

AB 2014/279: Legaliteitsbeginsel. Bevoegdheid tot terugvordering op basis van een communautaire beschikking?

Instantie:	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	Datum:	20 november 2013
Magistraten:	Mrs. C.J. Borman, K.J.M. Mortelmans, H.G. Sevenster	Zaaknr:	201111560/1/A2
Conclusie:	-		
Noot:	J.E. van den Brink en W. den Ouden	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RVS:2013:2064, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 20-11-2013		

Wetgang: Art. 4:23, 4:49, 4:57 Awb; art. 25 lid 2 van de Beschikking van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010; art. 4 Vo. 2988/95; art. 53ter lid 2 aanhef en onder c Vo. 1605/2002

Brondocument: ABRvS, 20-11-2013, nr 201111560/1/A2

Essentie

[Naar boven](#)

Kan de bevoegdheid tot terugvordering van een Europese subsidie, wanneer die naar Nederlands recht niet bestaat, worden gevonden in een communautaire beschikking?

Samenvatting

[Naar boven](#)

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat wijziging van het besluit tot subsidievaststelling op grond van art. 4:49 van de Awb niet mogelijk is, zodat naar nationaal recht — zonder acht te slaan op het Unierecht — geen grondslag tot die wijziging en, als gevolg daarvan, tot de terugvordering van de subsidie bestaat.

Dit brengt de Afdeling tot de vraag of het Unierecht, al dan niet in combinatie met het nationale recht, in geval van SOMVAO hiervoor wel een rechtsgrondslag biedt.

De Afdeling is van oordeel dat de in het controlerapport geconstateerde schending van de verplichting een deugdelijke projectadministratie te voeren een onregelmatigheid is als bedoeld in art. 1 lid 2 van Verordening 2988/95. De conclusie dat sprake is van een onregelmatigheid brengt de Afdeling tot de vraag of het Unierecht in het geval van SOMVAO een rechtsgrondslag biedt voor herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van de reeds betaalde bedragen.

In dit verband — en mede gelet op de hierna aan te halen jurisprudentie van het Hof van Justitie — ziet de Afdeling zich voor de vraag gesteld of een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van subsidie, verstrekt uit het EVF, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger gelegen is in Verordening 2988/95, of in Verordening 1605/2002, dan wel in Beschikking 2004/904. Bij de beantwoording van deze vraag lijken het karakter van de rechtsgrondslag (algemeen of specifiek) en gebruikte rechtshandeling (verordening of beschikking) van belang.

Uit voormelde rechtspraak lijkt te volgen dat een rechtsgrondslag voor terugvordering gelegen dient te zijn in een specifieke regeling en niet in een regeling die slechts ziet op de bescherming van de financiële belangen van de Unie in algemene zin. Dit zou kunnen betekenen dat Verordening 2988/95 geen relevante rechtsgrondslag vormt voor de wijziging ten nadele en terugvordering van de subsidie bij de subsidieontvanger. Dit zou naar het oordeel van de Afdeling dan temeer gelden voor Verordening 1605/2002, die, gelet op diens titel, nog algemener van aard lijkt te zijn. Daar komt bij dat art. 53 ter lid 2 van Verordening 1605/2002 en met name de woorden 'onverminderd aanvullende bepalingen van de sectorale verordeningen' in de aanhef van dat lid geen betrekking lijkt te hebben op 'beschikkingen', zoals Beschikking 2004/904. Bij voorgaande zij aangetekend dat Verordening 4253/88, waarop voormelde rechtspraak zag, in het voorliggende geval niet van toepassing is, omdat die uitsluitend betrekking heeft op Structuurfondsen, waartoe het EVF niet behoort.

Aangaande de rechtshandeling van de beschikking (thans: besluit) heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak (zie onder meer het arrest van 19 september 2002, zaak C-336/00, Huber, punten 42 en 43 en het arrest van 7 juni 2007, zaak C-80/06, Carp, punten 21 en 22; www.curia.europa.eu) eraan herinnerd dat, in het geval uitsluitend de lidstaat de adressaat van de beschikking is, deze alleen voor de betrokken lidstaat verbindend is. Uit genoemde arresten lijkt te volgen dat dergelijke beschikkingen uit zichzelf geen verplichtingen jegens een particulier — een subsidieontvanger — kunnen opleggen.

Ingevolge art. 32 van Beschikking 2004/904 zijn de lidstaten de adressaten van deze beschikking en is deze aldus, mede gelet op de eerdergenoemde arresten Carp en Huber, niet gericht tot de subsidieontvanger. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat — anders dan waarvan de rechtbank is uitgegaan — in art. 25 lid 2 van Beschikking 2004/904 geen rechtsgrondslag is gelegen voor de wijziging van de subsidievaststelling en terugvordering van subsidie van de subsidieontvanger.

Het vorenoverwogene geeft de Afdeling, mede gelet op de eerder aangehaalde punten 40 van het ESF-arrest en 41 van het arrest CCI de l'Indre, aanleiding tot het stellen van de volgende vragen:

vraag 1

Biedt art. 4 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, dan wel art. 53 ter lid 2 aanhef en onder c, van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij Verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006, een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van een reeds vastgestelde subsidie, verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger?

vraag 2

Vormt art. 25 lid 2 van Beschikking 2004/904/EG van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010 een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van een reeds vastgestelde subsidie, verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger, zonder dat daartoe een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is?

Partij(en)

[Naar boven](#)

Verwijzingsuitspraak op het hoger beroep van de vereniging Somalische Vereniging Amsterdam en Omgeving (hierna: SOMVAO), gevestigd te Amsterdam, appellante, tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 22 september 2011 in zaak nr. 10/3306 in het geding tussen:

SOMVAO

en

de minister voor Immigratie en Asiel (thans: de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie; hierna: de staatssecretaris).

Uitspraak

[Naar boven](#)

Procesverloop

Bij besluit van 12 november 2009 heeft de staatssecretaris van Justitie (thans: de staatssecretaris) de voor SOMVAO vastgestelde subsidie gewijzigd en lager vastgesteld op € 11.085,13 en een bedrag van € 188.675,87 van SOMVAO teruggevorderd.

Bij besluit van 31 mei 2010 heeft de minister van Justitie (thans: de staatssecretaris) het door SOMVAO daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 22 september 2011 heeft de rechtbank het door SOMVAO daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft SOMVAO hoger beroep ingesteld.

De minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (thans: de staatssecretaris) heeft een verweerschrift ingediend.

Bij brieven van 18 oktober 2012 heeft de Afdeling vragen aan partijen gesteld.

SOMVAO heeft nadere stukken ingediend.

De minister voor Immigratie, Integratie en Asiel heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 oktober 2012, waar SOMVAO, vertegenwoordigd door mr. V. Kuit, advocaat te Amsterdam, vergezeld van A. Ware, directeur van SOMVAO, en de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, vertegenwoordigd door mr. R.J.M. van den Tweel, advocaat te Den Haag, vergezeld van M.L. Poorter, werkzaam bij het ministerie, zijn verschenen.

Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek op 25 januari 2013 heropend en partijen schriftelijke vragen gesteld.

De staatssecretaris heeft desgevraagd nadere stukken ingediend.

SOMVAO en de staatssecretaris hebben op deze vragen gereageerd en elk een schriftelijke uiteenzetting gegeven. Vervolgens hebben zij op elkaars uiteenzetting gereageerd.

