

## AB 2011/31

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer), 14 juli 2010,  
nr201001650/1/H2., LJN:BN1150

Mrs. D.A.C. Slump, W. Konijnenbelt, K.J.M. Mortelmans

Wetgeving: Awb art. 4:37

Met noot van: J.E. van den Brink<sup>[\*]</sup>

### Essentie

Geen subsidieverplichting in de zin van artikel 4:37 van de Awb.

### Samenvatting

Het Unierecht geeft aldus geen aanknopingspunten. Het vorenstaande betekent dat de subsidiabiliteit van de door de uitvoerder van het project, Heineken Nederlands Beheer B.V., uitgekeerde tantièmes moet worden beoordeeld op basis van het nationale subsidierecht.

De staatssecretaris heeft op grond van artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling aan de subsidieverlening de voorwaarde verbonden dat de in de Handleiding opgenomen vereisten worden nageleefd. (...) De norm dat inkomen uit winstdeling niet subsidiabel is, kan echter niet worden aangemerkt als een voorwaarde als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling. Deze norm behelst immers, anders dan de minister betoogt, evenals de in de uitspraak van de Afdeling van 24 september 2008 in zaak nr. 200801037/1 ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)) aan de orde zijnde norm, een beperking van de subsidiabele kosten en betreft niet een ter waarborging van een juiste uitvoering van het project dan wel voor het behoud van een goed inzicht in de voortgang van het project te stellen voorwaarde. Evenmin kan de norm worden aangemerkt als een verplichting als bedoeld in artikel 4:37, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb, nu, anders dan in de door de minister aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 2 augustus 2006 het geval was, het hier niet gaat om in de Handleiding neergelegde administratievoorschriften. Gelet hierop heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat SOL niet kan worden tegengeworpen dat niet is voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting.

### Partijen

Uitspraak op het hoger beroep van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (thans: de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), appellant, tegen de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 12 januari 2010 in zaak nr. 08/5100 in het geding tussen:

Stichting Opleidingsfonds Levensmiddelenindustrie (hierna: SOL)

en

de staatssecretaris.

#### 1. Procesverloop

Bij besluit van 26 juni 2008 heeft de staatssecretaris de aan SOL ten behoeve van het project 'SOL clusteraanvraag C10 Scholing I' (hierna: het project) verleende subsidie lager vastgesteld op € 2.871.483.

Bij besluit van 6 oktober 2008 heeft de staatssecretaris het door SOL daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 12 januari 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, het door SOL daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 6 oktober 2008 vernietigd en bepaald dat de staatssecretaris een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar neemt. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de staatssecretaris bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 15 februari 2010,

hoger beroep ingesteld.

Op 15 maart 2010 heeft de minister, als rechtsopvolger van de staatssecretaris, een nieuw besluit op bezwaar genomen.

SOL heeft een verweerschrift ingediend.

De minister heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 juni 2010, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. F.A. Gelauff, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en SOL, vertegenwoordigd door mr. Ch.Y.M. Moons, advocaat te Amsterdam, vergezeld door programmamanager ESF bij SOL, en gemachtigden, beiden werkzaam bij Heineken Nederland, zijn verschenen.

## **2. Overwegingen**

### **2.1.**

De subsidie is verstrekt uit het Europees Sociaal Fonds (hierna: het ESF), één van de structuurfondsen van de Europese Unie. Dit Fonds vindt zijn grondslag in de Verordening nr. 1784/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 1999 (*PB EG* 1999 L 213). Onder verwijzing naar de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (C(2000)1127) van 8 augustus 2000, waarbij de Commissie het Enig Programmerings Document voor de structurele bijstandsverlening van de Gemeenschap in de in Nederland onder doelstelling 3 vallende regio's heeft goedgekeurd voor de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2006, heeft de minister de Subsidieregeling ESF-3 (hierna: de Subsidieregeling; *Stcrt.* 2001, 118, zoals nadien gewijzigd) vastgesteld.

#### **2.1.1.**

Ingevolge artikel 4:37, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan een bestuursorgaan de subsidieontvanger verplichtingen opleggen met betrekking tot:

- a. aard en omvang van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend;
- b. de administratie van aan de activiteiten verbonden uitgaven en inkomsten;

(...)

