

Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

Mr. J.E. van den Brink*

1.	Twee casus ter inleiding: Leef u in!	65
2.	Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen: waar gaat het over?	69
2.1.	Inleiding	69
2.2.	Korte schets van de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen	69
2.3.	Korte schets van de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen	74
2.4.	Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun met behulp van het nationale recht	77
3.	Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in nationaal en Europees perspectief	79
3.1.	Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Nederlandse jurisprudentie	79
3.2.	Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Europese jurisprudentie	82
3.3.	Conclusie	89
4.	Hoe wordt de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij intrekking van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen door het Europese recht beperkt?	91
4.1.	Inleiding	91
4.2.	Europese subsidies: directe en indirecte toepassing	91
4.2.1.	Algemeen	91

* Jacobine van den Brink is werkzaam bij de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden als Phd-fellow. Zij dankt Willemien den Ouden, Tom Barkhuysen, Paul Adriaanse en Gert-Jan van der Heide voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit preadvies. De tekst van dit preadvies is afgesloten op 30 november 2009.

4.2.2.	Directe toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen	92
4.2.3.	Indirecte toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen	96
4.2.4.	Op het snijvlak van directe en indirecte toepassing	100
4.2.5.	Het ESF-arrest	103
4.3.	Onrechtmatige staatssteun	117
4.4.	Conclusie	120
5.	Invloed van het Europese recht bij de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter in andere dan Europese subsidiezaken	125
5.1.	Inleiding	125
5.2.	Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken met Europese component, niet zijnde subsidiezaken	126
5.3.	Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt	128
5.3.1.	Inleiding	128
5.3.2.	Professionele marktdeelnemer	129
5.3.3.	Contra legem	130
5.3.4.	Oprekking subsidietitel Awb?	131
5.4.	Conclusie	132
6.	Slotbeschouwing	135
	Stellingen	141

I Twee casus ter inleiding: Leef u in!

Om dit preadvies interactief te laten beginnen – een van de eisen van het VAR-bestuur – wordt u vriendelijk doch dringend verzocht in de huid te kruipen van enkele subsidieontvangers. Mocht u zich – als de gemiddelde toch wat saaie jurist – de vraag stellen waar dat nu voor nodig is, dan moet u zich maar bedenken dat het zeker in deze crisistijd geen kwaad kan om te weten wat uw kansen zijn op subsidiegebied.

Imagine ... U bent de eigenaar van een florerende innovatieve onderneming en u vraagt een subsidie aan bij SenterNovem – een agentschap van het ministerie van Economische Zaken – op grond van de subsidieregeling ‘Innoveren doe je zo’. Uit hoofde van deze regeling worden subsidies aan innovatieve bedrijven verstrekt. Na behoorlijk wat uren zwoegen op de ingewikkelde aanvraagformulieren en achterliggende wet- en regelgeving, heeft u eindelijk de subsidieaanvraag de deur uit gedaan. U bent uiteraard zeer verheugd wanneer uw aanvraag door de minister van Economische Zaken wordt gehonoreerd en uw onderneming het aangevraagde subsidiebedrag van € 3.000.000 wordt verleend. Helaas is deze vreugde geen lang leven beschoren. Uw concurrent, die uw bloed wel kan drinken en omdat zijn subsidieaanvraag is afgewezen, dient een klacht in bij de Europese Commissie. Volgens hem had de verstrekte subsidie moeten worden aangemeld als staatssteun overeenkomstig artikel 88 van het EG-Verdrag. Na zorgvuldig onderzoek komt de Europese Commissie tot de conclusie dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en geeft een negatieve beschikking aan de lidstaat Nederland af. In deze beschikking is neergelegd dat Nederland alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun inclusief de daarover genoten rente van uw onderneming terug te vorderen. Omdat de terugvorderingsprocedure in de Europese regelgeving verder niet is uitgewerkt, dient het Nederlandse bestuursorgaan dat de subsidie heeft verstrekt – de minister van Economische Zaken – de staatssteun overeenkomstig het nationale recht terug te vorderen. U ontvangt dan ook een beschikking waarin de subsidie op grond van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt ingetrokken en de onverschuldigd betaalde bedragen worden teruggevorderd. U vraagt zich af of dit zo wel kan en beroept zich in uw bezwaarschrift op het vertrouwensbeginsel. U mocht – zo stelt u – erop vertrouwen dat u de subsidie definitief mocht behouden als u de aan de subsidie verbonden subsidieverplichtingen zou naleven. Nu u zich netjes aan deze verplichtingen hebt gehouden, kan de subsidie volgens u dan ook niet worden teruggevorderd. Uw bezwaar wordt echter afgewezen en u raakt verwickeld in een procedure bij de bestuursrechter. Tot uw stomme verbazing overweegt de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State (ABRvS) in hoger beroep, onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG),

dat ondernemingen die steun genieten, gelet op het dwingende karakter van het door de Europese Commissie uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen kunnen koesteren in de rechtmatigheid van de steun, wanneer de steun met inachtneming van de procedure uit artikel 88 van het EG-Verdrag is toegekend. Daaraan wordt toegevoegd dat een behoedzaam ondernemer normaliter in staat zal zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd. De omstandigheid dat subsidie is verleend, zonder dat de procedure van artikel 88 lid 3 van het EG-Verdrag is gevolgd, kan er gelet op deze jurisprudentie derhalve niet toe leiden dat zou moeten worden afgezien van terugvordering van onrechtmatig verleende steun, aldus de ABRvS.

Imagine ... U bent wethouder van een grote Nederlandse stad die iets wil doen aan de enorme jeugdwerkloosheid in uw gemeente. U heeft gehoord van de Europese subsidiepotten, in het bijzonder het Europees Sociaal Fonds (ESF). Na enig uitzoekwerk komt u erachter dat u de subsidies uit dit fonds moet aanvragen bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op basis van de Subsidieregeling ESF 2007-2013. Na bestudering van de relevante wet- en regelgeving en de 69 pagina's tellende handleiding 1.6 E-formulier ESF 2007-2013¹ dient u de aanvraag in. Na een aantal weken ontvangt u de verleningsbeschikking waarbij u maximaal € 500.000 subsidie wordt verleend. U gaat hard aan de slag met het project en dient na afloop de einddeclaratie in met daarbij de aanvraag tot subsidievaststelling. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelt overeenkomstig de door u ingediende einddeclaratie de subsidie vast. Drie jaar later ontvangt u een beschikking van de minister waarin op grond van de artikelen 4:49 en 4:57 Awb de vastgestelde subsidie wordt ingetrokken en het vastgestelde subsidiebedrag wordt teruggevorderd. De motivering luidt dat de Europese Commissie tijdens een onderzoek heeft geconcludeerd dat de aan uw einddeclaratie ten grondslag liggende administratie niet aan de regels voldoet. De Europese Commissie heeft de subsidie dan ook teruggevorderd van de minister. Tijdens de daarop volgende bezwaarprocedure blijkt dat de minister uw einddeclaratie en de daaraan ten grondslag liggende administratie wegens tijdgebrek niet heeft gecontroleerd alvorens de subsidie vast te stellen. Volgens de minister kan hij niettemin de subsidievaststelling intrekken op grond van artikel 4:49 lid 1 onder a Awb. Omdat hij de administratie niet heeft gecontroleerd, kon hij immers niet weten dat u de subsidieverplichtingen niet had nageleefd. U voert daartegen aan dat u erop mocht vertrouwen dat de minister alvorens de subsidie vast te stellen uw administratie zou hebben gecontroleerd en het besluit tot subsidievaststelling derhalve juist was. Toepassing van artikel 4:49 lid 1 onder a Awb is in dit geval volgens u niet mogelijk. In de rechterlijke procedure die volgt, oordeelt de ABRvS in hoger beroep dat intrekking van de subsidievaststelling nationaal gezien weliswaar niet is toegestaan, doch dat uit de jurisprudentie van het HvJ EG volgt dat de nationale rechter in dit geval aan het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht. Derhalve bestaat geen ruimte om het besluit van de minister aan de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen te toetsen. Omdat op de gemeenschapsrechtelijke beginse-

1 Zie <www.agentschap.szw.nl>.

len van rechtszekerheid en vertrouwen geen beroep kan worden gedaan door een subsidieontvanger die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling, wordt uw hoger beroep ongegrond verklaard.

Deze twee – op de werkelijkheid gebaseerde – casus illustreren de voor burgers niet bepaald gunstige invloed van het Europese recht indien Nederlandse bestuursorganen subsidies die met Europees geld worden bekostigd en subsidies die op grond van het Europese recht als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt, intrekken en terugvorderen. Het is derhalve niet al geld dat klinkt! Nu het gaat om de intrekking en terugvordering van subsidies met Europeesrechtelijke implicaties, is het enerzijds niet meer dan logisch dat daarbij het Europese recht enige rol speelt. Anderzijds: sinds jaar en dag vindt de intrekking en terugvordering van de voormelde subsidies plaats door Nederlandse bestuursorganen die daarbij doorgaans² gebruikmaken van het nationale bestuursrecht. Op de intrekking en terugvordering van dergelijke subsidies zijn dan ook de bepalingen van de subsidietitel van de Awb van toepassing. Het is dan ook niet zo'n rare gedachte dat de bepalingen uit de subsidietitel die uitdrukking geven aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, zoals artikel 4:49 Awb, en het ongeschreven vertrouwensbeginsel gewoon hun toepassing vinden.

Op het hiervoor geschetste dilemma wordt in dit preadvies verder ingegaan. Hoewel de inperking van het nationale beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel door het Europese recht op meer beleidsterreinen speelt, ligt de focus in dit preadvies op de inperking van deze beginselen in het kader van de intrekking en terugvordering door Nederlandse bestuursorganen van Europese subsidies en subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt. Daarmee is meteen gegeven dat het om de werking van het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht gaat. De eerste vraag die in dit preadvies aan de orde komt, is hoe en in welke mate het Europese recht het in de subsidietitel van de Awb tot uitdrukking komende rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het ongeschreven nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel beïnvloedt. Klopt het zwartgallig geschetste beeld dat het voor de subsidieontvanger, indien zijn Europese subsidie dan wel subsidie die als staatssteun is aangemerkt wordt ingetrokken en teruggevorderd, geen zin heeft om zich op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te beroepen?

Om deze hoofdvraag te kunnen beantwoorden, wordt in hoofdstuk 2 kort uitgelegd waar het bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun precies over gaat: waar hebben we het eigenlijk over? In hoofdstuk 3 wordt uiteengezet hoe het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel op Europees en op nationaal niveau worden ingevuld. Hoofdstuk 4 behandelt de eerste hoofdvraag: hoe en in welke mate stelt het Europese recht grenzen aan de toepassing van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen door nationale uitvoeringsorganen en de nationale bestuursrechter in subsidieverhoudingen met een Europees tintje.

2 In sommige gevallen vindt intrekking en terugvordering van Europese subsidies rechtstreeks op grond van een Europese verordening plaats. Hierop kom ik later in dit preadvies nog terug.

Wat zijn nu de gevolgen van de grenzen voor met name de nationale bestuursrechter? De nationale bestuursrechter past immers het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ook in andere zaken toe. Een interessante tweede vraag waarop in dit preadvies zal worden ingegaan, is of de nationale bestuursrechter zich ook in andere zaken door de voormelde Europese grenzen aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen laat beïnvloeden. In paragraaf 5 wordt allereerst ingegaan op de vraag hoe de nationale bestuursrechter het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast in zaken met een Europese component niet zijnde subsidiezaken. Ten tweede volgt een beschrijving van wat het gevolg is voor de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. Hoofdstuk 6 bevat een samenvattende slotbeschouwing.

Leeswijzer

Wanneer u vooral geïnteresseerd bent in de uiteindelijke bevindingen van dit preadvies met als doel een oordeel te kunnen vellen over de stellingen en geen tijd heeft om een kijkje te nemen in de krochten van de jurisprudentie van het HvJ EG en de nationale rechter, volgt voor u een op maat gemaakte leeswijzer. Na lezing van deze paragraaf, is het raadzaam om in ieder geval paragraaf 2 te lezen, nu hierin een antwoord wordt gegeven op de vraag waar het bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun nu eigenlijk over gaat. Vervolgens kunt u doorstoten naar paragraaf 3.3, waarin heel kort de verschillen tussen de nationale en Europese invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen worden uiteengezet. Vervolgens kunt u volstaan met de conclusies in de hoofdstukken 4 en 5 en de samenvattende slotbeschouwing. Deze leeswijzer neemt uiteraard niet weg dat ik u van harte aanbeveel het gehele preadvies te lezen.

2 Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen: waar gaat het over?

2.1 Inleiding

Zoals al blijkt uit de inleiding gaat het in de eerste vraag die in dit preadvies centraal staat om de grenzen die het Europees recht stelt aan de toepassing door nationale uitvoeringsorganen en de nationale bestuursrechter van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen in subsidieverhoudingen met een Europees tintje. Daarbij gaat het allereerst om Europese subsidies en ten tweede om subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt. In paragraaf 2.2 wordt ingegaan op de vraag hoe de intrekking en terugvordering van een Europese subsidie in z'n werk gaat. Daarbij komt ook de vraag aan de orde wat nu precies onder een Europese subsidie moet worden verstaan en hoe deze subsidies in Nederland worden uitgevoerd. Paragraaf 2.3 doet hetzelfde voor de onrechtmatige staatssteun. In paragraaf 2.4 ga ik nader in op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun, voor zover dat geschiedt met behulp van het nationale recht.

2.2 Korte schets van de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen

Europese subsidies zijn subsidies die met Europees geld worden bekostigd.³ De regelingen op grond waarvan Europese subsidies worden verstrekt, worden Europese subsidieregelingen genoemd. In de meeste gevallen gaat het hier om een

3 Dit is een sterk versimpelde definitie die is afgeleid uit art. 108 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 en de Verordening (EG) nr. 1525/2007 van de Raad van 17 december 2007 (het Financieel Reglement 2002). In deze bepaling is een zelfstandig Europees subsidiebegrip neergelegd, dat niet geheel overeenstemt met de nationale definitie neergelegd in art. 4:21 lid 1 Awb. In dit preadvies wordt op deze twee definities niet verder ingegaan.

Europese verordening in de zin van artikel 249 EG-Verdrag.⁴ Europese subsidieregelingen zijn vrijwel op alle beleidsterreinen waarop de EU opereert, terug te vinden. Denk aan het regionaal beleid, landbouw en plattelandsontwikkeling, onderzoek en technologie, onderwijs en beroepsopleiding, milieu, energie en vervoer, informatie- en communicatietechnologie, cultuur, consumentenbescherming en volksgezondheid, justitie en sociaal beleid. In de Europese subsidiewereld gaat veel geld om. Ongeveer 86% van de eigen middelen van de EG vloeit in de vorm van subsidiegelden terug naar de lidstaten die moeten zorg dragen voor verdere uitvoering van de desbetreffende subsidieregeling.⁵ Alleen al voor de zogenoemde Structuurfondsen – hieruit wordt grotendeels het regionaal beleid van de EG gefinancierd – staat voor de periode 2007-2013 voor Nederland € 1.907.000 gereserveerd op de Europese begroting.⁶

Europese subsidieregelingen worden grofweg op twee manieren ten uitvoer gelegd. Ten eerste worden sommige Europese subsidies door een Europees uitvoeringsorgaan⁷ – meestal de Europese Commissie – met tussenkomst van een uitvoeringsorgaan⁸ in de lidstaat, aan de eindbegunstigden in de lidstaat verstrekt. Deze vorm van subsidieverstrekking door Europese en nationale uitvoeringsorganen gezamenlijk wordt gedeeld beheer genoemd. Hieronder wordt in het Tweede verslag van het Comité van onafhankelijke deskundigen⁹ verstaan: het beheer van die communautaire programma's ten aanzien waarvan de Commissie en de lidstaten verschillende administratieve taken hebben die onderling van elkaar afhankelijk zijn en wettelijk zijn vastgelegd, en waar zowel de Commissie als de nationale overheden hun respectieve taken ten uitvoer moeten leggen om te komen tot een succesvolle tenuitvoerlegging van het communautaire beleid. Voorbeelden van Europese subsidies die in gedeeld beheer worden verstrekt, zijn subsidies afkomstig uit de Structuur-, de Migratie- en de Landbouwfondsen. Deze Europese subsidieregelingen worden zowel door de Europese Commissie als door nationale uitvoeringsorganen ten uitvoer gelegd. Nationale uitvoeringsorganen maken daarbij veelal (mede) gebruik van het nationale recht.

4 Het komt echter ook voor dat een Europese subsidieregeling is neergelegd in een beschikking. Zie bijvoorbeeld Beschikking nr. 2004/904/EG van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010, Pb EG 2004, L 381/52.

5 Definitieve jaarrekening van de Europese Gemeenschappen Begrotingsjaar 2006, Pb EG 2007, C 274/1.

6 Zie de factsheet van de Europese Commissie over Nederland, te vinden op de site van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/regional_policy/atlas2007/index_en.htm>.

7 Omdat het Europese recht het begrip 'bestuursorgaan' niet kent, wordt in dit preadvies het meer neutrale begrip 'Europese uitvoeringsorgaan' gebruikt. Zie omtrent het begrip bestuursorgaan in het licht van het Europese recht E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 9-28.

8 In de meeste gevallen zal het hier om een bestuursorgaan gaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb, zeker indien de Europese subsidie in de vorm van een subsidie aan de eindbegunstigden wordt verstrekt. Het is echter ook mogelijk dat de Europese subsidie bij overeenkomst wordt verstrekt. Hierop wordt in dit preadvies niet verder ingegaan. Het voorgaande heeft wel tot gevolg dat in dit preadvies voor het meer neutrale begrip 'uitvoeringsorgaan' wordt gekozen.

9 Tweede verslag van het Comité van onafhankelijke deskundigen over de hervorming van de Commissie, Analyse van huidige praktijken en voorstellen voor het aanpakken van wanbeheer, onregelmatigheden en fraude Deel I (10 september 1999), p. 70.

Ten tweede zijn er Europese subsidies die rechtstreeks door een Europees uitvoeringsorgaan, meestal de Europese Commissie, aan de eindbegunstigden in de lidstaten worden verstrekt. Deze subsidies worden op gecentraliseerde wijze verstrekt. Hoewel bij de uitvoering van deze Europese subsidies geen sprake is van gedeeld beheer en de subsidiegelden officieel niet door tussenkomst van de lidstaten worden verstrekt, kan het wel zo zijn dat aan nationale uitvoeringsorganen allerlei taken en bevoegdheden zijn toegekend op het gebied van de controle van de naleving van de subsidieverplichtingen en het lager vaststellen of intrekken van de subsidie. Aan nationale uitvoeringsorganen kan zelfs de bevoegdheid zijn toegekend om de subsidie te verstrekken. Bij de uitvoering van deze bevoegdheden is het meestal noodzakelijk nationaal recht toe te passen.¹⁰ Voorbeelden van dergelijke Europese subsidieregelingen zijn de programma's 'Een leven lang leren' en 'Jeugd in Actie'.

Voor zover er op Europees niveau geen gemeenschappelijke regels bestaan, zijn nationale uitvoeringsorganen bij de uitvoering van het Europese recht aangewezen op het nationale recht.¹¹ Wat betreft de intrekking en terugvordering van Europese subsidies verschilt het per Europese subsidieregeling in hoeverre gemeenschappelijke Europese regels bestaan en dus ook in hoeverre nationale uitvoeringsorganen nationaal recht toepassen. Europese subsidieregelingen op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid bevatten nogal wat intrekkingen- en terugvorderingsbepalingen die rechtstreeks door nationale uitvoeringsorganen kunnen worden toegepast. Zo is in de Verordening 796/2004¹² welke ziet op het geïntegreerd beheers- en controlesysteem in het kader van een aantal landbouwsubsidieregelingen precies uitgewerkt welke sancties door nationale uitvoeringsorganen moeten worden toegepast indien de landbouwer niet voldoet aan de subsidieverplichtingen. In artikel 59 van voormelde verordening is bijvoorbeeld nauwkeurig bepaald met welke percentages de subsidieontvanger moet worden gekort indien voor meer dan drie runderen onregelmatigheden worden vastgesteld. Deze bepaling kan door het bevoegde nationale uitvoeringsorgaan direct worden toegepast. In de literatuur wordt dit – niet verrassend – de directe toepassing van het Europese recht genoemd.¹³ Er bestaat voor het nationaal uitvoeringsorgaan geen

¹⁰ Dit wil niet zeggen dat dit ook altijd gebeurt.

¹¹ Zie HvJ EG 21 september 1982, zaak nr. 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633.

¹² Verordening nr. 796/2004 van de Commissie van 21 april 2004 houdende uitvoeringsbepalingen inzake de randvoorwaarden, de modulatie en het geïntegreerd beheers- en controlesysteem waarin is voorzien bij de Verordening nr. 1782/2003 van de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor regelingen inzake rechtstreekse steunverlening in het kader van het gemeenschappelijke landbouwbeleid en tot vaststelling van bepaalde steunregelingen voor landbouwers, Pb EG 2004, L 141/18.

¹³ Zie R.J.G.M. Widdershoven, 'De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel', NTB 1994/1, p. 1-13; M.P. Gerrits-Janssens, 'Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun', JBPlus 2001, p. 90-100; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 222 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel en R. Ortlep, *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht, De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland, over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden op 11 april 2008, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2008, p. 22 en 23; R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', JBPlus 2009, p. 84 e.v.

beoordelingsruimte bij de vraag in welke gevallen sancties moeten worden opgelegd en waaruit deze sancties moeten bestaan. Het is dan ook niet noodzakelijk om nationaal recht op te stellen dan wel bestaand nationaal recht toe te passen; sterker nog, uit jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat dit niet is toegestaan.¹⁴ Bij dergelijke communautaire bepalingen speelt overigens wel het probleem dat op Europees niveau bijna nooit is geregeld welke nationale uitvoeringsinstantie de desbetreffende bepaling moet uitvoeren. Dit moet derhalve nog op nationaal niveau worden geregeld.

Een groot aantal Europese subsidieregelingen bevat met betrekking tot de intrekking en terugvordering van Europese subsidies helemaal geen gemeenschappelijke Europese bepalingen dan wel bepalingen die onvoldoende zijn uitgewerkt om rechtstreeks door nationale uitvoeringsorganen te worden toegepast. Allereerst bestaat de mogelijkheid dat in de desbetreffende Europese subsidieregeling expliciet wordt verwezen naar het nationale recht. Klassiek voorbeeld is artikel 8 van de Verordening 729/70 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, dat bepaalde dat de lidstaten, *overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen*, de nodige maatregelen dienen te treffen om de ingevolge onregelmatigheden of nalatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen. Een voorbeeld uit een thans geldende Europese subsidieregeling biedt artikel 56 lid 4 van Verordening 1083/2006, waarin het onder meer gaat om de uitvoering van de Structuurfondsen het Europees Sociaal Fonds (ESF) en het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO). Ingevolge deze bepaling worden de regels inzake de subsidiabiliteit van de uitgaven op nationaal niveau vastgesteld onder voorbehoud van de uitzonderingen die bij de specifieke verordeningen voor elk fonds zijn vastgesteld.

Het kan ook zo zijn dat uit een bepaling van een Europese subsidieregeling impliciet volgt dat bij de uitvoering door nationale uitvoeringsorganen gebruik moet worden gemaakt van het nationale recht. Klassiek voorbeeld is artikel 23 van Verordening 4253/88 van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van Verordening 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de EIB en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds, zoals gewijzigd in artikel 1 van de Verordening 2082/93, (hierna: de Coördinatieverordening).¹⁵ Ingevolge deze bepaling dienden de lidstaten, teneinde de acties van de particuliere of publiekrechtelijke projectontwikkelaars te doen slagen, de nodige maatregelen te nemen om door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Een voorbeeld uit een vigerende Europese subsidieregeling is artikel 98 lid 2 van de al genoemde Verordening 1083/2006. Ingevolge deze bepaling past de lidstaat de financiële correcties toe die noodzakelijk zijn in verband met eenmalige of systematische onregelmatigheden die bij concrete acties of operationele programma's zijn geconstateerd. Het artikel bepaalt verder dat door de lidstaat verrichte correcties een volledige of gedeeltelijke intrekking van de overheidsbijdrage aan het operationele programma inhouden. In de Verordening

¹⁴ Zie HvJ EG 24 mei 2007, zaak C-45/05 (Schonewille-Prins), Jur. 2007, p. I-3997, r.o. 65.

¹⁵ PbEG 1993, L 193/20.

1083/2006 is niet precies geregeld in welke gevallen de lidstaten financiële correcties moeten toepassen en ook niet wanneer een volledige dan wel een gedeeltelijke intrekking van de Europese subsidie moet plaatsvinden. In zoverre dienen nationale uitvoeringsorganen terug te vallen op het nationale recht.¹⁶ Als nationale uitvoeringsorganen het nationale recht toepassen ter uitvoering van Europese subsidieregelingen, wordt dit indirecte toepassing van het Europese recht genoemd.¹⁷

Indien Europese subsidieregelingen met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd, geldt in de meeste gevallen dat zij als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb door nationale uitvoeringsorganen aan de eindbegunstigden worden verstrekt. Dit betekent dat de subsidietitel van de Awb van toepassing is. Het daarin neergelegde systeem houdt in dat de subsidie wordt verleend voordat de subsidiebele activiteiten plaatsvinden. Na afloop daarvan wordt de subsidie vastgesteld. De subsidietitel bevat een aantal bepalingen die relevant zijn in het kader van de intrekking en terugvordering van subsidies. Ingevolge artikel 4:46 kan het bestuursorgaan de subsidie lager vaststellen dan de oorspronkelijke subsidieverlening, bijvoorbeeld indien de subsidieontvanger zich niet aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden. Voorts kunnen het besluit tot subsidieverlening en het besluit tot subsidievaststelling op grond van artikel 4:48 en artikel 4:49 van de Awb worden gewijzigd dan wel ingetrokken. De artikelen 4:50 en 4:51 zien op de intrekking en wijziging van een lopende subsidieverlening en de weigering van de subsidie voor een nieuw tijdvak. Artikel 4:57 Awb ten slotte ziet op de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen.¹⁸

Nationale uitvoeringsorganen vinden het in veel gevallen noodzakelijk om ter uitvoering van Europese subsidieregelingen allerlei nationale bijzondere subsidieregelingen vast te stellen. Deze regelingen dienen niet alleen in overeenstemming te zijn met het Europese recht, maar ook met de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht. Ter uitvoering van het ESF in de periode 2000-2006 gold bijvoorbeeld de ministeriële regeling Subsidieregeling ESF-3.¹⁹ In dergelijke bijzondere subsidieregelingen kunnen ook bepalingen omtrent de intrekking en terugvordering van subsidies zijn opgenomen.

¹⁶ In het arrest HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633 overweegt het HvJ EG dat indien het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de algemene beginselen, geen gemeenschappelijke voorschriften bevat met betrekking tot de uitvoering van gemeenschapsregelingen, de nationale autoriteiten bij de uitvoering daarvan handelen overeenkomstig de formele en materiële bepalingen van nationaal recht. Het verdient opmerking dat het daarbij niet per se om nationaal recht hoeft te gaan dat speciaal voor de uitvoering van het Europese recht is vastgesteld.

¹⁷ Zie Ortlep 2009 p. 84 e.v.; Den Ouden 2008, p. 22 en 23; Widdershoven e.a. 2006, p. 104-105; Jans e.a. 2002, p. 222 e.v.; Gerrits-Janssens 2001; Widdershoven 1994.

¹⁸ Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche per 1 juli 2009 bepaalt art. 4:57 Awb dat het bestuursorgaan de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kan terugvorderen. Daarvoor was in art. 4:57 Awb enkel bepaald dat de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kunnen worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld nog geen vijf jaar zijn verstreken. Zie hieromtrent Ortlep 2009, p. 91. Uit uitspraken van de Afdeling (zie bijvoorbeeld ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden; JB 2006/303 m.nt. AJB) blijkt echter dat de Afdeling ook toen al van mening was dat art. 4:57 Awb aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid tot terugvordering gaf. Het nieuwe art. 4:57 Awb zal dan ook niet tot een wijziging in de jurisprudentie leiden.

¹⁹ Strct. 2001, 118, zoals nadien gewijzigd.