Op 3 juli 2013 heeft de Afdeling partijen schriftelijk medegedeeld dat zij voornemens is het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op drie vragen. Deze vragen waren in concept bijgevoegd.

Alleen de staatssecretaris heeft, daartoe in de gelegenheid gesteld, een reactie gegeven op deze vragen.

Overwegingen

1. Onder de staatssecretaris wordt tevens verstaan diens ambtsvoorgangers.
2. De subsidie is verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds (hierna ook: het EVF of het Fonds) door de staatssecretaris in het kader van gedeeld beheer tussen de Europese Commissie en Nederland als lidstaat van de Europese Unie.

Recht van de Europese Unie

3. Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-verdrag) en met name op artikel 63, tweede lid, aanhef en onder b van dit verdrag (thans, na wijziging: artikel 78, tweede lid, aanhef en onder b van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie; hierna: het VWEU) heeft de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad) op 2 december 2004 Beschikking 2004/904/EG tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010 vastgesteld (PB 2004 L 381; hierna ook: Beschikking 2004/904).

De artikelen 5, 6, en 7 van Beschikking 2004/904 bepalen welke nationale maatregelen in aanmerking komen voor subsidie uit het EVF op het gebied van onderscheidenlijk opvangvoorzieningen en asielprocedures, integratie en vrijwillige terugkeer.

Ingevolge artikel 10 is de Commissie verantwoordelijk voor de uitvoering van deze beschikking en stelt zij de nodige uitvoeringsbepalingen vast.

Ingevolge artikel 21, eerste lid, moeten de uitgaven overeenkomen met betalingen die zijn verricht door de eindbegunstigde van de subsidie en moeten deze worden gestaafd met facturen die zijn voldaan of met vergelijkbare boekhoudkundige stukken.

Ingevolge het derde lid stelt de Commissie overeenkomstig de procedure van artikel 11, derde lid, de regels vast voor de subsidiabiliteit van de uitgaven in het kader van de in de artikelen 5, 6, en 7 bedoelde maatregelen in de lidstaten die worden medegefinancierd door het EVF.

Ingevolge artikel 25, tweede lid, voeren de lidstaten de financiële correcties uit 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 uit het geheel of gedeeltelijk intrekken van de communautaire bijdrage.

Ingevolge het derde lid stelt de Commissie overeenkomstig de procedure van artikel 11, derde lid, de regels en procedures vast voor de financiële correcties van de lidstaten in het kader van de in de artikelen 5, 6, en 7 bedoelde projecten in de lidstaten die worden medegefinancierd door het EVF.

Ingevolge artikel 26, eerste lid, mogen ambtenaren of andere personeelsleden van de Commissie de uit het Fonds gefinancierde maatregelen en de beheers- en controlesystemen ter plaatse controleren, bijvoorbeeld door middel van steekproeven, onverminderd de bevoegdheden van de Rekenkamer en de controles van de lidstaten overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.

Ingevolge het tweede lid wordt, indien de Commissie - nadat zij de nodige verificaties heeft verricht - concludeert dat een lidstaat de krachtens artikel 25 op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, in de volgende gevallen de betaling van het voorschot of van het saldo van de medefinancieringsbedragen van het Fonds voor de betrokken jaarprogramma's opgeschort:

- a) [...]; of

- b) indien de medefinanciering van een of meer acties uit het Fonds geheel of gedeeltelijk ongerechtvaardigd is; of

In die gevallen verzoekt de Commissie de lidstaat met opgave van redenen om een reactie en, in voorkomend geval, om correcties binnen een bepaalde termijn.

Ingevolge artikel 32 is deze beschikking gericht tot de lidstaten, overeenkomstig het EG-verdrag. Gelet op het EG-verdrag en met name op artikel 63, tweede lid, aanhef en onder b van dit verdrag (thans, na wijziging: artikel 78, tweede lid, van het VWEU) hebben het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk op 23 mei 2007 Beschikking 573/2007/EG tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2008-2013 als onderdeel van het algemeen programma "Solidariteit en beheer van migratiestromen" en tot intrekking van Beschikking 2004/904, vastgesteld (PB 2007 L 144; hierna: Beschikking 573/2007).

Ingevolge artikel 54, eerste lid, van Beschikking 573/2007 laat deze beschikking de voortzetting of wijziging, met inbegrip van de volledige of gedeeltelijke intrekking, van bijstand die door de Commissie is goedgekeurd krachtens Beschikking 2004/904 of andere wetgeving die op 31 december 2007 op die bijstand van toepassing is, onverlet.

Ingevolge het tweede lid neemt de Commissie, wanneer zij besluiten neemt over medefinanciering door dit Fonds, de maatregelen in aanmerking die vóór 7 juni 2007 op grond van Beschikking 2004/904 zijn genomen en die financiële gevolgen hebben tijdens de door die medefinanciering bestreken periode. Ingevolge artikel 55 wordt Beschikking 2004/904 met ingang van 1 januari 2008 ingetrokken.

3.1 Ingevolge artikel 1, tweede lid, van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van 18 december 1995 van de Raad betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PB 1995 L 312; hierna ook: Verordening 2988/95) wordt onder onregelmatigheid verstaan elke inbreuk op het Unierecht die bestaat in een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Europese Unie of de door de Europese Unie 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 Europese Unie worden geïnd, hetzij door een onverschuldigde uitgave.

Ingevolge artikel 2, derde lid, bepaalt het Unierecht de aard en de draagwijdte van de administratieve maatregelen en sancties die voor een juiste toepassing van de betrokken regeling nodig zijn rekening houdend met de aard en de ernst van de onregelmatigheid, het toegekende of ontvangen voordeel, evenals de mate van schuld.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, leidt iedere onregelmatigheid in de regel tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel:

- door de verplichting de verschuldigde bedragen te betalen of de wederrechtelijk geïnde bedragen terug te betalen;
- door het volledige of gedeeltelijke verlies van de zekerheid die is gesteld ter ondersteuning van het verzoek om het toegekende voordeel of bij de inning van het voorschot.

Ingevolge artikel 53 ter, eerste lid, van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij Verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006 (PB 2006 L 390; hierna ook: Verordening 1605/2002), worden, wanneer de Commissie de begroting onder gedeeld beheer uitvoert, de taken tot uitvoering van de begroting aan de lidstaten gedelegeerd.

Ingevolge het tweede lid, aanhef en onder c, worden door de lidstaten, onverminderd aanvullende bepalingen van de desbetreffende sectorale verordeningen, en om bij gedeeld beheer ervoor te zorgen dat de middelen overeenkomstig de toepasselijke voorschriften en beginselen worden gebruikt, alle nodige wetgevende, regelgevende, administratieve of andere maatregelen ter bescherming van de financiële belangen van de Unie genomen. Daartoe dienen zij met name ten onrechte betaalde, onjuist gebruikte of als gevolg van onregelmatigheden of fouten verloren gegane middelen terug te vorderen.

3.2 Op basis van artikel 25, derde lid, van Beschikking 2004/904 heeft de Commissie bij Beschikking 2006/400/EG van 20 januari 2006 (PB 2006 L 162) bepalingen voor de toepassing van Beschikking 2004/904 met betrekking tot de procedures inzake financiële correcties in het kader van door het EVF

medegefinancierde acties vastgesteld (hierna: Beschikking 2006/400).