Ingevolge artikel 2, aanhef en onder a, van de Kaderwet SZW-subsidies kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid subsidies verstrekken voor activiteiten welke passen in het werkgelegenheidsbeleid en het arbeidsmarktbeleid.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, voor zover hier van belang, kunnen, onverminderd hoofdstuk 3 van de Financiële-verhoudingswet, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur of bij regeling van de minister ter zake van de verstrekking van subsidie regels worden gesteld met betrekking tot:

- a. de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verstrekt en wie daarvoor in aanmerking komt;
- b. het bedrag van de subsidie dan wel de wijze waarop dit bedrag wordt bepaald;
- e. de verplichtingen van de subsidie-ontvanger.

De Subsidieregeling is vastgesteld krachtens artikel 3, eerste lid, van de Kaderwet SZW-subsidies.

Ingevolge artikel 7, eerste lid, van de Subsidieregeling betreft de beschikking tot verlening van projectsubsidie de projectactiviteiten zoals vastgelegd in de bij de subsidieaanvraag gevoegde projectbeschrijving.

Ingevolge het tweede lid wordt in de beschikking het maximumbedrag bepaald dat aan subsidie tegemoet kan worden gezien. Bij de bepaling van dit bedrag wordt uitgegaan van het totaal van de voorbereidings-, uitvoerings- en beheerskosten van het project zoals door de aanvrager geraamd in zijn subsidieaanvraag, met dien verstande dat bepaalde, in de beschikking te vermelden, kostenposten buiten beschouwing kunnen worden gelaten dan wel op een lager bedrag kunnen worden vastgesteld, voor zover de desbetreffende uitgaven redelijkerwijs niet noodzakelijk geacht kunnen worden voor de uitvoering van het project.

Ingevolge het derde lid kunnen aan de beschikking tot verlening van projectsubsidie nadere voorwaarden worden verbonden, voor zover deze noodzakelijk zijn ter waarborging van een juiste uitvoering van het project

dan wel het behouden van een goed inzicht in de voortgang van het project.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, komen uitsluitend de kosten die door de begunstigde daadwerkelijk zijn gemaakt, die ten laste van de begunstigde zijn gebleven en die voor de voorbereiding, uitvoering en evaluatie van het project noodzakelijk moeten worden geacht, voor subsidiëring in aanmerking. Hierbij wordt verordening (EG) 1685/2000 in acht genomen.

## **2.2.**

SOL heeft bij formulier, gedateerd 4 november 2004, een aanvraag ingediend voor subsidie op grond van de Subsidieregeling voor het project voor de periode van 1 september 2004 tot en met 31 augustus 2006.

Bij besluit van 24 juni 2005 heeft de staatssecretaris ten behoeve van het project een subsidie verleend van maximaal € 6.942.392,00. Aan de subsidieverlening is op grond van artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling als nadere voorwaarde verbonden dat de in de Handleiding opgenomen vereisten worden nageleefd.

Bij besluit van 26 juni 2008, gehandhaafd bij besluit van 6 oktober 2008, heeft de staatssecretaris de aan SOL verleende subsidie lager vastgesteld op € 2.871.483. Hij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat, voor zover thans van belang, is gebleken dat in de uurtarieven van het deelproject Heineken winstafhankelijke tantièmes zijn opgenomen. Nu in de Handleiding Projectadministratie ESF Doelstelling 3 (2005) (hierna: de Handleiding) is vermeld dat winstdelingen geen subsidiabele kosten zijn, heeft SOL volgens de staatssecretaris, door de tantièmes in de einddeclaratie op te nemen, niet voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting en heeft hij aanleiding gezien de tantièmes bij de subsidievaststelling te schrappen.

## **2.3.**

De rechtbank heeft het besluit van 6 oktober 2008 vernietigd. Daartoe heeft zij overwogen dat de staatssecretaris bij de verlening van de subsidie ten aanzien van de door SOL bij de aanvraag opgevoerde directe kosten geen gebruik heeft gemaakt van de in artikel 7, tweede lid, van de Subsidieregeling gegeven bevoegdheid om kosten deels buiten beschouwing te laten. De in de Handleiding opgenomen norm dat winstdelingen als niet subsidiabele kosten worden aangemerkt kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden aangemerkt als een aan de subsidieverlening verbonden voorwaarde als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling en evenmin als een doelgebonden verplichting als bedoeld in de artikelen 4:37 en 4:38 van de Awb. De rechtbank komt gelet daarop tot de slotsom dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat met betrekking tot de in geding zijnde tantièmes niet is voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting.

