

AB 2007/96

- Documentnummer - Documentdatum - Rolnummer - Auteur - Wetsbepaling - Titel - Samenvatting
- Tekst - Noot -

▲ Documentnummer

AB 2007/96

▲ Documentdatum

02-08-2006

▲ Rolnummer

200502880/1

▲ Auteur**AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE (MEERVOUDIGE KAMER)**

2 augustus 2006, nr. 200502880/1

(Mrs. Slump, Van den Brink, Roemers)

m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden

▲ Wetsbepaling

Awb art. 4:36, 4:49; Vo. 4253/88 art. 23

▲ Titel**Formele rechtskracht: de onaantastbaarheid van een vaststellingsbeschikking onder ontbindende voorwaarde; legaliteitsbeginsel; eis van een deugdelijke urenadministratie; vertrouwensbeginsel.****▲ Samenvatting**

Zoals onder 2.7 overwogen heeft het besluit tot subsidievaststelling van 9 juni 1999 een voorwaardelijk karakter, aangezien de ingediende einddeclaratie onderwerp kan uitmaken van toekomstige controle(s). Hiermee is uitdrukkelijk beoogd dat gebreken of onvolledigheden, die mochten blijken uit deze controle(s), tot intrekking van de subsidievaststelling kunnen leiden. (...) Vast staat dat tegen het besluit van 9 juni 1999, dat een rechtsmiddelenclausule bevatte, door appellante geen bezwaar is gemaakt. Bezwaar is eerst gemaakt tegen het besluit van 23 oktober 2002. Gelet hierop kan de rechtmatigheid van het besluit van 9 juni 1999 - en ook van het in dit besluit gemaakte voorbehoud - thans niet meer aan de orde zijn. Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen.

Uit de art. 10 en 14 van de ESF-regeling volgt dat de deelnemersadministratie moet zijn te controleren aan de hand van een urenregistratie. Niet in geschil is dat de door appellante overgelegde urenadministratie bestaat uit maandoverzichten die zijn afgetekend door de projectleider en de deelnemers. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de per dag door de deelnemers en een projectmedewerker afgetekende weekstaten de originele en derhalve meest relevante bewijsstukken vormen aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd of de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Gelet hierop, had appellante dan ook de dagelijks bijgehouden urenregistratie moeten overleggen. (...)

Op grond van de kwartaalrapportages kon niet worden vastgesteld of de onderliggende

2.1. De subsidie is verstrekt uit het Europees Sociaal Fonds, één van de structuurfondsen van de Europese Gemeenschappen. Dit Fonds vindt zijn grondslag in de art. 146 en 158 EG-Verdrag. Op grond van artikel 158 van het EG-Verdrag wordt onder meer het Europees Sociaal Fonds ingezet bij het voeren van een Europese structuurpolitiek. Op grond van de art. 161, 163 en 209 EG-Verdrag zijn twee kaderverordeningen vastgesteld waarin de hoofdlijnen van het structuurfondsenbeleid zijn neergelegd, namelijk de Verordening nr. 2052/88 van 24 juni 1988 betreffende de taken van de Fondsen met structurele strekking, hun doeltreffendheid alsmede de coördinatie van hun bijstandsverlening onderling en met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten, zoals gewijzigd in art. 1 Verordening nr. 2081/93 (*Pb. EG* 1993 L 193/5), en de Verordening nr. 4253/88 van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van de Verordening nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds, zoals gewijzigd in artikel 1 van de Verordening nr. 2082/93 (*Pb. EG* 1993 L 193/20). Onder verwijzing naar voormelde verordeningen en de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 17 augustus 1994, nr. C(94)1414, waarbij de Commissie het Enig Programmerings Document voor de structurele bijstandsverlening door de Gemeenschap (het ESF) voor het gehele Nederlandse grondgebied met betrekking tot doelstelling 3 heeft goedgekeurd voor de periode van 1 januari 1994 tot en met 31 december 1999, heeft het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening besloten tot vaststelling van de ESF-regeling.

2.2. Nu de subsidie is verleend na 1 januari 1998, is ingevolge art. III lid 1 Wet van 20 juni 1996 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche *Awb Stb.* 1996, 333), welke wet op 1 januari 1998 in werking is getreden, titel 4.2. *Awb* hierop van toepassing.