Ingevolge artikel 1, eerste lid, moet onderzoek van stelselmatige onregelmatigheden op grond van artikel 26, eerste lid, van Beschikking 2004/904 betrekking hebben op alle projecten waarop die onregelmatigheden van invloed kunnen zijn.

Ingevolge het tweede lid moet een lidstaat, wanneer hij de bijdrage van de Unie geheel of gedeeltelijk intrekt, rekening houden met de aard en de ernst van de onregelmatigheden en met het financiële verlies voor het Fonds.

In de bijlage van deze beschikking zijn de richtsnoeren betreffende de principes, de criteria en de indicatieve schalen die door de diensten van de Commissie moeten worden toegepast bij de vaststelling van financiële correcties op grond van de artikelen 25 en 26 van Beschikking 2004/904, opgenomen. Volgens paragraaf 1 van de bijlage wordt met financiële correcties beoogd een situatie te herstellen waarin de voor medefinanciering uit het Fonds gedeclareerde uitgaven voor 100% zijn gedaan in overeenstemming met de geldende nationale en communautaire voorschriften. Hiervan uitgaande kunnen enkele grondbeginselen worden geformuleerd die de diensten van de Commissie bij de vaststelling van financiële correcties moeten toepassen:

- a) Het begrip „onregelmatigheid” is gedefinieerd in artikel 1, lid 2, van Verordening 2988/95. [...].
- c) Het bedrag van de financiële correctie wordt, waar mogelijk, bepaald op basis van individuele dossiers en is gelijk aan het bedrag aan onregelmatige uitgaven dat in de betrokken gevallen ten onrechte aan het Fonds in rekening is gebracht. Specifiek gekwantificeerde correcties zijn echter niet altijd mogelijk of uitvoerbaar, ofwel kan het buitenproportioneel zijn om de betrokken uitgaven volledig in te trekken. In dergelijke gevallen moet de Commissie correcties vaststellen op basis van een extrapolatie of van forfaitaire percentages. [...].

3.3 Op basis van artikel 21, derde lid, van Beschikking 2004/904 heeft de Commissie bij Beschikking 2006/399/EG van 20 januari 2006 (PB 2006 L 162) bepalingen voor de toepassing van Beschikking 2004/904 met betrekking tot de subsidiabiliteit van uitgaven uit hoofde van het EVF vastgesteld (hierna: Beschikking 2006/399).

Ingevolge artikel 3, eerste lid, gelden de in de bijlage van deze beschikking vervatte regels om de subsidiabiliteit van de uitgaven voor de acties die worden gefinancierd uit hoofde van de in artikel 16 van Beschikking 2004/904 bedoelde jaarprogramma's te bepalen.

Ingevolge regel nr. 1 van de bijlage moeten de kosten rechtstreeks verband houden met de doelstellingen omschreven in artikel 1 van Beschikking 2004/904.

Ingevolge regel nr. 2 van de bijlage moeten de kosten betrekking hebben op de projecten op de gebieden die in de artikelen 4 tot 7 van Beschikking 2004/904 worden omschreven.

Ingevolge regel nr. 4 van de bijlage moeten de kosten noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de projecten die bestreken worden door de meerjaren- en jaarprogramma's, zoals goedgekeurd door de Commissie.

Ingevolge regel nr. 5 van de bijlage moeten de kosten redelijk zijn en in overeenstemming met de beginselen van goed financieel beheer, in het bijzonder op het gebied van rendement en kosten-batenverhouding; zo moeten personeelskosten in verband met beheer en tenuitvoerlegging van het project in verhouding staan tot de omvang van het project. Kosten komen geheel of gedeeltelijk in aanmerking voor subsidiëring, afhankelijk van het feit of zij geheel of slechts ten dele werden veroorzaakt door het project.

Ingevolge regel nr. 6 van de bijlage moeten de kosten daadwerkelijk zijn gemaakt, overeenstemmen met betalingen die de begunstigde heeft verricht, zijn opgenomen in de rekeningen of belastingsbewijzen (lees: betalingsbewijzen) van de begunstigde en identificeerbaar en controleerbaar zijn. Als regel geldt dat de betalingen van de begunstigten moeten worden gestaafd door gekwiteerde facturen. Indien dit niet mogelijk is, moeten de betalingen worden gestaafd door boekhoudbescheiden of documenten met gelijke bewijswaarde.

Ingevolge regel nr. 22 van de bijlage van deze beschikking komt een vastgelegd percentage van de overheadkosten tot ten hoogste 7% van het totale bedrag van de in aanmerking komende directe kosten, in aanmerking als indirecte kosten, op voorwaarde dat het betrokken bedrag is opgenomen in de voorlopige begroting van het project.

Nationaal recht

3.4 Ingevolge artikel 4:49, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan het bestuursorgaan de subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen:

- a. op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de subsidieverlening zou zijn vastgesteld;
- b. indien de subsidievaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten, of
- c. indien de subsidieontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen.

Ingevolge artikel 4:57, eerste lid, kan het bestuursorgaan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen.

Uitvoeringskader

3.5 In het Uitvoeringskader Europees Vluchtelingenfonds Nederland, Meerjarenprogramma 2005-2007 (hierna: het Uitvoeringskader) is in paragraaf 2.1 "Projectadministratie" vermeld dat de financiële administratie inzicht dient te geven in de subsidiabele kosten, de verworven inkomsten en de financiering alsmede de wijze waarop deze aan het project worden toegerekend. Verder is vermeld dat de begunstigde verantwoordelijk is voor het vastleggen van de gegevens en het — doen — voeren van een inzichtelijke en controleerbare projectadministratie.

In paragraaf 2.2 "Financiële administratie" is voor de gedetailleerde regels voor subsidiabele kosten verwezen naar Verordening (lees: Beschikking) 2006/399.

In paragraaf 2.2.2 "Subsidiabele kosten" is onder 1. vermeld dat personeelskosten — brutoloon en sociale lasten — in principe subsidiabel zijn, mits deze rechtstreeks betrekking hebben op het project en maximaal tot een redelijke marktconforme hoogte. Verder is vermeld dat de gerealiseerde uren dienen te worden onderbouwd met een deugdelijke integrale of sluitende urenregistratie, geautoriseerd en gedateerd door de direct leidinggevende en zijn de eisen vermeld waaraan een systeem van integraal dan wel sluitend tijdschrijven moet voldoen.

Onder 8. is in deze paragraaf vermeld dat overheadkosten subsidiabel zijn tot een maximum van 7% van de in aanmerking komende directe kosten, op voorwaarde dat het betrokken bedrag is opgenomen in de begroting van het project.

Feiten en procedure

4. SOMVAO heeft bij formulier, gedateerd 18 augustus 2005, een aanvraag ingediend voor subsidie uit het EVF, jaartranche 2005, voor het project "Tesfa Himilo II" (hierna: het project) voor de periode van 1 mei 2005 tot en met 30 mei 2008. SOMVAO is een organisatie die zich richt op de Somalische gemeenschap in Amsterdam en omstreken. Voor de uitvoering van het project werkte zij samen met Stichting Dir, een Ethiopische organisatie, eveneens gevestigd in Amsterdam. Het project heeft betrekking op de bevordering van integratie en participatie van Ethiopiërs en Somaliërs in de Nederlandse samenleving, waarbij, onder meer, specifieke programma's voor maatschappij- en arbeidsparticipatie worden ontwikkeld en aangeboden, gericht op jongeren, vrouwen en ouderen. Daarnaast beoogt het project de bevordering van samenwerking van vluchtelingenorganisaties, alsmede het geven van voorlichting over de mogelijkheden tot terugkeer naar Ethiopië en onderzoek naar de behoeften van de doelgroep in verband daarmee.