## **2.4.**

De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte niet heeft onderkend dat uit de uitspraak van de Afdeling van 2 augustus 2006 in zaak nr. 200502975/1 volgt dat de in de Handleiding opgenomen norm dat inkomen uit winstdeling niet subsidiabel is, een verplichting als bedoeld in artikel 4:37, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb inhoudt. Deze verplichting valt volgens de minister onder artikel 7, tweede lid, van de Subsidieregeling, op grond waarvan bepaalde kosten geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Nu SOL tegen het besluit tot subsidieverlening geen rechtsmiddelen heeft aangewend en derhalve dat besluit en de daarbij opgelegde verplichtingen, waaronder de in de Handleiding opgenomen norm dat winstdelingen niet subsidiabel zijn, in rechte onaantastbaar zijn geworden, kan volgens de minister SOL het niet nakomen van die verplichting worden tegengeworpen.

### **2.4.1.**

Het gaat hier om de subsidiëring van een ESF-project. In de daarop van toepassing zijnde onder 2.1 genoemde verordening zijn geen bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de subsidiabiliteit van winstdelingen of tantièmes. In artikel 1 van Verordening nr. 1685/2000 van 28 juli 2000 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening nr. 1260/1999 van de Raad met betrekking tot de subsidiabiliteit van de uitgaven voor door de structuurfondsen medegefinancierde verrichtingen (*PB EG 2000 L 193*), zoals gewijzigd bij Verordening nr. 448/2004 (*PB EG 2004 L 73*), is slechts bepaald dat de in de Bijlage bij de verordening vervatte regels van toepassing zijn om te bepalen of uitgaven uit hoofde van normen van bijstandsverlening in de zin van artikel 9, onder e, van Verordening nr. 1260/1999 voor subsidie in aanmerking komen. In die Bijlage zijn echter evenmin bepalingen betreffende de subsidiabiliteit van winstdelingen of

tantièmes opgenomen. Ook in de beschikking van de Commissie van 8 augustus 2000 en het daarbij horend Enig Programmerings Document zijn geen bepalingen over winstdelingen of tantièmes opgenomen. Het Unierecht geeft aldus geen aanknopingspunten. Het vorenstaande betekent dat de subsidiabiliteit van de door de uitvoerder van het project, Heineken Nederlands Beheer B.V., uitgekeerde tantièmes moet worden beoordeeld op basis van het nationale subsidierecht.

#### **2.4.2.**

De staatssecretaris heeft op grond van artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling aan de subsidieverlening de voorwaarde verbonden dat de in de Handleiding opgenomen vereisten worden nageleefd. Nu het besluit tot subsidieverlening is genomen op 24 juni 2005, is in deze zaak de op dat moment geldende Handleiding van januari 2005 van toepassing en dienen de in die Handleiding opgenomen vereisten, voor zover deze noodzakelijk zijn ter waarborging van een juiste uitvoering van het project dan wel het behouden van een goed inzicht in de voortgang van het project, te worden nageleefd. De norm dat inkomen uit winstdeling niet subsidiabel is, kan echter niet worden aangemerkt als een voorwaarde als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling. Deze norm behelst immers, anders dan de minister betoogt, evenals de in de uitspraak van de Afdeling van 24 september 2008 in zaak nr. 200801037/1 aan de orde zijnde norm, een beperking van de subsidiabele kosten en betreft niet een ter waarborging van een juiste uitvoering van het project dan wel voor het behoud van een goed inzicht in de voortgang van het project te stellen voorwaarde. Evenmin kan de norm worden aangemerkt als een verplichting als bedoeld in artikel 4:37, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb, nu, anders dan in de door de minister aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 2 augustus 2006 het geval was, het hier niet gaat om in de Handleiding neergelegde administratievoorschriften. Gelet hierop heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat SOL niet kan worden tegengeworpen dat niet is voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting.

