluit. Onder verwijzing naar het arrest Handlbauer (HvJEG 24 juni 2004, C-278/02) overweegt de Afdeling dat artikel 3, eerste lid, van de Vo 2988/95 niet uitsluitend van toepassing is op strafsancities die volgen op onregelmatigheden, maar ook op (herstelsancities/administratieve maatregelen zoals) terugvorderingen. Het CBb kwam in de uitspraak van 17 mei 2006, r.o. 5.4., reeds tot dezelfde conclusie (zie AB 2006/313, m.nt. A.P.W. Duijkersloot).

7.

De tweede vraag is of de voormelde verjaringstermijn ook in dit geval (al) van toepassing is. De periode waarvoor de subsidie was verleend is immers geëindigd vóór de inwerkingtreding van Vo 2988/95 op 26 december 1995. Het HvJEG heeft daaromtrent in het arrest Vosding (HvJEG 29 januari 2009, C-278/07, 279/07 en 280/07, AB 2009/91, m.nt. R. Ortlep, NJ 2009/181 m.nt. M.R. Mok) overwogen dat de in artikel 3, eerste lid, bedoelde verjaringstermijn met terugwerkende kracht in beginsel ook van toepassing is op vóór de inwerkingtreding van de verordening begane onregelmatigheden. Echter, de rechtszekerheid verzet zich ertegen dat schulden die vóór de inwerkingtreding van de Vo 2988/95 ontstonden door nationale autoriteiten kunnen worden teruggevorderd indien deze op moment van inwerkingtreding van de Verordening naar het op dat moment geldende nationale recht al waren verjaard. Met andere woorden: de toepasselijkheid van de Verordening mag er niet toe leiden dat vorderingsrechten 'herleven'.

De Afdeling moet derhalve eerst onderzoeken of de bevoegdheid tot terugvordering naar nationaal recht al was verjaard. Die vraag moet in casu aan de hand van de regels van civiel recht worden beantwoord. Immers, de onderhavige subsidie werd verleend voor 1 januari 1998. De subsidietitel van de Awb en de daarin opgenomen verjaringstermijnen zijn dus niet van toepassing. Overigens gaat de Afdeling ervan uit dat de verjaringstermijnen van de Awb niet van toepassing zijn, omdat op het moment dat het project was *beëindigd*, de subsidietitel van de Awb nog niet in werking was getreden. Volgens het overgangsrecht dient echter het *moment van subsidieverlening* doorslaggevend te zijn (zie artikel III, eerste lid, van het overgangsrecht bij de derde tranche Awb, *Stb.* 1996, 333). Voor onze zaak maakt dat overigens niet uit: de conclusie dat de Awb verjaringstermijnen niet van toepassing zijn op de onderhavige subsidie is juist.

8.

Nu de verjaringstermijnen van de subsidietitel van de Awb niet van toepassing zijn, geldt op grond van de in artikel 3:326 van het BW neergelegde schakelbepaling de civielrechtelijke verjaringstermijn uit artikel 3:309 van het BW. Ingevolge dit artikel verjaart de rechtsoverdracht uit onverschuldigde betaling door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering, als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan.

De Afdeling gaat daarom na vanaf welk moment de minister een vordering op de gemeente had. Volgens de Afdeling (zie r.o. 2.7.1.1) heeft de minister eerst met de intrekingsbesluiten van 2 januari 2001 het recht verkregen om de betaalde subsidie terug te vorderen en is derhalve met de bekendmaking van die besluiten de verjaringstermijn begonnen. Ons inziens sluit de Afdeling hier te gemakkelijk aan bij het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2003