Bij besluit van 27 april 2006 is aan SOMVAO ten behoeve van de eerste fase van het project, eindigend op 31 december 2006, een subsidie verleend ten bedrage van € 199.761, zijnde 45% van de subsidiabele kosten. In dit besluit is voor wat betreft de subsidiabele kosten verwezen naar het Uitvoeringskader. De aanspraken en verplichtingen van SOMVAO als subsidieontvanger dienen te worden beoordeeld naar het recht, zoals dat gold ten tijde van dit besluit tot subsidieverlening.

Bij besluit van 27 juli 2007 is de subsidie voor de eerste fase van het project, naar aanleiding van de ingediende eindverantwoording, vastgesteld op € 199.761.

Van 24 tot en met 26 februari 2009 heeft in opdracht van de Commissie door accountantskantoor Moore Stephens bij SOMVAO een controle naar de rechtmatigheid van de bestedingen van de bijdragen uit het EVF plaatsgevonden. In dit verband zijn de door SOMVAO ingediende declaraties voor de kosten van het project onderzocht. De bevindingen van de controle zijn neergelegd in een concept-rapport, dat aan

SOMVAO is toegezonden en waarop zij haar reactie heeft gegeven. Vervolgens is het — definitieve — rapport opgesteld, dat dateert van 6 oktober 2009 (hierna: het controlerapport). Volgens het controlerapport ontbreekt een inzichtelijke en aanvaardbare onderbouwing van een groot gedeelte van de door SOMVAO opgevoerde kostenposten en declaraties, met name wat betreft de personeelskosten, zodat voor een bedrag van € 188.675,87 ten onrechte subsidie is verstrekt.

Naar aanleiding van het controlerapport heeft de staatssecretaris bij het na bezwaar gehandhaafde besluit van 12 november 2009, het besluit tot subsidievaststelling van 27 juli 2007 gewijzigd, de subsidie lager vastgesteld op € 11.085,13 en het verschil met de reeds betaalde subsidie, zijnde € 188.675,87, teruggevorderd. In dit geval moeten de herziene vaststelling en terugvordering van subsidie in beginsel worden beoordeeld naar het recht, zoals dat gold ten tijde van het besluit op bezwaar van 31 mei 2010. De rechtbank heeft geoordeeld dat de minister in het geval van SOMVAO aan het nationale recht niet de bevoegdheid kan ontnemen om de al vastgestelde subsidie ten nadele van de ontvanger te wijzigen. Naar het oordeel van de rechtbank was de minister, gelet op de conclusies van het controlerapport en het arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2008 (gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening; www.curia.europa.eu; hierna: het ESF-arrest), op grond van artikel 25, tweede lid, van Beschikking 2004/904 evenwel verplicht de subsidievaststelling te wijzigen.

Ter zitting is namens de staatssecretaris verklaard dat het van SOMVAO teruggevorderde bedrag nog niet is ingevorderd.

Het hoger beroep

5. SOMVAO betoogt primair dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris, gelet op de conclusies van het controlerapport, gehouden was de vastgestelde subsidie ten nadele van haar te wijzigen en vast te stellen op € 11.085,13. Zij bestrijdt daartoe de conclusies van het controlerapport en voert aan dat is nagelaten onderzoek te verrichten bij Stichting Dir. Subsidiar betoogt SOMVAO dat, voor zover het Unierecht de staatssecretaris zou verplichten tot terugvordering, hij rekening moet houden met haar financiële draagkracht, teneinde een faillissement als gevolg van de terugvordering te voorkomen. Verder betoogt zij dat de rechtbank ten onrechte haar beroep op het vertrouwensbeginsel heeft verworpen.

Nationaalrechtelijke grondslag

6. Bij besluit van 27 juli 2007 is de subsidie vastgesteld als bedoeld in artikel 4:46, eerste lid, van de Awb en is definitief beslist dat SOMVAO een subsidie ontvangt ter hoogte van € 199.761. Nu de subsidie reeds is vastgesteld, komt de staatssecretaris ingevolge artikel 4:49, eerste lid, van de Awb de bevoegdheid toe de subsidievaststelling in te trekken dan wel ten nadele van de ontvanger te wijzigen. Deze bepaling bevat een limitatieve opsomming, hetgeen meebrengt dat de staatssecretaris uitsluitend in de in dit artikellid onder a tot en met c vermelde gevallen mag overgaan tot intrekking en wijziging van de subsidievaststelling. De Afdeling zal eerst — op voet van artikel 8:69, tweede lid, van de Awb — bezien of een dergelijk geval zich hier voordoet.
 - 6.1 De staatssecretaris heeft in het na bezwaar gehandhaafde besluit van 12 november 2009 de bevoegdheid tot wijziging gebaseerd op artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Awb. De bevindingen die zijn neergelegd in het controlerapport komen erop neer dat door SOMVAO een onvoldoende deugdelijke administratie is bijgehouden. De staatssecretaris heeft bij de subsidievaststelling bij besluit van 27 juli 2007 genoeg genomen met gegevens, zoals die zijn verstrekt bij het verzoek om vaststelling van de subsidie voor de eerste fase van het project en heeft er niet voor gekozen de volledige projectadministratie te controleren. Derhalve doen zich geen feiten of omstandigheden voor waarvan de staatssecretaris bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig het besluit tot subsidieverlening zou zijn vastgesteld, zodat artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb geen grondslag biedt voor de wijziging van de subsidievaststelling. Een dergelijke grondslag is evenmin gelegen in artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. Deze bepaling kan slechts worden toegepast ingeval de subsidievaststelling kennelijk onjuist was (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 30 december 2009 in zaak nr. 200903940/1/H2). De

onjuistheid van de in het controlerapport gebrekkig bevonden declaraties kan niet als kennelijk worden gekwalificeerd.

Ook doet zich niet een geval voor als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder c, van de Awb.

- 6.1.1 Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat wijziging van het besluit tot subsidievaststelling op grond van artikel 4:49 van de Awb niet mogelijk is, zodat naar nationaal recht — zonder acht te slaan op het Unierecht — geen grondslag tot die wijziging en, als gevolg daarvan, tot de terugvordering van de subsidie bestaat.

Dit brengt de Afdeling tot de vraag of het Unierecht, al dan niet in combinatie met het nationale recht, in geval van SOMVAO hiervoor wel een rechtsgrondslag biedt. Alvorens aan beantwoording van die vraag toe te komen, zal de Afdeling eerst de beroepsgronden van SOMVAO over de in het controlerapport geconstateerde schending van de verplichting een deugdelijke projectadministratie te voeren, bespreken.

Projectadministratie

7. Beschikking 2004/904 tot instelling van het EVF voor de periode 2005-2010 is per 1 januari 2008 ingetrokken en vervangen door Beschikking 573/2007. In dit geval is van belang dat de subsidie is verleend onder de vigeur van Beschikking 2004/904. Nu, zoals hiervoor onder 4 is overwogen, de aanspraken en verplichtingen van SOMVAO als subsidieontvanger dienen te worden beoordeeld naar het recht, zoals dat gold gedurende het tijdvak waarop de aanspraken of verplichtingen betrekking hebben, acht de Afdeling Beschikking 2004/904 op het voorliggende geschil van toepassing. Overigens zijn de in dit geschil aan de orde zijnde bepalingen van beide beschikkingen in materieel opzicht niet wezenlijk verschillend.

