

AB 2012/136: Het nationale recht biedt geen grondslag voor de wijziging van het besluit tot subsidievaststelling en de terugvordering van onversch...

Instantie:	Rechtbank Amsterdam	Datum:	22 september 2011
Magistraten:	Mrs. R.B. Kleiss, C.H. Rombouts en G.M. Beunk	Zaaknr:	AWB 10/3306 BELEI
Conclusie:	-	LJN:	BU1296
Noot:	J.E. van den Brink	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1296, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 22-09-2011		

Wetgeving: Awb art. 4:23, 4:49 en 4:57; Beschikking van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010

Brondocument: Rb. Amsterdam, 22-09-2011, nr. AWB 10/3306 BELEI

Essentie

Het nationale recht biedt geen grondslag voor de wijziging van het besluit tot subsidievaststelling en de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen. Dit leidt echter niet tot vernietiging van het bestreden besluit. Het ESF-arrest laat volgens de rechtbank geen ruimte om artikel 25, tweede lid, van de Instellingsbeschikking anders te lezen dan als een verplichting voor de minister om het onderhavige besluit te nemen in navolging van de uitgevoerde audit. Het ESF-arrest kan niet anders worden begrepen dan dat een beroep op het vertrouwensbeginsel faalt, nu niet is voldaan aan de voorwaarde van het voeren van een deugdelijke projectadministratie.

Samenvatting

De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat verweerder aan het nationale recht niet de bevoegdheid kan ontfemen om de reeds vastgestelde subsidie ten nadele van de subsidieontvanger te wijzigen. (...) Dit leidt echter niet tot vernietiging van het bestreden besluit. Op grond van de volgende overwegingen is de rechtbank van oordeel dat verweerder op grond van het Europese recht gehouden is tot de gewijzigde vaststelling van de subsidie en de terugvordering. Naar aanleiding van onder meer de in

4.3.1 genoemde uitspraak heeft de Afdeling prejudiciële vragen gesteld die zijn beantwoord in het (door verweerder aangehaalde) arrest van het Hof van 13 maart 2008. In dat arrest heeft het Hof bepaald dat voor de lidstaten een verplichting bestaat om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. (...) Naar het oordeel van de rechtbank laat hetgeen in dit arrest is overwogen geen ruimte om het hiervoor onder 2.3 genoemde artikel 25, tweede lid, van de Instellingsbeschikking anders te lezen dan als een verplichting voor verweerder om het onderhavige besluit te nemen in navolging van de uitgevoerde audit. (...) Voor zover eiseres zich beroept op het vertrouwensbeginsel faalt dat beroep. Op grond van de in overweging 4.4. genoemde uitspraak van het Hof verzet subsidieverstrekking met communautaire middelen zich tegen een zodanige toepassing van de in het nationale recht van een lidstaat erkende beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, dat op grond daarvan wordt afgezien van terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen wanneer de begunstigde niet te goeder trouw is. In het tegenovergestelde geval staat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg dat met deze beginselen rekening wordt gehouden bij de terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen wanneer de vergissing of nalatigheid door de nationale autoriteiten is begaan, op voorwaarde echter dat ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap. Als de begunstigde geen gevolg geeft aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen, kan die begunstigde zich echter niet op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten beroepen om betaling van het saldo van het totale bedrag van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen deze overwegingen van het Hof niet anders begrepen worden dan dat een beroep op het vertrouwensbeginsel eiseres niet toekomt, nu zij zich niet heeft gehouden aan de voorwaarde van het voeren van een deugdelijke projectadministratie.

Partij(en)

De vereniging Somalische Vereniging Amsterdam en omgeving, eiseres, gemachtigde: mr. R.R.J. Dayala,
tegen
de minister voor Immigratie en Asiel, verweerder, gemachtigde: mr. M.L. Poorter.

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 12 november 2009 (hierna: het primaire besluit) heeft verweerder de subsidievaststelling van 27 juli 2007 gewijzigd en een bedrag van € 88.675,87 aan teveel uitbetaalde subsidie van eiseres teruggevorderd.

Bij besluit van 31 mei 2010 (hierna: het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen dit besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

De meervoudige kamer van de rechtbank heeft de zaak ter zitting behandeld op 31 mei 2011.

