

# ECLI:NL:CBB:2018:549

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	23-10-2018
Datum publicatie	26-10-2018
Zaaknummer	16/976
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	LNV-subsidies, EVF, correctie van eerder gegeven vaststellingsbeschikking, onregelmatigheid, bewijslastverdeling
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2018/2070

## Uitspraak

uitspraak

### **COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN**

Zaaknummer: 16/976  
27810

#### **uitspraak van de meervoudige kamer van 23 oktober 2018 in de zaak tussen**

**Coöperatieve [naam 1] U.A.**, te [plaats] , appellante  
(gemachtigde: mr. J.G.J. van den Bergh),

en

**de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, verweerder**

(gemachtigde: mr. W.C.M. Niekus).

## Procesverloop

Bij besluit van 26 februari 2016 (het primaire besluit) heeft verweerder het subsidievaststellingsbesluit van 2 juli 2010 gewijzigd, de subsidie vastgesteld op 127.798,- en een bedrag van 13.002,- teruggevorderd van appellante.

Bij besluit van 15 september 2016 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van appellante gedeeltelijk gegrond verklaard en het primaire besluit met een aanvullende motivering in stand gelaten.

Appellante heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 3 juli 2018. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Aan de zijde van appellante was tevens aanwezig [naam 2] en aan de zijde van verweerder was tevens aanwezig [naam 3] .

## Overwegingen

1.1 Appellante heeft op 26 maart 2008 met twee medeaanvragers, [naam 4] en [naam 5] (hierna: [naam 6] ) en [naam 7] , op grond van de Regeling LNV-subsidies (de Regeling), Hoofdstuk 4. Visserij, Titel 3. Maatregelen van gemeenschappelijk belang, Paragraaf 1. Innovatieprojecten, subsidie aangevraagd voor het project "Optimalisatie overleving bijvangst".

1.2 Verweerder heeft bij besluit van 1 juli 2008 op de aanvraag beslist en een bedrag van maximaal 140.800,- aan subsidie verleend. Hiervan is 37.551,36 afkomstig uit het Europees Visserijfonds (EVF).

1.3 Bij besluit van 2 juli 2010 heeft verweerder op de aanvraag van appellante tot subsidievaststelling beslist en de subsidie vastgesteld op 140.800,-.

2. Bij het primaire besluit heeft verweerder de subsidie van appellante vastgesteld op 127.798,- en een bedrag van 13.002,- teruggevorderd van appellante, omdat tijdens een herbeoordeling van het subsidieproject van appellante is geconstateerd dat sprake is van facturatie door een medebegunstigde ( [naam 6] ) als derde.

3. Bij het bestreden besluit heeft verweerder de bezwaren van appellante gedeeltelijk gegrond verklaard en het primaire besluit met een aanvullende motivering in stand gelaten. Verweerder heeft uiteengezet dat bij de herbeoordeling van het project is geconstateerd dat door medebegunstigde [naam 6] voor een totaalbedrag van 92.000,- is gefactureerd en is gedeclareerd bij de aanvraag tot subsidievaststelling. De facturen van [naam 6] zijn bij de eerdere subsidievaststelling ten onrechte als kosten derden aangemerkt. Bij gefactureerde en gedeclareerde kosten gaat verweerder ervan uit dat een bepaald deel van deze kosten bestaat uit winstopslag. De verleende subsidie mag echter niet tot doel of gevolg hebben dat zij een begunstigde winst oplevert. Het achteraf berekenen van de

winstopslag in deze facturen is lastig. Appellante heeft ook geen stukken kunnen overleggen op grond waarvan de winstopslag alsnog zou kunnen worden berekend. Om die reden heeft verweerder besloten om een verlagingpercentages te hanteren van 25%. Dit percentage heeft verweerder gebaseerd op Commissiebesluit C(2011) 7321 (Commission Decision of 19.10.2011, C(2011) 7321 final). Dit besluit geeft richtlijnen voor correctiebesluiten van de Europese Commissie gericht aan de lidstaten. Deze richtlijnen bevatten de mogelijkheid om een forfaitair percentage van 25% toe te passen bij geconstateerde systeemfouten, wanneer de omvang daarvan niet exact berekend kan worden. Verweerder heeft daarom een korting van 25% op het door [naam 6] gefactureerde bedrag toegepast en 23.000,- in mindering gebracht op de subsidiabele kosten.