2.3. Korte schets van de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen

Ook wanneer subsidies niet met Europees geld worden bekostigd, kunnen zij onder invloed staan van het Europese recht. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij de verstrekking van een nationale subsidie die als staatssteun moet worden gekwalificeerd. Bij staatssteun gaat het kort gezegd om bevoordeling van ondernemingen door overheden ten laste van de nationale staatskas.²⁰ Denk hierbij bijvoorbeeld aan de nationale steun die dit voorjaar door de Nederlandse regering aan de financiële sector is verstrekt. Hoewel het verlenen van staatssteun vanuit louter nationaal gezichtspunt heel begrijpelijk is, ligt dit vanuit het perspectief van de EG toch wat anders. Het verlenen van staatssteun door nationale overheden heeft immers vaak tot gevolg dat de mededinging binnen de interne markt wordt vervalst.²¹ Als de lidstaten nationale ondernemingen door middel van staatsteun bevoordelen, krijgen deze ondernemingen immers een kunstmatige voorsprong op hun concurrenten in de andere lidstaten.²² Vandaar dat het Europese recht voorziet in een stelsel van toezicht op staatssteun aan ondernemingen.²³ Door alleen met de gemeenschappelijke markt verenigbare staatssteun toe te staan, wordt geprobeerd gelijke concurrentievoorwaarden te creëren voor alle ondernemingen die op de Europese interne markt actief zijn.²⁴

In het EG-Verdrag zijn de staatssteunregels neergelegd in de artikelen 87 tot en met 89. Ingevolge artikel 87 lid 1 EG-Verdrag zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of

20 Zie voor een uitgebreide analyse van het begrip staatssteun P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam, VU), 2006, hoofdstuk 2, paragraaf 4. Zie voorts P.J.G. Kapteyn en VerLoren van Themaat, edited by P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans, C.W.A. Timmermans (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, fourth revised edition, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 848 e.v., P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, York: Oxford University Press Inc. 2008, p. 1086 e.v. en R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 408 e.v. Opgemerkt zij dat het verstrekken van een subsidie slechts een van de vormen van staatssteun is. Het HvJ EG gaat uit van een ruim staatssteunbegrip: 'besluiten van de lidstaten waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen'. Zie HvJ EG 27 maart 1980, zaak C-61/79 (*Denkavit Italiana*), Jur. 1980, p. 1205. Ook indirecte of verkapte staatssteun wordt door art. 87 EG-Verdrag bestreken, nu het volgens het HvJ EG niet alleen gaat om positieve prestaties, zoals subsidies, maar om alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden. Zie HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (*Heiser*), Jur. 2005, p. I-1627, r.o. 36.

21 Een van de instrumenten ter realisering van de in art. 2 EG-Verdrag neergelegde doelstellingen is een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Zie art. 3 lid 1 onder g EG-Verdrag.

22 Met andere woorden: Kapteyn en VerLoren van Themaat 2008, p. 849.

23 P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', NTB 2008, 9, p. 304-315, p. 304-305.

24 Adriaanse en Den Ouden 2008, p. 305.

dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Op deze bepaling is in lid 2 en 3 van artikel 87 EG-Verdrag een aantal uitzonderingen geformuleerd.²⁵ Het begrip steunmaatregel wordt in artikel 87 EG-Verdrag niet gedefinieerd, maar zowel door de Europese Commissie enerzijds als door het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) en het HvJ EG anderzijds ruim uitgelegd.²⁶ Volgens het HvJ EG gaat het om

‘besluiten van de lidstaten waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen’.²⁷

Hieruit volgt dat een van de verschijningsvormen van staatssteun de subsidie is.²⁸ Staatssteun ziet wel op een beperkte groep subsidies, nu het enkel om steunmaatregelen gaat die aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties worden toegekend. Uit het arrest van het HvJ EG in de zaak Höfner²⁹ blijkt echter dat ook het begrip onderneming ruim moet worden uitgelegd. Onder onderneming moet worden verstaan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij worden gefinancierd.³⁰ Het uitoefenen van een economische activiteit ziet op het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Uit deze definitie volgt dat financiële verstrekkingen aan overheden en individuele natuurlijke personen die geen economische activiteit uitoefenen in ieder geval geen staatssteun kunnen inhouden.³¹

Het verlenen van staatssteun is onderworpen aan procedureregels van Europees recht.³² Van onrechtmatige staatssteun kan allereerst sprake zijn indien een subsidie door een orgaan van de lidstaat aan een onderneming wordt verstrekt, zonder

25 Het tweede lid ziet op uitzonderingen die van rechtswege gelden. De steunmaatregelen die genoemd worden in het derde lid kunnen verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt.

26 Craig en De Burca 2008, p. 1087.

27 HvJ EG 27 maart 1980, zaak C-61/79 (Denkavit Italiana), Jur. 1980, p. 1205, r.o. 31.

28 Zie B. Hessel, *Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden*, in: B. Hessel, J.R. van Angeren, W. den Ouden en G.J. van Slooten, *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, 2005, p. 29, Barents en Brinkhorst 2006, p. 409. Uit de door Hessel en Barents en Brinkhorst gegeven andere verschijningsvormen van staatssteun blijkt dat ook sprake kan zijn van indirecte of verkapte staatssteun. Ook deze maatregelen worden echter door art. 87 EG-Verdrag e.v. bestreken, nu het volgens het Hof gaat om ‘alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies – in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden’ (HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (Heiser), Jur. 2005, p. I-1627, r.o. 36). Zie verder Adriaanse 2006, p. 23.

29 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner), Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

30 Dit is onder meer herhaald in het in noot 29 aangehaalde arrest van 3 maart 2005, zaak C-172/03, r.o. 26.

31 Dit zou anders komen te liggen indien die overheden het aldus verkregen geld op grond van bijvoorbeeld een subsidieregeling verstrekken aan ondernemingen. Alsdan is ook geen sprake meer van subsidieverstrekking aan overheden.

32 Art. 88 EG-Verdrag gelezen in verbinding met verordening nr. 659/1999, Pb EG 1999, L 83/I, ook wel de procedureverordening genoemd.

dat het voornemen daartoe is aangemeld bij de Europese Commissie.³³ Van onrechtmatige staatssteun is evenzeer sprake indien een subsidie wel is aangemeld, maar verlening heeft plaatsgevonden voordat de Commissie daarvoor impliciet of expliciet haar goedkeuring heeft gegeven.³⁴ Ten slotte is sprake van onrechtmatige staatssteun indien de steun wordt verleend in strijd met een negatieve beschikking van de Commissie. Het onrechtmatig verstrekken van staatssteun kan uiteindelijk tot gevolg hebben dat de Europese Commissie aan de lidstaat een beschikking doet toekomen, op grond waarvan de lidstaat is gehouden de onrechtmatig verstrekte staatssteun, inclusief de daarover genoten rente, terug te vorderen.³⁵ Deze terugvordering strekt ertoe het genoten voordeel ongedaan te maken om zo de concurrentieverhoudingen te herstellen.³⁶ De tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie vindt op het niveau van de lidstaten plaats. Omdat er omtrent de terugvordering van de staatssteun geen gemeenschappelijke Europese regels bestaan, passen nationale uitvoeringsorganen daarbij het nationale recht toe. Voor staatssteun die in de vorm van een subsidie wordt verstrekt, betekent dit dat nationale uitvoeringsorganen gebruik zullen moeten maken van de voormelde intrekking- en terugvorderingsbepalingen van de subsidietitel van de Awb. Bij de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun is – anders dan bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies – derhalve altijd sprake van indirecte toepassing van het gemeenschapsrecht.

Voor de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun geldt dat hij op twee momenten rechtsmiddelen kan aanwenden tegen de terugvordering daarvan. Ten eerste kan hij tegen de Commissiebeschikking waarin de terugvorderingsverplichting aan de lidstaat is opgelegd beroep instellen bij het GvEA, eventueel gevolgd door hoger beroep bij het HvJ EG. Omdat uit de Commissiebeschikking in de meeste gevallen expliciet blijkt van wie de lidstaat de staatssteun moet terugvorderen, wordt de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun rechtstreeks en individueel door deze beschikking geraakt. Ten tweede kan de ontvanger van onrechtmatige staatssteun rechtsmiddelen aanwenden tegen het besluit tot terugvordering van het nationale uitvoeringsorgaan.³⁷ Zo is het heel goed mogelijk dat ten aanzien van dezelfde onrechtmatige staatssteun een uitspraak van het GvEA waarin de beschikking van de Commissie wordt beoordeeld en een uitspraak van de nationale rechter omtrent de rechtmatigheid van het nationale besluit tot intrekking en terugvordering van de onrechtmatige staatssteun naast elkaar bestaan. Voor de nationale rechter bestaat de mogelijkheid om in de nationale procedure prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG.

33 Art. 88 lid 3 EG-Verdrag. Zie Adriaanse 2009, p. 89. Zie in algemene zin over de vraag wanneer sprake is van onrechtmatige staatssteun Adriaanse 2006, p. 13-62. Opgemerkt zij dat niet elke subsidie aan een onderneming als staatssteun wordt aangemerkt. Zo gelden er bepaalde drempelbedragen.

34 Zie Adriaanse 2009, p. 89-90.

35 Zie art. 14 van de procedureverordening. Dit kan na eigen onderzoek van de Commissie dan wel na een klacht van een concurrent.

36 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-75/97 (België/Commissie, zogeheten Maribel bis/ter), Jur. 1999, p. I-3671, r.o. 64 e.v.

37 Zie voor de rol van de nationale rechter in staatssteunzaken uitgebreid W. den Ouden, 'Subsidie-recht en staatssteun: wetgever en rechter', in: B. Hessel, J.R. van Angeren, W. den Ouden en G.J. van Slooten, *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, 2005, p. 141-203.

De intrekking en terugvordering van subsidies die zijn aangemerkt als onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen verloopt niet altijd vlekkeloos. De bepalingen uit de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht zijn immers niet speciaal geschreven met het oog op de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Dit levert onder andere problemen op bij de op grond van artikel 14 van Verordening 659/1999 verplichte rentevordering.³⁸ Daarvoor bestaat in de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht geen grondslag.³⁹ Ook de in artikel 4:57 Awb voor de terugvordering van subsidies geldende verjaringstermijn kan een probleem zijn. Inmiddels bestaat er een wetsvoorstel terugvordering staatssteun dat aan deze leemtes tegemoetkomt.⁴⁰

2.4 Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun met behulp van het nationale recht

In de vorige twee paragrafen hebben we gezien dat nationale uitvoeringsorganen de beschikkingen van de Commissie in het kader van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en in veel gevallen ook de Europese verplichtingen tot intrekking en terugvordering van Europese subsidies uitvoeren met behulp van het nationale recht. Op grond van het beginsel van procedurele autonomie mogen de lidstaten zelf bepalen met behulp van welk nationaal recht zij het Europese recht uitvoeren. Dit beginsel geldt ook bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen en het Europese staatssteunrecht. Het gebruik van het nationale recht bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun is echter niet onbegrensd. Allereerst moet het nationale recht in overeenstemming zijn met de van toepassing zijnde Europese regels. Ten tweede heeft het HvJ EG uitgemaakt dat het beginsel van procedurele autonomie wordt begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.⁴¹ Dit geldt zowel indien sprake is van een expliciete als van een impliciete verwijzing naar het nationale recht.⁴² Het beginsel van effectiviteit houdt in dat de toepassing van het nationale recht geen afbreuk mag doen aan de draagwijdte en doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht. De terugvordering van op onregelmatige wijze toegekende subsidies mag door toepassing van het nationale recht derhalve niet praktisch onmogelijk worden gemaakt. Met betrekking tot onrechtmatige staatssteun heeft het HvJ EG overwogen dat lidstaten zich ter rechtvaardiging van niet-nakoming van de Commissiebeschikking niet mogen beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties. Alleen een aangetoonde, absolute onmogelijkheid tot

38 Zie hieromtrent ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden, M&M 2006, p. 93 e.v. m.nt. Van Angeren, Gst. 2006, 98 m.nt. Van den Tweel. Omdat de Afdeling in deze uitspraak oordeelde dat voor het vorderen van rente geen grondslag bestond in het Nederlandse recht, heeft de Europese Commissie gedreigd met het starten van een infractieprocedure. Pas toen Nederland beloofde wettelijke maatregelen te zullen treffen, heeft de Commissie de klacht ingetrokken.

39 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden, M&M 2006, p. 93 e.v. m.nt. Van Angeren, Gst. 2006, 98 m.nt. Van den Tweel. Zie voorts Adriaanse en Den Ouden 2008.

40 Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun, Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 1. Zie hieromtrent Adriaanse en Den Ouden 2008, p. 309.

41 Zie wat betreft onrechtmatige staatssteun Adriaanse en Den Ouden 2008, p. 305.

42 Zie HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617 en HvJ EG 6 mei 1982, zaak 54/81 (Fromme), Jur. 1982, p. 1449, r.o. 6.

tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking wordt nog als geldig verweer geaccepteerd.⁴³ Het beginsel van gelijkwaardigheid betekent dat op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun geen voor Europa ongunstiger regels mogen worden toegepast dan op de intrekking en terugvordering van zuiver nationale subsidies.

Indien nationale uitvoeringsorganen overgaan tot de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun, zullen zij, in ieder geval voor zover de Europese subsidie en de onrechtmatige staatssteun als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb zijn verstrekt, daartoe een besluit nemen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegen deze nationale intrekkings- en terugvorderingsbesluiten staat uiteindelijk ingevolge hoofdstuk 8 Awb beroep open bij een bestuursrechter.⁴⁴ Dit betekent dat de regels van het nationale procesrecht van toepassing zijn. Ook dit nationale procesrecht moet voldoen aan de voormelde vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Omdat het gaat om de uitvoering van Europese verplichtingen, zal de bestuursrechter in veel gevallen niet kunnen volstaan met de uitleg en toepassing van het nationale recht, maar ook het van toepassing zijnde Europese recht moeten uitleggen en toepassen. Daarbij zal de bestuursrechter acht moeten slaan op de jurisprudentie van het HvJ EG. In geval van strijd tussen het nationale recht en het van toepassing zijnde Europese recht, zal de bestuursrechter het nationale recht zo veel mogelijk moeten uitleggen in het licht van de Europese regelgeving dan wel rechtstreeks werkende Europese bepalingen moeten toepassen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing moeten laten. Indien de nationale rechter twijfelt over de uitleg van het Europese recht, kan hij prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EG.

In nationale procedures bij de bestuursrechter waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun wordt door de subsidieontvanger vaak een beroep gedaan op het beginsel van rechtszekerheid en/of het vertrouwensbeginsel. De casus in de inleiding illustreren dit. In paragraaf 4 wordt de vraag beantwoord in hoeverre ruimte bestaat voor de nationale bestuursrechter voor toepassing van de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. In paragraaf 3 wordt echter eerst ingegaan op de vraag hoe beide beginselen door de nationale bestuursrechter en de Europese rechter worden toegepast. Indien tussen de toepassing door de nationale bestuursrechter en de Europese rechter verschillen zijn te constateren, ligt het voor de hand dat dit zijn weerslag heeft op de toepassing van voormelde beginselen door de nationale bestuursrechter indien het gaat om intrekking en terugvordering van subsidies met een Europees tintje.

43 HvJ EG 20 september 2007, zaak C-177/06 (Commissie/Spanje), Jur. 2007, p. I-7689, r.o. 46.

44 Dat nationale instanties de desbetreffende Europese verordening ten uitvoer leggen onder toezicht van de nationale rechter volgt uit HvJ EG 6 mei 1982, gevoegde zaken 146, 192 en 193/81 (BayWa), Jur. 1982, p. 1503, r.o. 29.

3 Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in nationaal en Europees perspectief

3.1 Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Nederlandse jurisprudentie

In deze paragraaf wordt gezien hoe het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter worden toegepast in nationale zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. De twee beginselen worden in de Nederlandse jurisprudentie vaak in een adem genoemd.⁴⁵ Toch is het goed beide beginselen van elkaar te onderscheiden.⁴⁶ Zoals hierna blijkt, vloeien uit het rechtszekerheidsbeginsel andere eisen voort dan uit het vertrouwensbeginsel. In algemene zin betekent het rechtszekerheidsbeginsel dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen.⁴⁷ Het rechtszekerheidsbeginsel valt uiteen in een formeel en materieel rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁸ Het formele rechtszekerheidsbeginsel eist dat besluiten duidelijk en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd en dat de betekenis ervan niet afhankelijk mag zijn van uitleg door een ander.⁴⁹ Wie geconfronteerd wordt met een besluit van een overheidsorgaan moet kunnen weten waar hij aan toe is; hij moet het geldende recht kunnen kennen.⁵⁰ Het materiële rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat het geldende recht ook moet worden toegepast en dat besluiten niet met terugwerkende kracht mogen worden gewijzigd ten nadele van de betrokken burgers.⁵¹

45 Jans 2002, p. 211; G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, monografieën Awb B-8), Deventer: Kluwer 1999, p. 119 e.v. Zie voorts ABRvS 12 december 2001, AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille, laatste zin r.o. 2.5.

46 Zie omtrent het onderscheid tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel Addink 1999, p. 136. Overigens zijn sommige auteurs van mening dat het niet verhelderend is om het rechtszekerheidsbeginsel als een specifiek beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken. Zie P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss.), Deventer: Kluwer 1990, p. 453. Zie hieromtrent ook Addink 1999, p. 122 e.v.

47 Jans e.a. 2002, p. 208. B. de Geus, *Wijziging van de communautaire concurrentievoorschriften van artikel 81 EG: de rechtszekerheid van ondernemingen*, AA 50 (2001), II, p. 857.

48 Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, veertiende druk, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 283 e.v.; Addink 1999, p. 121.

49 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 315. Zie ook Addink 1999, p. 117.

50 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 315; Jans e.a. 2002, p. 208.

51 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 321; Addink 1999, p. 121; Nicolai 1990, p. 361.

Het vertrouwensbeginsel verlangt dat bestuursorganen de in hun contacten met de burgers gewekte, gerechtvaardigde, verwachtingen zo mogelijk honoreren.⁵² Uit de jurisprudentie blijkt allereerst dat bij de beoordeling of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen van belang is *wie* het vertrouwen wekte.⁵³ Indien een bestuursorgaan dat bevoegd is te beslissen over bijvoorbeeld een bouwvergunning bij monde van een vertegenwoordiger van dat bestuursorgaan aangeeft dat de vergunning verleend zal worden, kan de burger daaraan meer vertrouwen ontleen dan aan dergelijke uitlatingen van een ambtenaar van de afdeling sociale zaken. Ten tweede is van belang *wat* het vertrouwen heeft gewekt.⁵⁴ Aan een beschikking of een beleidsregel kan meer vertrouwen worden ontleend dan aan een enkele telefonische mededeling.

Dat sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, betekent nog niet dat het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt.⁵⁵ Uit de jurisprudentie blijkt allereerst dat bezien moet worden of de burger naar aanleiding van het gewekt vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten wat hij zonder dat vertrouwen niet zou hebben gedaan (dispositievereiste).⁵⁶ Ten tweede dient altijd een belangenafweging plaats te vinden tussen de honorering van het beroep op het vertrouwensbeginsel en het algemeen belang dan wel belangen van derden.⁵⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat indien belangen van derden in de knel komen, het beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel wordt gehonoreerd.⁵⁸

Uit de jurisprudentie blijkt verder dat in bijzondere omstandigheden het vertrouwensbeginsel *contra legem* werkt.⁵⁹ De *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel is onder meer erkend door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) in de uitspraak van 18 februari 1975.⁶⁰ De Hoge Raad volgde in de zogenoemde Doorbraak-arresten.⁶¹ De Hoge Raad overweegt dat onder omstandigheden

52 Jans e.a. 2002, p. 215. Zie omtrent de toepassing van het nationaal vertrouwensbeginsel voorts: P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 360 e.v.; R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming. Over de weging van legaliteitsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel in het belastingrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 1996; N. Verheij, *Vertrouwen op de overheid*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1997, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; H.J.H. van Meegen, 'Het vertrouwensbeginsel. Ontwikkelingen in de jurisprudentie', *JBPlus* 2001, p. 19-32; L.J.A. Damen, noot bij HR 27 november 1992 (Felix/Aruba) in P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak en R.G.J.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 258 e.v.; A.J. Bok, 'Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 93-112.

53 Zie hieromtrent Damen 2003; Addink 1999, p. 141 e.v.; Nicolaï 1990, p. 362 e.v.

54 Addink 1999, p. 143 e.v.; Nicolaï 1990, p. 364 e.v.

55 Zie ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG.

56 Addink 1999, p. 148. Zie voorts ABRvS 26 februari 2003, AB 2003, 265 m.nt. J.H.A. van der Grinten. Uit deze uitspraak lijkt te volgen dat het voldoen aan het dispositievereiste een *conditio sine qua non* is voor het kunnen honoreren van een beroep op het vertrouwensbeginsel. Zie voorts ABRvS 12 december 2001, AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille, waaruit eveneens blijkt dat het dispositievereiste een rol speelt bij de beoordeling of zijn beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt.

57 Zie Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 372 e.v.; Verheij 1997, p. 44; Nicolaï 1990, p. 361.

58 Een voorbeeld in dezen biedt ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG.

59 Zie hieromtrent Addink 1999, p. 146 e.v.

60 AB 1976, 243 m.nt. J.St.

61 HR 12 april 1978, NJ 1979, 533 m.nt. M.S., AB 1979, 262 m.nt. F.H. v.d. B. Het ging in deze zaak om een belastingzaak.

strikte toepassing van de wet, waaruit de belastingschuld rechtstreeks voortvloeit, in die mate in strijd kan komen met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur – in casu het vertrouwensbeginsel – dat die toepassing achterwege dient te blijven. Uit het arrest blijkt dat een belangenafweging dient plaats te vinden tussen het desbetreffende beginsel en het beginsel dat de wet moet worden toegepast. Uit de jurisprudentie volgt dat belangen van derden of het algemeen belang door *contra legem*-toepassing niet in de knel mogen komen.⁶² Dit betekent dat het in het algemeen tweepartijengeschillen, zoals belasting- en socialezekerheidszaken, zullen zijn waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel in strijd met de wet kan worden gehonoreerd.⁶³ De ABRvS is beduidend terughoudender inzake de *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel. In een uitspraak waarin het ging om een subsidie op grond van de Subsidieregeling Agrarisch Natuurbeheer en derhalve om een tweepartijengeschil oordeelde de Afdeling dat het beroep op het vertrouwensbeginsel in geen geval kan leiden tot verlening van subsidie in strijd met het destijds geldende artikel 77a noch met artikel 20b van de subsidieregeling.⁶⁴ Annotator Verheij heeft kritiek op deze overweging van de Afdeling. Volgens hem is de zinsnede ‘in geen geval’ maatschappelijk gezien niet te verdedigen en niet in overeenstemming met de rechtspraak van de voor het financiële bestuursrecht ‘leading judges’, de Hoge Raad en de CRvB, die de mogelijkheid van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel wel erkennen.

In zaken waarin over de intrekking en terugvordering van subsidies wordt geprocedeerd, wordt vaak een beroep gedaan op het beginsel van rechtszekerheid en/of het vertrouwensbeginsel. Uit jurisprudentie van de Afdeling volgt dat indien de subsidie lager wordt vastgesteld omdat een subsidieverplichting niet is nageleefd, dit alleen mogelijk is indien deze subsidieverplichting voor de subsidieontvanger kenbaar was.⁶⁵ Daarnaast blijkt uit deze jurisprudentie dat bij de belangenafweging die in het kader van de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen moet plaatsvinden, een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel aan terugvordering in de weg kan staan.⁶⁶ Daarbij komt dat veel bepalingen uit de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht hun grondslag vinden in het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Zo is bepaald in welke gevallen de subsidie lager kan worden vastgesteld (art. 4:46 Awb) en wanneer de beschikkingen tot subsidieverlening en -vaststelling kunnen worden ingetrokken dan wel ten nadele van de subsidieontvanger kunnen worden gewijzigd (art. 4:48 en 4:49 Awb).⁶⁷ Voorts gelden uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel verjaringstermijnen op grond waarvan de subsidie slechts gedurende een aantal jaren kan worden in-

62 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 372 e.v.; Van Meegen 2001, p. 28 e.v.

63 Zie de noot van P.J. Stolk onder HR 26 september 1979, AB 1980, 210.

64 ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 187 m.nt. N. Verheij onder AB 2006, 188.

65 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 april 2007, zaak 200607070/1, r.o. 2.10.1. De Afdeling overweegt hier, dat wil sprake zijn van een subsidieverplichting, deze kenbaar dient te zijn voor de subsidieontvanger. In de uitspraak van 8 oktober 2008, zaak 200801010/1, AB 2009, 223 m.nt. W. den Ouden overweegt de ABRvS dat, nu de subsidieverplichting in de brief van 17 februari 2005 is opgenomen en appellant haar kende, de omstandigheid dat de aard van de financiële tegemoetkoming voor appellant niet duidelijk was er niet toe leidt dat het college omwille van de rechtszekerheid geen toepassing zou mogen geven aan art. 4:48 Awb.

66 ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden, JB 2006/303 m.nt. AJB.

67 Zie respectievelijk art. 4:46, 4:48 en 4:49 Awb.

getrokken, gewijzigd en teruggevorderd (art. 4:49 lid 3 en 4:57 Awb).⁶⁸ Uit deze bepalingen van de subsidietitel volgt derhalve in hoeverre een subsidieontvanger vertrouwen kan ontlenen aan een besluit tot subsidieverstrekking.

De omstandigheid dat in de subsidietitel nauwkeurig is bepaald in welke gevallen de subsidie lager kan worden vastgesteld, ingetrokken dan wel ten nadele van de ontvanger kan worden gewijzigd, heeft tot gevolg dat het kan voorkomen dat een subsidie uiteindelijk niet bij de subsidieontvanger kan worden weggenomen, terwijl vaststaat dat op grond van de desbetreffende subsidieregeling geen recht op subsidie bestaat. Ingevolge artikel 4:49 Awb bijvoorbeeld kan de subsidie, indien zij eenmaal is vastgesteld, slechts in drie gevallen worden ingetrokken.⁶⁹ Aan de in artikel 4:49 lid 1 Awb neergelegde beperkingen ligt ten grondslag dat, nu de beschikking tot subsidievaststelling een definitieve aanspraak op financiële middelen vestigt, zij in beperktere mate intrekbaar dient te zijn dan een beschikking tot subsidieverlening.⁷⁰ Hierbij heeft de wetgever in aanmerking genomen dat aan intrekking minder behoefte bestaat, omdat de vaststelling veelal na afloop van de gesubsidieerde activiteiten plaatsvindt. Dat betekent dat ten tijde van de vaststelling reeds kan worden beoordeeld of de activiteiten hebben plaatsgevonden dan wel de verplichtingen zijn nagekomen. Opname van artikel 4:49 in de Awb betekent dat bij onregelmatigheden die het bestuursorgaan bij controle van de aanvraag tot subsidievaststelling redelijkerwijs had kunnen ontdekken, intrekking van de subsidievaststelling niet mogelijk is. Daarbij doet niet ter zake of de subsidieontvanger te goeder trouw is. Daarbij doet niet ter zake of de subsidieontvanger te goeder trouw is. Hoewel strikt genomen geen sprake is van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel – dat de lagere vaststelling, de wijziging en intrekking van het besluit tot subsidieverlening en -vaststelling dan wel de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidievragen mogelijk is volgt immers juist uit de wet – heeft een en ander wel tot gevolg dat een subsidie in strijd met de wet, namelijk de desbetreffende subsidieregeling, bij de subsidieontvanger blijft.

3.2 Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Europese jurisprudentie

Dat het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel niet alleen door de nationale rechter worden toegepast, doch tevens deel uitmaken van de Europese rechtsorde heeft het HvJ EG meermalen bevestigd.⁷¹ De beginselen zijn

⁶⁸ In art. 4:49 lid 3 Awb is bepaald dat de subsidie niet meer kan worden ingetrokken of ten nadele van de ontvanger worden gewijzigd indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop ze is bekendgemaakt.

⁶⁹ Kamerstukken II 1993/94, 23 780, nr. 3, p. 77 en 78.

⁷⁰ ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 240 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden onder AB 2007, 241, JB 2006/303 m.nt. AJB, r.o. 2.10.3.

⁷¹ HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 30; HvJ EG 9 oktober 2001, gevoegde zaken C-80/99-C-82/99 (Flemmer), Jur. 2001, p. I-7211, r.o. 60; HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00 (Huber), Jur., p. I-7699, r.o. 56 en HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, r.o. 24; HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 52.

in het bijzonder een dwingend vereiste indien het gaat om een regeling die financiële consequenties kan hebben.⁷² Het Europese rechtszekerheidsbeginsel speelt in de jurisprudentie van het HvJ EG dan ook een belangrijke rol bij de vraag in hoeverre besluiten waarin een Europese subsidie is verstrekt, kunnen worden ingetrokken dan wel de Commissie een beschikking met daarin de verplichting voor een lidstaat om tot terugvordering van staatssteun over te gaan kan nemen.⁷³ Indien een besluit tot subsidieverstreking is genomen, mag de burger er in beginsel van uitgaan dat een dergelijk besluit niet met terugwerkende kracht ten nadele van hem wordt gewijzigd. Het HvJ EG heeft daarom meermalen overwogen dat de overheid een bestuursrechtelijke handeling waarbij een voordeel is toegekend, met terugwerkende kracht mag intrekken op grond dat zij onrechtmatig is,⁷⁴ mits zij daarbij het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen eerbiedigt.