2.3. Ingevolge art. 4:37 lid 1 aanhef en onder b *Awb*, kan het bestuursorgaan de subsidieontvanger verplichtingen opleggen met betrekking tot de administratie van aan de activiteiten verbonden uitgaven en inkomsten.

Ingevolge art. 4:49 lid 1 *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 subsidie-ontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan aan de subsidie verbonden verplichtingen.

Ingevolge art. 4:57 *Awb*, voor zover thans van belang, kunnen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld nog geen vijf jaren zijn verstreken.

2.4. Ingevolge art. 2 lid 1 ESF-regeling kan met inachtneming van de bepalingen van deze regeling aan een aanvrager subsidie ten laste van het Europees Sociaal Fonds worden verleend.

Ingevolge art. 5 lid 1 ESF-regeling, voor zover thans van belang, kan subsidie slechts worden verleend voor de navolgende kosten:

- a. kosten van instructiepersoneel;

onvolledige of ontoegankelijke administratie belemmert een goede accountantscontrole en dus een goede eindverantwoording. De aanvrager is ervoor verantwoordelijk dat wordt zorg gedragen voor een administratie die voldoet aan de daaraan te stellen eisen en dat de bevoorschotting en eindbetaling (financiering) van het project tijdig en ongestoord verloopt, conform de door het ESF gestelde eisen, aldus de toelichting.

De toelichting op art. 11 vermeldt dat om de voortgang van een project goed te kunnen volgen, tijdig en adequaat te kunnen ingrijpen, alsmede een goede analyse te kunnen uitvoeren van de haalbaarheid van (vervolg-)projecten op een goede manier over de voortgang en eindresultaten van het project dient te worden gerapporteerd. De inhoud van deze rapporten dient een gelijkwaardige kwaliteit en juistheid te hebben als de eindverantwoording. Afwijkingen van de tussenrapportages op fundamentele onderdelen zullen hierdoor beperkt blijven. Tevens is gekozen voor een actieve melding van gebeurtenissen die een project aanmerkelijk beïnvloeden, opdat de verdere voortgang kan worden bepaald.

2.6. Op 13 november 1997 heeft appellante een subsidie aangevraagd voor het project. Het project is gericht op de toeleiding van verstandelijk gehandicapten naar de arbeidsmarkt door middel van trajectbegeleiding. Bij besluit van 9 februari 1998 heeft de Regionale Directie een subsidie van maximaal f 256 640,00 (€ 116 458,15) verleend. Hierbij is de verplichting opgelegd dat de aanvrager een aparte projectadministratie voert, bestaande uit een deelnemers- en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens, tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken.

Bij besluit van 9 juni 1999 heeft de Regionale Directie de subsidie vastgesteld op het bedrag van f 166 816,00 (€ 75 697,80). Bij besluit van 23 oktober 2002 heeft de minister de subsidie op nihil vastgesteld en het bedrag van f 128 320,00 (€ 58 229,08) teruggevorderd. De minister heeft de nihilstelling gebaseerd op een rapport van 21 maart 2002, opgesteld door het Team Interne Controle, waarin onder meer is geconstateerd dat de urenadministratie niet voldoet aan de ESF-regeling, nu de dagelijks bijgehouden registratie is weggegooid. Appellante heeft thans enkel maandoverzichten overgelegd die eerst na afloop van de projectperiode door de deelnemers en de projectmedewerker zijn ondertekend, aldus het rapport. Bij besluit van 31 juli 2003 heeft de minister het tegen het besluit van 23 oktober 2002 door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en dat besluit gehandhaafd.

2.7. In het besluit van 9 juni 1999 is opgenomen dat de subsidievestiging een voorwaardelijk karakter heeft, aangezien de ingediende einddeclaratie voorwerp kan uitmaken van toekomstige controle(s). Blijkens het besluit is hiermee uitdrukkelijk beoogd dat gebreken of onvolledigheden, die mochten blijken uit deze controle(s), tot intrekking van de subsidievestiging kunnen leiden.