Eiseres is verschenen bij voornoemde gemachtigde. Verweerder is vertegenwoordigd door voornoemde gemachtigde.

Overwegingen

1. Feiten en omstandigheden

- 1.1. Eiseres is een vereniging voor Somalische vluchtelingen in Amsterdam. Zij heeft als doel het bij elkaar brengen, ondersteunen, helpen, opleiden, informeren en adviseren van Somalische vluchtelingen in Amsterdam en omgeving. Om dit doel te bereiken organiseert eiseres activiteiten bijvoorbeeld in het kader van arbeidstoeleiding, taalverrijking, stagebemiddeling en activering van jongeren en vrouwen.
- 1.2. Ten behoeve van het project Tesfa Himilo II hebben eiseres en de Stichting Dir (een stichting met name gericht op de Ethiopische gemeenschap in Amsterdam) in augustus 2005 subsidie op grond van het Europees Vluchtelingen Fonds (hierna: EVF) aangevraagd.
- 1.3. Bij besluit van 27 april 2006 heeft verweerder eiseres de gevraagde subsidie verleend tot een bedrag van € 199.761. In deze beschikking is — voor zover relevant — het volgende opgenomen:

“Voorwaarden waaronder de subsidie wordt toegekend
(...) Eisen waaraan de projectadministratie dient te voldoen
De aanvrager draagt er zorg voor dat een aparte projectadministratie wordt gevoerd, waarin alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken. Het Programmasecretariaat benadrukt het belang van een financiële verantwoording conform de in het juridisch kader genoemde documenten. (...)”
- 1.4. In de periode volgend op de verleningsbeschikking zijn voorschotten uitbetaald en heeft eiseres een voortgangsrapportage ingediend. Bij brief van 20 maart 2007 heeft een medewerker van de Stichting Dir het vaststellingsformulier bij verweerder ingediend, vergezeld van een ‘Vaststellingsrapportage’. Bij besluit van 27 juli 2007 heeft verweerder daarop de subsidie overeenkomstig de verlening vastgesteld.
- 1.5. Op 2 december 2008 heeft het Directoraat-Generaal Justitie, Vrijheid en Veiligheid van de Europese Commissie aan verweerder bericht dat een controle ter plaatse zou worden uitgevoerd van een aantal projecten gefinancierd onder het EVF onder het Jaarprogramma 2005. Eén van die projecten was het samenwerkingsproject Tesfa Himilo II.
- 1.6. In dit verband heeft in februari 2009 een audit van de administratie van het project plaatsgevonden door accountantskantoor ‘Moore Stephens’. Op 8 juni 2009 heeft de Europese Commissie het conceptrapport van deze audit aan verweerder toegezonden. De voornaamste conclusie van het rapport was, geparafraseerd, dat de administratie onvoldoende voorzien was van onderbouwende documenten, met name op het terrein van de salarisadministratie. Dit zou in strijd zijn met de aan de subsidie verbonden voorwaarde van een deugdelijke projectadministratie. Eiseres heeft gebruik gemaakt van de geboden gelegenheid op dit rapport te reageren door een reactie van haar accountant en nadere administratie toe te zenden. Dit heeft niet geresulteerd in een gewijzigde zienswijze van

Moore Stephens. Op 13 oktober 2009 heeft de Europese Commissie het definitieve rapport aan verweerder toegezonden, waarvan de conclusie dezelfde strekking had als in het conceptrapport. In navolging van dit rapport heeft verweerder het primaire besluit genomen.

2. Wettelijk kader

- 2.1. Op grond van artikel 4:49 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan het bestuursorgaan de subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen:
 - a. op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de subsidieverlening zou zijn vastgesteld;
 - b. indien de subsidievaststelling onjuist was en de subsidie-ontvanger dit wist of behoorde te weten, of
 - c. indien de subsidie-ontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen.
- 2.2. Op grond van artikel 4:57, eerste lid, van de Awb kan het bestuursorgaan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen.
- 2.3. Artikel 25, eerste lid, van de beschikking van de Raad van de Europese Unie tot instelling van het EVF (hierna: de Instellingsbeschikking) regelt dat de lidstaten in eerste instantie de verantwoordelijkheid dragen voor de financiële controles in het kader van het EVF. In artikel 26 van de Instellingsbeschikking is geregeld dat onverminderd deze bevoegdheden ambtenaren van de Commissie de uit het EVF gefinancierde maatregelen ter plaatse mogen controleren, bijvoorbeeld door middel van steekproeven.
- 2.4. Artikel 25, tweede lid, van de Instellingsbeschikking bepaalt dat de lidstaten financiële correcties uitvoeren die nodig zijn in verband met geconstateerde onregelmatigheden. Deze financiële correcties bestaan uit het geheel of gedeeltelijk intrekken van de communautaire bijdrage.