In een aantal Europese subsidieregelingen is expliciet bepaald in welke gevallen de subsidie lager kan worden vastgesteld, ingetrokken en teruggevorderd. Dergelijke bepalingen vormen een uitvloeisel van onder meer het rechtszekerheidsbeginsel; het beginsel is verdisconteerd in de desbetreffende regeling.⁷⁵ Het GvEA heeft overwogen dat op het rechtszekerheidsbeginsel geen beroep kan worden gedaan wanneer de geldende regeling duidelijk voorziet in de mogelijkheid dat financiële bijstand wordt teruggevorderd wanneer de voorwaarden waaronder de steun is

72 HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-94/05 (Emsland-Stärke), Jur. 2006, p. I-2619, r.o. 43; HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-248/04 (Koninklijke Coöperatie Cosun), Jur. 2004, p. I-10211, r.o. 79 en van 21 juni 2007 zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, r.o. 26.

73 Zie de arresten HvJ EG 12 juli 1957, zaak 7/56 en 3/57-7/57 (Algera), Jur. 1957, p. 85; HvJ EG 3 maart 1982, zaak 14/81 (Alpha Steel), Jur. 1982, p. 749, r.o. 10-12; HvJ EG 26 februari 1987, zaak 15/85 (Consorzio Cooperative d'Abruzzo) Jur. 1987, p. 1005, r.o. 12-17; HvJ EG 17 april 1997, zaak C-90/95 P (De Compte), Jur. 1997, p. I-1999, r.o. 35, HvJ EG 24 januari 2002, zaak C-500/99 (Conserve Italia), Jur. 2002, p. I-867, r.o. 90. Voor wat betreft de meer algemene aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel verwijs ik naar Jans e.a. 2002, p. 208 e.v. en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 163 e.v. Voor wat betreft de rol van het rechtszekerheidsbeginsel in het staatssteunrecht verwijs ik naar Adriaanse 2006, p. 44. Zie voorts HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (Commissie/ Italië), Jur. 2004, p. I-3679.

74 Zie P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 621 e.v.

75 Dergelijke bepalingen geven ook uitdrukking aan het hierna te bespreken vertrouwensbeginsel. In de meeste Europese regelingen is niet expliciet terug te vinden dat het gaat om een codificatie van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gewettigd vertrouwen. Een uitzondering is Verordening nr. 1678/98 van de Commissie van 29 juli 1998 tot wijziging van de Verordening nr. 3887/92 houdende uitvoeringsbepalingen inzake het geïntegreerde beheers- en controlesysteem voor bepaalde communautaire steunregelingen (Pb EG L 1998, 212/23). In deze wijzigingsverordening was een bepaling opgenomen waarin precies werd bepaald in welke gevallen van terugvordering kon worden afgezien, namelijk indien de betaling was verricht als gevolg van een fout van de bevoegde instantie zelf of van een andere instantie en die fout redelijkerwijs niet kon worden ontdekt door het bedrijfshoofd, dat derhalve volledig te goeder trouw heeft gehandeld en alle ter zake geldende verplichtingen is nagekomen. In de considerans bij de wijzigingsverordening werd overwogen dat, om te garanderen dat het beginsel van het gewettigde vertrouwen bij terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen overal in de Gemeenschap op dezelfde wijze wordt toegepast, moet worden bepaald onder welke voorwaarden op dit beginsel een beroep kan worden gedaan.

verleend, niet zijn nageleefd.⁷⁶ Voorts volgt ook uit de Europese jurisprudentie dat, indien de Europese subsidie wordt ingetrokken omdat een subsidieverplichting niet is nageleefd, dit alleen mogelijk is indien deze subsidieverplichting voor de subsidieontvanger kenbaar was.⁷⁷ Voorts gelden uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel verjaringstermijnen op grond waarvan de subsidie slechts gedurende een aantal jaren kan worden ingetrokken dan wel gewijzigd.⁷⁸ Tussen de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel door de nationale en Europese rechter zijn wat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies betreft geen noemenswaardige verschillen te constateren.

Wat betreft de intrekking van onrechtmatige staatssteun geldt dat de kans op een succesvol beroep op het rechtszekerheidsbeginsel in het kader van terugvordering van staatssteun door de strikte rechtspraak van het HvJ EG zeer klein is.⁷⁹ Het HvJ EG heeft meermalen geoordeeld dat de Commissie, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, de discretionaire bevoegdheid die zij bezit niet overschrijdt wanneer zij een lidstaat verzoekt onwettige steun terug te vorderen, aangezien de terugvordering slechts bedoeld is om de vroegere toestand te herstellen.⁸⁰ Deze terugvordering is, behoudens uitzonderlijke omstandigheden waarin sprake is van kennelijke nalatigheid en van een duidelijke schending van de zorgvuldigheidsplicht van de Commissie bij de uitoefening van haar toezichthoudende bevoegdheden, dan ook niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.⁸¹ Een dergelijke uitleg van het rechtszekerheidsbeginsel is niet terug te vinden in nationale subsidiezaken waarin Europese aspecten geen rol spelen.

76 GvEA 14 september 2004, zaak T-290/02 (Associazione Consorzi Tessili (Ascontex)/Commissie), Jur. 2004, p. II-3085, r.o. 70; GvEA 14 juli 1997, zaak T-81/95 (Interhotel/Commissie), Jur. 1997, p. II-1265, r.o. 61.

77 Zie Craig 2006, p. 619. Zo overweegt het HvJ EG bijvoorbeeld in het arrest van 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, r.o. 25 dat het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een gemeenschapsregeling de belanghebbenden met name in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen. Daarbij verwijst het Hof naar de HvJ EG 1 oktober 1998, zaak C-209/96 (Verenigd Koninkrijk/Commissie), Jur. 1998, p. I-5655, r.o. 35; HvJ EG 20 mei 2003, zaak C-108/01 (Consorzio del Prosciutto di Parma en Salumificio S. Rita), Jur. 2003, p. I-5121, r.o. 89, en 21 februari 2006, zaak C-255/02 (Halifax e.a.), Jur. p. I-1609, r.o. 72. Het Hof voegt daaraan toe dat de justitiabelen immer ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen moeten kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen. In dat verband verwijst het Hof naar arresten van 13 februari 1996, zaak C-143/93 (Van Es Douane Agenten), Jur. p. I-431, punt 27, en 26 oktober 2006, zaak C-248/04 (Koninklijke Coöperatie Cosun), Jur. p. I-10211, punt 79. Zie ook: HvJ EG 14 december 2000, zaak C-245/97 (Duitsland/Commissie), Jur. 2000, p. I-11261, r.o. 72; HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-354/95 (National Farmers' Union), Jur. 1997, p. I-4559, r.o. 57; HvJ EG 27 maart 1990, zaak C-10/88 (Italië/Commissie), Jur. 1990, p. I-1229; GvEA 13 maart 2003, zaak T-340/00 (Comunita montana della Valnerina), Jur. 2003, p. II-811, r.o. 54.

78 HvJ EG 24 juni 2004, zaak C-278/02 (Herbert Handlbauer), Jur. 2004, p. I-6171, r.o. 40.

79 Een beschikking van de Commissie waarin de lidstaat wordt verplicht de onrechtmatige staatssteun terug te vorderen, wordt bijvoorbeeld niet in strijd met het verbod van terugwerkende kracht geacht. Zie bijvoorbeeld GvEA 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (Hotel Cipriani e.a.), n.n.g., r.o. 385 e.v.

80 GvEA 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (Hotel Cipriani e.a.), n.n.g., r.o. 387. HvJ EG 22 april 2008, zaak C-408/04 (Commissie/Salzgitter), Jur. 2008, p. I-2767, r.o. 107; HvJ EG zaak C-148/04 (Unicredito Italiano), Jur. 2004, p. I-11137, r.o. 104; HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-75/97 (België/Commissie, zogeheten Maribel bis/ter), Jur. 1999, p. I-3671, r.o. 66.

81 HvJ EG 22 april 2008, zaak C-408/04 (Commissie/Salzgitter), Jur. 2008, p. I-2767, r.o. 107.

Volgens het HvJ EG is het vertrouwensbeginsel een rechtstreeks uitvloeisel van het beginsel van rechtszekerheid.⁸² Hoewel door de nationale en Europese rechter ongeveer dezelfde omschrijving van het vertrouwensbeginsel wordt gehanteerd,⁸³ bestaan verschillen in de toepassing van het beginsel. Alvorens op deze verschillen in te gaan, is het goed om op te merken dat er ook overeenkomsten bestaan. Uit jurisprudentie van het GvEA⁸⁴ blijkt dat voor een geslaagd beroep op bescherming van het gewettigde vertrouwen dat is ontstaan ten gevolge van gedane toezeggingen van een gemeenschapsinstelling aan drie voorwaarden moet zijn voldaan. In de eerste plaats moet de betrokkene van de gemeenschapsinstelling nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen hebben gekregen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn. In de tweede plaats moeten deze toezeggingen gegronde verwachtingen kunnen wekken bij degene tot wie zij zijn gericht. In de derde plaats moeten de toezeggingen overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften. Uit de omschrijving van het GvEA blijkt dat ook op Europees niveau van belang is wie en wat het vertrouwen wekte. Behalve door toezeggingen, kan zowel Europees als nationaal gezien ook vertrouwen worden gewekt door regelgeving en andere besluiten.⁸⁵ Men mag vertrouwen op de continuïteit en bestendigheid daarvan, zodat het vertrouwensbeginsel grenzen stelt aan de invoering van wetgeving met terugwerkende kracht en de intrekking van begunstigde besluiten. Voorts kunnen zowel Nederlandse beleidsregels als Europese *soft law*⁸⁶ als bronnen van gerechtvaardigd vertrouwen gelden.⁸⁷ Hetzelfde geldt voor precieze toezeggingen en het stilzitten door een bevoegd orgaan.⁸⁸

82 HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (Duff e.a.), Jur. 1996, p. I-569, r.o. 20; GvEA 19 maart 1997, zaak T-73/95 (Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira/Commissie), Jur. 1997, p. II-381, r.o. 29.

83 Widdershoven 1994, p. 2.

84 GvEA 4 februari 2009, zaak T-145/06 (Omya), Jur. 2009, n.n.g., r.o. 117; GvEA 23 februari 2006, zaak T-282/02 (Cementbouw Handel & Industrie/Commissie), Jur. 2006, p. II-319, r.o. 77; GvEA 30 juni 2005, zaak T-347/03 (Branco/Commissie), Jur. 2005, p. II-2555, r.o. 102.

85 Zie voor wat betreft het Europees niveau Craig 2006 p. 628 e.v. Zie voor een nationaal voorbeeld bijvoorbeeld ABRvS 1 maart 2006, AB 2006, 188 m.nt. N. Verheij.

86 Senden definieert het begrip *soft law* als volgt: 'Soft law betreft: gedragsregels die zijn vastgelegd in instrumenten die als zodanig geen juridische verbindendheid zijn toegekend, maar desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben, en die gericht zijn op het bewerkstelligen van effecten in de praktijk en deze ook daadwerkelijk kunnen hebben' (L.A.J. Senden, *Reguleringsintensiteit en regelgevingsinstrumentarium in het Europees Gemeenschapsrecht, over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie*, SEW 2008, 2, p. 43-57, p. 46). Voorbeelden van *soft law* zijn bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Europese Commissie.

87 Jans e.a. 2007, p. 166. Zie bijvoorbeeld HvJ EG zaak 81/72 (Commissie/Raad), Jur. 1973, p. 575 en HvJ EG zaak 148/73 (Louwage), Jur. 1974, p. 81.

88 Jans e.a. 2007, p. 166. Jans e.a. verwijzen met betrekking tot toezeggingen van bevoegde organen naar GvEA gevoegde zaken T-346 tot en met 348/99 (Territoria Historico de Alava e.a./Commissie), Jur. 2002, p. II-4259, GvEA 31 maart 1998, zaak T-129/96 (Preussag Stahl), Jur. 1998, p. II-609. Zie voorts GvEA 5 juni 2001, zaak T-6/99 (ESF Elbe-Sthalwerke feralpi GmbH/Commissie), Jur. 1999, p. II-1523, r.o. 185, HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 (België en Forum/Commissie), Jur. 2006, p. I-5479, r.o. 147 en GvEA 9 september 2009, gevoegde zaken T-227/01 tot en met T-220/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (Territoria Historico de Alava e.a./Commissie), n.n.g., r.o. 262. Met betrekking tot het stilzitten van een bevoegd orgaan wordt verwezen naar HvJ EG 24 november 1987, zaak 223/85 (RSV), Jur. 1987, p. 4617, r.o. 17. Uit HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Commissie/Impressa Edo Collorigh Edo), Jur. 2004, p. I-4087, r.o. 90 e.v. blijkt echter dat in dergelijke gevallen een beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel wordt gehonoreerd. Zie ook GvEA 9 september 2009, gevoegde zaken T-227/01 tot en met T-220/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (Territoria Historico de Alava e.a./Commissie), n.n.g., r.o. 343 e.v.

De toepassing van het vertrouwensbeginsel door het HvJ EG en de nationale rechter stemt verder overeen wat de belangenafweging betreft. Dat sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen betekent namelijk niet dat het bestuursorgaan dit altijd moet honoreren. Er dient altijd een afweging plaats te vinden tegen het algemeen belang en/of belangen van derden.⁸⁹ Een laatste overeenkomst is dat zowel bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel door de nationale als Europese rechter het dispositievereiste een belangrijke rol speelt.⁹⁰ Een beroep op het vertrouwensbeginsel is eerder succesvol indien de burger afgaand op het gewekte vertrouwen handelingen heeft verricht waardoor hij in een nadeliger positie terecht zal komen indien het vertrouwen niet wordt gehonoreerd.

Maar... verschillen zijn er ook! Ten eerste hecht het HvJ EG veel waarde aan de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel.⁹¹ Zowel op nationaal als Europees niveau geldt dat indien vertrouwen is gewekt door onrechtmatig handelen van een bestuursorgaan, dit in het algemeen geen gerechtvaardigd vertrouwen oplevert indien de burger de onrechtmatigheid redelijkerwijs had moeten kunnen ontdekken.⁹² Het HvJ EG gaat in dat verband – anders dan de Nederlandse bestuursrechter⁹³ – altijd uit van een bovengemiddelde deskundigheid van de marktdeelnemers.⁹⁴ Gesproken wordt van de behoedzame ondernemer of de professionele marktdeelnemer.⁹⁵ Dit komt tot uitdrukking in het zojuist vermelde tweede criterium in de jurisprudentie van het GvEA, namelijk dat de toezeggingen gegronde verwachtingen moeten kunnen wekken bij degene tot wie zij zijn gericht. Bij een deskundige marktdeelnemer levert een toezegging minder snel een gegronde verwachting op. Daarbij komt dat het HvJ EG meermalen heeft overwogen dat indien een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer de vaststelling van een voor zijn belangen nadelige communautaire maatregel kan voorzien, hij zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen wanneer die maatregel wordt vastgesteld.⁹⁶

Het arrest Binder is een voorbeeld van een zaak waarin de deskundigheid van de desbetreffende marktdeelnemer ertoe leidde dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet werd gehonoreerd. Het bevoegde nationale uitvoeringsorgaan had in die zaak de invoerrechten vastgesteld tegen het preferentiële tarief van 10,4%; een percentage dat de Commissie had voorgesteld, maar nooit was aangenomen. Het geldende tarief bedroeg 13%. Het HvJ EG overweegt dat Binder een professionele

89 Zie Widdershoven 1994, p. 3.

90 Jans e.a. 2007, p. 168-169. Widdershoven 1994, p. 3. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 april 1978, zaak 90/77 (Hellmut Stimmung), Jur. 1978, p. I-995; HvJ EG 3 maart 1982, zaak 14/81 (Alpha Steel), Jur. 1982, p. I-729; HvJ EG, zaak 508/03 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), Jur. 2006, p. I-3969.

91 Jans e.a. 2007, p. 168; Craig 2006, p. 631 e.v.; Jans e.a. 2002, p. 218; Widdershoven 1994, p. 3.

92 Jans e.a. 2007, p. 168; Jans e.a. 2002, p. 218.

93 De Nederlandse bestuursrechter weegt de deskundigheid van de betrokkene bij een beroep op het vertrouwensbeginsel soms mee. Zie Widdershoven 1994, p. 3. Zie verder par. 5.3.2.

94 Zie Addink 1999, p. 149; Gerrits-Janssens 2001, p. 91; Jans e.a. 2002, p. 218.

95 In het arrest GvEA 13 maart 2003, zaak T-340/00 (Comunita montana della Valnerina/Italië), Jur. 2003, p. II-811, r.o. 55 wordt gesproken van voorzichtig en bezonnen marktdeelnemer. Zie voorts Jans e.a. 2007, p. 168.

96 HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 (België en Forum/Commissie), Jur. 2006, p. I-5479, r.o. 147; HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85 (Van den Bergh en Jurgens en Van Dijk Food Products Lpik/Commissie), Jur. 1987, p. II-55, r.o. 44.

marktdeelnemer is met als voornaamste werkgebied de in- en uitvoer. Een dergelijke onderneming kan met betrekking tot het toe te passen tarief geen gewettigd vertrouwen ontlenen aan het bestaan van het voorstel van de Commissie, waarin dit tarief is vermeld, en aan de opnemings ervan in een nationaal gebruikstarief. Het lijkt volgens het Hof niet onredelijk om van die marktdeelnemer te verlangen dat hij zich door lezing van de desbetreffende Publicatiebladen vergewist van het gemeenschapsrecht dat op zijn transacties van toepassing is. Het HvJ EG concludeert dat de vergissing redelijkerwijze door Binder had kunnen worden ontdekt. Het beroep op het vertrouwensbeginsel wordt dan ook niet gehonoreerd. Vraag is of het HvJ EG hier niet uit het oog verliest dat het nationale uitvoeringsorgaan – dat toch zeker ook wel als deskundig mag worden aangemerkt – ook is uitgegaan van het onjuiste tarief.⁹⁷ Het is naar mijn mening niet redelijk dat het risico geheel bij de subsidieontvanger wordt neergelegd.

Een tweede verschil wat betreft de toepassing van het vertrouwensbeginsel door de nationale en Europese rechter is dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel door de Europese rechter niet is toegestaan.⁹⁸ In Nederland is dit – zoals in de vorige paragraaf is besproken – onder zeer bijzondere omstandigheden wel mogelijk. Het HvJ EG heeft meermalen overwogen dat voor *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel geen ruimte bestaat. In het algemeen geldt dat onrechtmatige toezeggingen van nationale of communautaire organen, noch een met een EG-besluit strijdige praktijk van de lidstaten gewettigd vertrouwen op een met het EG-recht strijdige handeling kunnen opleveren. Dit komt ook tot uitdrukking in de voormelde derde voorwaarde van het GvEA, namelijk dat de toezeggingen moeten overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften. Belangrijke uitspraken in dezen zijn de klassieke arresten Maïzena en Krücken.⁹⁹ In de zaak Maïzena ging het om de terugvordering van een productierestitutie. Het HvJ EG overweegt dat een met de gemeenschapsregeling strijdige praktijk van een lidstaat nooit tot het ontstaan van een door het gemeenschapsrecht beschermde rechtspositie kan leiden, ook niet wanneer de Commissie heeft nagelaten de noodzakelijke stappen te nemen om die lidstaat tot een correcte toepassing van de gemeenschapsregeling te bewegen. In de zaak Krücken was de toekenning van een uitvoerrestitutie aan de orde. Het gewekte vertrouwen bestond erin dat een bevoegde Duitse douaneambtenaar in strijd had gehandeld met een Europese bepaling. Het HvJ EG overweegt allereerst dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde en dat elke met de toepassing van dit recht belaste nationale instantie is gehouden de algemene beginselen van gemeenschapsrecht te eerbiedigen. Vervolgens overweegt het HvJ EG echter dat noch een onrechtmatig handelen van de Commissie of haar ambtenaren noch een met de gemeenschapsregeling strijdige praktijk van een lidstaat een gewettigd vertrouwen kan wekken bij de handelaar aan wie de aldus geschapen situatie ten goede komt. Daarom kan volgens het HvJ EG geen beroep op het vertrouwensbeginsel worden gedaan tegen

97 Zo overweegt het CBB in de uitspraak van 27 juni 2008 (AB 2008, 282) dat het bestuursorgaan niet mag verwachten dat de burger een betere kennis heeft van het Europese recht dan hijzelf.

98 Jans e.a. 2007, p. 169 e.v.; Gerrits-Janssens 2001, p. 91; Widdershoven 1994, p. 3.

99 HvJ EG 15 december 1982, zaak 5/82 (Maïzena), Jur. 1982, p. 4601 en HvJ EG 26 april 1988, zaak 316/86 (Krücken), Jur. 1988, p. 2213.

een duidelijke bepaling van het gemeenschapsrecht en kan een daarmee strijdige handeling van een met de toepassing van het gemeenschapsrecht belaste nationale instantie bij een handelaar geen gewettigd vertrouwen op een met het gemeenschapsrecht strijdige behandeling opleveren.

Ten slotte verdient vermelding dat het HvJ EG en het GvEA wat betreft de intrekking en terugvordering van Europese subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindbegunstigde in de lidstaten worden verstrekt het beroep op het vertrouwensbeginsel in twee opzichten hebben beperkt. Allereerst kan een subsidieontvanger, indien hij zich niet aan de subsidieverplichtingen houdt die in het besluit tot subsidieverstreking zijn vastgelegd, zich nooit op het vertrouwensbeginsel beroepen.¹⁰⁰ Hetzelfde geldt indien hij zich anderszins schuldig maakt aan een kennelijke schending van de geldende regeling.¹⁰¹ Hoewel in het ESF-arrest¹⁰² geen sprake is van subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindbegunstigden in de lidstaat werden verstrekt, maar van subsidies die door de Commissie via de lidstaten met toepassing van het nationale recht aan de eindbegunstigden werden verstrekt, wordt daarin door het HvJ EG ook naar deze jurisprudentie omtrent de uitleg van het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verwezen.

Het is de vraag wat nu precies met kennelijke schending wordt bedoeld. Uit de jurisprudentie blijkt dat veelal sprake is van fraude.¹⁰³ Uit latere rechtspraak blijkt dat in meer gevallen sprake is van een kennelijke schending.¹⁰⁴ Het GvEA begint met de overweging dat het vertrouwensbeginsel niet kan worden ingeroepen door een onderneming die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van een geldende regeling. Het GvEA vervolgt met de constatering dat, aangezien de begunstigde van de bijstand een essentiële voorwaarde voor de toekenning van de bijstand niet is nagekomen, hij zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen om te verhinderen dat de Commissie de verleende bijstand vermindert. Deze

100 GvEA 19 maart 1997, zaak T-73/95 (Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira/Commissie), Jur. 1997, p. II-381, r.o. 27; GvEA 15 september 1998, zaak T-142/97 (Branco/Commissie), Jur. 1998, p. II-3567, r.o. 97 en 105. Hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 12 november 1999, zaak C-453/98 P (Branco), Jur. 1999, p. I-8037. Zie voorts GvEA 16 september 1999, zaak T-182/96 (Partex/Commissie), Jur. 1996, p. II-2673, r.o. 190. Hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 8 maart 2001, zaak C-465/99 P (Partex/Commissie), n.g. Zie ook HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 53. Zie voorts Craig 2006, p. 618 e.v.

101 HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21. Ook in deze zaak ging het om een geschil tussen de Commissie en een onderneming. Zie voorts HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 53. Hoewel in deze uitspraak sprake was van een geschil tussen de lidstaat en een eindbegunstigde in de lidstaat, wordt toch naar voormelde zaak verwezen.

102 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

103 Zie bijvoorbeeld GvEA 7 november 2002, gevoegde zaken T-141/99, T-142/99, T-150/99 en T-151/99 (Vela en Tecnagrind), Jur. 2002, p. 4547, r.o. 389, GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea), Jur. 2002, p. II-03731, r.o. 111 e.v., GvEA 29 september 1999, zaak T-126/97 (Sonasa/Commissie), Jur. 1999, p. II-2793, r.o. 34, GvEA 24 april 1996, gevoegde zaken T-551/93, T-231/94-T-234/94 (Industrias Pesqueras Campos e.a./Commissie), Jur. 1996, p. II-247, r.o. 76, HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21.

104 HvJ EG 13 maart 2003, zaak T-125/01 (José Martí Peis/Commissie), Jur. 2003, p. II-865, r.o. 107.

rechtspraak duidt erop dat de twee voorwaarden op grond waarvan een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan slagen met elkaar samenhangen.¹⁰⁵ Voorts volgt uit deze jurisprudentie dat ook sprake is van een kennelijke schending, indien een essentiële subsidieverplichting niet is nageleefd.¹⁰⁶ Uit het ESF-arrest kan echter worden geconcludeerd dat het om twee verschillende voorwaarden gaat.¹⁰⁷

3.3 Conclusie

In deze paragraaf is ingegaan op de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwenbeginsel door de nationale bestuursrechter en de Europese rechter. Terwijl het rechtszekerheidsbeginsel inhoudt dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen, verlangt het vertrouwensbeginsel dat de bestuursorganen de in hun contacten met de burgers gewekte, gerechtvaardigde, verwachtingen zo mogelijk honoreren. Indien het gaat om de intrekking en terugvordering van subsidies en onrechtmatige staatssteun, spelen voormelde beginselen zowel in de jurisprudentie van de nationale als van de Europese rechter een belangrijke rol. Daarbij gaat het niet alleen om de ongeschreven beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen, maar ook om artikelen waaraan deze beginselen ten grondslag liggen, zoals artikel 4:49 lid 1 Awb en bepalingen in Europese verordeningen op grond waarvan van terugvordering mag worden afgezien.

Uit de jurisprudentie van zowel de nationale als Europese rechter blijkt dat de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel door het HvJ EG bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies niet veel verschilt van de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel door de nationale rechter in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. In staatssteunzaken waarin de rechtmatigheid van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie aan de orde is, interpreteert het HvJ EG het rechtszekerheidsbeginsel een stuk strenger. Met betrekking tot de toepassing van het vertrouwensbeginsel bestaat deels overeenstemming tussen de nationale en Europese rechter. Zo is van belang *wie* en *wat* het vertrouwen heeft gewekt. Daarnaast vindt op zowel Europees als nationaal niveau het dispositievereiste

¹⁰⁵ Zie ook GvEA 29 september 1999, zaak T-126/97 (Sonasa/Commissie), Jur. 1999, p. II-2793, r.o. 34 e.v. en GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea), Jur. 2002, p. II-03731, r.o. 111 e.v. In laatstgenoemde zaak had verzoekster het bedrag van de bijstand waarop zij aanspraak kon maken, ten onrechte verhoogd door valse facturen over te leggen en kosten te declareren die slechts ten dele gerelateerd waren aan de uitvoering van het project. Het GvEA concludeert dan ook dat verzoekster aldus heeft gehandeld in strijd met wezenlijke financiële verplichtingen en derhalve zich in geen geval kan beroepen op gewettigd vertrouwen.

¹⁰⁶ Zie ook GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea), Jur. 2002, p. II-03731, r.o. 111 e.v. Het GvEA begint in r.o. 111 – onder verwijzing naar het arrest Sonasa – met de constatering dat het vertrouwensbeginsel niet kan worden ingeroepen door een onderneming die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling. Vervolgens overweegt het GvEA dat verzoekster door valse facturen over te leggen en kosten te declareren die slechts ten dele gerelateerd waren aan de uitvoering van het project aldus heeft gehandeld in strijd met *wezenlijke financiële verplichtingen*, waarvan de naleving een voorwaarde is voor de toekenning van de bijstand.

¹⁰⁷ HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. A/B, NJ 2008 m.nt. Mok.

toepassing en dient een belangenafweging plaats te vinden tussen het belang dat een burger heeft bij honorering van het gerechtvaardigd vertrouwen enerzijds en het algemeen belang en/of de belangen van derden anderzijds.

Verschillen zijn er echter ook. Allereerst hecht het HvJ EG veel waarde aan de (ge-objectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger. De behoedzame ondernemer en de professionele marktdeelnemer zijn voor het HvJ EG maatgevend. Omdat het in Europese zaken naar hun aard veelal gaat om een geschil tussen de Europese instellingen en een ondernemer dan wel marktdeelnemer, wordt dientengevolge een beroep op het vertrouwensbeginsel minder vaak gehonoreerd. Een laatste verschil is dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel, anders dan in Nederland, op Europees niveau niet is toegestaan. Voorts verdient opmerking dat in de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA het beroep op het vertrouwensbeginsel in subsidiezaken waarin het gaat om een subsidie die rechtstreeks door de Europese Commissie aan de eindbegunstigden in de lidstaat wordt verstrekt in twee opzichten is beperkt. Allereerst geldt dat indien de eindbegunstigde het project niet overeenkomstig de voorwaarden van de bijstandsverlening heeft uitgevoerd, de begunstigde zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen. Voorts kan op het vertrouwensbeginsel geen beroep worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling.