2.7.1. Naar het oordeel van de Afdeling dient het besluit van 9 juni 1999 gelet op de inhoud, de verwijzing naar art. 14 ESF-regeling en de systematiek van de ESF-regeling te worden aangemerkt als het besluit tot subsidievestiging. In het besluit wordt expliciet gesteld dat, gelet op het bepaalde in art. 14 ESF-regeling, wordt beslist tot vaststelling van de navolgende subsidieverlening. Gesteld wordt verder dat het vastgestelde subsidiebedrag is berekend aan de hand van de projectbeschrijving, de bereikte resultaten, de eindrapportage en de projectkosten en -inkomsten als opgegeven in de einddeclaratie. Ook dit kan naar het oordeel van de Afdeling niet op iets anders duiden dan op een vaststelling. Nu het besluit van 9 juni 1999 de subsidievestiging betreft, betreft het besluit van 23 oktober 2002 de intrekking van de subsidievestiging.

2.8. Appellante betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat geen sprake is van het schenden van een aan de subsidieverlening verbonden hoofdverplichting en mitsdien de subsidie ten onrechte op nihil is vastgesteld. Daartoe voert zij aan dat in de ESF-regeling niet is vastgelegd wanneer sprake is van een juiste en volledige urenadministratie. Volgens haar is ook sprake van een deugdelijke urenadministratie indien de uren per dag in de computer worden ingevoerd en gecontroleerd en

voldeed aan de in de ESF-regeling gestelde eisen. De kwartaalrapportages betreffen immers een beperktere controle dan de eindrapportage en dienen een beperkter doel.

2.10. Gelet op het vorenoverwogene, heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat in het onderhavige geval geen sprake is van een projectadministratie die voldoet aan de eisen neergelegd in art. 10 ESF-regeling en dat geen sprake is van ten opzichte van appellante gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen.

2.11. Zoals onder 2.7 overwogen is in het besluit van 9 juni 1999 opgenomen dat de subsidievaststelling een voorwaardelijk karakter heeft, aangezien de ingediende einddeclaratie onderwerp kan uitmaken van toekomstige controle(s) en is hiermee uitdrukkelijk beoogd dat gebreken of onvolledigheden, die mochten blijken uit deze controle(s), tot intrekking van de subsidievaststelling kunnen leiden.

Vast staat dat tegen het besluit van 9 juni 1999, dat een rechtsmiddelenclausule bevatte, door appellante geen bezwaar is gemaakt. Bezwaar is eerst gemaakt tegen het besluit van 23 oktober 2002. Gelet hierop kan de rechtmatigheid van het besluit van 9 juni 1999 - en ook van het in dit besluit gemaakte voorbehoud - thans niet meer aan de orde zijn. Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen.

2.12. Gelet op het vorenoverwogene staat vast dat appellante de aan de subsidie verbonden verplichtingen niet heeft nageleefd en dat dientengevolge de door haar ingediende einddeclaratie gebreken en onvolledigheden vertoont. De in het besluit van 9 juni 1999 vermelde omstandigheden op grond waarvan de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling, hebben zich dan ook voorgedaan. Nu appellante de subsidie heeft aangevraagd rustte ingevolge art. 10 ESF-regeling op haar de verplichting dat een aparte projectadministratie zou worden gevoerd, bestaande uit een deelnemers- en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zouden zijn vastgelegd en zouden zijn te verifiëren met bewijsstukken.

Gelet op het voorgaande, kwam de minister op grond van de in het besluit van 9 juni 1999 opgenomen voorbehoud de bevoegdheid toe om de in dat besluit neergelegde subsidievaststelling in te trekken en de reeds uitbetaalde bedragen terug te vorderen. Gelet hierop bestaat geen grond voor het oordeel dat de minister bij besluit van 23 oktober 2002 niet in redelijkheid bij afweging van alle belangen de subsidievaststelling heeft kunnen intrekken en het bedrag van f 128 320,00 (€ 58 229,08) heeft kunnen terugvorderen, zoals gehandhaafd in de beslissing op bezwaar van 31 juli 2003. Er bestaat dan ook geen grond voor vernietiging van het laatstvermelde besluit. De rechtbank is, gelet op het voorgaande, terecht tot de conclusie gekomen dat het beroep tegen het besluit van 31 juli 2003 ongegrond diende te worden verklaard.

2.13. Gelet op het vorenoverwogene, is het hoger beroep ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van de gronden waarop zij rust, te worden bevestigd.

2.14. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

▲ **Noot**

De minister mag zijn eigen intrekingsbevoegdheden niet uitbreiden.