3. Standpunten van partijen

- 3.1. Verweerder stelt zich op het standpunt op grond van artikel 4:49, eerste lid, onder a en b, van de Awb bevoegd te zijn de vastgestelde subsidie te herzien en terug te vorderen. Pas na de vaststelling van de subsidie heeft de controle in opdracht van de Europese Commissie plaatsgevonden en is gebleken dat eiseres de hoofdverplichting van het voeren van een deugdelijke projectadministratie heeft geschonden. De bevindingen van controleurs van de Europese Commissie acht verweerder deugdelijk en volledig. In het kader van de belangenafweging en het beroep van eiseres op het vertrouwensbeginsel wijst verweerder op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof) van 13 maart 2008, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder *LJN* BD1677 (*AB* 2008/207, m.nt. *W. den Ouden*; *red.*). In een geval waarin de begunstigde het project niet overeenkomstig de voorwaarden van de bijstandsverlening heeft uitgevoerd, kan die begunstigde zich volgens dit arrest niet op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten beroepen om betaling van het saldo van het totale bedrag van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen.
- 3.2. Eiseres heeft in beroep aangevoerd dat het bestreden besluit niet zorgvuldig tot stand is gekomen. Er is onvoldoende rekening gehouden met de zwaarwegende belangen van eiseres. Ten onrechte is voorbijgegaan aan de onderbouwing van de kosten door

zusterorganisatie Stichting Dir, welke kosten door eiseres aantoonbaar betaalbaar zijn gesteld aan Stichting Dir.

4. Inhoudelijke beoordeling

- 4.1. De rechtbank ziet geen aanleiding het onderzoek te schorsen of aan te houden zoals door eiseres ter zitting is verzocht om verweerder in de gelegenheid te stellen de brief van verweerder aan de Europese Commissie in reactie op het conceptrapport van de controleurs te overleggen. Nu uit het definitieve rapport van de controleurs van 6 oktober 2009 duidelijk blijkt dat deze kennis hebben genomen van de reactie van eiseres en de daarbij behorende bijlagen, ziet de rechtbank geen reden om verweerder op dit punt om een nadere toelichting te vragen.
- 4.2. Het betoog van eiseres dat de hoorzitting niet aan de vereisten heeft voldaan in verband met de samenstelling van de hoorcommissie en het feit dat Stichting Dir niet is uitgenodigd, faalt. Uit de gedingstukken blijkt dat de hoorcommissie bestond uit drie leden. Eén van deze leden was inderdaad de op het primaire besluit vermelde contactpersoon. Het tweede lid, mevrouw [contactpersoon], was de contactpersoon vermeld op de verlenings- en vaststellingsbeschikkingen, maar uit niets blijkt dat zij eveneens direct betrokken is geweest bij de voorbereiding van het primaire besluit tot wijziging van de subsidie en terugvordering. Nu ook ten aanzien van de voorzitter van de hoorcommissie is gesteld noch gebleken dat die bij de voorbereiding van het primaire besluit betrokken is geweest, is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van strijd met artikel 7:5, eerste lid, van de Awb. Voorts blijkt uit het dossier dat de subsidie is verleend aan eiseres voor een samenwerking met Stichting Dir. Eiseres was daarmee de rechtspersoon aan wie de subsidie was verleend en daarom ook de wederpartij van verweerder. Verweerder kon dan ook volstaan met uitnodiging van eiseres voor de hoorzitting. Gesteld noch gebleken is dat eiseres heeft verzocht om aanwezigheid van Stichting Dir en dat dit verzoek door verweerder is afgewezen.
- 4.3. Verweerder heeft de herziening en de terugvordering van de subsidie gebaseerd op artikel 4:49, eerste lid, onder a en b, van de Awb. De rechtbank ziet zich in dit verband voor de vraag gesteld of is voldaan aan de in dat artikel genoemde voorwaarden om de reeds vastgestelde subsidie ten nadele van de subsidieontvanger te wijzigen.
- 4.3.1. Verweerder heeft op 27 juli 2007 de subsidie conform de verlening vastgesteld. Uit het dossier blijkt niet dat verweerder de door eiseres ingediende eindafrekening heeft gecontroleerd. In de beslissing op bezwaar heeft verweerder gesteld dat hij mocht vertrouwen op de door eiseres bij de eindrapportage van 8 oktober 2008 overgelegde goedkeurende accountantsverklaring. De rechtbank volgt dit standpunt van verweerder niet nu de subsidievaststelling in 2007 heeft plaatsgevonden en dus voordat de accountantsverklaring door eiseres dan wel Stichting Dir was overgelegd. Na de subsidievaststelling is uit het rapport van de controleurs van de Europese Commissie gebleken dat eiseres op meerdere punten, maar met name op het punt van de salarisadministratie, de administratie niet conform de regels van het EVF heeft gevoerd. Gelet hierop kan niet worden staande gehouden dat verweerder bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte had kunnen zijn van de niet-naleving van de subsidieverplichtingen. Evenmin is naar het oordeel van de rechtbank sprake van een geval als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b of c, van de Awb. De rechtbank