Het vorenstaande laat zien dat het voor de nationale rechter in subsidiezaken met een Europees tintje van belang is vast te stellen of het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel Europees dan wel nationaal moeten worden ingevuld. De in de inleiding aangehaalde casus waarin het gaat over de intrekking van een Europese subsidie laat hetzelfde zien. De Europese invulling van rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel heeft daar tot gevolg dat een beroep op deze beginselen wordt afgewezen.

Uit het voorgaande blijkt dat rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel twee van elkaar te onderscheiden beginselen zijn met een eigen betekenis. Omdat in de jurisprudentie van zowel de nationale als de Europese rechter de beide beginselen veelal in een adem worden genoemd en niet altijd duidelijk is wat het onderscheid tussen de beginselen is, wordt er in het vervolg van dit preadvies voor gekozen de beginselen te duiden als het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De nationale invulling van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt in het vervolg van dit preadvies aangeduid als de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De Europese invulling van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel genoemd.

4 Hoe wordt de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij intrekking van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen door het Europese recht beperkt?

4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt gezien in hoeverre de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het Europese recht wordt beperkt als het gaat om de intrekking en terugvordering van onrechtmatig bestede Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen. Paragraaf 4.2 ziet op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies. In paragraaf 4.3 wordt gekeken naar de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Bezien wordt in hoeverre ruimte bestaat voor nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter om het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen. Zijn de bepalingen van de Awb omtrent de intrekking en wijziging van de subsidie en het ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel onverkort van toepassing of worden aan die toepassing door het Europese recht grenzen gesteld?

4.2 Europese subsidies: directe en indirecte toepassing

4.2.1 Algemeen

In paragraaf 2.2 is reeds naar voren gekomen dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen op twee manieren kan plaatsvinden. Ten eerste is het mogelijk dat er op Europees niveau bepalingen omtrent de intrekking en terugvordering zijn vastgesteld die direct door nationale uitvoeringsorganen kunnen worden toegepast (directe toepassing). De tweede mogelijkheid is dat dat niet het geval is en nationale uitvoeringsorganen voor de intrekking en terugvordering moeten terugvallen op het nationale recht (indirecte toepassing). In de onderhavige paragraaf worden de directe en indirecte

toepassing van het Europese recht naast elkaar gezet. In dat verband wordt met name ingegaan op de vraag in hoeverre het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door nationale uitvoeringsorganen kan worden toegepast. Paragraaf 4.2.4 gaat in op situaties waarin de scheidslijn tussen directe en indirecte toepassing niet scherp is te trekken. In paragraaf 4.2.5 wordt in dat verband uitvoerig ingegaan op het ESF-arrest van 13 maart 2008.¹⁰⁸

4.2.2 *Directe toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen*

Indien in een Europese subsidieregeling de intrekking en terugvordering van de Europese subsidie is gecommunautariseerd, passen nationale uitvoeringsorganen direct de bepalingen uit de Europese regeling toe. Toepassing van het nationaal bestuursrecht en daarmee van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is niet noodzakelijk¹⁰⁹ en derhalve niet aan de orde. Wel worden ten gevolge van de intrekking en terugvordering gerezen geschillen tussen nationale uitvoeringsorganen en de eindbegunstigden beslecht door de nationale rechter. De nationale rechter dient in dat geval de intrekking en terugvordering door het nationale uitvoeringsorgaan te toetsen aan het Europese recht. De nationale rechter mag bij de beoordeling of het intrekkings- en terugvorderingsbesluit rechtmatig is het nationaal bestuursrecht en het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel evenmin toepassen.¹¹⁰ Om de vraag te kunnen beantwoorden of de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen kunnen worden toegepast, moet derhalve worden beoordeeld of de intrekking en terugvordering van de Europese subsidie is gecommunautariseerd. Zoals uit het vervolg van deze paragraaf blijkt, is dat nog niet zo eenvoudig om vast te stellen.

Een duidelijk voorbeeld van een geval waarin de intrekking en terugvordering van de Europese subsidie is gecommunautariseerd biedt de in paragraaf 2.2 genoemde Verordening 796/2004. Zoals gezegd, is in deze verordening precies uitgewerkt welke sancties bij geconstateerde onregelmatigheden door nationale uitvoeringsorganen moeten worden opgelegd. Voorts is in deze uitvoeringsregeling precies geregeld in welke gevallen nationale uitvoeringsinstanties van intrekking en terugvordering moeten afzien. Nationale uitvoeringsorganen kunnen in zoverre direct de verordening toepassen; gebruik van het nationale recht, met inbegrip van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, is in zoverre dan ook niet toegestaan.

¹⁰⁸ HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

¹⁰⁹ Het HvJ EG heeft meerdere keren uitgemaakt dat alleen van het nationale recht gebruik mag worden gemaakt, voor zover dat voor de uitvoering van de desbetreffende verordening noodzakelijk is. Zie HvJ EG 11 februari 1971, zaak 39/70 (Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor), Jur. 1971, p. 49. HvJ EG 6 mei 1982, zaak 146/81, 192/81 en 193/81 (BayWa), Jur. 1981, p. 1503, r.o. 29, HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00 (Käserei Champignon Hofmeister), Jur. 2002, p. I-6453, HvJ EG 9 oktober 2001, gevoegde zaken C-80/99 tot en met C-82/99 (Flemmer), Jur. 2001, p. I-7211, r.o. 60 en HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00 (Huber), Jur. p. I-7699, r.o. 61.

¹¹⁰ Het nationale procesrecht is uiteraard wel gewoon van toepassing.

Een voorbeeld van een arrest waarin sprake was van een gecommunautariseerde bevoegdheid is het arrest Käserei Champignon Hofmeister.¹¹¹ In deze zaak geeft het HvJ EG heel duidelijk het onderscheid aan tussen Europese subsidies die worden uitgevoerd met behulp van het nationale recht en Europese subsidies waarop het nationale recht niet van toepassing is, omdat de voorwaarden voor terugvordering zijn vastgelegd in de desbetreffende Europese verordening. Hoewel het Hof in deze zaak het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet met zoveel woorden noemt, moet ervan worden uitgegaan dat dit beginsel evenmin van toepassing is.¹¹²

Ook bij de nationale bestuursrechter speelt de vraag of sprake is van directe toepassing van het Europese recht en of het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. Het CBB overweegt in de uitspraak van 24 juni 2005¹¹³ in het kader van de destijds bestaande Europese akkerbouwsubsidie dat de verplichting tot terugvordering rechtstreeks voortvloeit uit het Europese recht en geheel daardoor wordt gereguleerd. Volgens het CBB kan nationale administratiefrechtelijke regelgeving, zoals het door appellante ingeroepen artikel 4:49 Awb, gelet op de voorrang van het Europese recht, de omvang van een dergelijke verplichting niet beperken.¹¹⁴ Met andere woorden: er is sprake van directe toepassing van het Europese recht. Hoewel het CBB niet bepaalt of het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel de Europese pendant van toepassing is, heeft de uitspraak van het CBB tot gevolg dat op het aan artikel 4:49 Awb ten grondslag liggende nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geen acht kan worden geslagen. Impliciet oordeelt het CBB derhalve dat toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet mogelijk is indien sprake is van directe toepassing van het Europese recht.

In de uitspraak van 17 mei 2006 van het CBB komt wel expliciet de vraag aan de orde of het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel de Europese tegenhanger moet worden toegepast.¹¹⁵ De van toepassing zijnde Europese verordening bevatte een terugvorderingsregeling die kort gezegd inhield dat de lidstaten de ten onrechte bepaalde bedragen vermeerderd met rente dienden terug te vorderen. Ook werd in de verordening uitgewerkt met welke percentages de Europese subsidie werd gekort indien het gevraagde of uitbetaalde bedrag hoger was dan het bedrag waarop krachtens de verordening werkelijk aanspraak kon worden gemaakt, behoudens overmacht. De subsidieontvanger, Campina Zuivel, voert bij het CBB onder verwijzing naar het arrest Deutsche Milchkontor aan, dat de terugvordering van de subsidie wordt beheerst door het nationale recht, zowel wat betreft de materiële voorwaarden, als wat betreft de procedurele voorschriften, vormvoorschriften en bewijsregels. Zoals in de volgende paragraaf aan de orde komt, overwoog het HvJ EG in dat arrest dat voor zover het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de algemene bepalingen, geen gemeenschappelijke voorschriften te dien

111 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00 (Käserei Champignon Hofmeister), Jur. 2002, p. I-6453.

112 Dit kan worden afgeleid uit de overwegingen 83 en 84 van voormeld arrest.

113 LJN AT8929, niet gepubliceerd.

114 Zie ook CBB 8 juli 2009, LJN BJ 6462, r.o. 2.3.

115 CBB 17 mei 2006, AB 2006, 313 m.nt. A.P.W. Duijkersloot.

aanzien behelst, de nationale autoriteiten bij de uitvoering van de gemeenschaps-regelingen overeenkomstig de formele en materiële bepalingen van nationaal recht handelen. Het CBB oordeelt echter dat, anders dan de verordening die in het arrest Deutsche Milchkontor aan de orde was, de Verordening 2921/90 wel voorschriften over de terugvordering van onverschuldigd betaalde steunbedragen bevat. Het CBB overweegt onder verwijzing naar het zojuist besproken arrest Käserei Champignon Hofmeister dat de voorschriften inzake de terugvordering van ten onrechte betaalde steunbedragen dwingendrechtelijk zijn bepaald en het nationale uitvoeringsorgaan, het Productschap Zuivel, hieraan rehtens gebonden is. Op grond hiervan komt het CBB tot de conclusie dat voor toepassing van de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen geen plaats is. Een beroep op het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan volgens het CBB niet worden gehonoreerd, nu *contra legem*-toepassing van dit beginsel niet mogelijk is.

Volgens Widdershoven, Verhoeven e.a. volgt uit de uitspraak van het CBB 17 mei 2006 dat directe toepassing van het EG-recht reeds aan de orde is indien de EG-regeling in kwestie als zodanig een regeling inzake terugvordering bevat.¹¹⁶ Alleen indien de EG-regeling in het geheel geen bepaling inzake terugvordering bevat, bestaat volgens hen ruimte voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel. Mijns inziens is deze conclusie niet op voorhand juist. Het kan immers ook zo zijn dat in een verordening weliswaar regels zijn opgenomen omtrent terugvordering, maar dat deze onvoldoende zijn uitgewerkt om door nationale uitvoeringsorganen rechtstreeks te worden toegepast. Hierbij kan worden gedacht aan een verordening waarin wel een terugvorderingsbepaling is opgenomen, maar tegelijkertijd wordt verwezen naar het nationale recht of waarin niet is geregeld met welke percentages een Europese subsidie moet worden gekort.

In latere uitspraken van het CBB aangaande de terugvordering van uitbetaalde akkerbouwsteun wordt de lijn van de uitspraak van 17 mei 2006 voortgezet.¹¹⁷ Hoofddlijn is dat de verplichting tot terugvordering rechtstreeks voortvloeit uit het Europese recht en geheel daardoor wordt gereguleerd. Consequentie daarvan is dat het bevoegde nationale uitvoeringsorgaan geen beleidsruimte heeft om van deze verplichting af te wijken en slechts in het Europese recht redenen gevonden kunnen worden om op deze verplichting inbreuk te maken. In dat verband overweegt het CBB in veel uitspraken, onder verwijzing naar het al genoemde arrest Krücken van het HvJ EG, dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel niet mogelijk is.¹¹⁸ In andere uitspraken overweegt het CBB dat het vertrouwensbeginsel wel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde, maar dat het HvJ EG in constante jurisprudentie heeft aangegeven dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan leiden tot aanspraken op financiële voordelen in strijd met geldende Europese regelgeving.¹¹⁹ In de uitspraak van 20 september 2007 komt

¹¹⁶ Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 104-105.

¹¹⁷ CBB 23 april 2007, AB 2007, 247 m.nt. A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep en CBB 20 september 2007, AB 2007, 361 m.nt. R. Ortlep.

¹¹⁸ CBB 20 september 2007, LJN BB425, r.o. 5.4. Zie voorts CBB 14 november 2007, LJN BB8852, r.o. 5.2.

¹¹⁹ CBB 23 april 2007, AB 2007, 247 m.nt. A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep, r.o. 5.7. Zie voorts CBB 25 februari 2009, LJN BH4694, r.o. 5.4; CBB 1 september 2009, LJN BJ 7538, r.o. 5.2.

het CBb onder verwijzing naar de considerans van de van toepassing zijnde verordening tot de conclusie dat de van toepassing zijnde Europese subsidieregeling het communautaire vertrouwensbeginsel codificeert door te bepalen in welke gevallen van terugvordering moet worden afgezien.¹²⁰ Het CBb is van oordeel dat in andere gevallen geen beroep op het nationale vertrouwensbeginsel kan worden gedaan.

Ook de Hoge Raad wordt in sommige gevallen geconfronteerd met de uitvoering van het Europese recht en dientengevolge met de vraag in hoeverre het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. Het arrest van 10 augustus 2007 biedt hiervan een voorbeeld.¹²¹ Het gaat in deze zaak om een geschil inzake de betaling van bedragen aan douanerechten. Het Hof had het standpunt, inhoudende dat het tot het nationale recht behorende vertrouwensbeginsel en de redelijkheid en billijkheid aan boeking achteraf in de weg staan, verworpen. Daartoe had het Hof overwogen dat de voorwaarden waaronder van boeking achteraf moet worden afgezien, limitatief zijn opgesomd in artikel 220 lid 2 letter b Communautair Douanewetboek (CDW). De Hoge Raad komt in zijn arrest helaas niet toe aan het door de belanghebbende voorgedragen middel dat het Hof aldus de rechtspraak van het HvJ EG met betrekking tot de werking van nationale beginselen van behoorlijk bestuur heeft miskend. De Hoge Raad oordeelt dat reeds omdat de door belanghebbende voor het Hof gestelde omstandigheden niet tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat enig nationaal algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zich tegen het vaststellen van de onderwerpelijke uitnodigingen tot betaling verzet, het middel niet tot cassatie kan leiden. De advocaat-generaal Van Ballegooijen gaat wel in op de werking van het nationaal vertrouwensbeginsel. Hij concludeert dat artikel 220 lid 2 sub b CDW een specifieke gemeenschapsregeling voor navordering kent, die onder precieze voorwaarden aangeeft in hoeverre de verplichting tot navordering achterwege dient te blijven. De navorderingsbevoegdheid van de douane is volledig gecommunautariseerd en het vertrouwensbeginsel in het kader van de navordering is uitputtend gecodificeerd. Er bestaat volgens hem dan ook geen ruimte voor additionele toetsing aan het ongeschreven communautaire en nationale vertrouwensbeginsel.¹²²

¹²⁰ In de van toepassing zijnde Europese subsidieregeling was bepaald dat terugbetaling van onverschuldigd betaalde subsidie niet van toepassing is indien de betaling is verricht als gevolg van een fout van de bevoegde instantie zelf of van een andere instantie en die fout redelijkerwijs niet kon worden ontdekt door het bedrijfshoofd, dat derhalve volledig te goeder trouw heeft gehandeld en alle ter zake geldende verplichtingen is nagekomen. Volgens het CBb blijkt uit de considerans bij de Europese subsidieregeling dat om te garanderen dat het beginsel van het gewettigd vertrouwen bij terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen overal in de Gemeenschap op dezelfde wijze wordt toegepast, moet worden bepaald onder welke voorwaarden op dit beginsel een beroep kan worden gedaan.

¹²¹ AB 2007, 388 m.nt. R. Ortlep.

¹²² Van Ballegooijen verwijst in dit kader naar Widdershoven 1994, onderdeel 4; M.E. van Hilten, De Europese dimensie van door de fiscus opgewekt vertrouwen in BTW en het douanerecht, rede uitgesproken op 20 februari 1998 aan de Rijksuniversiteit Leiden, p. 35 en 41; R. Steenman en C.M. Ettema, Opgewekt vertrouwen door Nederlandse belastingautoriteiten in de BTW en douanerecht; een vergelijking, BTWBrief 2000, nr. 10; Jans e.a. 2002, p. 224 en 235.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat indien een bepaling uit het Europese recht zich leent voor directe toepassing, in zoverre¹²³ geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht, en derhalve evenmin voor het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is van toepassing. Allereerst kan het zo zijn dat in de desbetreffende Europese subsidieregeling de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zijn gecodificeerd. In de regeling zijn dan de gevallen neergelegd waarin niet hoeft te worden teruggevorderd. Het voordeel hiervan is dat in die gevallen niet langer sprake is van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel; het vertrouwensbeginsel is immers in de wettelijke bepalingen verdisconteerd. Er bestaat nog wel discussie over de vraag of in dat geval nog ruimte bestaat voor toepassing van het ongeschreven vertrouwensbeginsel.¹²⁴ Dit hangt onder meer af van de vraag of het vertrouwensbeginsel in de desbetreffende Europese regeling uitputtend is gecodificeerd. Hierop wordt in het kader van dit preadvies niet verder ingegaan, nu in ieder geval duidelijk is dat geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Ten tweede kan het zo zijn dat in de desbetreffende Europese subsidieregeling het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet is gecodificeerd. In dat geval is het ongeschreven Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing. Zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, is *contra legem*-werking van het Europees vertrouwensbeginsel niet toegestaan. Het is derhalve niet mogelijk om een Europese subsidie in strijd met de Europese subsidieregeling te verstrekken, ook niet als de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zijn geschondden. Het doet niet ter zake of Europese dan wel nationale uitvoeringsorganen fouten hebben gemaakt. Voorts is niet relevant of de subsidieontvanger te goeder trouw is.

4.2.3 Indirecte toepassing van Europese intrekings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen

Duidelijk is dat bij een intrekings- en terugvorderingsregeling in een Europese subsidieregeling waarin expliciet naar het nationale recht wordt verwezen, geen sprake is van een gecommunautariseerde bepaling. De bepaling moet met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd; er is sprake van indirecte toepassing van het Europese recht. Een klassiek voorbeeld hiervan is het in paragraaf 2.2 reeds genoemde artikel 8 van Verordening 729/70 en het huidige artikel 56 lid 4 van Verordening 1083/2006.

Ook indien niet expliciet naar het nationale recht wordt verwezen, kan het de bedoeling zijn dat de desbetreffende Europese bepaling met behulp van het nationale recht wordt uitgevoerd. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is het in paragraaf 2.2 vermelde artikel 23 van de Coördinatieverordening. Hoewel in

¹²³ Het kan wel zo zijn dat buiten de desbetreffende bepaling ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht. Dit is slechts anders indien de Europese regeling uitputtend is bedoeld.

¹²⁴ Zie CBb 20 september 2007, AB 2007, 361 m.nt. R. Ortlep. In deze uitspraak is het CBb van oordeel dat geen beroep kan worden gedaan op het ongeschreven Europese vertrouwensbeginsel. Ortlep oefent op deze overwegingen van het CBb kritiek uit.

deze bepaling niet expliciet naar het nationale recht wordt verwezen, is het voor nationale uitvoeringsorganen niet mogelijk om deze bepaling direct toe te passen. De voorwaarden waaronder de terugvordering van Europese subsidies moet geschieden, zijn immers niet geregeld. Nationale uitvoeringsorganen zullen in het nationale recht moeten uitwerken welke concrete maatregelen zullen worden genomen om aan de verplichting van voormeld artikel 23 te kunnen voldoen. Hiertoe zijn nationale uitvoeringsorganen verplicht op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw.¹²⁵ Het HvJ EG heeft in het arrest Stichting ROM impliciet bevestigd dat artikel 23 van de Coördinatieverordening met behulp van het nationale recht moet worden uitgevoerd.¹²⁶ In dat arrest ging het om de opvolger van artikel 23, namelijk artikel 38 lid 1 van Verordening 1260/1999. Uit de overwegingen van het HvJ EG blijkt derhalve dat sprake is van indirecte toepassing van het Europese recht.

Indien nationale uitvoeringsorganen bij de terugvordering van Europese subsidies het nationale recht toepassen, mogen zij op grond van het in paragraaf 2.4 besproken beginsel van procedurele autonomie het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepassen. Zoals gezegd, wordt bij de uitvoering van verplichtingen tot intrekking en terugvordering van onrechtmatig bestede Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen in de meeste gevallen de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht toegepast. De bepalingen die over de intrekking en wijziging van de subsidie gaan, zijn geënt op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Voorts is op de uitvoering door nationale uitvoeringsorganen ook het ongeschreven nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing.

In paragraaf 2.4 is reeds aan de orde geweest dat de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit grenzen stellen aan het gebruik van het nationale recht bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies. Op welke manier stellen deze beginselen grenzen aan de toepassing van het nationale geschreven en ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel?

Een van de eerste arresten waarin het HvJ EG overwoog dat er bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is het arrest Ferwerda.¹²⁷ In deze zaak ging het om een door het Productschap voor Vee en Vlees in strijd met Verordening 192/75 toegekende exportsubsidie aan de Nederlandse vleesexporteur Ferwerda. Ferwerda is van mening dat de terugbetaling van de exportrestitutie in strijd is met het beginsel van rechtszekerheid. Het CBB besluit tot het stellen van prejudiciële vragen. Het HvJ EG komt na toetsing

¹²⁵ HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633.

¹²⁶ Ortlep 2009, p. 89.

¹²⁷ HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617.

van de beginselen van gelijkwaardigheid¹²⁸ en effectiviteit¹²⁹ tot de conclusie dat het Europese recht niet in de weg staat aan de toepassing van een aan het nationaal recht ontleend beginsel

‘ingevolge waarvan bij vergissing door de overheid toegekende financiële voordelen niet kunnen worden teruggevorderd indien de vergissing niet te wijten is aan door de begunstigde verstrekte onjuiste gegevens, of indien, ondanks onjuiste, zij het te goeder trouw verstrekte gegevens, de vergissing gemakkelijk kon worden voorkomen.’

Het volgende belangrijke arrest waarin het gaat om de nationale invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen is het arrest *Deutsche Milchkontor*.¹³⁰ In deze zaak gaat het om de terugvordering van ten onrechte betaalde steun voor magere melkpoeder door een Duitse nationale uitvoeringsinstantie. Deze terugvordering wordt beheerst door het nationale recht.¹³¹ De verwijzende Duitse rechter vraagt zich af of de door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen aan de toepassing van het nationale recht er eventueel aan in de weg staan dat bij de terugvordering van onverschuldigd betaalde steun de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid in aanmerking worden genomen. Het HvJ EG overweegt dat indien de nationale autoriteiten bij de terugvordering dezelfde regels en modaliteiten toepassen als in vergelijkbare gevallen waarin het gaat om louter nationale financiële prestaties, in beginsel niet kan worden aangenomen dat deze regels en modaliteiten in strijd zijn met de in artikel 8 van Verordening 729/70 voorziene verplichting van de nationale autoriteiten om op onregelmatige wijze toegekende geldsommen terug te vorderen en daarmee afbreuk te doen aan de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht. Dit geldt volgens het HvJ EG met name voor die oorzaken voor uitsluiting van de terugvordering die betrekking hebben op het gedrag van de administratie zelf en derhalve door haar kunnen worden vermeden. Volgens het HvJ EG verlangt het gelijkwaardigheidsbeginsel evenwel dat ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap wanneer een bepaling wordt toegepast die de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling afhankelijk stelt van de afweging van de verschillende betrokken belangen, te weten enerzijds het algemene belang bij de intrekking van de bestuurshandeling en anderzijds de bescherming van het vertrouwen van de begunstigde.

¹²⁸ Bij toepassing van de nationale wettelijke regeling mag geen onderscheid worden gemaakt verleken met procedures ter oplossing van soortgelijke, doch zuiver nationale geschillen.

¹²⁹ De formele procesregels mogen de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht toegekende rechten in de praktijk niet onmogelijk maken. Ter invulling van het effectiviteitsbeginsel overweegt het HvJ EG dat geen enkele overweging die op grond van een der wettelijke regelingen van de lidstaten wordt of kan worden afgeleid uit een beginsel van rechtszekerheid, zonder meer een beletsel kan vormen voor een vordering tot terugbetaling van communautaire financiële voordelen die onverschuldigd zijn betaald. Volgens het HvJ EG moet in elk concreet geval worden onderzocht of die toepassing niet de grondslag aantast van de bepaling die deze terugvordering voorschrijft en tot gevolg heeft dat de vordering praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Zie HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (*Ferwerda*), Jur. 1980, p. 617, r.o. 15.

¹³⁰ HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (*Deutsche Milchkontor*), Jur. 1983, p. 2633.

¹³¹ HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (*Deutsche Milchkontor*), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 20.

Het arrest Steff Houlberg voegt aan Deutsche Milchkontor toe dat op grond van een nationale regeling alleen van terugvordering mag worden afgezien als de goede trouw van de eindbegunstigde is aangetoond.¹³² Bij de beoordeling of van terugvordering zal worden afgezien, mogen nationale uitvoeringsautoriteiten rekening houden met het onzorgvuldig handelen van de nationale autoriteiten en het verstrijken van een aanzienlijke periode sinds de uitkering van de betrokken steun.

In het arrest Hüber geeft het HvJ EG specifieke aanwijzingen aan de nationale rechter met betrekking tot de beoordeling of de eindbegunstigde te goeder trouw is. Hieruit blijkt dat met name een rol speelt in hoeverre de eindbegunstigde op de hoogte is dan wel had kunnen zijn van de inhoud van de Europese subsidieverplichting die niet is nageleefd en op grond waarvan tot terugvordering is besloten. Daarbij is niet alleen van belang of de verplichting daadwerkelijk aan de eindbegunstigde is meegedeeld, maar ook of hij, door na te laten om te onderzoeken wat de Europese verplichtingen zijn, de zorgvuldigheid van een normaal zorgvuldige landbouwer aan de dag heeft gelegd. Daarbij wordt betrokken of een dergelijk onderzoek hem geen buitensporige last oplegt.¹³³

In de zaak die heeft geleid tot het arrest Stichting ROM¹³⁴ ging het om terugvordering van een Europese subsidie door de staatssecretaris van Stichting ROM, omdat een subsidieverplichting die louter was opgenomen in een beschikking van de Commissie aan de lidstaat Nederland niet was nageleefd. Vaststond dat Stichting ROM niet van deze verplichting op de hoogte kon zijn. Volgens het HvJ EG verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich in een dergelijke situatie ertegen dat deze verplichting aan Stichting ROM wordt tegengeworpen. Ook hier geldt volgens het HvJ EG dat de eindbegunstigde de intrekking en de terugvordering van de financiële steun alleen kan aanvechten indien hij met betrekking tot de rechtmatigheid van het gebruik ervan te goeder trouw was en rekening moet worden gehouden met het belang dat de Gemeenschap heeft bij de terugvordering van de steun. Hoewel uit de uitspraak blijkt dat het gaat om de toepassing van het nationale rechtszekerheidsbeginsel die door de nationale rechter moet worden verricht, valt op dat het HvJ EG zelf uitgebreid toetst aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het HvJ EG oordeelt namelijk dat het rechtszekerheidsbeginsel zich in een dergelijke situatie ertegen verzet dat deze voorwaarden aan de begunstigde worden tegengeworpen. Ervan uitgaande dat het HvJ EG hier het rechtszekerheidsbeginsel Europees uitlegt, heeft dit tot gevolg dat het onderscheid tussen de Europese en nationale – zij het door het Europees recht beperkte – invulling van het rechtszekerheidsbeginsel

¹³² HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-366/95 (Steff-Houlberg), Jur. 1998, p. I-4767. Uit het arrest Oelmühle (HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96, Jur. 1998, p. I-4767) blijkt dat de voorwaarde van goede trouw ook geldt indien om andere redenen gelegen in het nationale recht van terugvordering wordt afgezien. Het ging daarbij om de omstandigheid dat de eindbegunstigde het financieel voordeel niet langer geniet en derhalve geen sprake meer is van verrijking. Omdat de ongerechtvaardigde verrijking teniet is gedaan, wordt van terugvordering afgezien. Zie met name r.o. 31 van voormeld arrest.

¹³³ Boer Huber moest helemaal naar Wenen afreizen om de precieze omvang van zijn verplichtingen te kunnen kennen.

¹³⁴ HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden.

vervaagt.¹³⁵ De vraag kan worden gesteld in hoeverre de nationale rechter nog ruimte heeft om van het oordeel van het HvJ EG af te wijken. Omdat ook in het nationale recht geldt dat een subsidieverplichting die een subsidieontvanger niet kende of behoorde te kennen niet aan hem kan worden tegengeworpen,¹³⁶ levert dat in deze uitspraak geen problemen op.