- 7.1 In het Uitvoeringskader zijn, mede onder verwijzing naar Beschikking 2006/399, voorschriften opgenomen waaraan de bij te houden administratie moet voldoen. Deze voorschriften zijn als verplichting verbonden aan het besluit tot subsidieverlening van 27 april 2006. Het controlerapport concludeert dat, hoewel uit de projectadministratie van SOMVAO blijkt dat zij kosten heeft gemaakt, voor wat betreft het merendeel van de gedeclareerde kosten de noodzakelijke bewijsstukken ontbreken om te kunnen verifiëren of deze kosten kunnen worden toegerekend aan het project en of deze rechtstreeks verband houden met het doel van de subsidie.

- 7.1.1 Op grond van regel nr. 6 van Beschikking 2006/399 dienen de gemaakte kosten identificeerbaar te zijn. De rechtbank heeft terecht overwogen dat met alleen een accountantsverklaring niet aan dit vereiste kan worden voldaan, zodat SOMVAO daarmee niet kon volstaan.

- 7.1.2 Het betoog van SOMVAO dat in het controlerapport van een onjuist percentage aan overheadkosten is uitgegaan, treft geen doel. Volgens regel nr. 22 van de bijlage van Beschikking 2006/399 en paragraaf 2.2.2, onder 8, van het Uitvoeringskader komt een vastgelegd percentage van de overheadkosten tot ten hoogste 7% van het totale bedrag van de in aanmerking komende directe kosten, in aanmerking als indirecte kosten, op voorwaarde dat het betrokken bedrag is opgenomen in de begroting van het project. Zoals vermeld in het besluit van 27 april 2006 — en door SOMVAO niet is bestreden — is in de begroting in dit geval een bedrag van € 22.610 aan overheadkosten opgenomen op een totaal aan directe kosten ad € 422.151, zijnde — afgerond — 5,4%. In het controlerapport is derhalve voor wat betreft het totaal aan subsidiabel geachte kosten ad € 23.371,56 terecht 5,4% aan overheadkosten, zijnde € 1.262,06, in aanmerking genomen.

- 7.1.3 SOMVAO stelt dat in het controlerapport een te laag bedrag aan publiciteitskosten in aanmerking is genomen. Ter onderbouwing van haar stelling heeft zij een factuur van een journaliste en een betalingsbewijs daarvan overgelegd.

Volgens het controlerapport is het grootste gedeelte van de door SOMVAO gedeclareerde publiciteitskosten niet subsidiabel, omdat de relevante facturen niet in de projectadministratie waren opgenomen of omdat de administratie onvolledig was, zodat de gedeclareerde kosten niet konden worden toegeschreven aan het project. De Afdeling kan aan de eerst in hoger beroep door SOMVAO overgelegde stukken niet het gewicht toekennen dat zij daaraan gehecht wil zien. Niet is gesteld dat deze stukken ten tijde van de controle in februari 2009 in de projectadministratie waren opgenomen.

Ook is niet gebleken dat deze stukken eerder door SOMVAO, in reactie op de bevindingen in het concept-rapport, zijn overgelegd. Zij doen daarom niet af aan het controlerapport.

- 7.1.4 De stelling van SOMVAO dat het controlerapport eraan voorbij gaat dat het niet mogelijk is dat het project vrijwel zonder personeelskosten is uitgevoerd, doet niet af aan de conclusie dat de projectadministratie op dit punt gebrekkig is bevonden, zodat op basis daarvan niet kan worden vastgesteld dat de gedeclareerde kosten zijn gemaakt in verband met het project. Dit geldt evenzeer voor de betalingen aan Stichting Dir, de reis- en verblijfkosten en publiciteitskosten. Nu de vereiste bewijsstukken ontbraken, kan de conclusie van het controlerapport dat deze kosten om die reden niet subsidiabel zijn, niet voor onjuist worden gehouden.
- 7.1.5 SOMVAO heeft als penvoerder de aanvraag om subsidie ingediend. Stichting Dir is daarin aangeduid als samenwerkingspartner. Aan SOMVAO is bij besluit van 27 april 2006 de subsidie verleend. Als ontvanger van de subsidie is zij zelf verantwoordelijk voor het voeren van een deugdelijke projectadministratie, ook voor het gedeelte van het project dat is uitgevoerd door Stichting Dir en waarvoor betalingen aan Stichting Dir zijn verricht. Er bestaat daarom geen grond voor het oordeel dat het controlerapport onvolledig is omdat is nagelaten onderzoek te verrichten bij Stichting Dir.
- 7.1.6 Het vorenoverwogene leidt tot het oordeel dat de in het controlerapport geconstateerde schending van de verplichting een deugdelijke projectadministratie te voeren een onregelmatigheid is als bedoeld in artikel 1, tweede lid, van Verordening 2988/95. De conclusie dat sprake is van een onregelmatigheid brengt de Afdeling tot de vraag of het Unierecht in het geval van SOMVAO een rechtsgrondslag biedt voor herziening van de reeds vastgestelde subsidie en terugvordering van de reeds betaalde bedragen.

Rechtsgrondslag in het Unierecht

8. In reactie op de door de Afdeling bij brief van 25 januari 2013 aan partijen gestelde vragen heeft de staatssecretaris te kennen gegeven dat Beschikking 2004/904 en diens opvolger, Beschikking 573/2007, als sectorale regeling met betrekking tot het EVF, uitwerking geven aan het in artikel 317 van het VWEU (voorheen: artikel 274 van het EG-verdrag) neergelegde beginsel van goed financieel beheer, dat onder meer is uitgewerkt in Verordening 2988/95 en Verordening 1605/2002. Volgens de staatssecretaris wordt in artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening 1605/2002, de algemene, uit het beginsel van goed financieel beheer voortvloeiende verplichting voor de lidstaten weergegeven om in het kader van het gedeelde beheer van onder meer het EVF door onregelmatigheden of fouten verloren gegane middelen terug te vorderen. Onder verwijzing naar de aanhef van artikel 53 ter, tweede lid, van Verordening 1605/2002, voert de staatssecretaris aan dat de in deze bepaling opgenomen verplichtingen op zichzelf staan en gelden onverminderd aanvullende bepalingen van de desbetreffende sectorale verordeningen, waaronder volgens de staatssecretaris met betrekking tot het EVF artikel 25 van Beschikking 2004/904 en de daarmee overeenkomende bepaling in Beschikking 573/2005 kunnen worden begrepen. De in artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening 1605/2002 neergelegde verplichting noopt volgens de staatssecretaris, in het licht van het oordeel van het Hof van Justitie in het ESF-arrest, tot een verordeningsconforme uitleg van artikel 4:49 van de Awb, zodat hierin een rechtsgrondslag is gelegen voor de wijziging ten nadele en terugvordering van de in geding zijnde subsidie. Volgens de staatssecretaris geldt het oordeel van het Hof van Justitie in het ESF-arrest voor iedere, in het kader van het gedeelde beheer al dan niet in sectorale regelingen neergelegde verplichting van de lidstaten om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen.
- 8.1 In dit verband — en mede gelet op de hierna aan te halen jurisprudentie van het Hof van Justitie — ziet de Afdeling zich voor de vraag gesteld of een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van subsidie, verstrekt uit het EVF, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger gelegen is in Verordening 2988/95, of in Verordening 1605/2002, dan wel in Beschikking 2004/904. Bij de beantwoording van deze vraag lijken het karakter van de rechtsgrondslag (algemeen of specifiek) en gebruikte rechtshandeling (verordening of beschikking) van belang.
- 8.2 In artikel 4, lid 1, van Verordening 2988/95 is een — algemene — bepaling opgenomen over de terugvordering van als gevolg van onregelmatigheden ten onrechte verkregen middelen.

In artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening 1605/2002 is een — eveneens algemene — bepaling opgenomen over de terugvordering door lidstaten van ten onrechte betaalde, onjuist gebruikte of als gevolg van onregelmatigheden of fouten verloren gegane middelen.

In artikel 25, tweede lid, van Beschikking 2004/904 is een specifieke terugvorderingsregeling voor communautaire bijdragen uit het EVF opgenomen.

Ingevolge artikel 288, tweede alinea, van het VWEU (voorheen artikel 249, tweede alinea, van het EG-verdrag) is een verordening verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Ingevolge artikel 288, vierde alinea, van het VWEU (voorheen artikel 249, vierde alinea, van het EG-verdrag) is een besluit (voorheen aangeduid als beschikking) verbindend in al zijn onderdelen. Indien de adressaten worden vermeld, is het alleen voor hen verbindend.

8.3 Ten aanzien van het karakter van de rechtsgrondslag wordt het volgende overwogen.

In het ESF-arrest, punt 38, wijst het Hof van Justitie op de in artikel 23, eerste lid, van Verordening (EEG) nr. 4253/88 van de Raad van 19 december 1988 (PB 1988 L374; hierna Verordening 4253/88) neergelegde verplichting voor lidstaten om ten onrechte of op onregelmatige wijze toegekende gelden te recupereren. In punt 39 van dit arrest overweegt het Hof van Justitie: "Hieraan moet nog worden toegevoegd dat inderdaad verordening nr. 4253/88 de relevante rechtsgrondslag voor bedoelde verplichting tot terugvordering vormt, en niet verordening nr. 2988/95, waarin, zoals de Commissie ook benadrukt, enkel algemene bepalingen inzake controle en sancties zijn opgenomen met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Derhalve moet op grond van bedoeld artikel 23, lid 1, tot terugvordering worden overgegaan.". En in punt 40: "[A]rtikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 [schept] voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting [...] om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen."

Het Hof van Justitie wijst in het arrest van 21 december 2011 (zaak C-465/10, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, punt 33, www.curia.europa.eu; hierna: het arrest CCI de l'Indre) erop dat Verordening 4253/88 de relevante rechtsgrondslag voor de terugvordering vormt, en niet Verordening 2988/95, waarin, zo overweegt het Hof van Justitie: "enkel algemene bepalingen inzake controle en sancties zijn opgenomen met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de Unie. Derhalve moet op grond van bedoeld artikel 23, lid 1, tot terugvordering worden overgegaan". In punt 41 van dit arrest overweegt het Hof van Justitie "dat artikel 23, lid 1, eerste alinea, derde streepje, van verordening nr. 4253/88, juncto artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2052/88, in omstandigheden als die van het hoofdgeding een rechtsgrondslag vormt voor de terugvordering door de nationale autoriteiten bij de begunstigde van een volledige EFRO-subsidie, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is".

8.3.1 Uit voormelde rechtspraak lijkt te volgen dat een rechtsgrondslag voor terugvordering gelegen dient te zijn in een specifieke regeling en niet in een regeling die slechts ziet op de bescherming van de financiële belangen van de Unie in algemene zin. Dit zou kunnen betekenen dat Verordening 2988/95 geen relevante rechtsgrondslag vormt voor de wijziging ten nadele en terugvordering van de subsidie bij de subsidieontvanger. Dit zou naar het oordeel van de Afdeling dan temeer gelden voor Verordening 1605/2002, die, gelet op diens titel, nog algemener van aard lijkt te zijn. Daar komt bij dat artikel 53 ter, tweede lid, van Verordening 1605/2002 en met name de woorden "onverminderd aanvullende bepalingen van de sectorale verordeningen" in de aanhef van dat lid geen betrekking lijkt te hebben op "beschikkingen", zoals Beschikking 2004/904. Bij voorgaande zij aangetekend dat Verordening 4253/88, waarop voormelde rechtspraak zag, in het voorliggende geval niet van toepassing is, omdat die uitsluitend betrekking heeft op Structuurfondsen, waartoe het EVF niet behoort.

8.4 Ten aanzien van de gebruikte rechtshandeling wordt het volgende overwogen.

Aangaande de rechtshandeling van de beschikking (thans: besluit) heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak (zie onder meer het arrest van 19 september 2002, zaak C-336/00, Huber, punten 42 en 43 en het arrest van 7 juni 2007, zaak C-80/06, Carp, punten 21 en 22; www.curia.europa.eu) eraan herinnerd dat, in het geval uitsluitend de lidstaat de adressaat van de beschikking is, deze alleen voor de betrokken lidstaat verbindend is. Uit genoemde arresten lijkt te volgen dat dergelijke beschikkingen

uit zichzelf geen verplichtingen jegens een particulier — een subsidieontvanger — kunnen opleggen.

- 8.4.1 Ingevolge artikel 32 van Beschikking 2004/904 zijn de lidstaten de adressaten van deze beschikking en is deze aldus, mede gelet op de eerdergenoemde arresten Carp en Huber, niet gericht tot de subsidieontvanger. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat — anders dan waarvan de rechtbank is uitgegaan — in artikel 25, tweede lid, van Beschikking 2004/904 geen rechtsgrondslag is gelegen voor de wijziging van de subsidievaststelling en terugvordering van subsidie van de subsidieontvanger.
- 8.5 Het vorenoverwogene geeft de Afdeling, mede gelet op de eerder aangehaalde punten 40 van het ESF-arrest en 41 van het arrest CCI de l'Indre, aanleiding tot het stellen van de volgende vragen:

“Vraag 1

Biedt artikel 4 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, dan wel artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij Verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006, een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van een reeds vastgestelde subsidie, verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger?

Vraag 2

Vormt artikel 25, tweede lid, van Beschikking 2004/904/EG van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010 een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van een reeds vastgestelde subsidie, verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger, zonder dat daartoe een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is?”

- 8.6 Indien ervan moet worden uitgegaan dat het Unierecht een rechtsgrondslag biedt voor een wijziging ten nadele en terugvordering van subsidie, verstrekt uit het EVF, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger, komt de Afdeling toe aan hetgeen overigens door SOMVAO is aangevoerd.

Evenredigheidsbeginsel

9. SOMVAO betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat, gelet op het dwingende Unierechtelijke kader, geen ruimte bestaat voor de door haar bepleite belangenafweging. SOMVAO voert aan dat de staatssecretaris bij de terugvordering onvoldoende rekening heeft gehouden met haar financiële situatie.
- 9.1 De staatssecretaris heeft niet het gehele bedrag van de subsidie teruggevorderd, maar — overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 1, aanhef en onder c, van de bijlage van Beschikking 2006/400 — slechts voor zover de gedeclareerde kosten onvoldoende identificeerbaar zijn bevonden. Bij beantwoording van de vraag of voor een verdere belangenafweging ruimte bestaat, dienen naar het oordeel van de Afdeling de aard en ernst van de geconstateerde onregelmatigheid, alsmede het publieke belang van verantwoording van communautaire middelen in acht te worden genomen. Gelet op de verwevenheid met de hiervoor gestelde vragen, zal de Afdeling eerst nadat het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan een definitief oordeel geven over deze beroepsgrond.