komt dan ook tot de conclusie dat verweerder aan het nationale recht niet de bevoegdheid kan ontlennen om de reeds vastgestelde subsidie ten nadele van de subsidieontvanger te wijzigen. De rechtbank vindt voor dit oordeel steun in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 30 augustus 2006, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder *LJN AY7175 (AB 2007/240; red.)*.

- 4.4.** Dit leidt echter niet tot vernietiging van het bestreden besluit. Op grond van de volgende overwegingen is de rechtbank van oordeel dat verweerder op grond van het Europese recht gehouden is tot de gewijzigde vaststelling van de subsidie en de terugvordering. Naar aanleiding van onder meer de in 4.3.1 genoemde uitspraak heeft de Afdeling prejudiciële vragen gesteld die zijn beantwoord in het (door verweerder aangehaalde) arrest van het Hof van 13 maart 2008. In dat arrest heeft het Hof bepaald dat voor de lidstaten een verplichting bestaat om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. Het is aan de nationale rechter om de toepassing van het gemeenschapsrecht ten volle te verzekeren door indien nodig nationale bepalingen zoals de Awb die hieraan in de weg staan buiten toepassing te laten (of uit te leggen).

Naar het oordeel van de rechtbank laat hetgeen in dit arrest is overwogen geen ruimte om het hiervoor onder 2.3 genoemde artikel 25, tweede lid, van de Instellingsbeschikking anders te lezen dan als een verplichting voor verweerder om het onderhavige besluit te nemen in navolging van de uitgevoerde audit.

- 4.5.** Wel moet worden beoordeeld of verweerder het bestreden besluit wel voldoende zorgvuldig heeft voorbereid in de zin van artikel 3:2 van de Awb. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit het rapport van de controleurs van de Europese Commissie genoegzaam dat eiseres op meerdere punten, maar met name op het punt van de salarisadministratie, de administratie niet conform de regels van het EVF heeft gevoerd. De rechtbank constateert dat eiseres bij de verleningsbeschikking in duidelijke bewoordingen op de voorwaarde van een deugdelijke projectadministratie is gewezen (zie hiervoor onder 1.3). Anders dan eiseres stelt, kan met alleen een accountantsverklaring niet aan deze voorwaarde worden voldaan. Tegen deze achtergrond en gelet op hetgeen is overwogen in 4.4. was verweerder dan ook gehouden de subsidie terug te vorderen. Het dwingende Europeesrechtelijke kader biedt geen ruimte voor de door eiseres bepleite belangenafweging.