De tot zover besproken jurisprudentie laat zien dat het HvJ EG nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter wel degelijk ruimte laat voor een nationale invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen indien zij de Europese regeling uitvoeren met behulp van (bestaand) nationaal recht omdat er geen gemeenschappelijke Europese regeling bestaat. Voorwaarde is wel dat voldaan is aan het vereiste van gelijkwaardigheid en ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap. Voorts dient de eindbegunstigde van de Europese subsidie te goeder trouw te zijn. Hoewel het aan de nationale rechter is om uit te maken of van goede trouw sprake is, geeft het HvJ EG in het arrest Hüber daarvoor nadere criteria. Uit deze criteria valt af te leiden dat het daarbij met name gaat om de vraag in hoeverre de eindbegunstigde op de hoogte was van de Europese verplichtingen en in hoeverre het van hem als ‘normaal zorgvuldig subsidieontvanger’ kan worden gevergd dat hij naar deze verplichtingen onderzoek doet.

4.2.4 Op het snijvlak van directe en indirecte toepassing

Een interessante vraag is waar de grens tussen directe en indirecte toepassing precies loopt. Met andere woorden: wanneer is de intrekking en terugvordering gecommunautariseerd, met als gevolg dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel Europees moet worden uitgelegd en wanneer moet de intrekking en terugvordering met toepassing van het nationale recht plaatsvinden, met als gevolg dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel nationaal mag worden uitgelegd?

In Verordening 796/2004 zijn de intrekking en terugvordering van Europese subsidies heel precies geregeld. Voorts is ook vastgelegd in welke gevallen van intrekking en terugvordering moet worden afgezien. Duidelijk is dat in dat kader geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Artikel 8 van Verordening 729/70 in het kader van de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en artikel 23 van de Coördinatieverordening in het kader van de uitvoering van het structuurbeleid zijn duidelijke voorbeelden van gevallen waarin de intrekking en terugvordering van Europese subsidies niet zijn gecommunautariseerd. Bij de uitvoering van de in deze artikelen aan de lidstaten opgelegde verplichtingen is het nationale recht van toepassing.

¹³⁵ Zie punt 5 van de noot van H. Griffioen en W. den Ouden onder HvJ EG 21 juni 2007, zaak no. C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239.

¹³⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 april 2007, zaak 200607070/1, r.o. 2.10.1. De Afdeling overweegt hier dat wil sprake zijn van een subsidieverplichting, deze kenbaar dient te zijn voor de subsidieontvanger. In de uitspraak van 8 oktober 2008, zaak 200801010/1, AB 2009, 223 m.nt. W. den Ouden overweegt de ABRvS dat nu de subsidieverplichting in de brief van 17 februari 2005 is opgenomen en appellant haar kende, leidt de omstandigheid dat de aard van de financiële tegemoetkoming voor appellant niet duidelijk was er niet toe dat het college omwille van de rechtszekerheid geen toepassing zou mogen geven aan art. 4:48 Awb.

Dientengevolge is het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing. Kanttekening daarbij is dat de toepassing van deze nationale beginselen wel Europees wordt ingekleurd. De twee gegeven voorbeelden zijn te beschouwen als de twee uitersten van een glijdende schaal. Daarmee is meteen gezegd dat er een schemergebied bestaat, waarin een en ander minder duidelijk ligt. Uit het arrest Ferwerda van het HvJ EG blijkt dat ook. Het Hof heeft heel wat overwegingen nodig om tot het oordeel te komen dat artikel 6 lid 5 van Verordening 957/69 geen specifieke gemeenschapsregeling voor de terugbetaling van ten onrechte ontvangen bedragen heeft willen invoeren.¹³⁷ Dientengevolge kon dan ook het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel worden toegepast.

Een voorbeeld om een en ander te verduidelijken: stelt u zich voor dat in een Europese subsidieregeling is bepaald in welke gevallen een Europese subsidie moet worden teruggevorderd en per geval is aangegeven met welke percentages de eindbegunstigde moet worden gekort. Een regeling waarin is bepaald wanneer nationale uitvoeringsorganen kunnen afzien van intrekking en terugvordering ontbreekt echter. Heeft nu de Europese wetgever bedoeld dat de Europese subsidie in alle gevallen moet worden teruggevorderd, behoudens indien dit in strijd komt met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zoals dit op Europees niveau wordt ingevuld, of zijn nationale uitvoeringsorganen bevoegd dienaangaande zelf een nationale regeling op te stellen waarin uitdrukking wordt gegeven aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel? Het gaat hierbij niet om de vraag of een individuele bepaling inzake intrekking en terugvordering direct door een nationaal uitvoeringsorgaan kan worden toegepast, maar om de vraag in hoeverre een nationaal uitvoeringsorgaan de bevoegdheid heeft om buiten deze bepalingen om in het nationale recht te regelen dat in gevallen waarin terugvordering in strijd komt met het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van terugvordering moet worden afgezien.

Uit een al wat ouder arrest van het HvJ EG – Padovani¹³⁸ – zou kunnen worden afgeleid dat indien in de Europese regeling geen uitdrukking is gegeven aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht en het daarin verdisconteerde of ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.¹³⁹

Daartegenover staat het arrest Könecke, waaruit volgt dat het feit dat met betrekking tot de uitvoering van Europese subsidieregelingen iets niet op Europees niveau is

¹³⁷ HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617. Het ging in deze zaak om art. 6 lid 5 Verordening 1975/69. Deze verordening had betrekking op een aantal bijzondere situaties (zie nader r.o. 19 van voormeld arrest). Het HvJ EG overweegt dat uit de bewoordingen van art. 6 lid 5 niet kan worden afgeleid dat deze bepaling ten aanzien van geschillen voortspruitende uit die bijzondere situaties, een specifieke gemeenschapsregeling voor de terugbetaling van ten onrechte ontvangen bedragen heeft willen invoeren, terwijl in alle andere geschillen over de terugvordering van restituties bij gebreke van gemeenschapsbepalingen de nationale voorschriften van toepassing zouden zijn.

¹³⁸ HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 210/87 (Padovani), Jur. 1988, p. 6177.

¹³⁹ Het verdient opmerking dat in deze zaak juist op nationaal niveau geen beginsel inzake bescherming van het gewettigd vertrouwen bestond. De vraag was of de nationale autoriteiten desondanks van terugvordering moesten afzien.

geregeld, niet per definitie betekent dat deze leemte zomaar met nationaal recht kan worden aangevuld.¹⁴⁰ In deze prejudiciële procedure ging het om de verbeurdverklaring van de waarborg door nationale uitvoeringsorganen, terwijl deze waarborg al was vrijgegeven. Het HvJ EG diende de vraag te beantwoorden in hoeverre het de lidstaat vrijstond deze waarborg op grond van het nationale recht verbeurd te verklaren, hoewel daaromtrent in de desbetreffende Europese subsidieregeling niets was bepaald. Dienaangaande overweegt het HvJ EG dat de gemeenschapsregeling betreffende de steunverlening aan de particuliere opslag in de sector rundvlees, als een volledig stelsel is te beschouwen, in die zin dat het de lidstaten niet de bevoegdheid laat om een eventuele leemte in dit stelsel aan te vullen door in hun nationaal recht een verplichting voor ondernemers op te nemen die geen grondslag heeft in het gemeenschapsrecht. Daarvan zou volgens het HvJ EG alleen sprake kunnen zijn wanneer algemene bepalingen van gemeenschapsrecht betreffende het beheer van de gemeenschappelijke marktordeningen door de nationale autoriteiten, daarvoor een toereikende machtiging opleveren. Artikel 8 van Verordening 729/70 – waarin onder meer werd bepaald dat de lidstaten overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen de nodige maatregelen dienden te treffen om de ingevolge onregelmatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen – houdt volgens het HvJ EG niet een dergelijke machtiging in. Deze bepaling heeft betrekking op de terugvordering van door het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL) betaalde bedragen en kan niet worden geacht van toepassing te zijn op de inning van een boete die geen wettelijke grondslag in de gemeenschapsregeling vindt. Het HvJ EG merkt in rechtsoverweging 22 wel op dat artikel 8 van voormelde verordening de lidstaten ook de verplichting oplegt de nodige maatregelen te nemen om de in verband met de toegekende bedragen gepleegde onregelmatigheden overeenkomstig hun nationale recht te vervolgen. Het voorgaande laat dan ook onverlet dat nationale instanties wel het recht en de plicht hebben om een ondernemer die door bedrieglijke handelingen de vrijgifte van een waarborg heeft bewerkstelligd, te vervolgen. Dit arrest laat zien dat hoewel niet alles op Europees niveau afdoende is geregeld, de toepassing van het nationale recht niet mogelijk is indien sprake is van een gecommunautariseerd en uitputtend stelsel. Dan moet het ervoor worden gehouden dat de Europese wetgever niet heeft gewild dat de nationale uitvoeringsinstanties de desbetreffende bevoegdheid toekomt.

Uit het arrest Könecke vloeit derhalve voort dat voor de vraag of ruimte bestaat voor de toepassing van nationaal recht moet worden gezien of de desbetreffende Europese regeling uitputtend is bedoeld. Opgemerkt zij dat het in de zaak Könecke om een aanvulling ging die tot gevolg had dat aan de eindbegunstigde verplichtingen werden opgelegd die geen grondslag hadden in de Europese regeling. Toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel leidt nu juist tot een voordeel voor de eindbegunstigde. Het benadeelt echter wel de financiële belangen van de Gemeenschap.

Indien op Europees niveau de intrekking en terugvordering tot in de finesses is geregeld, maar geen bepaling bestaat waarin gevallen worden genoemd waarin

¹⁴⁰ HvJ EG 25 september 1984, 117/83 (Karl Könecke), Jur. 1984, p. 3291.

van intrekking en terugvordering kan worden afgezien, is de vraag naar de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel op grond waarvan van terugvordering zal worden afgezien niet eenvoudig te beantwoorden. Enerzijds kan worden betoogd dat sprake is van een uitputtend Europees stelsel. De Europese wetgever heeft kennelijk het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet willen specificeren. Derhalve moet het ongeschreven Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast. De andere opvatting houdt in dat, nu er geen gemeenschappelijke Europese regeling bestaat, ruimte is voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Uiteindelijk is het aan het HvJ EG om deze vraag te beantwoorden.

4.2.5. Het ESF-arrest

Aanleiding van het arrest

Het zojuist geschetste vraagstuk is nog lastiger te beantwoorden als het ESF-arrest van het HvJ EG van 13 maart 2008 in ogenschouw wordt genomen. Dit arrest draait om de intrekking en terugvordering door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van subsidies uit het ESF verstrekt aan diverse eindbegunstigden in Nederland. Aan dit arrest lagen vier zaken ten grondslag. De feiten van drie zaken komen zo goed als overeen met de in de inleiding van dit preadvies geschetste casus. Probleem was dat intrekking en terugvordering naar nationaal recht niet mogelijk was, omdat artikel 4:49 lid 1 Awb slechts ruimte biedt voor intrekking van de subsidievaststelling in de drie daar vermelde gevallen. Nu de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzuimd had de administratie te controleren alvorens de subsidie vast te stellen, kan niet worden volgehouden dat de minister niet wist en ook niet had kunnen weten dat de subsidievaststelling onjuist was. Als hij de aan de aanvraag om subsidievaststelling ten grondslag liggende einddeclaratie had gecontroleerd, was de minister er immers achtergekomen dat de onderliggende administratie niet deugde. Intrekking op grond van artikel 4:49 lid 1 en onder a Awb was derhalve niet mogelijk. Evenmin was sprake van de situatie genoemd onder artikel 4:49 lid 1 onder b Awb. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de omstandigheid dat de subsidievaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten, ziet op gevallen waarin sprake is van een kennelijke fout in de subsidievaststelling.¹⁴¹ Hierbij gaat het niet om onregelmatigheden gepleegd door de subsidieontvanger die tot gevolg hebben dat de subsidievaststelling onjuist is, maar juist om fouten in de subsidievaststelling te wijten aan het subsidieverstrekkende bestuursorgaan. Gedacht moet worden aan de situatie waarin oorspronkelijk € 10.000 subsidie is verleend en bij de subsidievaststelling opeens € 100.000 wordt toegekend. De Afdeling kwam dan ook tot de conclusie dat intrekking en terugvordering van de Europese subsidies op grond van het nationale recht niet mogelijk was. Dit betekende dat aan de verplichting uit artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening, namelijk dat nationale uitvoeringsorganen de nodige maatregelen treffen om door misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen, nationaalrechtelijk gezien geen gevolg kon worden gegeven.

¹⁴¹ Kamerstukken II 1993/94, 23 780, nr. 3, p. 77 en 78.

Het feitencomplex dat ten grondslag lag aan de vierde zaak was iets anders. In die zaak ging het om de organisatie Cedris, de overkoepelende vereniging voor de Sociale Werkvoorziening. In deze zaak was volgens de minister het doel van de subsidieverstreking niet bereikt, nu te weinig personen waren doorgestroomd naar de reguliere arbeidsmarkt. Derhalve werd de subsidie op nihil vastgesteld en de onverschuldigd betaalde bedragen teruggevorderd. In hoger beroep kwam echter vast te staan dat de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Ad Melkert had toegezegd dat de doelstelling op papier in de praktijk minder strikt zou worden uitgelegd en ook aan de doelstelling zou zijn voldaan als de afstand tot de reguliere arbeidsmarkt zou worden verkleind. Dit is ook niet zo gek, nu juist personen die werkzaam zijn bij de Sociale Werkvoorziening in het algemeen minder geschikt zijn voor toetreding tot de reguliere arbeidsmarkt. Deze uitleg was echter in strijd met zowel de nationale als Europese regels. Nu de subsidie ingevolge de van toepassing zijnde nationale ESF-subsidieregeling nooit hoger kon worden vastgesteld dan waarop de subsidieontvanger volgens de regels recht had, kon de Afdeling niet anders dan tot de conclusie komen dat de minister de subsidie terecht op nihil had vastgesteld. De Afdeling oordeelde echter dat de minister gelet op het vertrouwensbeginsel in redelijkheid bij afweging van alle belangen niet tot terugvordering van de subsidie had kunnen overgaan. Ook in deze zaak kwam de Afdeling derhalve tot het oordeel dat terugvordering naar nationaal recht niet mogelijk was en aan de verplichting uit artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening nationaalrechtelijk bezien geen gevolg kon worden gegeven.

De Afdeling werd derhalve geconfronteerd met het probleem dat nationale uitvoeringsorganen nationaalrechtelijk bezien niet aan hun Europese terugvorderingsverplichtingen konden voldoen. Gelet hierop, besloot de Afdeling in voormelde vier zaken prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG. De Afdeling vroeg zich allereerst af of artikel 23 van de Coördinatieverordening zelf geen grondslag voor terugvordering door nationale uitvoeringsorganen zou kunnen bieden. Ten tweede stelde de Afdeling de vraag in hoeverre de aan artikel 4:49 Awb ten grondslag liggende beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen en het ongeschreven vertrouwensbeginsel aan intrekking en terugvordering in de weg kunnen staan in het licht van de communautaire beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.

Op het eerste gezicht lijkt sprake van een klassiek voorbeeld van indirecte toepassing van het Europese recht. Aan de orde was immers het reeds besproken artikel 23 Coördinatieverordening, waarin was bepaald dat de lidstaten, teneinde de acties van de particuliere of publiekrechtelijke projectontwikkelaars te doen slagen, de nodige maatregelen nemen om door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Zoals reeds aangegeven, is artikel 23 van de Coördinatieverordening niet aan te merken als een gecommunautariseerde bevoegdheid en kan deze bepaling niet direct door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast. Wat betreft de vraag naar de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel was derhalve de algemene verwachting dat het HvJ EG zou beslissen overeenkomstig de jurisprudentielijn neergelegd in de besproken arresten *Deutsche Milchkontor*, *Steff Houlberg*, *Hüber* en *Stichting ROM*.

Het ESF-arrest van het HvJ EG

Het HvJ EG lijkt echter een andere weg in te slaan. Wat betreft artikel 23 Coördinatieverordening overweegt het Hof allereerst dat communautaire verordeningen volgens de bewoordingen van artikel 249 tweede alinea EG-Verdrag rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten. Vervolgens stelt het Hof vast dat de tenuitvoerlegging van de subsidieverlening in het kader van het ESF hoofdzakelijk de verantwoordelijkheid is van de lidstaten. Met de verplichting die artikel 23 lid 1 eerste alinea Coördinatieverordening nationale overheden oplegt om ten onrechte of op onregelmatige wijze toegekende gelden te recupereren, is onverenigbaar indien de lidstaat discretionair zou kunnen beoordelen of het opportuun is ten onrechte of op onregelmatige wijze toegekende gemeenschapsgelden terug te vorderen, aldus het HvJ EG. Voorts is het HvJ EG van oordeel dat artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening de juiste rechtsgrondslag is en dat op grond daarvan tot terugvordering moet worden overgegaan. Het HvJ EG komt tot de conclusie dat artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen.

Is het HvJ EG nu werkelijk van oordeel dat nationale uitvoeringsorganen rechtstreeks op grond van artikel 23 Coördinatieverordening onregelmatig bestede subsidies kunnen intrekken en terugvorderen? Indien dat het geval zou zijn, is sprake van directe toepassing van het Europese recht. De overweging van het HvJ EG is echter niet duidelijk en geeft strikt genomen geen antwoord op de vraag. Dat artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen en dat deze verplichting geldt onafhankelijk van de vraag of er op nationaal niveau een bevoegdheidsgrondslag bestaat, was uiteraard al lang bekend. Naar mijn mening kan uit het antwoord van het HvJ EG aangaande artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening dan ook niet worden afgeleid of sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht, indien nationale uitvoeringsorganen uitvoering geven aan de daarin opgenomen verplichting.

De vraag of het bij de uitvoering van artikel 23 Coördinatieverordening gaat om directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht is echter wel relevant bij de beantwoording van de tweede vraag van de Afdeling. Al naar gelang sprake is van directe dan wel indirecte toepassing, is het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel de nationale pendant van toepassing. Ook hier is het HvJ EG echter niet duidelijk. Hoewel het HvJ EG de jurisprudentie inzake indirecte toepassing van het Europese recht bespreekt en aanhaalt, overweegt het vervolgens dat – nu artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening een verplichting voor de lidstaten schept om, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren – aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht.¹⁴² In de daarop

¹⁴² HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, r.o. 53, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 53.

volgende overwegingen legt het HvJ EG uit wat dat precies inhoudt. Volgens het HvJ EG vereist het beginsel dat de toepassing van de nationale regelgeving geen afbreuk mag doen aan de toepassing en de werkzaamheid van het gemeenschapsrecht, dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden bij de toepassing van nationale bepalingen. Onder verwijzing naar uitspraken waarin het ging om subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindbegunstigde werden verstrekt – het gaat hier derhalve om uitspraken waarin het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt toegepast – overweegt het HvJ EG dat wat de toepassing van artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening betreft een eindbegunstigde die het project waarvoor subsidie is verleend niet heeft uitgevoerd overeenkomstig de subsidieverplichtingen, zich niet kan beroepen op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten om betaling van het saldo van het totale bedrag van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen.¹⁴³ Het HvJ EG overweegt onder verwijzing naar een uitspraak waarin het eveneens ging om een geschil tussen de Commissie en een onderneming in de lidstaat dat op het vertrouwensbeginsel geen beroep kan worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling.¹⁴⁴ Volgens het HvJ EG staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of, gelet op het gedrag van zowel de begunstigten als de betrokken bestuursorganen, de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, naar gemeenschapsrecht verstaan, tegen de verzoeken om terugbetaling kunnen worden ingeroepen. In het dictum overweegt het HvJ EG dat de nationale rechter de gemeenschapsrechtelijke beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen kan toepassen bij de beoordeling van het gedrag van zowel de begunstigde van de verloren middelen als de betrokken bestuursorganen, vooropgesteld dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden.

Naar aanleiding van de beantwoording van de twee voormelde vragen van de Afdeling door het HvJ EG is een discussie losgebarsten over de vraag of de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen met toepassing van het nationale recht nog als indirecte toepassing van het Europese recht moet worden aangemerkt en of het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geldt.¹⁴⁵ Naar mijn mening moeten deze vragen van elkaar worden losgekoppeld. Strikt genomen, zou het immers zo kunnen zijn dat het HvJ EG het onderscheid tussen directe en indirecte toepassing niet meer relevant vindt en van

143 GvEA 15 september 1998, zaak T-142/97 (Branco/Commissie), Jur. 1998, p. II-3567, r.o. 97 en 105 (hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 12 november 1999, zaak C-453/98P (Branco/Commissie), Jur. 1999, p. I-8037) en GvEA 16 september 1999, zaak T-182/96 (Partex/Commissie), Jur. 1999, p. II-2673, r.o. 190 (hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 8 maart 2001, zaak C-465/99P (Partex/Commissie), n.g.

144 HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, punt 21.

145 M.J. Jacobs, W. den Ouden en N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies', NTB 2008, 6, p. 155-166, Den Ouden 2008, Ortlep 2009. Zie voorts annotaties onder ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden, JB 2006/303 m.nt. AJB en de annotaties onder het ESF-arrest: HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 52.

mening is dat bij de uitvoering van het Europese recht altijd de Europese beginselen moeten worden toegepast. Het antwoord van het HvJ EG op de eerste vraag is mijns inziens dermate onduidelijk, dat daaruit in ieder geval niet met volle zekerheid kan worden afgeleid of het Hof van oordeel is dat bij de uitvoering van de verplichting uit artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht.

Maar er bestaat wel een aantal aanwijzingen dat erop duidt dat het HvJ EG van oordeel is dat geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Allereerst wijst de overweging in het dictum dat de nationale rechter de gemeenschapsrechtelijke beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen kan toepassen en de verwijzing naar de jurisprudentie waarin het Europees vertrouwensbeginsel aan de orde is, op een koerswijziging van het HvJ EG.¹⁴⁶ Ten tweede verwijst het HvJ EG weliswaar naar de jurisprudentielijn die geldt als sprake is van indirecte toepassing van het Europese recht, maar overweegt vervolgens dat

‘zoals echter in punt 40 van het onderhavige arrest is uiteengezet, (...) artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening een verplichting (schept) voor de lidstaten om, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren’

en dat

‘hieruit volgt dat aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht’.

Dit wijst erop dat de jurisprudentie inzake indirecte toepassing enkel wordt aangehaald om te laten zien dat het HvJ EG zich daarvan bewust is, maar thans tot een ander oordeel komt. De omstandigheid dat het HvJ EG de beslissing omtrent de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel expliciet aan de nationale rechter laat, hoeft er ten slotte niet op te duiden dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is.¹⁴⁷ Ook indien het Europese recht direct door nationale uitvoeringsorganen wordt toegepast, is het immers aan de nationale rechter om te beoordelen of een beroep op het communautaire rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moet worden gehonoreerd.¹⁴⁸

Daartegenover is een aantal argumenten te plaatsen dat tot de conclusie leidt dat nog wel ruimte bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het kader van de uitvoering van de verplichting van artikel 23 Coördinatieverordening. Feit blijft dat het HvJ EG heel duidelijk verwijst naar de jurisprudentie inzake indirecte toepassing van het Europese recht.¹⁴⁹ De overweging dat

¹⁴⁶ Zie Den Ouden 2008, p. 22 e.v.

¹⁴⁷ Anders: Ortley 2009, p. 97.

¹⁴⁸ Dit blijkt uit de besproken uitspraken van het CBB genoemd in par. 4.2.2.

¹⁴⁹ Zo ook Ortley 2009, p. 96.

‘zoals echter in punt 40 van het onderhavige arrest is uiteengezet, (...) artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening een verplichting (schept) voor de lidstaten om, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren’

en dat

‘hieruit volgt dat aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht’

hoeft niet meer te betekenen dan dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het Europese recht wordt ingekaderd. Ten tweede komt uit de overwegingen van het HvJ EG naar voren dat de terugvordering door nationale uitvoeringsorganen met behulp van het nationale recht geschiedt.¹⁵⁰ Dat de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen niet van toepassing zijn, ligt daarom niet voor de hand. Ten derde wordt aan de verwijzing naar de jurisprudentie waarin toepassing van de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen niet aan de orde was, wellicht te veel betekenis toegekend. Betoogd zou kunnen worden dat het HvJ EG daarmee louter onderbouwt onder welke omstandigheden geen sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen van een eindbegunstigde.¹⁵¹ In de bestaande jurisprudentie inzake de indirecte toepassing van het gemeenschapsrecht werd de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel immers ook al ingekaderd. Ten vierde is het opvallend dat het HvJ EG overweegt in welke gevallen de subsidieontvanger geen beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen, maar niet dat *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel niet is toegestaan. Het HvJ EG overweegt ten eerste dat indien een begunstigde het project waarvoor Europese subsidie is verleend niet overeenkomstig de subsidieverplichtingen heeft uitgevoerd, de eindbegunstigde zich niet op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten kan beroepen om betaling van het saldo van het totale bedrag van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen. Ten tweede kan op het vertrouwensbeginsel geen beroep worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending (*manifest infringements*) van de geldende regeling. Het woordje ‘kennelijk’ betekent dat sprake moet zijn van een overduidelijke schending. In de jurisprudentie van het GvEA ging het daarbij in veel gevallen om subsidieontvangers die fraudeerden door valse facturen over te leggen dan wel een essentiële schending van een subsidieverplichting.¹⁵² Indien geheel geen ruimte zou bestaan voor de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen, zouden voormelde overwegingen overbodig zijn. In dat geval had het HvJ EG immers kunnen volstaan met de overweging dat *contra legem*-toepassing van deze beginselen niet

¹⁵⁰ Zie ook Ortlep 2009, p. 97.

¹⁵¹ Ortlep 2009, p. 97.

¹⁵² GvEA 7 november 2002, gevoegde zaken T-141/99, T-142/99, T-150/99 en T-151/99 (*Vela en Tecnagrind*), Jur. 2002, p. 4547. GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (*Sgaravatti Mediterranea*), Jur. 2002, p. II-03731. HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (*Sideradria/Commissie*), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21; GvEA 24 april 1996, gevoegde zaken T-551/93, T-231/94-T-234/94 (*Industrias Piquerías Campos e.a./Commissie*), Jur. 1996, p. II-247, r.o. 76, en GvEA 29 september 1999, zaak T-126/97 (*Sonasa/Commissie*), Jur. 1999, p. II-2793, r.o. 34.

mogelijk is. Hoewel de voormelde twee overwegingen in veel gevallen tot gevolg zullen hebben dat een subsidie niet *contra legem* hoeft te worden verstrekt, lijkt hiervoor nog wel wat ruimte te bestaan. Stel namelijk dat in een Europese verordening een verplichting is neergelegd die niet als een essentiële verplichting is aan te merken en niet specifiek tot de eindbegunstigde is gericht en er voorts geen sprake is van fraude. Indien deze regel niet is opgenomen in de subsidiebeschikking van het nationaal uitvoeringsorgaan aan de eindbegunstigde, kan niet worden gesteld dat de eindbegunstigde die in strijd heeft gehandeld met de verplichting uit de Europese verordening de subsidieverplichtingen niet heeft nageleefd. Voorts is – als gezegd – geen sprake van een essentiële verplichting en evenmin van fraude. In dat geval is geen sprake van een kennelijke schending van de regeling. Ik geef toe dat het een optimistische inschatting is en wellicht niet in overeenstemming met de geest van het arrest – namelijk het koste wat kost voorkomen dat aan de verplichting van artikel 23 Coördinatieverordening geen uitvoering wordt gegeven – maar in theorie lijkt het mogelijk.

Dat het Hof van mening is dat *contra legem*-werking in dit geval wel mogelijk is, kan voorts worden afgeleid uit de overweging dat de nationale rechter het gedrag van de betrokken bestuursorganen bij de beoordeling moet betrekken. In zaken waarin het gaat om directe toepassing van het Europese recht door nationale uitvoeringsorganen en derhalve het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is, speelt het gedrag van nationale uitvoeringsorganen bij de beoordeling of het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan slagen geen rol.¹⁵³ Het HvJ EG overweegt in deze jurisprudentie dat ten aanzien van een gemeenschapsregeling slechts een beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel wanneer de Gemeenschap zelf een situatie heeft geschapen die een gewettigd vertrouwen kan opwekken.¹⁵⁴ Deze overweging impliceert dat indien nationale uitvoeringsorganen direct het Europese recht toepassen, geen ruimte bestaat om in het kader van de beoordeling of het vertrouwensbeginsel is geschon- den het gedrag van het nationale uitvoeringsorgaan mee te wegen.