Vertrouwensbeginsel

10. SOMVAO betwist het oordeel van de rechtbank dat haar geen beroep op het vertrouwensbeginsel toekomt. Samengevat voert zij daartoe aan dat zij erop mocht vertrouwen de staatssecretaris met de vaststelling van de subsidie bij besluit van 27 juli 2007 tevens namens de Commissie de subsidiabiliteit van de uitgaven in orde heeft bevonden.
- 10.1 Anders dan SOMVAO stelt, is in het besluit tot subsidievaststelling van 27 juli 2007 geen toezegging van de Commissie opgenomen, noch kan uit dat besluit een dergelijke toezegging worden afgeleid. Uitgaande van een Unierechtelijke verplichting tot terugvordering door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger van als gevolg van onregelmatigheden onterecht verkregen subsidies uit het EVF, leidt de Afdeling uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af dat aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de voorschriften van het recht van de Unie (zie in

dit verband het ESF-arrest, punten 52 en 53, en het arrest van het Hof van Justitie van 20 juni 2013, zaak C-568/11, Agrofarm, punten 47 en 51). Gelet op die rechtspraak ziet de Afdeling geen aanleiding hierover een vraag te stellen.

Gelet op de verwevenheid met de hiervoor gestelde vragen, zal de Afdeling eveneens eerst nadat het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan een definitief oordeel geven over deze beroepsgrond.

11. De behandeling van het hoger beroep zal worden geschorst totdat het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

“Vraag 1

Biedt artikel 4 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, dan wel artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij Verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006, een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van een reeds vastgestelde subsidie, verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger?

Vraag 2

Vormt artikel 25, tweede lid, van Beschikking 2004/904/EG van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010 een rechtsgrondslag voor een wijziging ten nadele en terugvordering van een reeds vastgestelde subsidie, verstrekt uit het Europees Vluchtelingenfonds, door de nationale autoriteiten bij de subsidieontvanger, zonder dat daartoe een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is?”

- II. schorst de behandeling van het hoger beroep tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan en houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Naar boven

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

1. Bovenstaande verwijzingsuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State biedt een mooie illustratie van de problemen die ontstaan wanneer het EU-recht en het nationale recht dat ter uitvoering daarvan wordt gebruikt niet op elkaar aansluiten. Kort gezegd komt het erop neer dat een Europese subsidie uit het Europees Vluchtelingenfonds (hierna: het EVF), waarbij de ontvanger geen goede projectadministratie kan overleggen, niet kan worden ingetrokken en teruggevorderd op grond van het Nederlands subsidierecht, wanneer de subsidie twee jaar eerder al is vastgesteld, nadat het verstreckende bestuursorgaan de administratie niet goed (genoeg) had gecontroleerd. Dat leidt ertoe dat de Afdeling voor de vraag komt te staan in hoeverre een rechtsgrondslag voor intrekking en terugvordering kan worden gevonden in het Unierecht. Meer in het bijzonder wijst de Afdeling op artikel 4 van de Verordening nr. 2988/95 ter bescherming van de financiële belangen, artikel 53ter van de Verordening nr. 1605/02 (deze verordening bevat het Financieel Reglement waarin de regels omtrent de begroting van de EU zijn neergelegd) en artikel 25, tweede lid, van de Beschikking van de Raad tot instelling van het EVF (hierna: de EVF-beschikking) waarvan de lidstaten de adressaten zijn. De Afdeling besluit deze vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen. Het is niet voor het eerst dat de Afdeling aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag stelt in hoeverre een Nederlands bestuursorgaan aan het Unierecht een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering van een Europese subsidie kan ontnemen. Op 30 augustus 2006 stelde de Afdeling een soortgelijke vraag, hetgeen heeft geleid tot het in Nederland met weinig enthousiasme ontvangen ESF-arrest (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. M.R. Mok, SEW 2010, p. 163-167, m.nt. M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven).

In punt 2 van deze annotatie gaan wij eerst in op de feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen en het oordeel van de rechtbank Amsterdam daarover. Vervolgens bespreken wij onder 3 de relatie met het ESF-arrest en de vraag of het nodig en zinvol is om in deze specifieke zaak opnieuw de prejudiciële vraag te stellen of een Nederlands bestuursorgaan rechtstreeks een bevoegdheid tot intrekking en terugvordering van een Europese subsidie kan ontleen aan het EU-recht. In punt 4 besteden wij ten slotte aandacht aan het beroep op het vertrouwensbeginsel dat de subsidieontvanger heeft gedaan. De Afdeling heeft over deze beroepsgrond weliswaar nog geen definitief oordeel gegeven, maar in haar verwijzingsuitspraak wel al aangegeven dat op grond van het arrest Agroferm (ook opgenomen in deze AB onder nr. 270) geen aanleiding bestaat om hierover een vraag te stellen.

2. In deze zaak draait het allemaal om een Europese subsidie van € 199.761 uit het Europees Vluchtelingen Fonds (EVF) die in 2006 is verleend aan de vereniging Somalische Vereniging Amsterdam en omgeving door de toenmalige minister voor Immigratie en Asiel. Het EVF bestaat overigens inmiddels niet meer; met ingang van 1 januari 2014 is dit fonds samen met het Europees Terugkeerfonds, het Europees Integratiefonds en het Europees Buitengrenzenfonds opgegaan in het Fonds voor asiel, migratie en integratie (Verordening nr. 516/2014). In 2007 wordt de subsidie, na controle, overeenkomstig de verlening vastgesteld. Uit een controle door de Europese Commissie in 2009 blijkt echter dat de Somalische Vereniging geen deugdelijke projectadministratie heeft gevoerd. Op basis hiervan besluit de minister het besluit tot subsidievaststelling te wijzigen en een bedrag van € 188.675,87 terug te vorderen. In de daarop volgende procedure komt de Rechtbank Amsterdam tot de conclusie dat artikel 4:49 van de Awb geen bevoegdheid gaf tot het wijzigen van het besluit tot subsidievaststelling; er is geen sprake van feiten of omstandigheden waarvan de staatssecretaris bij de subsidievaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn.

Onder verwijzing naar het al genoemde ESF-arrest komt de rechtbank vervolgens tot het oordeel dat op grond van artikel 25 van de EVF-beschikking wel een verplichting voor de minister bestond om het onderhavige besluit te nemen. De rechtbank is derhalve van mening dat een Europese verplichting voor nationale uitvoerende autoriteiten tot het opleggen van financiële correcties volgend uit een communautaire beschikking, resulteert in een bevoegdheid voor een Nederlands bestuursorgaan om een naar Nederlands recht vastgestelde Europese subsidie te wijzigen en terug te vorderen.