- 4.6.** Voor zover eiseres zich beroept op het vertrouwensbeginsel faalt dat beroep. Op grond van de in overweging 4.4. genoemde uitspraak van het Hof verzet subsidieverstrekking met communautaire middelen zich tegen een zodanige toepassing van de in het nationale recht van een lidstaat erkende beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, dat op grond daarvan wordt afgezien van terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen wanneer de begunstigde niet te goeder trouw is. In het tegenovergestelde geval staat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg dat met deze beginselen rekening wordt gehouden bij de terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen wanneer de vergissing of nalatigheid door de nationale autoriteiten is begaan, op voorwaarde echter dat ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap. Als de begunstigde geen gevolg geeft aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen, kan die begunstigde zich echter niet op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten beroepen om betaling van het saldo van het totale bedrag

van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen deze overwegingen van het Hof niet anders begrepen worden dan dat een beroep op het vertrouwensbeginsel eiseres niet toekomt, nu zij zich niet heeft gehouden aan de voorwaarde van het voeren van een deugdelijke projectadministratie.

- 4.7. Gelet op al het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat het beroep ongegrond is. Voor een proceskostenveroordeling of vergoeding van het griffierecht bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Noot

Auteur: J.E. van den Brink

1. Deze uitspraak van de Rechtbank Amsterdam gaat over besluiten tot wijziging van de vaststelling van een Europese subsidie uit het Europees Vluchtelingenfonds (hierna: het EVF) en de terugvordering van € 188.675,87 aan teveel uitbetaalde subsidie. De uitspraak is interessant omdat zij parallellen vertoont met uitspraken waarin het ging om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies uit het Europees Sociaal Fonds (hierna: ESF) die hebben geleid tot het zogenoemde ESF-arrest (HvJEG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, AB 2008/207, m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104, m.nt. AJB, NJ 2008/349, m.nt. Mok, SEW 2010, p. 163-167, m.nt. M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven). Het ESF-arrest heeft blijkens deze uitspraak ook gevolgen voor de intrekking/wijziging en terugvordering van Europese subsidies die afkomstig zijn uit andere Europese fondsen, zoals het EVF.
2. Het EVF staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een viertal migratiefondsen: het Europees Terugkeerfonds (ETF), het Europees Integratiefonds (EIF), het Europees Buitengrenzenfonds (EBF) en het EVF. De vier fondsen vallen onder het Kaderprogramma voor solidariteit en beheer van de migratiestromen. Dit kaderprogramma is gericht op een eerlijke verdeling van met name de financiële lasten die voortvloeien uit de invoering van een geïntegreerd beheer van de buitengrenzen van de Unie en uit het gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid. De Migratiefondsen worden, net als de Europese Structuurfondsen (ESF en EFRO), in gedeeld beheer tussen de Europese Commissie en de lidstaten uitgevoerd. Dit houdt in dat de Europese subsidies door tussenkomst van nationale bestuursorganen, die daartoe door de lidstaten zijn aangewezen, worden verstrekt aan de eindontvangers in de lidstaat. Voor deze wijze van uitvoering van de Europese begroting is gekozen, omdat de Commissie van mening is dat de lidstaten beter zijn geëquipeerd om de projecten te selecteren die voor een Europese subsidie in aanmerking komen. Gedeeld beheer komt in het geval van de migratiefondsen kort gezegd erop neer dat de lidstaten meerjarenprogramma's en jaarprogramma's vaststellen die door de Europese Commissie worden goedgekeurd. Daar hoort een zak met Europees geld bij. Vervolgens is het aan de lidstaten om op basis van voormelde programma's projecten die door nationale aanvragers worden geïnitieerd te selecteren en te financieren. In Nederland gebeurt dat door middel van het verstrekken van

subsidies in de zin van artikel 4:21 van de Awb. Uit het voorgaande volgt dat in gedeeld beheer als het ware twee subsidierelaties bestaan: die tussen de Europese Commissie en de lidstaat op basis van een door de Commissie goedgekeurd programma en die tussen een nationaal bestuursorgaan en de eindontvanger van de Europese subsidie.