#### **2.4.3.**

Met de rechtbank is de Afdeling voorts van oordeel dat de minister ook niet op grond van artikel 7, tweede lid, van de Subsidieregeling aan SOL kon tegenwerpen dat de tantièmes niet subsidiabel zijn. Ingevolge die bepaling kunnen bij de subsidieverlening kostenposten geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing worden gelaten voor zover de desbetreffende uitgaven redelijkerwijs niet noodzakelijk geacht kunnen worden voor de uitvoering van het project. De staatssecretaris heeft bij de verlening van de subsidie van deze bevoegdheid alleen gebruik gemaakt ten aanzien van de ontwikkelingskosten die bedrijven in de aanvraag opvoeren.

#### **2.4.4.**

Gelet op het hiervoor overwogene faalt hetgeen de minister heeft aangevoerd en moet worden geconcludeerd dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat met betrekking tot de in geding zijnde tantièmes niet is voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting. De rechtbank heeft het besluit van 6 oktober 2008 dan ook terecht vernietigd.

#### **2.5.**

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

#### **2.6.**

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

### **3. Beslissing**

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

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij de stichting Stichting Opleidingsfonds Levensmiddelenindustrie in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 874 (zegge: achthonderdvierenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- III. bepaalt dat van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een griffierecht van € 447 (zegge:

vierhonderdzevenenveertig euro) wordt geheven.

## Noot van J.E. van den Brink<sup>[\*]</sup>

### 1.

In deze uitspraak staat de vraag centraal in hoeverre de Handleiding Projectadministratie ESF doelstelling 3 (2005) subsidieverplichtingen bevat in de zin van artikel 4:37 van de Awb. In het kader van de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds (ESF) werken de Nederlandse bestuursorganen al sinds jaar en dag met dergelijke handleidingen projectadministratie (HPA's). Hierin zijn met name administratieve verplichtingen opgenomen die door de subsidieontvanger moeten worden nageleefd. In deze uitspraak gaat het om de in de voormelde handleiding opgenomen norm dat winstdelingen als niet subsidiabele kosten worden aangemerkt. Deze norm heeft de subsidieontvanger niet nageleefd, nu is gebleken dat in de uurtarieven van het deelproject Heineken die de subsidieontvanger als subsidiabele kosten heeft opgevoerd winstafhankelijke tantièmes zijn opgenomen. Dientengevolge heeft staatssecretaris van SZW de verleende subsidie lager vastgesteld op € 2.871.483. Uit de uitspraak wordt niet duidelijk hoeveel subsidie uiteindelijk bij de vaststelling is gedeclareerd; op 24 juni 2005 is wel een subsidie verleend van maximaal € 6.942.392. Gelet hierop, neem ik aan dat de subsidieontvanger een behoorlijk bedrag misloopt.

### 2.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de in de HPA opgenomen norm niet kan worden aangemerkt als een aan de subsidieverlening verbonden voorwaarde als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling ESF-3 en evenmin als een doelgebonden verplichting als bedoeld in de artikelen 4:37 en 4:38 van de Awb. De conclusie van de rechtbank luidt dan ook dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat met betrekking tot de in geding zijnde tantièmes niet is voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting. De minister stelt (als rechtsopvolger van de staatssecretaris) hoger beroep in.