3. In de annotatie bij de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam (AB 2012/136, m.nt J.E. van den Brink) is bij voormelde opvatting van de rechtbank al een aantal kritische kanttekeningen geplaatst. De belangrijkste daarvan is dat het de vraag is of de rechtbank het ESF-arrest wel op de onderhavige zaak kon toepassen. Verschil met de ESF-zaak is immers dat de Europese verplichting tot terugvordering in die zaak was neergelegd in een Europese verordening. Zoals bekend zijn Europese verordeningen op grond van artikel 288 VWEU rechtstreeks toepasselijk in de lidstaat. In de onderhavige zaak gaat het echter niet om een Europese verordening, maar om een beschikking van algemene strekking van de Raad die is geadresseerd tot de lidstaten. In het EG-verdrag bestond destijds namelijk geen grondslag voor het vaststellen van verordeningen op dit beleidsterrein. Opgemerkt zij dat de term 'beschikking' sinds het Verdrag van Lissabon is vervangen door het begrip besluit. Zowel beschikkingen als besluiten zijn — anders dan Europese verordeningen — niet rechtstreeks toepasselijk in de lidstaat (zie thans artikel 288 VWEU). Daarbij komt dat beschikkingen alleen verbindend waren in al hun onderdelen voor degene tot wie zij uitdrukkelijk zijn gericht (artikel 249 EG-verdrag). In artikel 288 VWEU valt te lezen dat indien de adressaten van een besluit wordt vermeld, het besluit alleen voor hen verbindend is. Zoals reeds besproken in de annotatie bij de uitspraak van de rechtbank Amsterdam is het daarom beslist niet vanzelfsprekend dat nationale bestuursorganen aan beschikkingen die tot de lidstaten zijn gericht überhaupt bevoegdheden kunnen ontleen, laat staan als het, zoals hier, een bevoegdheid betreft die ten nadele van de burgers — in dit geval de eindontvanger van de Europese subsidie — wordt toegepast.

Zoals ook blijkt uit de mooi geformuleerde, uitgebreide uitspraak van de Afdeling heeft het Hof van Justitie deze vraag, die rechtstreeks raakt aan het legaliteitsbeginsel in een gedeelde rechtsorde, nog niet beantwoord. Uit de jurisprudentie van het Hof volgt wel dat particulieren aan bepalingen neergelegd in tot de lidstaten gerichte beschikkingen rechten kunnen ontleen, mits zij onvoorwaardelijk zijn en voldoende duidelijk en bepaald om in de rechtsbetrekkingen tussen de lidstaten en hun justitiabelen directe gevolgen

teweeg brengen (zie bijv. HvJEG 6 oktober 1970, 9/70 (Grad), Jur. 1970, p. 825, r.o. 9). Het moge duidelijk zijn dat deze situatie zich hier niet voordoet; het gaat hier om een situatie waarin aan een beschikking geen rechten kunnen worden ontleend, maar daaruit verplichtingen (zouden) voortvloeien. Het gaat dus om de zogenoemde omgekeerde verticale werking van Europese besluiten. De schaarse jurisprudentie die relevant is in dit verband, laat geen eenduidig beeld zien. Uit de arresten Spa Unil en Carp zou kunnen worden afgeleid dat omgekeerde verticale werking van Europese besluiten niet is toegestaan, maar in die zaken ging het duidelijk om bepalingen die nog nationale uitvoeringsmaatregelen vergden. In het arrest Stichting ROM (HvJEG 21 juni 2007, C-158/06, AB 2007/239, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden) ontwijkt het Hof de principiële vraag of een onvoorwaardelijk en voldoende duidelijke bepaling neergelegd in een besluit van de Europese Commissie dat is gericht tot de lidstaat rechtstreeks negatieve consequenties kan hebben voor een eindontvanger van Europese subsidies. In dat arrest kwam het Hof uiteindelijk tot het oordeel dat het besluit niet was gepubliceerd en reeds daarom niet aan Stichting ROM kon worden tegengeworpen. Uit het arrest Huber kan wel voorzichtig worden afgeleid dat uit een beschikking van de Europese Commissie die is gericht tot de lidstaat geen rechtstreekse verplichtingen kunnen voortvloeien voor de eindontvanger van de Europese subsidie, om de reden dat de beschikking uitsluitend tot de betrokken lidstaat is gericht, maar erg duidelijk is het allemaal niet.

4. Hoewel de onderhavige prejudiciële vragen parallellen vertonen met de vragen die de Afdeling stelde in de verwijzingsuitspraak die heeft geleid tot het al genoemde ESF-arrest, zijn de prejudiciële vragen gelet op de onduidelijke jurisprudentie ter zake van de werking van Europese beschikkingen dus nodig en zinvol. Wij vinden het verder verstandig dat de Afdeling ook aan het Hof voorlegt of andere Unierechtelijke grondslagen denkbaar zijn, namelijk artikel 53 ter, tweede lid, aanhef en onder c, van de Verordening nr. 1605/2002 (het zogenoemde Financieel Reglement dat de financiële regels bevat die van toepassing zijn op de Europese begroting; deze verordening is inmiddels vervangen door Verordening nr. 966/2012) en artikel 4, eerste lid, van de Verordening nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. In deze bepalingen zijn namelijk ook (zeer algemeen geformuleerde) terugvorderingsverplichtingen neergelegd. Het Hof van Justitie heeft in een aantal arresten duidelijk gemaakt dat wanneer de rechtsgrondslag voor terugvordering van Europese subsidies is neergelegd in een specifieke verordening, geen betekenis toekomt aan de algemene Verordening nr. 2988/95 die ziet op de bescherming van de financiële belangen van de EU (zie het ESF-arrest, r.o. 39 en het arrest Chambre de Commerce (HvJEU 21 december 2011, C-465/10, AB 2013/86, m.nt. J.E. van den Brink, r.o. 33). Het arrest Vinifrance (C-670/11, AB 2014/106, m.nt. J.E. van den Brink) laat echter zien dat het Hof, daar waar in een Unierechtelijke verordening een rechtsgrondslag voor terugvordering ontbrak, van mening was dat nationale autoriteiten in dat geval wel verplicht waren om tot terugvordering over te gaan op grond van voormeld artikel 4 van de Verordening nr. 2988/95. Wij sluiten dan ook niet uit dat wanneer het Hof in het onderhavige geval tot het oordeel zou komen dat de rechtsgrondslag voor terugvordering niet kan worden gevonden in de EVF-beschikking, deze moet worden gevonden in één van voormelde algemene verordeningen. De nadruk die het Hof legt op handhaving bij de constatering van onregelmatigheden met Europese gelden is immers groot.
5. Tot slot nog een afsluitende opmerking over het vertrouwensbeginsel. Hoewel de Afdeling nog geen eindoordeel geeft over het beroep daarop van de Somalische vereniging, overweegt zij al wel dat uitgaande van een Unierechtelijke verplichting tot terugvordering door de nationale autoriteiten uit het arrest Agroferm (zie AB 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden) moet worden afgeleid dat aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de voorschriften van het recht van de Unie. Dat past in de lijn van haar andere uitspraken over Agroferm: daar waar uit het Unierecht een verplichting tot handhaving voortvloeit voor nationale autoriteiten geldt het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel. Wij nemen aan dat wanneer door het Hof in antwoord op de gestelde vragen wordt vastgesteld dat in casu geen bevoegdheid c.q. verplichting uit het EU-recht kan worden afgeleid, artikel 4:49 Awb van toepassing is. Dan zal er geen terugvordering kunnen plaatsvinden, zo lijkt te volgen uit r.o. 6.1.1, althans niet zonder de bedoeling van de bepaling geweld aan te doen. Nu dat zo duidelijk is uitgespeld voor het Hof verwachten wij niet dat het iets zal voelen voor toepassing van het Nederlandse subsidierecht en dus alles op alles zal zetten om een rechtsgrondslag in het Unierecht te vinden.