3. In de onderhavige uitspraak gaat het om een Europese subsidie uit het EVF van € 199.761,00 die is verstrekt aan de Somalische Vereniging Amsterdam en omgeving voor het project Tesfa Himilo II. Uit de uitspraak blijkt dat de subsidie in 2007 overeenkomstig de subsidieverlening is vastgesteld. In 2009 volgt echter een controle van de Europese Commissie, waaruit blijkt dat geen sprake is van een deugdelijke projectadministratie die op grond van de geldende subsidieverplichtingen wel was vereist. Op basis van het daaropvolgende rapport van de Europese Commissie besluit de Minister voor Immigratie en Asiel om het besluit tot subsidievaststelling te wijzigen en een bedrag van € 188.675,87 aan teveel betaalde subsidie terug te vorderen.
4. De rechtbank oordeelt terecht dat het toepasselijke Europese recht tot wijziging en terugvordering van het besluit tot subsidievaststelling verplicht. In artikel 25, tweede lid, van de Beschikking van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het EVF voor de periode 2005-2010 (Beschikking) is namelijk neergelegd dat de lidstaten de financiële correcties uitvoeren die nodig zijn in verband met geconstateerde onregelmatigheden, waarbij rekening wordt gehouden met het incidentele, dan wel structurele karakter ervan. Deze financiële correcties van de lidstaten bestaan — aldus deze bepaling — uit het geheel of gedeeltelijk intrekken van de communautaire bijdrage. Nu verdere Europese regels op dit vlak ontbreken, moet aan deze verplichting uitvoering worden gegeven door middel van de bevoegdheden volgend uit de subsidietitel van de Awb. Op grond van het daarin neergelegde artikel 4:49 van de Awb is het niet zonder meer geoorloofd om een eenmaal vastgestelde subsidie te wijzigen of in te trekken; dit is slechts mogelijk in drie gevallen. De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat de minister in dit geval aan de a-grond van artikel 4:49 van de Awb geen bevoegdheid tot wijziging van de onderhavige Europese subsidie kan ontleen, nu de subsidie was vastgesteld, zonder dat de door de eindontvanger van de Europese subsidie ingediende eindafrekening was gecontroleerd. Ook de gronden b en c kunnen in het onderhavige geval niet als grondslag dienen, aldus de rechtbank.
5. De rechtbank komt derhalve tot de conclusie dat de Awb geen grondslag biedt voor het onderhavige besluit tot wijziging en terugvordering van de EVF-subsidie. Bij het lezen van deze conclusie kwam bij mij de vraag op: wat zegt de bijzondere subsidieregeling over wijziging en terugvordering? In een bijzondere subsidieregeling met de status van een formele wet kunnen de intrekings- en wijzigingsgronden van de Awb immers worden aangevuld. Onderzoek wijst echter uit dat op nationaal niveau geen bijzondere subsidieregeling is vastgesteld die de subsidieverstrekking uit het EVF door de minister voor Immigratie en Asiel regelt. De vraag rijst vervolgens hoe dit gegeven zich verhoudt met artikel 4:23, eerste lid, van de Awb, waarin het vereiste van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking is neergelegd. De rechtbank besteedt aan deze vraag geen aandacht.

Het komt vaker voor dat de bestuursrechter geen aandacht besteedt aan de vraag of voor de desbetreffende subsidieverstrekking een wettelijke grondslag bestaat (zie bijvoorbeeld ABRvS 4 maart 2009, AB 2010/21, m.nt. J.E. van den Brink), wat ertoe bijdraagt dat regelgevers en bestuursorganen de wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking niet altijd op orde hebben. Dat neemt niet weg dat indien een wettelijke grondslag ontbreekt, volgens art. 4:23 Awb — tenzij één van de in het derde lid neergelegde uitzonderingen van toepassing zijn — helemaal geen subsidie

mag worden verstrekt. Hoe zit dat in de onderhavige zaak? Uit de memorie van toelichting bij de betreffende Awb-bepaling blijkt dat ook een Europese verordening als wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking kan dienen. Problematisch in dit verband is dat het EVF niet is geregeld in een Europese *verordening*, maar in een Europese *beschikking* van algemene strekking die is gericht tot de lidstaat. Dergelijke beschikkingen zijn — anders dan Europese verordeningen — niet rechtstreeks toepasselijk in de lidstaat (zie artikel 288 VWEU). Daarom is het onwaarschijnlijk dat zij kunnen kwalificeren als een wettelijke grondslag. Bovendien is in de onderhavige Beschikking niet geregeld welk specifiek Nederlands bestuursorgaan bevoegd is om tot subsidieverstrekking over te gaan.