(AB 2003/451, m.nt. Van Ommeren) waarin het ging om de terugvordering van een zogenoemde exportrestitutie door het Productschap Zuivel. In dat arrest was immers — anders dan in dit geval — sprake van een te onderscheiden intrekingsbesluit en een terugvorderingsbesluit. Volgens de Hoge Raad had nu juist het intrekingsbesluit niet tot gevolg dat de rechtsgrond met terugwerkende kracht aan de restitutiebedragen kwam te ontvallen. Het intrekingsbesluit gaf het Productschap slechts het recht om de restitutiebetalingen terug te vorderen. Pas het terugvorderingsbesluit leidde tot een verbintenis tot betaling. Volgens de HR begon dus pas op het moment van het nemen van het terugvorderingsbesluit de verjaringstermijn te lopen. De HR hanteert, anders dan de Afdeling suggereert, dus *niet* de datum van het intrekingsbesluit als begindatum van de verjaringstermijn. Om het nog wat ingewikkelder te maken: wij vragen wij ons af of het gelet op de tekst van artikel 3:309 van het BW wel verstandig is om aansluiting te zoeken bij de datum van het intrekings- en/of terugvorderingsbesluit. Die aanpak past natuurlijk goed bij onze gewoonte om geschillen in besluiten op te delen, maar heeft wel tot gevolg dat — ook als het bestuursorgaan al op de hoogte is van onregelmatigheden op grond waarvan de vastgestelde subsidie moet worden ingetrokken en teruggevorderd — maar daartoe geen besluit neemt, de verjaringstermijn voor vervolging van onregelmatigheden niet begint te lopen. Zo worden bestuursorganen in ieder geval niet gestraft voor niet-tijdige besluitvorming.

In de onderhavige zaak werden het besluit tot intrekking en terugvordering door het bestuursorgaan in één besluit gecombineerd. De Afdeling komt tot de conclusie dat, nu dit besluit dateert van na de inwerkingtreding van de Vo 2988/95, het is uitgesloten dat de vorderingen op dat moment al waren verjaard. Dat betekent dat artikel 3 in dit geval inderdaad met terugwerkende kracht van toepassing is.

9.

Dat de Europese verordening van toepassing is zegt helaas nog niet alles, althans niet over de geldende verjaringstermijn. Als gezegd stelt de verordening immers dat op nationaal niveau langere verjaringstermijnen mogen gelden. Uit het al genoemde arrest Vosding volgt dat het daarbij om zowel op het tijdstip van de inwerkingtreding van de Vo 2988/95 al bestaande verjaringstermijnen, als om nieuwe verjaringstermijnen kan gaan. Bovendien kunnen deze termijnen voortvloeien uit bepalingen van gemeen recht, zij hoeven dus niet te zijn opgenomen in een specifieke regeling die ziet op het betreffende rechtsterrein.

Voor Nederland betekent dit dat artikel 3:309 van het BW geldt. De Afdeling merkt terecht op dat de Verordening *geen* vrijheid laat om als lidstaat het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn te bepalen. Nu volgens de Afdeling sprake is van een voortdurende of voortgezette onregelmatigheid (zie hieromtrent het arrest Vonk Dairy Products, C-279/05, r.o. 44) geldt dat ingevolge artikel 3, eerste lid, tweede alinea van de Vo 2988/95 de verjaringstermijn ingaat op de dag waarop de onregelmatigheid is geëindigd. Volgens de Afdeling gaat het om de dag dat de periode waarvoor de subsidie is verleend is geëindigd. Dit betekent dat de bevoegdheid om de wegens onregelmatigheden uitgekeerde subsidiebedragen terug te vorderen vijf jaar na het eindigen van de periode waarvoor subsidie is verleend is verjaard, in dit geval op 31 maart 2000.

Wij vragen ons overigens af of in het onderhavige geval niet ook artikel 3, eerste lid, tweede alinea, laatste zinsnede, van de Verordening nr. 2988/95 van toepassing is, waarin wordt bepaald dat de verjaringstermijn bij meerjarige programma's in elk geval loopt tot de dag waarop het programma definitief wordt afgesloten. Over de precieze betekenis van deze bepaling heeft het Hof nog geen uitspraak gedaan en kennelijk voelde de Afdeling bestuursrechtspraak ook op dit punt weinig voor prejudiciële vragen.