### 3.

In r.o. 2.4.1. beziet de Afdeling allereerst of de norm dat winstdelingen niet subsidiabel zijn wellicht volgt uit het toepasselijke Europese recht. Omdat verordeningen rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaat (zie artikel 288 van het VwEU) kunnen hierin algemene regels zijn opgenomen aangaande de subsidiabiliteit van bepaalde uitgaven van subsidieontvangers. De Afdeling concludeert terecht dat de aan de orde zijnde norm noch in de Verordening nr. 1685/2000, waarin het gaat over de subsidiabiliteit van de uitgaven voor door onder meer het ESF medegefinancierde verrichtingen, noch in de bijlage is opgenomen. Vervolgens beziet de Afdeling of in de beschikking van de Commissie van 8 augustus 2000 en het daarbij horend Enig Programmerings Document (EPD) bepalingen over winstdelingen of tantièmes zijn opgenomen. Wat betreft de beschikking van de Commissie is het de vraag in hoeverre het überhaupt mogelijk is dat daarin opgenomen algemene regels aan de subsidieontvanger kunnen worden tegengeworpen. Deze beschikking is immers gericht tot de lidstaat Nederland en ingevolge artikel 288 van het VwEU alleen voor de lidstaat Nederland verbindend. Vaak is niet eens bekend wat hier in staat, zie HvJEG 21 juni 2007, C-158/06 (Stichting ROM-projecten), AB 2007/239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden. Wat betreft het EPD is opvallend dat de Afdeling ervan uit lijkt te gaan dat het om Unierecht gaat. De Afdeling heeft in de uitspraak van 3 januari 2007 (de 'ESF-subsidieplafondzaak', AB 2007/224 m.nt. W. den Ouden; JB 2007/31 m.nt. AJB) immers overwogen dat het EPD geen Europees programma is. Zij verwees daarbij naar het arrest Huber van het HvJEG (19 september 2002, C-336/00, *JurEG* 2002, p. I-7699, r.o. 40 en 41) waarin het Hof heeft geoordeeld dat goedkeuring van een nationaal steunprogramma niet tot gevolg heeft dat dit de hoedanigheid van een gemeenschaprechtelijke handeling krijgt. Kortom: zowel uit de jurisprudentie van het HvJ EU als de Afdeling volgt dat een EPD niet tot het Unierecht behoort. Maar wat is het dan wel? De Afdeling is nog nooit expliciet ingegaan op de nationaalrechtelijke status van het EPD. In de uitspraak van 15 september 2004 (AB 2004/405 m.nt. W. den Ouden) heeft de Afdeling weliswaar overwogen dat het bestuursorgaan in redelijkheid het EPD en het Programmacomplement met het daarin per maatregel uitgewerkt financieringsplan als toetsingskader

heeft kunnen hanteren bij het beslissen op een subsidieaanvraag, maar de juridische status daarvan blijft volstrekt onduidelijk. Zie ook ABRvS 10 juni 2009 (200805939/1, L/JN BI7275) waarin de Afdeling oordeelt dat, nu de Subsidieregeling ESF-3 en het EPD zo nauw samenhangen, niet kan worden staande gehouden dat de rechtbank ten onrechte tot de slotsom is gekomen dat de minister het EPD terecht bij de besluitvorming heeft betrokken in het kader van de uitleg van de Subsidieregeling ESF-3. Deze jurisprudentie geeft geen antwoord op de vraag of in een EPD algemene regels kunnen zijn opgenomen die aan de subsidieontvanger kunnen worden tegengeworpen. Nu in de beschikking van de Commissie noch in het EPD algemene regels omtrent winstdelingen of tantièmes zijn opgenomen, levert de juridische status van beide documenten in de onderhavige zaak (gelukkig) geen problemen op, maar vaststaat dat de praktijk geholpen zou zijn met een duidelijker status van deze stukken in de relatie tussen subsidieverstrekker en -ontvanger.

#### 4.

In de onderhavige zaak is aan het besluit tot subsidieverlening op grond van artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling ESF-3 de nadere voorwaarde verbonden dat de in de HPA opgenomen vereisten worden nageleefd. Allereerst wekt het bevreemding dat in artikel 7, derde lid, van nadere voorwaarden wordt gesproken. Duidelijk is immers dat het om subsidieverplichtingen gaat in de zin van artikel 4:38 van de Awb (de zogenoemde overige doelgebonden verplichtingen). Het zou wel zo transparant zijn indien in bijzondere subsidiereregelingen dezelfde terminologie als in de subsidietitel van de Awb zou worden gehanteerd (helaas is dit ook in de ESF-subsidieregeling 2007-2013 niet verbeterd: zie artikel 10, vierde lid). Ten tweede rijst de vraag welke juridische status het HPA heeft. Uit eerdere uitspraken inzake ESF bleek ten aanzien van soortgelijke HPA's hierover onduidelijkheid te bestaan. Zo overweegt de Afdeling in de uitspraak van 18 april 2007 (200607070/1, L/JN BA3233) dat het Handboek ESF-3 niet kan worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift en dat in de beschikkingen tot subsidieverlening — anders dan in de beschikkingen die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van 2 augustus 2006 in zaak no. 200502975 (AB 2006/316, m.nt. W. den Ouden) — ook niet naar het Handboek ESF-3 wordt verwezen. Daarom kon volgens de Afdeling geen sprake zijn van subsidieverplichtingen als bedoeld in artikel 4:37 van de Awb. In de uitspraak van 2 augustus 2006 werden de normen uit een soortgelijk HPA wel als subsidieverplichting aangemerkt.