Is dan wellicht de uitzondering op de eis van een wettelijke grondslag die is neergelegd in artikel 4:23, derde lid onder b, van de Awb van toepassing? Deze uitzondering ziet op subsidies die rechtstreeks op grond van een door de Raad van de EU, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Europese Commissie vastgesteld programma worden verstrekt. Indien de rechtbank van mening was dat deze uitzondering van toepassing was, had zij dit wat beter moeten uitleggen. Over de precieze reikwijdte van deze uitzondering bestaat immers veel onduidelijkheid (zie W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 38); niemand weet eigenlijk wat deze uitzondering precies betekent.

6. Terug naar de casus. We hebben gezien dat het in deze zaak naar Nederlands recht in beginsel niet mogelijk is om de Europese subsidie in te trekken en terug te vorderen, terwijl daartoe wel een Europese verplichting bestaat. Om dit conflict op te lossen, zoekt de rechtbank haar toevlucht tot het al genoemde ESF-arrest. Logisch, want hoewel het in dit arrest ging over Europese subsidies die waren verstrekt uit het ESF, is kenmerkend dat ook in die zaak aan een Europese verplichting tot terugvordering gelet op het nationale recht geen gevolg kon worden gegeven. De Afdeling had daarom aan het Hof de vraag voorgelegd in hoeverre aan de desbetreffende Europese verordening een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering kon worden ontleend (ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007/241, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden en ABRvS 30 augustus 2006, AB 2006/240, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden (onder AB 2006/241)). In het ESF-arrest beantwoordt het Hof van Justitie de vraag van de Afdeling nogal cryptisch: op grond van de Europese verordening bestaat voor de lidstaten een verplichting om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is. In de literatuur is — mijns inziens — terecht betoogd dat het Hof met dit antwoord de vraag van de Afdeling omzeilt (zie bijvoorbeeld R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Kluwer: 2011, p. 373 en W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008). Uit het antwoord van het Hof wordt immers niet duidelijk of een nationaal bestuursorgaan rechtstreeks aan de Europese verordening een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering van de ESF-subsidie kan ontlennen. Het cryptische antwoord van het Hof heeft ertoe geleid dat de uitspraken van de Afdeling van 24 augustus 2008 waarin uitvoering wordt gegeven aan het ESF-arrest (zie bijvoorbeeld ABRvS 24 december 2008, 200502951/1, LJN BG8290 (*gemeente Rotterdam*), AB 2009/96, m.nt. W. den Ouden) op dat punt ook niet geheel duidelijk zijn. De Afdeling overweegt dat de lidstaat Nederland aan een Europese verordening een bevoegdheid tot terugvordering van een Europese subsidie kan ontlennen, maar dat de uitoefening van deze bevoegdheid moet plaatsvinden volgens

de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan. De rechtbank trekt uit het ESF-arrest een andere conclusie. De rechtbank overweegt onder verwijzing naar het ESF-arrest namelijk dat gelet op de Europese verplichting tot het wijzigen van de vaststelling van de Europese subsidie en de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen, het aan de nationale rechter is om de toepassing van het gemeenschapsrecht ten volle te verzekeren door indien nodig nationale bepalingen zoals de Awb die hieraan in de weg staan buiten toepassing te laten (of uit te leggen). De rechtbank komt vervolgens tot de conclusie dat het ESF-arrest geen ruimte laat om artikel 25, tweede lid, van de Beschikking anders te lezen dan als een verplichting voor de minister om het besluit tot subsidievaststelling te wijzigen. Dit impliceert dat de rechtbank van oordeel is dat een Europese verplichting tot het opleggen van financiële correcties zelfstandig kan resulteren in een bevoegdheid voor een Nederlands bestuursorgaan om een naar Nederlands recht vastgestelde Europese subsidie te wijzigen en terug te vorderen.