10.

Met de vaststelling van de (nationale) verjaringstermijn en de (Europese) ingangsdatum van

die termijn is de Afdeling er nog niet. Lastig is dat de verjaring volgens artikel 3, eerste lid, tweede alinea van de Verordening nr. 2988/95 wordt gestuit door elke onderzoekshandeling of daad van vervolging van de onregelmatigheid door de bevoegde autoriteit, mits deze de betrokkene ter kennis is gebracht. Ook hier geldt dat geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht. Voormelde bepaling is ingevuld door het HvJ EG in het arrest Handlbauer; in de onderhavige uitspraak zien we dat de Afdeling dit arrest toepast. De toepassing gaat genuanceerd, gedegen en is uitgebreid gemotiveerd. De Afdeling komt tot de conclusie dat de verjaring op 20 maart 2000, dus een paar dagen voordat de vordering zou verjaren, is gestuit. Dit is uiteraard erg vervelend voor de ontvanger, nu deze van 25 juni 1995 tot 20 maart 2000 er waarschijnlijk vanuit ging dat de subsidierelatie was afgerond. De stuiting is het gevolg van een onderzoek van de Europese Commissie waaruit bleek dat onregelmatigheden plaats hadden gevonden. Deze uitspraak laat derhalve de Europese dimensie zien waarmee de subsidieontvanger rekening moet houden: niet alleen het nationale bestuursorgaan controleert, maar ook de Europese Commissie. De laatste controleert vaak veel later, ná de beschikking tot subsidievaststelling, wat tot gevolg kan hebben dat al lang vastgestelde subsidiebedragen alsnog worden ingetrokken. Deze omstandigheid leidt er ook toe dat het zo kan zijn dat pas in 2009 in laatste instantie een rechterlijke uitspraak wordt gedaan over een subsidie die reeds in 1995 werd vastgesteld. Dit maakt de Europese subsidie er niet aantrekkelijker op...

11.

Aan het slot van deze lange noot richten we onze blik op de subsidietitel van de Awb. Onder de werking van de subsidietitel zou de uitkomst in deze zaak niet anders zijn geweest. Ingevolge de artikelen 4:49, derde lid, en artikel 4:57 vierde lid, van de Awb geldt voor de intrekking/wijziging en de terugvordering van de subsidie een verjaringstermijn van vijf jaren. Deze langere verjaringstermijn is toegestaan op grond van artikel 3, eerste lid, van de Verordening nr. 2988/95. Ten opzichte van artikel 3:309 van het BW is in de subsidietitel van de Awb een heel wat eenvoudiger aanvangstijdstip van de verjaring neergelegd, namelijk de dag van de bekendmaking van het besluit tot subsidievaststelling. De Verordening nr. 2988/95 blijft echter voorschrijven dat de termijn bij voortdurende of voortgezette onregelmatigheden gaat lopen na afloop van de onregelmatigheid, dat wil zeggen op de dag waarop de periode waarvoor subsidie is verleend eindigt. Dit betekent dat de Europese verjaringstermijn eerder begint te lopen dan op grond van de subsidietitel van de Awb het geval zou zijn, hetgeen dus gunstig is voor de subsidieontvanger. Maar de Europese stuitingsregels kunnen, zoals blijkt uit deze casus, bijzonder nadelig uitpakken voor de subsidieontvanger, die naar Nederlands recht niet meer met terugvordering rekening zou hoeven houden. Overdacht zou kunnen worden of in de artikelen 4:49 en 4:57 Awb kan worden bepaald dat in geval van Europees gefinancierde subsidies andere verjaringsregimes kunnen worden vastgesteld in het algemeen verbindend voorschrift waarop de subsidieverstrekkings berusten; dan is de subsidieaanvrager zich van de mogelijkheid van terugvorderingen ver na het moment van subsidievaststelling wellicht beter bewust.

AB Rechtspraak Bestuursrecht

Copyright © Kluwer 2011

Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 19-01-2011

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