Behalve voormelde argumenten die specifiek zien op de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, bestaan ook andere aanwijzingen die erop duiden dat het HvJ EG geen koerswijziging heeft beoogd met betrekking tot de jurisprudentie die geldt inzake de indirecte toepassing van het Europese recht. Ten eerste is het arrest gewezen zonder conclusie van een advocaat-generaal.¹⁵⁵ Volgens het Statuut van het Hof betekent dit dat in een zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is.¹⁵⁶ Ten tweede is het arrest gewezen door de kleine kamer van het Hof.¹⁵⁷ Deze kamer heeft het niet noodzakelijk geacht de zaak te verwijzen naar de grote

¹⁵³ Zie ook Ortlep 2009, p. 97.

¹⁵⁴ Zie HvJ EG 28 oktober 2004, zaak C-164/01 P (Van de Berg), Jur. 2004, p. I-10225; HvJ EG 6 maart 2003, zaak C-14/01 (Molkerei Wagenfeld), Jur. 2003, p. I-2279, HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-179/00 (Weidacher), Jur. 2002, p. I-501, HvJ EG 18 mei 2000, zaak C-107/97 (Rombi), Jur. 2000, p. I-3367, HvJ EG 13 april 2000, zaak C-292/97 (Karlsson), Jur. 2000, p. I-2737, HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94, Jur. 1997, p. I-1809, HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (Duff), Jur. 1996, p. I-569.

¹⁵⁵ Ortlep 2009, p. 97-98; Den Ouden 2008, p. 17-18.

¹⁵⁶ Art. 20 vijfde alinea van het Statuut van het Hof van Justitie, maart 2008.

¹⁵⁷ Ortlep 2009, p. 18; Den Ouden 2008, p. 18.

kamer, hetgeen volgens het Reglement voor procesvoering van het HvJ EG in ieder stadium van het geding mogelijk is.¹⁵⁸

Naar mijn mening volgt uit het ESF-arrest dat de onderhavige intrekking en terugvordering van Europese subsidies nog steeds moet worden geplaatst in de context van de indirecte toepassing van het Europese recht.¹⁵⁹ Doorslaggevend daarbij is dat uit de overwegingen van het HvJ EG blijkt dat *contra legem*-toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel mogelijk is en rekening mag worden gehouden met het gedrag van nationale uitvoeringsorganen. Indien een bepaling uit een Europese subsidieregeling is gericht tot de lidstaat, maar eigenlijk ook consequenties heeft voor de eindbegunstigde, de lidstaat heeft verzuimd deze verplichting te laten doorwerken in de verhouding nationaal uitvoeringsorgaan/eindbegunstigde, kan toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel tot gevolg hebben dat de Europese subsidie *contra legem* wordt verstrekt. Feit is wel dat het criterium dat bij de toepassing van nationale bepalingen die uitdrukking geven aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het ongeschreven vertrouwensbeginsel ten volle rekening moet worden gehouden met het belang van de Gemeenschap door het HvJ EG in het ESF-arrest sterk wordt ingekaderd. Zo moet vaststaan dat de eindbegunstigde zich aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden en dat hij niet heeft gefraudeerd.

De omstandigheid dat de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij de indirecte toepassing van het Europese recht door het HvJ EG steeds meer wordt ingekaderd, heeft tot gevolg dat het onderscheid tussen directe en indirecte toepassing van het Europese recht door nationale uitvoeringsorganen minder relevant wordt. De Europese inkadering van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel leidt er immers toe dat er niet veel verschil bestaat met gevallen waarin het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt toegepast. Met Bok ben ik echter van mening: het gaat om het principe.¹⁶⁰ Het zou dan ook mooi zijn als het HvJ EG in een latere uitspraak ook in theoretisch opzicht nog eens duidelijkheid zou kunnen bieden!

De onduidelijke en onnauwkeurige overwegingen van het HvJ EG in het arrest van 13 maart 2008 zijn naar mijn mening een aanwijzing dat veeleer sprake is van een doel-middelredenering dan van een doordachte uiteenzetting van de leerstukken inzake directe en indirecte toepassing van het Europese recht door nationale uitvoeringsorganen. In dat licht bezien, heeft een al te uitbundige analyse van de uitspraak van het HvJ EG weinig zin. Een verklaring voor een dergelijke doel-middelredenering zou kunnen zijn dat het HvJ EG wil voorkomen dat nationale uitvoeringsorganen door honorering van beroepen op nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen de effectiviteit van de uitvoering van verplichtingen inzake intrekking en terugvordering van Europese subsidies en daarmee de financiële belangen van Europa in gevaar brengen. Deze tendens is niet alleen

¹⁵⁸ Art. 44 lid 4 Reglement voor de procesvoering van het HvJ EG. Zie Den Ouden 2008, p. 18.

¹⁵⁹ Anders: Den Ouden 2008, p. 26 en punt 12 van de noot onder het ESF-arrest, AB 2009, 96.

¹⁶⁰ Zie de noot van AJB onder HvJ EG, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

terug te zien in het arrest van 13 maart 2008, maar ook in de Europese wetgeving. Steeds vaker wordt op Europees niveau uitputtend geregeld welke sancties bij de uitvoering van Europese regelingen door nationale uitvoeringsorganen moeten worden toegepast. De directe toepassing die reeds lange tijd geldt in het kader van de Europese landbouwsubsidies werkt langzaam doch gestaag door naar andere rechtsterreinen.¹⁶¹ Voor de toepassing van nationale beginselen bestaat derhalve sowieso veel minder ruimte. De EU lijkt zo meer grip te willen krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijk in de lidstaten en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten te willen bewerkstelligen.¹⁶² Europa is het imago dat met Europese subsidies wordt gefraudeerd meer dan zat¹⁶³ en wil de bescherming van de financiële belangen van Europa versterken. Nadere inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het HvJ EG past in deze tendens. Vraag is echter of het motief van de bescherming van de financiële belangen van de EU wel speelde in het ESF-arrest. In de aan dit arrest ten grondslag liggende zaken waren de Europese subsidies immers wel aan Europa terugbetaald. Het HvJ EG heeft evenwel in het arrest van 13 maart 2008 uitgemaakt dat het voor de plicht tot terugvordering en de beoordeling van het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geen verschil maakt of de lidstaat de Europese subsidies reeds aan Europa heeft terugbetaald. Hieruit zou men kunnen concluderen dat het wat het HvJ EG betreft meer een imagokwestie is dan dat het daadwerkelijk draait om de bescherming van de financiële belangen van Europa.

Vraag is of deze tendens is toe te juichen en zonder meer door de nationale rechter moet worden opgevolgd. Enerzijds is vanuit het perspectief van de bescherming van de financiële belangen van Europa en met name van het imago van de EU, een beperking van de werking van nationale rechtsbeginselen goed verdedigbaar. Anderzijds: de individuele rechtsbescherming van de subsidieontvanger loopt de nodige averij op. Door het HvJ EG worden immers vergaande eisen gesteld wil het beroep op het vertrouwensbeginsel kunnen worden gehonoreerd. Zeker als de nationale rechter het ESF-arrest strikt uitlegt, zal er weinig ruimte zijn om van terugvordering op grond van het vertrouwensbeginsel af te zien.

De einduitspraken van de ABRvS

Hoewel gelet op het vorenstaande nog maar weinig over is van de mogelijkheid om het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen indien de intrekking en terugvordering van Europese subsidies wordt beheerst door het nationale recht, kan mijns inziens uit de uitspraak van 13 maart 2008 niet de conclusie worden getrokken dat de nationale beginselen niet meer van toepassing zijn. De ABRvS komt evenwel tot een ander oordeel. Zij spreekt zich in de

¹⁶¹ Den Ouden 2008, p. 26.

¹⁶² Jans e.a. 2007, p. 172; Den Ouden 2008, p. 26-27. Zie omtrent de implementatie van EU-handhavingsvoorschriften P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

¹⁶³ Gelet op de krantenkoppen van de afgelopen jaren is dat ook niet zo raar. Voorbeelden: de Volkskrant 25 november 2008: Bulgarije verliest EU-subsidie door fraude; de Volkskrant 23 april 2007: Grote fraude met EU-landbouwgeld; Trouw 25 januari 2001: Vermeend: Commissie onderzoekt fraude ESF; Trouw 19 maart 1999: Nederland fraudeert er lustig op los met Europees geld.

vier einduitspraken waarin uitvoering wordt gegeven aan het arrest van het HvJ EG weliswaar niet uit over de vraag of sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht, maar overweegt wel dat uit het oordeel van het HvJ EG dat de nationale rechter in dit geval aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht, volgt dat geen ruimte bestaat om het besluit aan het nationale vertrouwensbeginsel te toetsen.¹⁶⁴ In het kader van de toepassing van het vertrouwensbeginsel overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht overweegt de Afdeling in drie zaken dat op dat beginsel geen succesvol beroep kan worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling.¹⁶⁵ Nu de subsidieontvanger in strijd heeft gehandeld met artikel 10 van de ESF-regeling, heeft hij zich volgens de Afdeling schuldig gemaakt aan een kennelijke schending van de geldende regeling en komt hem daarom geen beroep toe op het in deze zaak van toepassing zijnde gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel. In de vierde zaak ging het volgens de Afdeling niet om de kennelijke schending van de geldende regeling, maar was de subsidievaststelling op nihil gelegen in het feit dat de subsidieontvanger niet aan de doelstelling van het project had voldaan en derhalve de opleidingsactiviteiten niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden had uitgevoerd. Hier overweegt de Afdeling simpelweg dat de subsidieontvanger reeds daarom geen beroep toekomt op het in deze zaak van toepassing zijnde gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel. Dat tussen de subsidieontvanger en de minister de afspraak gold om de in de subsidiebeschikking neergelegde doelstelling van het project ruimhartig te interpreteren en de subsidieontvanger wellicht als te goeder trouw moet worden aangemerkt, doet kennelijk niet ter zake. Nationaalrechtelijk baseert de Afdeling de intrekking van de subsidievaststelling op artikel 4:49 Awb, dat voor de gelegenheid verordeningsconform wordt uitgelegd.

Mijn kritiek op het oordeel van de Afdeling is tweeledig. Allereerst komt zij naar mijn mening ten onrechte tot de conclusie dat de Europese beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen van toepassing zijn. Hierop ben ik reeds uitvoerig ingegaan. Nu de Afdeling de overwegingen van het HvJ EG volgt wat betreft de toetsing aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, maakt dit voor de uiteindelijke uitkomst niet veel uit. Ook bij de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geldt op grond van het arrest van 13 maart 2008 dat de begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling zich niet kan beroepen op voormelde beginselen. Voor toekomstige zaken maakt het oordeel van de Afdeling wel uit. Nu de Afdeling eenmaal heeft geoordeeld dat in zaken waarin het gaat om terugvordering van subsidies uit het ESF het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is, bestaat het risico dat de Afdeling ook in andere Europese subsidiezaken volstaat met het oordeel dat *contra legem*-toepassing van het Europees rechtszekerheids- en

¹⁶⁴ ABRvS 24 december 2008, zaak 200502580/1, AB 2009, 95 m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53 m.nt. AJB; ABRvS 24 december 2008, zaak 200502951/1, AB 2009, 96 m.nt. W. den Ouden; ABRvS 24 december 2008, zaak 200505580/1 en ABRvS 24 december 2008, zaak 200502898/1 (<www.raadvanstate.nl>).

¹⁶⁵ ABRvS 24 december 2008, zaak 200502951/1, AB 2009, 96 m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53 m.nt. AJB, r.o. 2.9.

vertrouwensbeginsel niet mogelijk is. Zoals gezegd, sluit het HvJ EG in het arrest van 13 maart 2008 *contra legem*-toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet expliciet uit.

Ten tweede werkt de Afdeling naar mijn mening onvoldoende uit of de begunstigde zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling. Het in strijd handelen met artikel 10 van de ESF-regeling is voor de Afdeling voldoende om van een kennelijke schending te spreken. Het HvJ EG stelt weliswaar ook vast dat uit de toelichting van de verwijzende rechter volgt dat aan de toekenning van de gelden de voorwaarde was gekoppeld dat de begunstigten de bepalingen van de ESF-regeling zouden naleven, meer bepaald de verplichting om voor de projecten een aparte administratie te voeren, en ook dat deze bepalingen, min of meer opzettelijk, niet zijn nageleefd, maar laat aan de nationale rechter expliciet de ruimte om te beoordelen of, gelet op het gedrag van zowel de begunstigten als de betrokken bestuursorganen, de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen naar gemeenschapsrecht verstaan, tegen de verzoeken om terugbetaling kunnen worden ingeroepen. De Afdeling laat deze ruimte geheel onbenut; aan het gedrag van de betrokken bestuursorganen wordt immers geen aandacht besteed. Daarbij komt dat in de drie identieke zaken – anders dan het HvJ EG concludeert – uit de overwegingen van de Afdeling in de verwijzingsuitspraak helemaal niet duidelijk blijkt dat de administratievoorschriften min of meer opzettelijk niet zijn nageleefd. Gelet op de ruimte die het Hof de nationale rechter biedt, had de Afdeling mijns inziens de mogelijkheid om tot het oordeel te komen dat de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen zich in casu tegen terugvordering verzetten.

De tendens die de Afdeling inzet met de strikte interpretatie van het ESF-arrest door geen aandacht te besteden aan het gedrag van het nationale uitvoeringsorgaan, is mijns inziens niet toe te juichen. De subsidieontvanger die naar aanleiding van uitlatingen van een nationaal uitvoeringsorgaan dan wel een besluit tot subsidievaststelling van datzelfde orgaan erop vertrouwt dat overeenkomstig de subsidieverplichtingen is gehandeld, moet immers, als later blijkt dat in strijd met Europese verplichtingen is gehandeld, de subsidie altijd aan het nationale uitvoeringsorgaan terugbetalen. Op grond van de Coördinatieverordening zelf bestaat geen mogelijkheid om van terugvordering af te zien op grond van bijvoorbeeld de omstandigheid dat het zich niet houden aan de subsidieverplichting is te wijten aan het gedrag van het nationale uitvoeringsorgaan. Het financiële risico verschuift derhalve van het nationale uitvoeringsorgaan naar de eindbegunstigde.

Nu zult u wellicht zeggen: wat is nu het probleem? Vaststaat immers dat de eindbegunstigde zich niet aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden! Prima dus dat de subsidie, ook nog na de subsidievaststelling, kan worden ingetrokken en de eindbegunstigde moet terugbetalen. Niet zo snel! Bedacht moet worden dat voor de subsidieontvanger niet altijd duidelijk is welke subsidieverplichtingen gelden dan wel hoe deze verplichtingen nu precies moeten worden geïnterpreteerd. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat uit nationale algemeen geformuleerde regels soms heel specifieke verplichtingen voor de eindbegunstigten worden

afgeleid. Als voorbeeld dient het waargebeurde geval¹⁶⁶ waarin een eindbegunstigde de weekstaten die per dag werden afgetekend door deelnemers en docenten in een onderwijsproject digitaal had samengevoegd tot maandstaten. Die maandstaten werden opnieuw door de deelnemers en docenten afgetekend. Dit lijkt geen rare gedachte, gelet op de enorme papierwinkel die zou ontstaan indien alle dagstaten bewaard zouden worden. De minister stelde de verleende subsidie van € 116.000 op nul vast, nu de dagstaten de meest originele en dus de meest relevante bewijsstukken waren en de maandstaten derhalve onvoldoende waren. Naar aanleiding van onderzoek van de Europese Commissie was namelijk gebleken dat maandstaten niet konden voldoen als bewijsstuk dat de uitgaven daadwerkelijk hadden plaatsgevonden. Niet duidelijk is echter hoe de eindbegunstigde had moeten weten dat maandstaten onvoldoende waren. In de geldende nationale regeling stond immers niet meer dan dat in de deelnemersadministratie alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig moesten worden vastgelegd en te verifiëren moesten zijn met bewijsstukken. Hieruit kan toch moeilijk worden afgeleid dat maandstaten onvoldoende zouden zijn. Ten tweede was bij diverse tussentijdse controles van het nationale uitvoeringsorgaan nooit aangegeven dat de maandstaten niet konden voldoen als bewijsstuk en de administratie dientengevolge ondeugdelijk was. De Afdeling komt echter tot het oordeel dat de minister de subsidie op nul heeft kunnen vaststellen. Deze strenge lijn is mogelijk te verklaren door de wens om uitvoering te kunnen geven aan de Europeesrechtelijke verplichting tot terugvordering in geval van onregelmatigheden neergelegd in artikel 23 Coördinatieverordening. De strenge lijn heeft echter wel tot gevolg dat uit vage bepalingen allerlei concrete verplichtingen worden afgeleid die aan de burger worden tegengeworpen. De subsidieontvanger valt dus soms nauwelijks iets te verwijten.

Het ESF-arrest heeft tot gevolg dat indien niet aan de subsidieverplichtingen is voldaan dan wel sprake is van een kennelijke schending van de regeling, geen beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel. Uit het zojuist gegeven voorbeeld blijkt dat voor de eindbegunstigde niet altijd duidelijk is welke verplichtingen gelden, hetgeen in veel gevallen aan het subsidieverstrekkende uitvoeringsorgaan kan worden verweten. Het HvJ EG laat aan de nationale rechter de ruimte om daarmee bij de beoordeling van een besluit tot lagere vaststelling dan wel intrekking van de subsidievaststelling rekening te houden. Dit volgt uit de overweging van het HvJ EG in het ESF-arrest dat rekening mag worden gehouden met het gedrag van de betrokken bestuursorganen. De Afdeling laat deze ruimte mijns inziens ten onrechte onbenut. Wellicht wil de Afdeling het zekere voor het onzekere nemen en voorkomen dat door Nederland niet aan de Europese verplichtingen wordt voldaan. Dit zou immers tot een infractieprocedure van de Europese Commissie kunnen leiden net als na de uitspraak van de ABRvS in de zaak Fleuren/Compost.¹⁶⁷

¹⁶⁶ ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007, 96 m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden. Zie ook Den Ouden 2008, p. 10-11.

¹⁶⁷ Zie par. 2.3.

Het ESF-arrest van het HvJ EG heeft tot gevolg dat de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies nog meer is ingekaderd. Het onderscheid tussen indirecte en directe toepassing van het Europese recht is dan ook minder relevant geworden. Het enige verschil lijkt nog dat bij indirecte toepassing van het Europese recht *contra legem*-toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel nog mogelijk is en in dat kader rekening mag worden gehouden met het gedrag van het subsidieverstreckende nationale uitvoeringsorgaan. Het is – zolang het HvJ EG zich daarover niet heeft uitgesproken – echter de vraag of *contra legem*-toepassing bij indirecte toepassing daadwerkelijk mogelijk is.

De Afdeling heeft hoe dan ook gekozen voor de strengste uitleg van het arrest van het HvJ EG. Zij neemt aan dat de communautaire beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen van toepassing zijn en dat een geslaagd beroep op deze beginselen reeds niet mogelijk is omdat sprake is van een kennelijke schending van de geldende regeling dan wel het project waarvoor subsidie is verkregen niet volgens de subsidieverplichtingen is uitgevoerd. In dat kader gaat de Afdeling – anders dan het HvJ EG heeft opgedragen – niet in op het gedrag van de subsidieverstreckende nationale uitvoeringsorganen.

In gevallen waarin nationale uitvoeringsorganen direct Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen toepassen, geldt al lange tijd dat slechts de communautaire beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen van toepassing zijn. Er bestond derhalve een verschil in behandeling tussen intrekkings- en terugvorderingszaken waarin direct Europees recht wordt toegepast enerzijds en zaken waarin Europese subsidies en puur nationale subsidies met behulp van het nationale recht worden ingetrokken en teruggevorderd anderzijds. Omdat het nationale uitvoeringsorgaan dan wel de nationale rechter in het geval van Europese subsidies waarbij sprake is van directe toepassing puur Europees recht toepast en in het geval van Europese subsidies waarbij sprake is van indirecte toepassing en louter nationale subsidies nationaal recht en het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast, heeft dit nooit tot grote problemen geleid. Het enige dat in het oog moest worden gehouden, was dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europese subsidiezaken waarbij sprake is van indirecte toepassing iets anders moest worden uitgelegd. Het ESF-arrest en de daaraan door de Afdeling gegeven uitleg heeft echter tot gevolg dat op intrekkings- en terugvorderingsbepalingen die zowel van toepassing zijn op Europese subsidies die met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd als op louter nationale subsidies, verschillende rechtsbeginselen van toepassing zijn. In het eerste geval dient het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te worden toegepast en indien sprake is van een louter nationale subsidie is het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel gewoon van toepassing. Praktisch gezien betekent dit dat de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht indien het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies zodanig moet worden opgegrepen dat aan de Europese verplichting tot terugvordering gevolg kan worden gegeven. De achterliggende beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen komen door de restrictieve uitleg van de Afdeling buitenspel te staan.

Aan de subsidieontvanger is het voorgaande lastig uit te leggen. Hoewel dezelfde intrekings- en terugvorderingsbepalingen van toepassing zijn, maakt het een wereld van verschil of sprake is van een Europese subsidie die met behulp van het nationale recht wordt uitgevoerd of van louter nationale subsidies. In het eerste geval wordt het nationale recht immers zo uitgelegd dat van de bescherming van rechtszekerheid en vertrouwen hoegenaamd niets overblijft. Welke fouten het subsidieverstreckende bestuursorgaan ook heeft gemaakt – van het niet controleren van de aanvraag om subsidievaststelling dan wel de toezegging om een subsidieverplichting op een bepaalde manier uit te leggen –, indien later blijkt dat de subsidieontvanger zich niet aan de verplichtingen heeft gehouden ofwel de geldende regeling kennelijk heeft geschonden – wat dat dan ook precies moge zijn – moet in alle gevallen worden terugbetaald. Het risico voor de gebrekkige uitvoering van Europese subsidieregelingen door nationale uitvoeringsorganen komt zo geheel bij de subsidieontvanger te liggen. Dit is naar mijn mening geen goede ontwikkeling.

Hoe kan er nu voor worden gezorgd dat enerzijds recht wordt gedaan aan de Europeesrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies en anderzijds het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet te veel wordt uitgehold? Een eerste mogelijkheid is een specifieke wettelijke regeling inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies op nationaal niveau. A.J. Bok pleit in zijn noot bij het ESF-arrest voor een dergelijke specifieke wettelijke regeling.¹⁶⁸ Daarin kan worden neergelegd dat indien in strijd met de subsidieverplichtingen wordt gehandeld dan wel sprake is van een kennelijke schending van de regeling de subsidie te allen tijde moet worden ingetrokken en teruggevorderd. In dat geval is de belangenafweging reeds op wettelijk niveau gemaakt en heeft het bestuursorgaan geen discretionaire ruimte om anders te beslissen. Er bestaat geen ruimte meer voor toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, behalve dan indien wordt aangevoerd dat de desbetreffende wettelijke bepaling zelf in strijd is met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Hoewel een dergelijke wettelijke regeling leidt tot rechtszekerheid voor de subsidieontvanger, betekent dit wel dat wat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies betreft de bepalingen van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht die nu juist welbewust uitdrukking geven aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zomaar worden opgegeven. De tweede mogelijkheid houdt in dat op Europees niveau een communautaire terugvorderingsregeling wordt vastgesteld zoals bij de uitvoering van de Europese landbouwsubsidies al gebruikelijk is. Er vindt een verschuiving plaats van de indirecte naar de directe toepassing van het Europese recht. Nadeel hiervan is dat dan voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel helemaal geen ruimte meer is. Voordeel is wel dat de subsidieontvanger precies weet waar hij aan toe is. Een derde mogelijkheid is dat de nationale bestuursrechter de grenzen van de rechtspraak van het HvJ EG opzoekt en zo veel mogelijk toepassing geeft aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Een extreme vorm is de uitspraak van het CBB van 27 juni 2008 die in paragraaf 5.2 zal worden besproken.¹⁶⁹

¹⁶⁸ HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, JB 2008/104 m.nt. AJB.

¹⁶⁹ CBB 27 juni 2008, AB 2008, 282 m.nt. R. Oortlepp.

In deze uitspraak rept het CBB met geen woord over de Europeesrechtelijke implicaties van de zaak en stelt geen vragen aan het HvJ EG. Ondertussen past het CBB het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe en draagt het betrokken bestuursorgaan op gedurende een jaar in strijd met het Europese recht te handelen. Een minder extreme variant en de laatste mogelijkheid is om het ESF-arrest zodanig uit te leggen dat de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht en daarmee het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zo veel mogelijk kunnen worden toegepast. De nationale bestuursrechter dient alle ruimte te benutten die het arrest biedt. Indien de Europese Commissie van mening zou zijn dat het arrest van het HvJ EG door de nationale rechter onjuist wordt uitgelegd, kan een inbreukprocedure worden gestart. Mocht een nationale bestuursrechter dit een te groot risico vinden, dan zou op z'n minst een nieuwe vraag aan het HvJ EG moeten worden gesteld, teneinde duidelijkheid trachten te verkrijgen.

Naar mijn mening verdient de laatste mogelijkheid de voorkeur. Alleen op die manier wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de Europese verplichtingen die gelden enerzijds en aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel anderzijds. Hopelijk ontstaat op deze manier een dialoog tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter over de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Deze dialoog laat thans te wensen over, nu het HvJ EG eendimensionaal lijkt te zijn gericht op effectieve doorwerking van EG-recht.¹⁷⁰ Door de dialoog die mogelijk zal ontstaan tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter bestaat bovendien de kans dat het HvJ EG wordt geïnspireerd door de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter. Wellicht dat dit zal leiden tot een soepeler jurisprudentie.

4.3 Onrechtmatige staatssteun

De vorige paragraaf is bekeken in hoeverre bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies ruimte bestaat voor nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter om het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen. In de onderhavige paragraaf is aan de orde hoe deze vraag moet worden beantwoord indien het gaat om de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Zijn de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht omtrent de intrekking en wijziging van de subsidie en het ongeschreven vertrouwensbeginsel onverkort van toepassing of worden aan die toepassing door het Europese recht grenzen gesteld?

Zoals in paragraaf 2.3 is besproken, staan indien de Commissie besluit dat een lidstaat onrechtmatige staatssteun moet terugvorderen voor de subsidieontvanger twee wegen van rechtsbescherming open. Allereerst kan de subsidieontvanger

¹⁷⁰ T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden op 9 december 2005, Deventer: Kluwer 2006, p. 55. Barkhuysen verklaart deze eendimensionale benadering mede vanuit de al vroeg in de jurisprudentie ontwikkelde regel dat het gemeenschapsrecht op eigen kracht doorwerkt in de nationale rechtsorden van de lidstaten en daarbij voorrang heeft boven nationaal recht.

beroep instellen tegen de beschikking van de Commissie. Omdat in de beschikking exact is vermeld van wie en welke subsidie moet worden teruggevorderd, wordt de subsidieontvanger rechtstreeks geraakt door deze beschikking. Nederlandse uitvoeringsorganen zijn gehouden om op grond van de Commissiebeschikking de onrechtmatige staatssteun in te trekken en terug te vorderen. Voor zover de staatssteun is verstrekt in de vorm van een subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb, geven nationale bestuursorganen gevolg aan de beschikkingen van de Commissie inzake staatssteun in de hoedanigheid van subsidie met behulp van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht en bepalingen in de Subsidiekaderwetten. De subsidieontvanger kan in het kader daarvan ten tweede rechtsmiddelen aanwenden tegen het nationale besluit tot intrekking en terugvordering van de subsidie die als onrechtmatige staatssteun is aangemerkt.

Een mooi voorbeeld van een zaak waarin zowel op Europees als nationaal niveau werd geprocedeerd tegen de terugvordering van onrechtmatige staatssteun is de zaak *Fleuren/Compost*, ook wel de *BPM-zaak* genoemd.¹⁷¹ De feiten in deze zaak komen vrijwel overeen met de in de inleiding geschetste casus waarin het ging om terugvordering van onrechtmatige staatssteun.

In beide procedures, dus op Europees én nationaal niveau, doet de subsidieontvanger doorgaans een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Dit beroep houdt praktisch in dat de subsidieontvanger betoogt dat hij niet had kunnen weten dat het subsidieverstrekkende bestuursorgaan in strijd met de Europese verplichtingen de subsidie niet heeft aangemeld bij de Europese Commissie. In de jurisprudentie van het GvEA en het HvJ EG is de werking van het vertrouwensbeginsel sterk beperkt. De vaste rechtspraak luidt dat ondernemingen, gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie krachtens artikel 88 EG-Verdrag uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de steun die zij hebben genoten, wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoedzaam ondernemer zal volgens het HvJ EG normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd, ook indien de betrokken staat in zodanige mate voor de onrechtmatigheid van het besluit tot toekenning van de steun verantwoordelijk is, dat de intrekking daarvan jegens de begunstigde een schending van de goede trouw lijkt.¹⁷² Het HvJ EG heeft wel aanvaard dat de ontvangers van onrechtmatig toegekende steun zich in het kader van een terugvorderingsprocedure kunnen beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die hun vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, om zich tegen de terugbetaling ervan te verzetten.¹⁷³ Begunstigden kunnen dergelijke uitzonderlijke omstandigheden op basis van de relevante nationale bepalingen alleen aanvoeren in het kader van de terugvorderingsprocedure voor de nationale

¹⁷¹ ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden, M&M 2006, p. 93 e.v. m.nt. Van Angeren, Gst. 2006, 98 m.nt. Van den Tweel.