Hier valt wel wat tegenin te brengen. In de eerste plaats is hiervoor al aangegeven dat het Hof van Justitie de vraag van de Afdeling omzeilt en waarschijnlijk niet heeft bedoeld te overwegen dat nationale bestuursorganen rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontlenen aan Europese verplichtingen. In de tweede plaats geldt dat ook als het ESF-arrest wel zo zou moeten worden begrepen dat bestuursorganen aan de Europese verordening rechtstreeks een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering kunnen ontlenen, dit in de onderhavige zaak niet direct tot een oplossing kan leiden. Het gaat hier immers niet om een verplichting tot intrekking en terugvordering die is neergelegd in een Europese *verordening*, maar in een Europese *beschikking* van algemene strekking die is gericht tot de lidstaten. In punt 5 is al besproken dat dergelijke beschikkingen — anders dan Europese verordeningen — niet rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaat. Het is daarom beslist niet vanzelfsprekend dat nationale bestuursorganen aan dergelijke beschikkingen überhaupt bevoegdheden kunnen ontlenen, laat staan als het een bevoegdheid betreft die ten nadele van burgers — in dit geval de eindontvanger van de Europese subsidie — wordt toegepast. Zie in dat verband ook CBb 18 september 2008, AB 2008/359, m.nt. R. Ortlep waarin het CBb overweegt dat pas uitvoering kan worden gegeven aan uit beschikkingen voortvloeiende communautaire verplichtingen, als het nationale recht daartoe in een bevoegdheid voorziet en aan de voorwaarden voor uitoefening van deze bevoegdheid is voldaan.

Het oordeel van de rechtbank laat zien dat het ESF-arrest gemakkelijk tot het misverstand kan leiden dat Nederlandse bestuursorganen aan Europese *verplichtingen* die zijn gericht tot de lidstaten *bevoegdheden* kunnen ontlenen en dat dit over de hele breedte van het EU-recht geldt. Zo heeft het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder de uitvoering van Europees recht sterk te lijden.

7. Ten slotte buigt de Rechtbank Amsterdam zich over het door de Somalische Vereniging Amsterdam gedane beroep op het vertrouwensbeginsel. Ook daarin kiest zij een andere benadering dan de Afdeling in de voormelde uitspraken van 24 december 2008. In die uitspraken oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat het Europese vertrouwensbeginsel van toepassing is in dit soort gevallen. Op dit oordeel is in de literatuur kritiek geuit (Zie bijvoorbeeld R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', *JBPlus* 2009, p. 81-105). Het oordeel van de Afdeling impliceert namelijk dat de verstrekking van Europese subsidies uit het ESF niet langer wordt gezien als een vorm van indirecte toepassing van het EU-recht waarop de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen van toepassing zijn, maar van directe toepassing van het EU-recht waarvoor geldt dat het Europese vertrouwensbeginsel van toepassing is (zie over het onderscheid tussen directe en

indirecte toepassing uitgebreid Jans, Prechal en Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 162 e.v.). Het Europese vertrouwensbeginsel biedt echter minder bescherming dan het nationale equivalent. Een beroep daarop is immers niet mogelijk indien een Europese subsidie in strijd met het geldende (EU-)recht is verstrekt, ook niet als deze fout is te wijten aan het nationale bestuursorgaan dat de Europese subsidie heeft verstrekt en vast komt te staan dat de eindontvanger van de Europese subsidie te goeder trouw is. Het ESF-arrest gaf echter geen directe aanleiding voor het oordeel dat het Europees vertrouwensbeginsel van toepassing is. Immers, het Hof van Justitie laat in dat arrest de nationale rechter juist ruimte om bij de beoordeling of Europese subsidies moeten worden ingetrokken en teruggevorderd, rekening te houden met het gedrag van nationale bestuursorganen (HvJEG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, AB 2008/207, m.nt. W. den Ouden, r.o. 57).

De Rechtbank Amsterdam lijkt de kritiek op die toepassing van het Europees vertrouwensbeginsel door de Afdeling ter harte te hebben genomen. Hoewel de rechtbank naar het ESF-arrest verwijst, overweegt zij niet dat het Europese vertrouwensbeginsel van toepassing is. De rechtbank gaat blijkens overweging 4.6 uit van de toepasselijkheid van de in het *nationale* recht erkende beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen, zij het dat wel (en terecht) wordt erkend dat deze beginselen worden ingekaderd door het Unierecht. De nationale invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen leidt echter niet tot een ander resultaat. Volgens de rechtbank is vast komen te staan dat de Somalische Vereniging Amsterdam in strijd heeft gehandeld met de aan de subsidie verbonden verplichtingen en daarom niet te goeder trouw is. Daarom moet ook deze Europese subsidie — zoals zo vaak — worden terugbetaald.