Concreet betekent dit dat de vaststelling slechts kan worden ingetrokken wanneer:

(a) het bestuursorgaan redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van feiten en omstandigheden op grond waarvan de subsidie lager zou zijn vastgesteld

(b) er sprake is van een kennelijk onjuiste subsidievaststelling, of

(c) de subsidieontvanger de subsidieverplichtingen die ook na de subsidievaststelling voortduren niet is nagekomen.

Nu de intrekking van de vaststellingsbeschikking in casu is gebaseerd op stukken die de Arbeidsvoorzieningsorganisatie ook al ter beschikking had tijdens het nemen van het eerste vaststellingsbesluit in 1999, is van een situatie als bedoeld onder a geen sprake en is de minister op grond van de Awb dus niet bevoegd tot intrekking van de vaststellingsbeschikking, nu evenmin de gronden genoemd onder b of c aan de orde zijn (vergelijk de genoemde Afdelingsuitspraak van 30 augustus onder punt 2.9.5).

4. Hoewel dus vast staat dat de Arbeidsvoorzieningsorganisatie de gewraakte ontbindende voorwaarde niet aan de vaststellingsbeschikking had mogen verbinden en de minister niet op andere gronden bevoegd is tot het intrekken van de vaststellingsbeschikking uit 1999, komt de Afdeling toch tot de conclusie dat er een bevoegdheid tot intrekking voor de minister bestaat. Omdat de vaststellingsbeschikking uit 1999, waarin de ontbindende voorwaarde was opgenomen, door de provincie niet is aangevochten, is dit besluit volgens de Afdeling onaantastbaar geworden: "Gelet op het gemaakte voorbehoud heeft tussen partijen te gelden dat de minister bevoegd is tot intrekking van de subsidievaststelling wanneer de in het voorbehoud vermelde omstandigheden zich voordoen." Een en ander is conform de regel dat besluiten waartegen niet (tijdig) wordt opgekomen in beginsel als onaantastbaar moeten worden beschouwd c.q. dat deze formele rechtskracht hebben. Ratio daarvan is de rechtszekerheid van betrokken partijen (vgl. binnen een nationale context: ABRvS 14 februari 2007, zaaknr. 20060283/1 (MBO-fraude)).

5. Toch kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij deze uitkomst. Om te beginnen kan worden gewezen op praktische bezwaren. Van een subsidieontvanger wordt zo immers verwacht dat deze opkomt tegen een begunstigende beschikking waarbij hij de subsidie krijgt waarop hij recht meent te hebben en dat slechts vanwege een (onrechtmatig) voorbehoud. Of de onzekere toekomstige gebeurtenis zich ooit zal voordoen is niet bekend en geeft dus geen dringend belang voor de ontvanger. Dat lokt dure en langslpende procedures uit. Een meer principiële bezwaar betreft het feit dat het voor bestuursorganen op deze wijze erg aantrekkelijk kan zijn om zich - contra legem - "extra" bevoegdheden toe te delen in begunstigende beschikkingen. Daarmee is het legaliteitsbeginsel in het geding.

6. Het fundamentele belang van dit legaliteitsbeginsel wordt door de Afdeling erkend waar zij - ook in subsidiezaken - bevoegdheidskwesties (steeds meer) ambtshalve toetst (vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2006, p. 168-170 en de daar aangehaalde uitspraken). Daaraan verbindt de Afdeling echter niet het gevolg dat in het kader van deze ambtshalve bevoegdheidstoetsing ook de rechtmatigheid van onaantastbare onderliggende besluiten, waarop de bevoegdheid in het ter toetsing voorliggende besluit wordt gebaseerd, (opnieuw) kan en moet worden onderzocht. Een vergelijkbare aanpak met die in de onderhavige zaak zien we in een recente uitspraak waarin de Afdeling de Rb. Maastricht corrigeert omdat deze laatste in het kader van de ambtshalve toetsing van de vraag of de burgemeester bevoegd was een gebiedsontzegging op te leggen niet had volstaan met het toetsen óf een voor het activeren van de bedoelde bevoegdheid vereist verwijderingsbevel tenminste eenmaal eerder was opgelegd, maar ook inging op de rechtmatigheid van dit bij eerder besluit opgelegd bevel en daarover negatief