#### 5.

In de onderhavige uitspraak volstaat de Afdeling niet met de formele constatering dat in het besluit tot subsidieverlening is opgenomen dat de in de HPA opgenomen vereisten moeten worden nageleefd en dat derhalve de gehele handleiding is aan te merken als een samenstel van subsidieverplichtingen. Zij beoordeelt ook in hoeverre de in de HPA opgenomen norm dat inkomen uit winstdeling niet subsidiabel is in materiële zin is aan te merken als een subsidieverplichting. Geconstateerd wordt dat deze norm louter een beperking van de subsidiabele kosten betreft; en derhalve niet een ter waarborging van een juiste uitvoering van het project, dan wel voor het behoud van een goed inzicht in de voortgang van het project te stellen voorwaarde als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Subsidieregeling ESF-3, dan wel een administratievoorschrift als bedoeld in artikel 4:37, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. De Afdeling concludeert in r.o. 2.4.2. dan ook terecht dat de subsidieontvanger niet kan worden tegengeworpen dat niet is voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting.

#### 6.

De minister had nog aangevoerd dat de subsidieontvanger tegen het besluit tot subsidieverlening geen rechtsmiddelen heeft aangewend en derhalve dat het besluit en de daarbij opgelegde verplichtingen, waaronder de in de HPA opgenomen norm dat winstdelingen niet subsidiabel zijn, in rechte onaantastbaar zijn geworden. Voor dit standpunt valt wel wat te zeggen. De Afdeling had immers ook kunnen oordelen dat de subsidieontvanger tegen het besluit tot subsidieverlening rechtsmiddelen had moeten aanwenden en daarbij had kunnen aanvoeren dat niet alle in de HPA opgenomen normen zijn aan te merken als een subsidieverplichting. Volgens vaste jurisprudentie geldt voor subsidieverplichtingen immers dat zij in rechte onaantastbaar worden indien het besluit tot subsidieverlening waarin zij zijn opgenomen niet wordt bestreden; op de rechtmatigheid daarvan kan bij het vaststellingsbesluit niet worden teruggekomen (zie ABRvS 30 juni 2010, 200906164/1/H2, L/JN BM9639, r.o. 2.4.1). Eenzelfde redenering hanteerde de Afdeling in het kader van

het gebruik dat ESF-subsidies onder voorbehoud werden vastgesteld. Hoewel dit volgens de Awb niet is toegestaan, oordeelt de Afdeling in het kader van de intrekking van deze vaststellingen onder inroeping van de daarin opgenomen voorbehouden, dat de voorbehouden in rechte onaantastbaar zijn geworden (zie ABRvS 2 augustus 2006, 200502880/1, AB 2007/96 m.nt. T. Barkhuysen, W. den Ouden). Hierop hebben Barkhuysen en Den Ouden kritiek uitgeoefend, omdat vaststaat dat de subsidievaststelling onder voorbehoud onrechtmatig is (dit heeft de Afdeling namelijk zelf geoordeeld in de uitspraak van 30 augustus 2006, 200502951/1, LJV AY7173, r.o. 2.9.4.). In de uitspraak van 14 juli 2010 (200909287/1/H2, LJV BN1145) lijkt de Afdeling een en ander te nuanceren nu zij ter motivering van het oordeel dat de subsidievaststelling onder voorbehoud in rechte onaantastbaar is geworden, verwijst naar de Europeesrechtelijke verplichting om de subsidievaststelling te wijzigen indien sprake is van misbruik en nalatigheid. De formele rechtskracht lijkt derhalve niet langer de enige reden om de subsidievaststellingen onder voorbehoud in stand te laten; wellicht geldt deze regel dus niet langer onverkort in puur nationale casus. De Afdeling gaat in de onderhavige uitspraak echter niet expliciet in op het betoog van de minister. Dat is jammer! De Afdeling verwijst in r.o. 2.4.2. naar de uitspraak van 24 september 2008 (200801037/1, LJV BF2163), maar in die zaak werd het besluit tot subsidieverlening inclusief de daarin opgenomen verplichtingen zelf aangevochten. De subsidieverplichting was derhalve niet in rechte onaantastbaar geworden, zodat de Afdeling zonder problemen kon oordelen dat geen sprake was van een subsidieverplichting. In het onderhavige geval gaat het om het besluit tot subsidievaststelling, waarin eigenlijk de rechtmatigheid van aan de subsidieverlening verbonden 'verplichtingen' c.q. voorwaarden ter discussie staat. Het lijkt erop dat de Afdeling relevant acht dat de onderhavige norm niet volgt uit de Europese voorschriften. Niet voor niets gaat de Afdeling in r.o. 2.4.1. nauwkeurig na of de aan de orde zijnde verplichting voortvloeit uit het Europese recht en komt zij expliciet tot de conclusie dat de subsidiabiliteit moet worden beoordeeld op basis van het nationale subsidierecht. De Afdeling lijkt er vanuit te gaan dat in dit geval de Europeesrechtelijke verplichting om de subsidievaststelling te wijzigen in dit geval niet geldt. Wat ook nog een rol zou hebben kunnen spelen is dat de onderhavige norm niet zelfstandig deel uitmaakt van de beschikking tot subsidieverlening, in tegenstelling tot de voorbehouden en verplichtingen die in voormelde uitspraken aan de orde waren. In het onderhavige geval wordt in de beschikking tot subsidieverlening namelijk alleen verwezen naar de in de HPA opgenomen vereisten. De norm die hier aan de orde is, blijkt echter geen subsidieverplichting te zijn. Het was wellicht anders geweest indien de norm dat inkomen uit winstdeling niet subsidiabel was in het besluit tot subsidieverlening zelf was opgenomen. Hoe dan ook, het was duidelijker geweest indien de Afdeling een en ander nader had gemotiveerd.