¹⁷² HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 14 en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 25.

¹⁷³ HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 16, HvJ EG 10 juni 1993, zaak C-183/91 (Commissie/Griekenland), Jur. 1993, p. I-3131, r.o. 18, GvEA 15 september 1998, zaak T-126/96 en T-127/96 (BFM en EFIM/Commissie), Jur. 1998, p. II-3437, r.o. 69.

rechter, die als enige de omstandigheden van het geval dient te beoordelen, eventueel na het HvJ EG prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld.

Hoewel uitzonderlijke omstandigheden volgens het HvJ EG enkel kunnen worden aangevoerd in het kader van de terugvorderingsprocedure voor de nationale rechter, heeft het GvEA in het arrest Fleuren-Compost wel gemotiveerd geoordeeld dat de door Fleuren-Compost aangevoerde uitzonderlijke omstandigheden niet tot vernietiging van de beschikking van de Commissiebeschikking kunnen leiden. De subsidieontvanger voerde bijvoorbeeld aan dat hij niet wist dat in de desbetreffende subsidieregeling stond dat het recht op een bijdrage pas ontstaat, indien de Commissie hiertegen geen bezwaar maakt. Het GvEA overweegt hieromtrent dat ontvangers van steun niet op basis van overwegingen verband houdende met hun omvang kunnen worden vrijgesteld van de verplichting om op de hoogte te blijven van de communautaire rechtsregels. Het feit dat de subsidieontvanger door de Nederlandse autoriteiten niet in kennis was gesteld van het verloop van de administratieve procedure kan, zelfs indien dit zo zou zijn, evenmin worden beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid die bij haar een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de betrokken steun kon opwekken.¹⁷⁴ Uit de jurisprudentie blijkt dat het gedrag van nationale autoriteiten niet tot uitzonderlijke omstandigheden kan leiden die bij de subsidieontvanger een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de betrokken steun kan opwekken. Een andersluidend oordeel zou volgens het GvEA tot gevolg hebben dat de artikelen 87 en 88 EG-Verdrag elk nuttig effect zouden verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag of nalatigheid zouden kunnen beroepen om aan beschikkingen die de Commissie op grond van de verdragsbepalingen heeft gegeven, elke werking te ontnemen.¹⁷⁵ Uit de jurisprudentie blijkt wel dat de uitzonderlijke omstandigheden wel gelegen kunnen zijn in gerechtvaardigd vertrouwen dat jegens de Commissie is ontstaan. Tot nog toe hebben het GvEA en het HvJ EG nog geen enkele omstandigheid als uitzonderlijk aangemerkt.

In een nationale procedure tegen de intrekkings- en terugvorderingsbeschikking van het nationale bestuursorgaan, parallel aan of volgend op de procedure op Europees niveau, doet de ontvanger van onrechtmatige staatssteun veelal opnieuw een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De ruimte voor de nationale rechter om dit beroep te beoordelen, is gelet op de voormelde vaste jurisprudentie van het GvEA en het HvJ EG behoorlijk ingeperkt. Hoewel het aan de nationale rechter is om te beoordelen of sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die tot gevolg moeten hebben dat het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt gehonoreerd, blijkt uit de uitspraak in de zaak Fleuren/Compost dat het GvEA in dat kader gedetailleerde aanwijzingen geeft wanneer in ieder geval niet van zodanige omstandigheden sprake is. Uit de uitspraak van de Afdeling¹⁷⁶ in deze zaak blijkt dan ook dat zij de overwegingen van het GvEA vrijwel

¹⁷⁴ HvJ EG 29 september 2000, zaak T-55/99 (CETM/Commissie), Jur. 2000, p. II-3207, punt 127.

¹⁷⁵ HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 17, HvJ EG 14 januari 1997, zaak C-169/95 (Spanje/Commissie), Jur. 1997, p. I-135, r.o. 48.

¹⁷⁶ ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden.

geheel overneemt. Vraag is ook hier of de ABRvS in de uitspraak niet meer recht had kunnen doen aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Zoals gezegd, is inmiddels een wetsvoorstel terugvordering staatssteun ahangig.¹⁷⁷ Het voorstel is onder meer om in de Awb een nieuwe titel 4.2A ‘Terugvordering van staatssteun’ op te nemen. Ingevolge de in de titel opgenomen bepalingen wordt het voor bestuursorganen mogelijk om ter uitvoering van een beschikking van de Europese Commissie inzake onrechtmatige staatssteun een subsidiebesluit in te trekken dan wel te wijzigen. Opvallend is dat ingevolge het voorgestelde artikel 4:80b Awb en de voorgestelde aanvullingen van de artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan in stand blijft. Voorts is niet gecodificeerd dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden van terugvordering kan worden afgezien. Dit houdt in dat het bestuursorgaan een belangenafweging moet maken en in dat kader nog steeds een beroep kan worden gedaan op het ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Dit betekent echter niet dat nationale bestuursorganen die uitvoering moeten geven aan een Commissiebeschikking alle ruimte hebben om van intrekking en terugvordering van de onrechtmatige staatssteun af te zien. Nationale bestuursorganen zijn bij de toepassing van de nieuwe artikelen van de Awb immers gebonden aan de jurisprudentie van het GvEA en het HvJ EG. Deze jurisprudentie blijft ook na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel terugvordering staatsteun relevant.

4.4 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het Europese recht grenzen stelt aan de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ten eerste kan het zo zijn dat in het kader van de intrekking en terugvordering van Europese subsidies helemaal geen ruimte meer bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en getoetst moet worden aan de Europese beginselen. Ten tweede geldt dat de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun weliswaar wordt beheerst door het nationale recht, maar de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het HvJ EG zo sterk wordt ingekaderd, dat een beroep op deze beginselen weinig kans van slagen heeft. De achterliggende oorzaak hiervan is dat het Europese vertrouwensbeginsel nu eenmaal een beperktere strekking heeft dan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Beoogd wordt te voorkomen dat nationale uitvoeringsorganen door honorering van beroepen op het nationale beginsel van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen de effectiviteit van de uitvoering van de verplichtingen inzake intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun in gevaar brengen. Met name in het staatssteunrecht speelt dit een grote rol. De gedachte is dat nationale uitvoeringsorganen er belang bij hebben

¹⁷⁷ Voluit gaat het om een ‘voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Awb en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het voorstellen van de wettelijke rente aan te passen. Zie Kamerstukken II 2007/2008, 31 418, nr. 1, 2 en 3.

ationale ondernemingen met subsidies te ondersteunen en daarom onder een hoedje met de subsidieontvanger zouden kunnen gaan spelen.¹⁷⁸ Vandaar dat in de jurisprudentie van het HvJ EG inzake de terugvordering van staatssteun door nationale autoriteiten veel minder ruimte bestond voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan bij de terugvordering van Europese subsidies.

Oorspronkelijk bestond bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies, voor zover deze wordt beheerst door het nationale recht, wel degelijk ruimte voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Hoewel het HvJ EG de toepassing wel enigszins inkaderde, had de nationale rechter de ruimte om te bepalen dat op grond van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van intrekking en terugvordering van de desbetreffende Europese subsidie moest worden afgezien. Het HvJ EG wekt in het ESF-arrest echter de indruk dat de Deutsche Milchkontor-jurisprudentie die geldt indien de intrekking en terugvordering van Europese subsidies wordt beheerst door het nationale recht, wordt verlaten. De Afdeling heeft uit het ESF-arrest dan ook afgeleid dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies wordt beheerst door het Europese recht en dientengevolge het communautair rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. De Afdeling volstaat met de constatering dat geen ruimte bestaat voor toepassing van dit beginsel indien de subsidieontvanger zich niet aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden dan wel sprake is van een kennelijke schending van de geldende regeling. Hoewel het HvJ EG de ruimte biedt om rekening te houden met het gedrag van het subsidieverstrekkende bestuursorgaan, besteedt de Afdeling hieraan geen aandacht.

Hoewel de Afdeling naar mijn mening wat al te snel de conclusie heeft getrokken dat niet langer ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, volgt uit het ESF-arrest wel dat dit beginsel steeds meer Europees wordt ingekleurd. Het HvJ EG geeft steeds nauwkeuriger aanwijzingen, zodat de ruimte voor de nationale rechter om zélf aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te toetsen wordt ingeperkt. De strengere lijn inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is te verklaren vanuit de gedachte dat de EU meer grip wil krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijk in de lidstaten en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen. Europa is het imago dat met Europese subsidies wordt gefraudeerd meer dan zat en wil de bescherming van de financiële belangen van Europa versterken. Nadere inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het HvJ EG past in deze tendens. Wel moet worden opgemerkt dat het HvJ EG in het arrest van 13 maart 2008 heeft uitgemaakt dat het voor de verplichting van de lidstaat om de subsidie in te trekken en terug te vorderen geen verschil maakt of de lidstaat

¹⁷⁸ Den Ouden 2008, p. 27 en 28. Den Ouden verwijst naar de uitspraak van het HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96 (Oelmühle), Jur. 1998, p. I-4767. In r.o. 37 van deze uitspraak heeft het HvJ EG aangegeven dat de jurisprudentie inzake het vertrouwensbeginsel in staatssteunzaken niet onverkort kan worden toegepast bij de terugvordering van Europese subsidies, nu bij Europese subsidies het concurrentievoordeel dat kenmerkend is voor staatssteun (in beginsel) ontbreekt.

de Europese subsidies reeds aan Europa heeft terugbetaald. Hieruit volgt dat het wat het HvJ EG betreft meer een imagokwestie is, dan dat het daadwerkelijk draait om de bescherming van de financiële belangen van Europa. Hoe dan ook: vanuit het perspectief van de bescherming van de financiële belangen van Europa en met name van het imago van de EU, lijkt een beperking van de werking van nationale rechtsbeginselen goed verdedigbaar.

De voormelde ontwikkeling in de jurisprudentie van het HvJ EG heeft tot gevolg dat de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun en om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies met behulp van het Europese recht enerzijds en zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidie met behulp van het nationale recht anderzijds, steeds minder uit elkaar komt te liggen. Vanuit Europees perspectief is dit een positieve ontwikkeling. Ten eerste is het een erg ingewikkelde werkwijze om steeds te moeten uitmaken of sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht, terwijl het uiteindelijk in beide gevallen gaat om subsidies die met Europees geld worden gefinancierd. Ten tweede geldt bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun al een zeer strenge jurisprudentielijn ten aanzien van de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Vanuit Europees oogpunt is verdedigbaar dat deze lijn ook in Europese subsidiezaken moet worden gevolgd.

In het Nederlandse subsidierecht is echter ervoor gekozen de subsidieontvanger vanuit het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel meer bescherming te bieden. Gelet hierop, zijn de ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG nationaal gezien onwenselijk. De vraag is dan ook of het ESF-arrest zonder meer door de Afdeling had moeten worden opgevolgd. De individuele rechtsbescherming van de subsidieontvanger loopt immers de nodige averij op. Duidelijk is dat de subsidieontvanger die naar aanleiding van uitlatingen van een nationaal uitvoeringsorgaan dan wel een besluit tot subsidievaststelling erop vertrouwt dat overeenkomstig de subsidieverplichtingen en de geldende regeling wordt gehandeld en dat later vanuit Europees perspectief niet zo blijkt te zijn, door de inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel altijd moet terugbetalen.

Hierbij kunnen allereerst vraagtekens worden gezet als wordt bedacht dat in louter nationale subsidiezaken deze inperking niet geldt. Dit betekent dat het wat de intrekking en terugvordering betreft nogal wat uitmaakt of de subsidie met nationaal dan wel Europees geld wordt bekostigd. Dit terwijl dezelfde nationale bepalingen van toepassing zijn, namelijk de intrekkings- en terugvorderingsbepalingen van de subsidietitel van de Awb. Aan de subsidieontvanger is dit lastig uit te leggen. Ook voor nationale uitvoeringsorganen en nationale bestuursrechters levert dit problemen op, nu zij de ene keer het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moeten toepassen en de andere keer een nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dat zo wordt ingekaderd door het Europese recht dat een beroep daarop nauwelijks kans van slagen heeft. Ook in het kader van de algemene leerstukken die gelden omtrent de uitvoering van het Europese

recht is de inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel lastig te duiden. Is het immers niet zo dat voor zover de lidstaten het Europese recht uitvoeren met behulp van het nationale recht, het beginsel van procedurele autonomie geldt en de lidstaten op grond daarvan zelf mogen uitmaken welk nationaal recht – met inbegrip van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel – van toepassing is? Nu is het natuurlijk zo dat het beginsel van procedurele autonomie wordt ingekaderd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. De omstandigheid dat in Europese subsidiezaken die met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd in uitzonderlijke gevallen een beroep op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt gehonoreerd, heeft naar mijn mening evenwel niet tot gevolg dat de terugvordering van Europese subsidies praktisch onmogelijk wordt gemaakt. De effectiviteit van de uitvoering van verplichtingen inzake intrekking en terugvordering van subsidies hoeft daarmee niet in gevaar te komen. Dit blijkt ook wel uit het feit dat in Europese subsidieregelingen die direct door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast veelal bepalingen zijn opgenomen op grond waarvan van intrekking en terugvordering van een Europese subsidie omdat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, kan worden afgezien. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is in die regelingen derhalve gecodificeerd. Kennelijk acht de Europese wetgever dat niet in strijd met het effectiviteitsbeginsel. Indien in een Europese subsidieregeling niets is geregeld omtrent het achterwege laten van intrekking en terugvordering van een Europese subsidie in geval van onregelmatigheden, moet naar mijn mening dan ook het nationale recht en het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel worden toegepast. Dit is slechts anders indien uit de desbetreffende Europese subsidieregeling uitdrukkelijk het tegendeel blijkt. Indien Europa de lidstaten en hun nationale recht nodig heeft voor de uitvoering van het Europese recht, moet als consequentie worden aanvaard dat op nationaal niveau het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moet worden toegepast, ook als dit niet gunstig is in het kader van de uitvoering van het Europese recht. Indien Europa dit anders wil, zal zij zelf regels moeten opstellen! In dat geval kan op Europees niveau worden vastgesteld in welke gevallen van terugvordering kan worden afgezien. De farce dat weliswaar in naam nationaal recht wordt toegepast, doch in de praktijk sprake is van een significante uitholling van de rechten van de subsidieontvanger zodat van de toepassing van het nationale recht weinig overblijft, moet naar mijn mening worden gestopt.

Hoe kan er nu voor worden gezorgd dat enerzijds recht wordt gedaan aan de Europeesrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies en anderzijds het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet te veel wordt uitgehold? In deze paragraaf zijn drie mogelijkheden besproken: een specifieke wettelijke regeling inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidie, een op Europees niveau vastgestelde communautaire terugvorderingsregeling en een assertieve nationale bestuursrechter die zo veel mogelijk toepassing geeft aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De laatste mogelijkheid biedt de meeste kansen voor het behoud van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europeesrechtelijke zaken. Indien de Europese Commissie van mening zou zijn dat het arrest van het HvJ EG door de nationale bestuursrechter onjuist wordt uitgelegd, kan een inbreukprocedure

worden gestart. Mocht een nationale bestuursrechter dit een te groot risico vinden, dan zou op z'n minst een nieuwe vraag aan het HvJ EG moeten worden gesteld, teneinde duidelijkheid trachten te verkrijgen. Alleen op die manier wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de Europese verplichtingen die gelden enerzijds en aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel anderzijds. Door de dialoog die zal ontstaan tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter bestaat bovendien de kans dat het HvJ EG wordt geïnspireerd door de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale rechter. Dit zou kunnen leiden tot een soepeler jurisprudentie van het HvJ EG.

5 Invloed van het Europese recht bij de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter in andere dan Europese subsidiezaken

5.1 Inleiding

Uit de vorige paragrafen blijkt dat de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt ingeperkt indien nationale uitvoeringsorganen Europese subsidies – al dan niet met behulp van het nationale recht – en onrechtmatige staatssteun intrekken en terugvorderen. De intrekking en terugvordering zal in de meeste gevallen geschieden door middel van een besluit in de zin van de Awb. De rechtsbescherming tegen deze intrekking en terugvordering van subsidies vindt dan ook op nationaal niveau plaats en wordt geboden door de nationale bestuursrechter. Nu het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de subsidieontvanger veelal bij de rechter wordt ingeroepen, wordt met name de nationale bestuursrechter geconfronteerd met de beperkingen die het HvJ EG stelt aan de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ofwel het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is van toepassing, ofwel het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt zodanig ingeperkt dat daarvan weinig overblijft. In louter nationale subsidiezaken zal de nationale bestuursrechter gewoonweg het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moeten toepassen. Dit heeft tot gevolg dat de nationale bestuursrechter zich bewust moet zijn van de vraag met welke soort zaak hij van doen heeft en op welke wijze hij dientengevolge het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moet toepassen.

Een interessante vraag is hoe de nationale bestuursrechter het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast in zaken waarin het wel gaat om de uitvoering van het Europese recht, doch waarin het geen subsidie betreft. Is in die zaken sprake van eenzelfde soort inperking als in subsidiezaken? Een tweede interessante vraag is in hoeverre de inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in subsidiezaken met Europeesrechtelijke implicaties gevolgen heeft voor louter nationale zaken. Het is goed mogelijk dat de invloed van het Europese recht ook doorwerkt in nationale zaken.

In de onderhavige paragrafen zal op deze vragen worden ingegaan. Het verdient opmerking dat niet is bedoeld een uitputtende opsomming te geven van alle jurisprudentie van de nationale bestuursrechters waarin een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel aan de orde is. Dat zou een veel uitgebreider onderzoek vergen. In paragraaf 5.2 zal ter illustratie alleen worden gekeken naar de uitspraak van het CBb van 27 juni 2008. Deze zaak laat zien hoe de nationale rechter op grond van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit gedurende een bepaalde periode opdraagt in strijd met het Europese recht te handelen. Een Europeesrechtelijke inkadering van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is niet aan de orde. In paragraaf 5.3 zal een aantal uitspraken worden besproken waaruit wellicht zou kunnen worden afgeleid dat de inperking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europese subsidie- en staatssteunzaken doorwerkt in uitspraken met een louter nationale dimensie.

5.2 Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken met een Europese component, niet zijnde subsidiezaken

Uit een uitspraak van het CBb van 27 juni 2008 blijkt dat het in zaken met een Europees tintje waarin het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel aan de orde is ook anders kan.¹⁷⁹ In deze zaak ging het om de overdracht van taken aan ‘De Groene Vlieg B.V.’ in het kader van de bescherming van planten in Nederland op grond van een Europese richtlijn. De richtlijn vereist dat een dergelijke privaatrechtelijke rechtspersoon, krachtens zijn officieel goedgekeurde statuten, uitsluitend belast mag zijn met specifieke taken van openbaar belang. In Nederland was ‘De Groene Vlieg’ door de Plantenziektenkundige Dienst aangewezen als instantie die gerechtigd is om grondmonsters te nemen en te onderzoeken in het kader van het onderzoek op aardappelcystenaaltje. ‘De Groene Vlieg’ was echter niet uitsluitend belast met specifieke taken van openbaar belang. Dit was derhalve in strijd met de Europese richtlijn. Op grond van een onderzoek van de Europese Commissie besloot de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit dan ook om de aanwijzing in te trekken. Hiermee was ‘De Groene Vlieg’ het uiteraard niet eens. Uiteindelijk komt de zaak in hoger beroep ter beoordeling voor het CBb. Het CBb stelt vast dat het zich niet met de richtlijn verdraagt dat een commerciële onderneming wordt belast met de uitvoering van fytosanitaire controles. Het CBb is dan ook met de minister van oordeel dat de aanwijzing van ‘De Groene Vlieg’ moet worden beëindigd. Het CBb onderzoekt echter wel of de minister aan de intrekking van de aanwijzing een langere overgangstermijn en/of een schadeloosstelling had moeten verbinden. Hoewel het CBb dit niet met zoveel woorden overweegt, speelt hierbij een rol in hoeverre de aanwijzing had mogen worden ingetrokken gelet op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Uiteindelijk wordt tot de conclusie gekomen dat een langere overgangstermijn moet worden gehanteerd en nadeelcompensatie moet worden geboden. In dat

¹⁷⁹ CBb 27 juni 2008, AB 2008, 282 m.nt. R. Ortlep.

kader overweegt het CBb dat de intrekking van de aanwijzing niet het resultaat is van een afweging dat veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen voortzetting van de aanwijzing verzetten, maar het gevolg is van de rectificatie van een door de minister zelf gemaakte fout. De minister heeft immers ten onrechte een praktijk in het leven geroepen en jarenlang in stand gelaten waarbij stelselmatig officiële fyto-sanitaire taken aan commerciële laboratoria waren overgedragen. De stelling van de minister dat 'De Groene Vlieg' geacht mag worden het recht te kennen, maakt geen indruk. Het CBb is van mening dat de minister niet van 'De Groene Vlieg' kan verwachten dat zij een betere kennis van het Europese recht heeft dan hijzelf. Het CBb overweegt zelfs dat 'De Groene Vlieg' geenszins hoeft of kunnen voorzien dat de aan haar gerichte aanwijzing in strijd met de richtlijn zou worden bevonden. Het CBb rept met geen woord over de vraag of 'De Groene Vlieg' wellicht een professioneel marktdeelnemer is. Het lijkt er dan ook op dat het CBb zich niet gebonden acht aan de jurisprudentie van het HvJ EG in dezen. Voorts acht het CBb van belang dat 'De Groene Vlieg' te goeder trouw is geweest en dat zij bovendien op grond van dezelfde fout van de minister tevens investeringen in bijvoorbeeld personeel en apparatuur heeft gedaan en langlopende verplichtingen is aangegaan, waartoe zij zonder die (gecontinueerde) fout niet zou zijn overgegaan. Uit deze overweging blijkt dat ook het dispositiever-eiste een rol speelt.

De minister voerde nog aan dat niet van hem kan worden verlangd dat hij de met het communautaire recht strijdige situatie nog langer laat voortduren, nu hij op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw ertoe is gehouden de nationale wet- en regelgeving zo spoedig mogelijk met dat recht in overeenstemming te brengen. Het CBb oordeelt echter dat weliswaar duidelijk is dat de minister de huidige praktijk niet in stand mag laten, maar dat hij anderzijds geen informatie heeft aangedragen waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat een langere overgangstermijn op voorhand onaanvaardbaar zou moeten worden geacht. Aan het slot van de uitspraak overweegt het CBb dat gelet op de gemeenschapstrouw enerzijds en anderzijds de door 'De Groene Vlieg' gestelde, en door de minister niet betwiste, noodzaak van een redelijke termijn om de bedrijfsvoering in haar onderneming aan te passen aan de nieuwe situatie, de intrekking van de aanwijzing naar het oordeel van het College niet eerder zal mogen ingaan dan op 1 juli 2009.

Ortlep merkt in zijn annotatie bij deze uitspraak terecht op dat het CBb impliciet de opdracht geeft tot het in strijd blijven handelen met het Europese recht. Dit is ingegeven door het Nederlandse vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Het CBb rept echter met geen woord over de vraag of dit Europees gezien wel is toegestaan. Dat had wel voor de hand gelegen. Het gaat hier immers om een zaak met Europeesrechtelijke implicaties. Kan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wel onverkort worden toegepast? Gelden niet ook hier de vereisten van gelijkwaardigheid en met name van effectiviteit? Het CBb geeft op deze vraag geen antwoord en past – weliswaar impliciet – het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe. Ook worden geen vragen aan het HvJ EG gesteld.

Uit deze uitspraak van het CBb kan worden afgeleid dat de nationale rechter zichzelf de ruimte kan gunnen het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

toe te passen door zichzelf niet de vraag te stellen of deze beginselen wellicht Europees moeten worden ingevuld en in dat verband ook geen vragen te stellen aan het HvJ EG. Vanuit Europees perspectief is uiteraard onwenselijk dat een met het EG-recht strijdige situatie door toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt gehandhaafd. Anderzijds is de uitspraak van het CbB vanuit het perspectief van de bescherming van de burger toe te juichen. Als het CbB vragen had gesteld aan het HvJ EG lijkt het immers – gelet op de in de vorige paragraaf besproken jurisprudentie – niet moeilijk te raden waartoe de uitspraak van het HvJ EG zou strekken. Het CbB voorkomt met deze uitspraak dat ‘De Groene Vlieg’ de dupe wordt van de omstandigheid dat de intrekking van de aanwijzing een Europees tintje heeft!

Een eerste vraag is waarom het CbB de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet Europees inkadert en een tweede, mocht over die toepassing onduidelijkheid bestaan, waarom het geen vragen stelt aan het HvJ EG. Op deze vragen geeft de uitspraak geen antwoord. Wat wellicht een verklaring zou kunnen zijn, is dat de financiële belangen van de Gemeenschap door de aanwijzing van ‘De Groene Vlieg’, ook al is dit niet in overeenstemming met het Europese recht, niet worden geschaad. Bovendien kan de strijd met het Europese recht – anders dan in geval van strijd met de Europese subsidievoorschriften – niet leiden tot een financiële strop voor de lidstaat Nederland. Uit de uitspraak blijkt echter wel dat de Europese Commissie zich bij brief heeft uitgelaten over de in strijd met het Europese recht verrichte aanwijzing. De uitspraak van het CbB kan derhalve wel degelijk tot gevolg hebben dat de Europese Commissie een infractieprocedure inleidt. Door een overgangstermijn te stellen, laat het CbB aan de Europese Commissie wel zien dat de strijd met het Europese recht slechts een korte tijd voortduurt. Wellicht dat de Europese Commissie – gelet ook op de goed gemotiveerde uitspraak – met de hand over het hart strijkt.

5.3 Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt

5.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt gezien wat de Europese inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europese zaken tot gevolg heeft voor de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechters in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. Is het nu zo dat de nationale bestuursrechter in deze zaken anders toetst aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan in zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun, of zijn aspecten van het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ook in puur nationale zaken terug te vinden? Nu de nationale bestuursrechter in een aantal zaken het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast dan wel een sterk door het Europese recht ingekaderd nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, zou het niet vreemd zijn indien hij bij toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel met een schuin oog naar uitspraken kijkt waarin dat beginsel Europees wordt uitgelegd. Vraag is dan ook of

de nationale rechter wordt beïnvloed door de omstandigheid dat hij ook de subsidiezaken met Europeesrechtelijke implicaties afhandelt en daarin het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel een sterk door het HvJ EG ingekaderd nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast. In de volgende paragrafen wordt bezien of in de nationale jurisprudentie aanwijzingen bestaan om deze vraag bevestigend te beantwoorden.

Paragraaf 5.3.2 behandelt de vraag of de nationale bestuursrechters ook in zaken waarin het nationale vertrouwensbeginsel wordt toegepast, waarde hechten aan de omstandigheid of een persoon professioneel marktdeelnemer is. In paragraaf 5.3.3 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het verbod op de *contra legem*-werking van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in de nationale jurisprudentie is terug te zien. In paragraaf 5.3.4 wordt bezien in hoeverre de intrekings- en terugvorderingsbepalingen van de subsidietitel van de Awb in louter nationale zaken worden opgerekt, teneinde louter nationale subsidies te kunnen terugvorderen.

5.3.2. *Professionele marktdeelnemer*

Zoals aangegeven in paragraaf 3.2 hecht het HvJ EG blijkens de jurisprudentie in het kader van de beoordeling van een beroep op het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel veel waarde aan de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger. Ik ben geen recente nationale subsidiezaken tegengekomen waarin bij de beoordeling van het beroep op het vertrouwensbeginsel waarde wordt gehecht aan de deskundigheid van de subsidieontvanger.

Buiten het subsidierecht zijn wel enkele uitspraken aan te wijzen waarin waarde wordt gehecht aan de deskundigheid van de desbetreffende burger. Ten eerste een uitspraak van het CBB van 17 april 2003,¹⁸⁰ waarin het CBB in het kader van een beroep op het vertrouwensbeginsel in een geschil over de afkeuring van een partij sinaasappelen die werden ingevoerd uit Brazilië, overwoog dat mede gelet op het professioneel marktdeelnemerschap van de importeur voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel geen plaats was. Opvallend is dat in deze zaak wel een Europeesrechtelijke component speelde, doch het CBB niet aangeeft of het om het nationale dan wel Europese vertrouwensbeginsel gaat.