SZW ontleent aan het burgerlijk recht zou in een procedure voor de burgerlijke rechter dus waarschijnlijk geen stand houden. En voor alle duidelijkheid; een vergelijkbaar geschil zou ook voor de burgerlijke rechter kunnen worden gebracht. Wanneer een subsidiërend bestuursorgaan een dergelijk voorbehoud namelijk niet formuleert in een subsidiebeschikking, maar in een zogenaamde uitvoeringsovereenkomst ex art. 4:36 Awb, worden geschillen daarover behandeld door de burgerlijke rechter. Dat in een uitvoeringsovereenkomst bepalingen ten aanzien van de vaststellingsbeschikking kunnen worden opgenomen blijkt bijvoorbeeld uit het bepaalde in art. 4:44 Awb lid 1 sub 3. Het is onbevredigend dat de intrekkingmogelijkheden van de minister in dit soort gevallen af kan hangen van de (soms toevallig) gekozen rechtsvorm voor de subsidieverstrekking.

Genoeg reden dus om de aanpak die de Afdeling kiest in de onderhavige zaak niet zonder meer als maatgevend te zien voor toekomstige zaken waarin de regel van formele rechtskracht botst met het legaliteitsbeginsel.

9. Ook de tweede beroepsgrond van de provincie, te weten dat er geen gebreken kleven aan de ingediende einddeclaratie en dat de daarbijbehorende administratie aan alle eisen voldoet, wijst de Afdeling af. Het verschil van mening tussen de minister en de provincie had betrekking op de vraag of de overgelegde urenregistratie voldeed. De provincie vond dat een deugdelijke urenadministratie kon worden vormgegeven door de gegevens van de urenadministratie dagelijks digitaal in te voeren en te controleren en vervolgens een maandstaat uit te printen die door deelnemers en projectmedewerkers wordt afgetekend. De Afdeling is echter met de minister van mening dat uit de ESF-regeling kan worden afgeleid dat de deelnemersadministratie moet zijn te controleren aan de hand van een urenregistratie. Nu de dagelijks bijgehouden en afgetekende weekstaten "de originele en derhalve meest relevante bewijsstukken vormen aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd of de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk hebben plaatsgevonden" hadden deze stukken moeten worden overgelegd. Nu dat niet is gebeurd, heeft de ontvanger niet aan zijn verplichtingen voldaan en kan niet worden vastgesteld of de gemaakte kosten subsidiabel zijn, aldus de Afdeling. De subsidie mocht dus op nul worden vastgesteld.

10. Onduidelijk blijft hoe de ontvanger had moeten weten dat een "deugdelijke urenadministratie" moest bestaan uit dagoverzichten en niet uit (daarop gebaseerde) maandoverzichten. Wij verwijzen naar de uitspraak (onder punt 2.4) waarin het bepaalde in de artikelen waaruit de Afdeling deze gedetailleerde verplichting afleidt, is omschreven. Wij hadden het er zo snel niet in gelezen... Hoewel ook wij begrijpen dat maandoverzichten getekend door deelnemers aan dit gesubsidieerde project (voornamelijk geestelijk gehandicapten) wellicht niet erg betrouwbaar zijn, had de Afdeling aan deze kwestie ons inziens wel wat meer woorden mogen wijden, zeker nu het niet nakomen van deze verplichting de subsidieontvanger komt te staan op een hernieuwde subsidievaststelling op nihil.

11. Ook een beroep op het vertrouwensbeginsel kan de provincie in casu niet baten. De provincie dacht wel goed te zitten met een tussenrapport van het Team Interne Controle waarin ten aanzien van het project van de provincie "vooralsnog" wordt geconcludeerd dat er sprake is van een adequate projectadministratie. Het gaat volgens de Afdeling echter om niet meer dan een "voorlopige conclusie". Ook aan het feit dat er naar aanleiding van ingediende kwartaalrapportages nooit opmerkingen zijn gemaakt over de urenregistratie, mocht de provincie geen vertrouwen ontlenen. Bij de controles van die rapportages werd namelijk slechts gekeken "of het juiste formulier was gebruikt, of de optellingen klopten en of de rapporten in overeenstemming waren met de door de subsidieaanvrager in de aanvraag opgenomen begrotingen met mogelijke eerdere kwartaalrapportages. Nu ook appellante wist althans kon weten dat de onderliggende administratie niet werd meegezonden, kon appellante ervan op de hoogte zijn dat het feit dat in de kwartaalrapportages geen opmerkingen zijn gemaakt omtrent de urenregistratie slechts van beperkte waarde was."

12. Een strenge lijn dus, die mogelijk voor een deel te verklaren is door de wens om Europees recht