## 7.

Aan het einde van deze noot maak ik nog even een uitstapje naar de huidige programmaperiode 2007-2013. Ook in deze programmaperiode krijgt Nederland weer gelden uit het ESF die door de minister van SZW als subsidie in de zin van de Awb aan de projectuitvoerders worden verstrekt. Met ingang van 1 september 2009 wordt de huidige HPA niet meer als subsidieverplichting opgelegd. De HPA bevat volgens de toelichting geen regels meer, maar concrete handreikingen om de subsidieontvanger te helpen voldoen aan de administratieve vereisten uit de subsidieregeling. Wanneer bij het voeren van de projectadministratie de aanwijzingen in de HPA worden opgevolgd, kan de subsidieontvanger erop vertrouwen dat hij aan de eisen voldoet. Het staat hem echter vrij om van de HPA af te wijken. In dat geval geldt echter wel dat de eindontvanger moet bewijzen dat aan de eisen uit de subsidieregeling is voldaan, aldus de toelichting. Deze nieuwe werkwijze wordt gehanteerd, omdat de controleurs van de Europese Commissie bij controles ook bleken te toetsen aan de nationale HPA die veel gedetailleerder en strenger was dan de Europese regels eisen. Dit leidde ertoe dat zij altijd wel onrechtmatigheden (op grond van Nederlandse regelingen) constateerden, hetgeen resulteerde in overloze discussies met de Commissie en soms zelfs leidde tot terugvorderingen. De minister van SZW beoogt met de HPA 'in een nieuw jasje' te voorkomen dat de controleurs van de Commissie de projecten toetsen aan de daarin opgenomen normen. Omdat het risico bij de subsidieontvanger wordt gelegd als hij van de HPA afwijkt, zal deze zich in de praktijk doorgaans aan de daarin opgenomen normen houden. De rechtszekerheid van de subsidieontvanger neemt echter wel af. Allereerst is het voor de subsidieontvanger niet langer mogelijk om de hem onwettige normen in de HPA aan te vechten in het kader van een besluit tot subsidieverlening. Het gaat immers niet langer om officiële subsidieverplichtingen; best practices zijn niet

appellabel. Ten tweede zou het zo kunnen zijn dat de HPA niet in overeenstemming met de Europese regels blijkt, zodat de controleurs bij de controle van individuele projecten alsnog oordelen dat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan. In dat geval kan de subsidieontvanger zich niet gemakkelijk ten opzichte van het subsidieverstrekende bestuursorgaan op de HPA beroepen; het ging immers slechts om een handreiking. Vraag is of ook in dat geval het vertrouwensbeginsel uitkomst zou kunnen bieden. Over de HPA 'in een nieuw jasje' bestaat nog geen jurisprudentie. Wordt vervolgd dus!

#### Voetnoot

[\*] Mr. J.E. van den Brink is promovenda/PhD-Fellow bij de Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.