Een voorbeeld van een uitspraak van de Afdeling waarin waarde wordt gehecht aan de deskundigheid van de burger in het kader van de beoordeling van het beroep op het vertrouwensbeginsel is de uitspraak van 4 juni 2008.¹⁸¹ In deze zaak ging het om een schorsing van een verleende garnalenvergunning voor een periode van twee weken wegens overtreding van een weekendverbod om garnalen te vangen. Volgens de eigenaar van het vissersvaartuig had een medewerker van de Algemene Inspectie Dienst (AID) omtrent dit weekendverbod onjuiste informatie verstrekt. De Afdeling overweegt dat een medewerker van de AID met betrekking tot informatie over het weekendverbod, onder omstandigheden rechtens te honoreren vertrouwen kan wekken. Volgens de Afdeling week de informatie van de medewerker

¹⁸⁰ AWB 02/958.

¹⁸¹ ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 208 m.nt. R. Ortlep.

van de AID echter zo veel af van de geldende regeling, dat het op de weg lag van de eigenaar van het vissersvaartuig om nadere informatie in te winnen. Hierbij betreft de Afdeling de omstandigheid dat de eigenaar bekend kon zijn met de inhoud van het weekendverbod, nu dit in overleg met de sector tot stand is gekomen, op de juiste wijze bekend is gemaakt en ook op andere wijze bekendheid is gegeven aan de invoering hiervan. Deze overwegingen geven aan dat de deskundigheid van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept, een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of dat beroep ook moet worden gehonoreerd.¹⁸²

Een tweede voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling van 2 september 2009.¹⁸³ In deze zaak ging het om een opgelegde last onder dwangsom aan Jumper Diersuper Apeldoorn B.V. Jumper voert aan dat een door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Apeldoorn aangewezen medewerker haar heeft meegedeeld dat de vestiging van een diersuper op het perceel geen probleem is en een andere medewerker heeft ontraden daarvan een schriftelijke bevestiging van het college te vragen. De Afdeling overweegt dat de medewerkers niet bevoegd waren om een besluit te nemen over het gebruik van het perceel. In het licht daarvan had het mede gelet op het mondelinge karakter van de mededelingen op de weg van Jumper als professionele marktpartij gelegen schriftelijke zekerheid van het bevoegde bestuursorgaan te verkrijgen, alvorens de verstreckende beslissing te nemen zich ter plaatse te vestigen.

De drie besproken uitspraken van nationale bestuursrechters laten zien dat de professionaliteit van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept in de beoordeling van dat beroep wel degelijk een rol kan spelen. Toch zijn er veel meer zaken aan te wijzen waarin aan deze professionaliteit geen aandacht wordt besteed. Naar mijn mening kan op grond van deze drie uitspraken dan ook niet de conclusie worden getrokken dat de deskundigheid van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept een vaste component is van de beoordeling van dat beroep.

5.3.3 *Contra legem*

Wat betreft de vraag naar de mogelijkheid van *contra legem*-werking van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geldt dat alleen die nationale zaken relevant zijn waarin het gaat om een zaak waarin geen belangen van derden spelen, zoals belasting- en subsidiezaken. We hebben al gezien dat *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel in belastingzaken in bijzondere omstandigheden wordt aanvaard. Hoe zit het met de toepassing van dit beginsel in nationale subsidiezaken? Ook hier is immers sprake van een tweepartijengeschil.

In een uitspraak van de ABRvS waarin het ging om een nationale subsidie op grond van de Subsidieregeling Agrarisch Natuurbeheer, oordeelde de Afdeling dat het beroep op het vertrouwensbeginsel in geen geval kan leiden tot verlening van subsidie in strijd met het destijds geldende artikel 77a noch met artikel 20 b van de subsidieregeling.¹⁸⁴ Deze uitspraak is reeds genoemd in paragraaf 3.1. Daar werd

¹⁸² Zie ook de noot van Ortlep onder ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 208 m.nt. R. Ortlep.

¹⁸³ LJN BJ6647.

¹⁸⁴ ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 187 m.nt. N. Verheij onder AB 2006, 188.

reeds aangegeven dat deze uitspraak niet past met de rechtspraak van de voor het financiële bestuursrecht ‘*leading judges*’, de Hoge Raad en de CRvB, die de mogelijkheid van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel wel erkennen. Van belang is in dit verband de omstandigheid dat het bij een subsidie veelal om een tweepartijengeschil gaat.¹⁸⁵ Vraag is of de ABRvS zich in de uitspraak heeft laten leiden door de jurisprudentie van het HvJ EG inzake de *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel, althans het verbod daarop. Dit blijkt niet uit de uitspraak. Voorts is dit de enige subsidiezaak die ik heb gevonden waarin expliciet is overwogen dat het beroep op het vertrouwensbeginsel in geen geval kan leiden tot verlening van de subsidie in strijd met de wet. Vraag is derhalve of deze uitspraak niet als een witte – of beter gezegd een zwarte – raaf moet worden beschouwd. Uit de uitspraak van de Afdeling van 18 augustus 2004 blijkt immers dat de Afdeling *contra legem*-toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk acht.¹⁸⁶

5.3.4. Oprekking subsidietitel Awb?

In de besproken uitspraken van de Afdeling die volgden op het ESF-arrest wordt artikel 4:49 lid 1 Awb zodanig verordeningconform geïnterpreteerd, dat intrekking van de subsidie op grond van deze bepaling mogelijk wordt en zo aan de Europeesrechtelijke verplichtingen wordt voldaan. De Afdeling overweegt niet welke intrekkinggrond van artikel 4:49 lid 1 Awb aan de orde is. De Afdeling overweegt evenwel dat de subsidievaststelling moet worden ingetrokken, omdat sprake is van een kennelijke schending van de geldende regeling. Deze grond komt het meest overeen met artikel 4:49 lid 1 onder b Awb.

Is nu ook in nationale subsidie zaken een oprekking van de grond onder artikel 4:49 lid 1 onder b Awb te zien, zoals de Afdeling deed in de eerder besproken ESF-zaak? In de uitspraak van 26 augustus 2009 van de Afdeling,¹⁸⁷ waarin het gaat om onderwijsbekostiging, overweegt de Afdeling dat de minister de bekostiging kan terugvorderen op grond van artikel 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb, indien de stichting wist of behoorde te weten dat de vaststelling van de bekostiging onjuist was. De Afdeling vervolgt met de overweging dat nu de stichting wist of behoorde te weten dat de desbetreffende inschrijvingen van deelnemers niet voldeden aan de vereisten die zijn neergelegd in de Les- en cursusgeldwet en de Wet educatie en beroepsonderwijs, en de vaststelling van de bekostiging mede was gebaseerd op de telgegevens van deze onjuiste inschrijvingen, de stichting ook wist of behoorde te weten dat de vaststelling van de bekostiging in zoverre onjuist was. Gelet hierop, mocht de minister volgens de Afdeling voor het bekostigingsjaar 2004 de vaststelling op grond van artikel 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb wijzigen. Opvallend is dat de Afdeling hier niet verwijst naar de memorie van toelichting, waaruit blijkt dat de b-grond een beperkte strekking heeft.¹⁸⁸ Dit terwijl de Afdeling in de verwijzingsuitspraak die ten grondslag lag aan het ESF-arrest nog van mening was

¹⁸⁵ Concurrenten kunnen wel als derde worden aangemerkt in subsidie zaken. Uit de uitspraak blijkt echter niet dat de belangen van concurrenten een rol speelden.

¹⁸⁶ ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 416 m.nt. NV. NV merkt in zijn noot fijntjes op dat de Afdeling *contra legem* van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in theorie mogelijk acht.

¹⁸⁷ ABRvS 26 augustus 2009, zaak 200808878/1/H2, LJN BJ6097.

¹⁸⁸ Dit is reeds besproken in par. 4.2.5.

dat de b-grond niet als grondslag voor intrekking van de subsidievaststelling kon dienen. Gelet op de feiten die aan die verwijzingsuitspraak ten grondslag lagen, kon ook daar de redenering worden gevolgd dat de subsidieontvanger had moeten weten dat de op haar ingevolge van de ESF-regeling rustende verplichting om een aparte projectadministratie te voeren, bestaande uit een deelnemersadministratie en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken, niet dan wel onvoldoende had nageleefd. Blijkens de uitspraak van 26 augustus 2009 is de Afdeling kennelijk van mening veranderd omtrent de reikwijdte van artikel 4:49 lid 1 onder b Awb. De Afdeling motiveert haar oordeel verder niet. Ter verklaring kan wellicht worden verwezen naar een andere uitspraak, namelijk van 5 november 2008.¹⁸⁹ In deze uitspraak ging het om de reikwijdte van artikel 4:49 lid 1 onder a Awb. In deze zaak voerde de subsidieontvanger aan dat het bestuursorgaan deze grond niet aan het besluit tot wijziging van de vaststelling van de rijksbijdrage ten grondslag had mogen leggen, omdat zij geen onjuiste of onvolledige informatie heeft overgelegd, maar de minister achteraf een andere kwalificatie heeft gegeven aan een bestaande praktijk. De Afdeling maakt korte metten met dit betoog. Volgens de Afdeling kan de vaststelling van de rijksbijdrage ingevolge artikel 4:49 lid 1 onder a Awb ten nadele van een instelling worden gewijzigd op grond van feiten of omstandigheden waarvan hij bij de vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager zou zijn vastgesteld. Dat in de memorie van toelichting bij deze bepaling als voorbeeld het verstrekken van onjuiste gegevens als reden voor wijziging van de vaststelling is genoemd, betekent volgens de Afdeling niet dat de reikwijdte van deze bepaling daartoe is beperkt. Uit deze overweging zou kunnen worden afgeleid dat de Afdeling ook ten aanzien van de b-grond van mening is dat hetgeen in de memorie van toelichting hieromtrent is vermeld, slechts als voorbeeld moet worden gezien en niet betekent dat de reikwijdte van de b-grond tot dat voorbeeld is beperkt.

Uit de jurisprudentie inzake onderwijsbekostiging blijkt derhalve dat de mogelijkheden om de subsidievaststelling in te trekken op grond van artikel 4:49 lid 1 Awb worden uitgebreid. Mijns inziens is het echter te vroeg om op basis van voormelde zaken de conclusie te trekken dat deze tendens is beïnvloed door de jurisprudentie van het HvJ EG in het kader van de uitvoering van Europese subsidies.

5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is allereerst gezien hoe de nationale rechter het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast in zaken waarin het wel gaat om de uitvoering van het Europese recht, doch niet om een subsidie. Ter illustratie is ingegaan op de uitspraak van het CBb van 27 juni 2008. Uit deze uitspraak blijkt dat wat betreft de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ook anders kan worden omgegaan met het gegeven dat de nationale uitvoering in strijd is met het Europese recht. Hoewel het CBb de Europeesrechtelijke dimensie van

¹⁸⁹ ABRvS 5 november 2008, zaak 200801794/1/H2, LJN BG3426.

de zaak onderkent, past het college het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe. Uiteindelijk wordt op grond daarvan tot het oordeel gekomen dat de strijd met Europese recht moet voortduren tot 1 juli 2009. De uitspraak van het CBb laat zien dat de nationale bestuursrechter, door geen vragen aan het HvJ EG te stellen en de nationale beginselen niet Europees uit te leggen, het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel integraal kan toepassen. Vanuit Europees perspectief is dit niet wenselijk: een met het EG-recht strijdige situatie wordt op deze manier immers door de nationale rechter gefaciliteerd. Vanuit het perspectief van de burger is de uitspraak van het CBb echter toe te juichen! Wellicht heeft in de hoofden van de rechters van het CBb meegespeeld dat de financiële belangen van de Gemeenschap niet op het spel stonden. Daarenboven kan de vaststelling dat in strijd is gehandeld met het Europese recht in dit geval niet leiden tot een financiële strop voor de lidstaat Nederland. Het gaat immers niet om een geldzaak. Feit is wel dat de uitspraak van het CBb ertoe zou kunnen leiden dat de Europese Commissie Nederland voor het HvJ EG daagt. Dit is niet ondenkbaar, nu de Europese Commissie blijkens de uitspraak van het CBb zelf de overtreding van de richtlijn had geconstateerd. Hoe mooi het weliswaar is dat het CBb het voor de burger gunstige nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast: de Europeesrechtelijke gevolgen moeten niet worden onderschat.

In deze paragraaf is voorts ingegaan op de vraag in hoeverre de inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel gevolgen heeft voor louter nationale zaken. Uit paragraaf 5.3 kan de conclusie worden getrokken dat de nationale bestuursrechter ook in geschillen met een louter nationale dimensie inspiratie lijkt te ontleen aan de jurisprudentie van het HvJ EG en de nationale bestuursrechters waarin het gaat om de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europeesrechtelijke zaken. In een aantal uitspraken van de nationale bestuursrechters zijn elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG inzake het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel terug te vinden. Ten eerste blijkt dat ook in louter nationale zaken de professionaliteit van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept van belang is. Ten tweede is de Afdeling in een uitspraak waarin het ging om een subsidie – een tweepartijengeschil – tot het oordeel gekomen dat honorering van het beroep op het vertrouwensbeginsel nooit ertoe kan leiden dat in strijd met de geldende regeling een subsidie wordt verleend. Het gaat hier echter maar om één uitspraak, zodat niet de conclusie kan worden getrokken dat de nationale rechter altijd van oordeel is dat *contra legem*-werking in subsidiezaken niet mogelijk is. Dat uit de uitspraken niet blijkt dat de nationale rechter door Europeesrechtelijke jurisprudentie wordt geïnspireerd, is naar mijn mening niet verwonderlijk. We zouden immers vreemd staan te kijken indien de nationale rechter in een louter nationaalrechtelijk geschil zou verwijzen naar jurisprudentie van het HvJ EG. Wel moet de kanttekening worden geplaatst dat geen aanwijzingen bestaan dat de elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG wat betreft de toetsing aan het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel een vast onderdeel vormen van de beoordeling van het beroep op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het lijkt er meer op dat de nationale rechter als het zo uitkomt elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG overneemt. Dit pakt bepaald niet gunstig voor de burger uit. Omdat we te maken hebben met een ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel,

is voormelde jurisprudentie echter niet in strijd met enig wettelijk voorschrift. De nationale rechter is bevoegd om het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel nader in te vullen; het kenmerk van een beginsel is nu juist dat het nadere invulling behoeft.¹⁹⁰ Feit is wel dat de uitspraak van de Afdeling inzake de *contra legem*-werking van voormeld beginsel in subsidiezaken afwijkt van staande jurisprudentie van de Hoge Raad en de CRvB.

Artikel 4:49 Awb ziet op de intrekking van de subsidievaststelling en is in het kader van de uitvoering van Europese subsidies in verband met de uitvoering van een Europese subsidie door de nationale rechter in de ESF-zaken verordeningconform geïnterpreteerd. In de jurisprudentie is terug te zien dat de nationale rechter dit artikel, waaraan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ten grondslag ligt, ook in nationale zaken oprekt. Artikel 4:49 lid 1 Awb wordt zo uitgelegd dat intrekking van de subsidievaststelling in meer gevallen mogelijk is dan de Awb-wetgever blijkens de memorie van toelichting heeft beoogd. Ook hier geldt dat het maar één uitspraak betreft en daaruit blijkt niet duidelijk dat de Afdeling zich laat leiden door zaken waarin artikel 4:49 lid 1 Awb verordeningconform wordt geïnterpreteerd. Ik kan mij echter goed voorstellen dat ook in louter nationale zaken de wens bestaat om in gevallen waarin vaststaat dat sprake is van fraude, doch het bestuursorgaan dat door goed te controleren had kunnen weten, de subsidievaststelling te kunnen intrekken. De horde om tot deze uitspraak te komen, wordt nu eenmaal gemakkelijker genomen, indien de bepaling – zij het op grond van het Europese recht – reeds ruimer is geïnterpreteerd. Ook deze interpretatie door de nationale rechter is niet in strijd met de wet. De tekst van artikel 4:49 lid 1 onder b Awb laat immers ruimte voor de door de Afdeling gekozen interpretatie. De memorie van toelichting is niet doorslaggevend.

¹⁹⁰ Zie Jans e.a. 2002, p. 153.

6 Slotbeschouwing

In de inleiding van dit preadvies heb ik u gevraagd in de huid te kruipen van een subsidieontvanger van subsidies met een Europees tintje. Als u vervolgens ook de daaropvolgende paragrafen heeft gelezen, heeft u inmiddels vast een aardig beeld van alle Europese narigheid die deze subsidieontvanger tegenkomt, indien hij zich beroept op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt door zowel de nationale als Europese rechter toegepast. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen. Het vertrouwensbeginsel vereist dat de bestuursorganen de in hun contacten met de burgers gewekte, gerechtvaardigde, verwachtingen zo mogelijk honoreren. Bij de intrekking en terugvordering van subsidies spelen deze beginselen een belangrijke rol. Daarbij gaat het allereerst om de ongeschreven beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. Ten tweede kan het zo zijn dat de beginselen zijn verdisconteerd in een op de subsidie van toepassing zijnde wettelijke regeling. Hierbij moet op nationaal niveau worden gedacht aan artikel 4:49 lid 1 Awb, waarin de bevoegdheid om de subsidievaststelling in te trekken, wordt ingeperkt en op Europees niveau aan bepalingen in Europese verordeningen op grond waarvan van terugvordering van de Europese subsidie mag worden afgezien.

Op een aantal punten bestaan verschillen in de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale en Europese rechter. Het eerste belangrijke verschil is dat het HvJ EG veel waarde hecht aan de (geobjectieerde) deskundigheid van de betrokken burger. Het Hof gaat uit van de behoedzame ondernemer en de professionele marktdeelnemer. Dit heeft tot gevolg dat een beroep op het vertrouwensbeginsel minder snel wordt gehonoreerd. Het HvJ EG gaat ervan uit dat de behoedzame ondernemer en de professionele marktdeelnemer goed op de hoogte zijn van de voor hun geldende regels. Het tweede belangrijke verschil is dat het HvJ EG meermalen heeft overwogen dat onrechtmatige toezeggingen van nationale of Europese organen, noch een met het Europese recht strijdige uitvoeringspraktijk van de lidstaten kan leiden tot een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel indien dit leidt tot strijd met het Europese recht. Anders dan in Nederland geldt op Europees niveau derhalve een verbod op *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel.

Voormelde verschillen hebben tot gevolg dat het van belang is vast te stellen of de nationale bestuursrechter in een zaak waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van subsidies met een Europees tintje het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel onverkort mag toepassen.

Voor de intrekking en terugvordering van Europese subsidies geldt blijkens de jurisprudentie van het HvJ EG en de nationale bestuursrechter het volgende. Indien nationale uitvoeringsorganen direct intrekkings- en terugvorderingsbepalingen uit een Europese subsidieregeling toepassen (directe toepassing), dient de nationale bestuursrechter het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen. Voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is helemaal geen plaats meer.

Bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen die daarbij gebruikmaken van het nationale recht geldt sinds jaar en dag dat in dat kader voor de nationale bestuursrechter wel degelijk ruimte bestond om te oordelen dat intrekking en terugvordering op grond van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel achterwege diende te blijven. Het gevaar bestaat dat, dankzij de onduidelijke en onnauwkeurige formulering van het HvJ EG, uit het ESF-arrest de conclusie wordt getrokken dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies – ondanks het gebruik van nationaalrechtelijke intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen – wordt beheerst door het Europese recht en dientengevolge het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. Sommige auteurs en ook de Afdeling komen helaas tot deze conclusie. Door de interpretatie die de Afdeling aan het ESF-arrest geeft, is de ontvanger van Europese subsidies altijd de klos. De subsidieontvanger die naar aanleiding van uitlatingen van een nationaal uitvoeringsorgaan dan wel een besluit tot subsidievaststelling erop vertrouwt dat overeenkomstig de subsidieverplichtingen dan wel de geldende subsidieregeling wordt gehandeld en dat later vanuit Europees perspectief toch niet zo blijkt te zijn, moet door de inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel immers altijd terugbetalen.

Naar mijn mening hoeft uit het ESF-arrest niet te worden afgeleid dat het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet langer van toepassing is op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies indien daarbij nationaal recht wordt toegepast. Dit leid ik met name af uit de omstandigheid dat het HvJ EG aan de nationale bestuursrechter bij de beoordeling van het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel de ruimte laat rekening te houden met het gedrag van nationale uitvoeringsorganen. Wel kan uit het arrest worden geconcludeerd dat het beginsel steeds meer Europees wordt ingekleurd. Het HvJ EG geeft – onder verwijzing naar jurisprudentie omtrent het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel waarin het gaat om een relatie tussen een Europese instelling en de burger en derhalve het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel – immers gedetailleerde aanwijzingen. De ruimte voor de nationale rechter om zélf aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te toetsen, is derhalve behoorlijk ingeperkt.

Ook de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun wordt beheerst door het nationale recht. Dientengevolge is het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing. Deze toepassing wordt door het HvJ EG in de jurisprudentie echter zozeer ingekaderd, dat een geslaagd beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel slechts in zeer uitzonderlijke gevallen tot de mogelijkheden behoort.

We hebben gezien dat de strengere lijn inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is te verklaren vanuit de gedachte dat de EU meer grip wil krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijken in de lidstaten en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen. Kortom: de EU is de fraude met de Europese subsidies zat! De strenge lijn met betrekking tot de terugvordering van staatssteun is verklaarbaar vanuit de gedachte dat het anders voor de lidstaat en de subsidieontvanger aantrekkelijk wordt om samen te spannen, hetgeen tot gevolg heeft dat de Europese staatssteunregels elk nuttig effect zouden verliezen.

Voormelde ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG hebben tot gevolg dat het wat de intrekking en terugvordering van subsidies betreft nogal wat uitmaakt of het, ten eerste, gaat om een subsidie die met nationaal geld wordt bekostigd en waarbij geen sprake is van onrechtmatige staatssteun dan wel, ten tweede, of het gaat om een Europese subsidie dan wel een subsidie die als onrechtmatige staatssteun is aangemerkt. Dit terwijl dezelfde nationale bepalingen van toepassing zijn. Aan de subsidieontvanger is dit moeilijk uit te leggen. Ook voor nationale uitvoeringsorganen en nationale bestuursrechters levert dit problemen op, nu zij de ene keer het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moeten toepassen en de andere keer een nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dat zo wordt ingekaderd door het Europese recht dat een beroep daarop nauwelijks kans van slagen heeft. De jurisprudentie betekent verder een inbreuk op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en daarmee op de procedurele autonomie van de lidstaten. Wat de terugvordering van onrechtmatige staatssteun betreft, valt hiervoor veel te zeggen. Indien de lidstaten de vrije hand zou worden gegeven, bestaat de kans dat de lidstaten met de ontvanger van staatssteun onder een hoedje speelt. Afzien van terugvordering op grond van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is daarom – tenzij sprake is van uitzonderlijke omstandigheden – in strijd met het effectiviteitsbeginsel.

Bij de terugvordering van Europese subsidies ligt dit anders. Indien in een Europese subsidieregeling niet is geregeld in welke gevallen een subsidie moet worden ingetrokken en teruggevorderd, bestaat naar vaste jurisprudentie van het HvJ EG ruimte voor toepassing van het nationale recht en daarmee voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Toepassing van dit nationale beginsel is – anders dan bij staatssteun – niet in strijd met het effectiviteitsbeginsel. Voor Europese subsidieregelingen die direct door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast, geldt immers dat daarin doorgaans bepalingen zijn opgenomen op grond waarvan van intrekking en terugvordering van een Europese subsidie kan worden afgezien. Dat wordt evenmin in strijd met het effectiviteitsbeginsel geacht. Indien de terugvordering door het nationale recht wordt beheerst, zou het mijns inziens dan ook vreemd zijn indien op grond van dat nationale recht niet of nauwelijks van terugvordering mag worden afgezien. Tot een andere conclusie zou slechts moeten worden gekomen indien dit uit de desbetreffende Europese subsidieregeling duidelijk blijkt. Het is niet de bedoeling dat weliswaar in naam nationaal recht wordt toegepast, doch in de praktijk sprake is van een significante uitholling van de rechten van de subsidieontvanger omdat niet of nauwelijks ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Hoe kan er nu in de toekomst voor worden gezorgd dat enerzijds recht wordt gedaan aan de Europeesrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies en anderzijds het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet te veel wordt uitgehold? Een eerste mogelijkheid is het vaststellen van een specifieke wettelijke regeling inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies op nationaal niveau. Hoewel een dergelijke wettelijke regeling leidt tot rechtszekerheid voor de subsidieontvanger en voldaan wordt aan Europeesrechtelijke verplichtingen, betekent dit wel dat wat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies betreft, de bepalingen van de subsidietitel van de Awb die nu juist welbewust uitdrukking geven aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zomaar worden opgegeven. De tweede mogelijkheid houdt in dat op Europees niveau een communautaire terugvorderingsregeling wordt vastgesteld zoals bij de uitvoering van de Europese landbouwsubsidies al gebruikelijk is. Nadeel hiervan is dat dan voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel helemaal geen ruimte meer is. Voordeel is wel dat de subsidieontvanger precies weer waar hij aan toe is. Een derde mogelijkheid is dat de nationale rechter de grenzen van de rechtspraak van het HvJ EG opzoekt en zo veel mogelijk toepassing geeft aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

In dat verband kan worden verwezen naar de in hoofdstuk 5 besproken uitspraak van het CbB van 27 juni 2008. Hoewel het in deze uitspraak niet gaat om een Europese subsidie, blijkt uit deze zaak dat het ook in zaken met een Europeesrechtelijke dimensie mogelijk is om het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel onverkort toe te passen. Hoewel het CbB de Europeesrechtelijke dimensie van de zaak erkent, past het college zonder vragen te stellen aan het HvJ EG het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe en draagt het betrokken bestuursorgaan op gedurende een jaar in strijd met het Europese recht te handelen. Een laatste mogelijkheid is om het ESF-arrest zodanig uit te leggen dat de subsidietitel van de Awb en daarmee het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zo veel mogelijk kan worden toegepast. De nationale bestuursrechter dient alle ruimte te benutten die het arrest biedt. Indien de Europese Commissie van mening zou zijn dat het arrest van het HvJ EG door de nationale bestuursrechter onjuist wordt uitgelegd, kan een inbreukprocedure worden gestart. Mocht een nationale bestuursrechter dit te ver vinden gaan, zou op z'n minst een nieuwe vraag aan het HvJ EG moeten worden gesteld teneinde duidelijkheid te verkrijgen.

Naar mijn mening verdient de laatste mogelijkheid de voorkeur. Alleen op die manier wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de Europese verplichtingen die gelden enerzijds en aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel anderzijds. Door de dialoog die zal ontstaan tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter bestaat bovendien de kans dat het HvJ EG wordt geïnspireerd door de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale rechter. Wellicht dat dit zal leiden tot een soepeler jurisprudentie en wordt gekomen tot een uitgebalanceerder Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

In het slot van dit preadvies heb ik aan de hand van nationale jurisprudentie laten zien dat elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot

het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel lijken door te werken in geschillen waarin louter het nationale recht van toepassing is. Dit pakt in alle opzichten negatief uit voor de burger. Voorts blijkt dat ook in louter nationale zaken de artikelen van de subsidietitel zodanig worden opgerekt dat intrekking en terugvordering van de subsidie mogelijk wordt, terwijl dit volgens de wetgever niet de bedoeling was. Deze ontwikkelingen zijn naar mijn mening niet toe te juichen. De ruimhartige invulling van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verdient dan ook de volle verdediging.

Stellingen

1. De uitleg van het HvJ EG van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun dermate strikt, dat de subsidieontvanger aan deze beginselen vrijwel geen bescherming ontleent.
2. De ABRvS heeft in de uitspraken volgend op het ESF-arrest van het HvJ EG ten onrechte geen aandacht besteed aan het (onbehoorlijke) gedrag van nationale, subsidieverstreckende bestuursorganen.
3. De ABRvS had na het ESF-arrest van het HvJ EG opnieuw prejudiciële vragen moeten stellen aan het HvJ EG.
4. Het is onwenselijk dat de rechtsbescherming voor subsidieontvangers bij de terugvordering van Nederlandse subsidies enerzijds en voor subsidieontvangers bij terugvordering van Europese subsidies en Nederlandse subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt anderzijds, zo ver uiteen loopt.
5. De nationale bestuursrechter, in het bijzonder de ABRvS, zou een dialoog aan moeten gaan met het HvJ EG, om zo te bereiken dat ook op Europees niveau een meer uitgebalanceerd rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan worden ontwikkeld.
6. Het is onwenselijk dat elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel terugkomen in uitspraken van de nationale rechter in louter nationale zaken: de ruimhartige invulling van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ten opzichte van het HvJ EG verdient de volle verdediging.