4. Appellante voert aan dat verweerder geen deugdelijke onderbouwing heeft gegeven voor zijn standpunt dat een deel van de door [naam 6] gefactureerde kosten uit winstopslag bestaat. Dit standpunt is louter gebaseerd op een aanneme. De kosten van 92.000,- zijn bij de verlening en bij de vaststelling gerubriceerd en goedgekeurd, deels onder loonkosten voor de ontwikkeling van de innovatie en instructie en deels onder kosten voor de aanschaf van de materialen voor de innovatieve overlevingsbakken. De kosten voor het ontwikkelen van de overlevingsbakken zijn gewaardeerd tegen een normaal en geaccepteerd tarief voor loonkosten / eigen arbeid van 35,- per uur. Ter zitting heeft appellante er verder op gewezen dat [naam 6] zijn kosten op de desbetreffende facturen heeft gezet, teneinde de kosten inzichtelijk te maken. Verweerder heeft dan ook niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een onregelmatigheid als bedoeld in artikel 3, aanhef en onder q van Verordening (EG) nr. 1198/2006 van de Raad van 27 juli 2006 inzake het Europees Visserijfonds (Verordening 1198/2006).

5. Verweerder stelt hiertegenover dat niet valt uit te sluiten dat in de desbetreffende facturen van [naam 6] winstopslag is verdisconteerd. Nu appellante de afwezigheid van winstopslag niet aannemelijk heeft gemaakt of dit met objectieve documenten heeft gestaafd, heeft verweerder een forfaitair verlagingpercentages op deze gedeclareerde kosten moeten toepassen. Verweerder heeft erop gewezen dat de kosten op de drie facturen in rekening zijn gebracht conform een eerdere offerte, waarop algemene en zakelijke voorwaarden van toepassing zijn. Verder omvat de omschrijving op deze facturen geen expliciete aanwijzingen dat de levering en installatie van de overlevingsbakken tegen kostprijs zijn gerealiseerd, noch wordt anderszins aannemelijk gemaakt dat geen sprake is van winstopslag. Op de vraag tijdens de hoorzitting in bezwaar of sprake is van winstopslag bij de levering en installatie van de bakken teneinde het percentage of het bedrag aan winstopslag te kunnen bepalen, heeft verweerder van appellante geen inhoudelijk antwoord gekregen. De algemene begroting van de Europese Unie is aldus benadeeld, zodat sprake is van een onregelmatigheid.

6. Het College overweegt als volgt.

- 6.1 Bij Verordening (EU) nr. 508/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake het Europees Fonds voor maritieme zaken en visserij (Verordening 508/2014) is Verordening 1198/2006 ingetrokken. Artikel 129, tweede lid, van Verordening 508/2014 bepaalt kort gezegd en voor zover hier van belang dat deze verordening geen afbreuk doet aan de voortzetting of de wijziging van de betrokken projecten tot de afsluiting ervan of van de bijstand die de Commissie heeft goedgekeurd op grond van Verordening 1198/2006 of van enige andere op 31 december 2013 op die bijstand toepasselijke regelgeving, die van toepassing zal blijven op dergelijke projecten of bijstand.
- 6.2 Verweerder heeft het gewijzigde vaststellingsbesluit en de terugvordering van subsidie gebaseerd op artikel 56, derde lid en artikel 96, tweede lid, van Verordening 1198/2006 en artikel 59, tweede lid, van Verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 (Verordening 966/2012). Artikel 56, derde lid, van Verordening 1198/2006 bepaalt dat onterecht betaalde bedragen worden teruggevorderd overeenkomstig titel VIII, hoofdstukken II en III. Artikel 96, tweede lid, van

Verordening 1198/2006 bepaalt dat de lidstaten financiële correcties toepassen die noodzakelijk zijn in verband met eenmalige of systematische onregelmatigheden die bij concrete acties of het operationele programma zijn geconstateerd. De door de lidstaat verrichte correcties bestaan in een volledige of gedeeltelijke intrekking van de overheidsbijdrage aan het operationele programma. De lidstaat houdt rekening met de aard en de ernst van de onregelmatigheden en met het financiële verlies voor het EVF. Artikel 59, tweede lid, aanhef en onder b van Verordening 966/2012 bepaalt dat de lidstaten alle nodige maatregelen nemen, met inbegrip van wetgevende, regelgevende en administratieve maatregelen, ter bescherming van de financiële belangen van de Unie, met name door te voorzien in de preventie, opsporing en correctie van onregelmatigheden en fraude. Verder bepaalt artikel 70, eerste lid, aanhef en onder b, van Verordening 1198/2006, voor zover hier van belang, dat de lidstaten verantwoordelijk zijn voor het beheer van en de controle op de operationele programma's en dat zij daartoe onregelmatigheden voorkomen, opsporen en corrigeren en onverschuldigd betaalde bedragen terugvorderen.

6.3 Hieruit volgt dat verweerder op grond van het Unierecht verplicht is om bij geconstateerde onregelmatigheden over te gaan tot correctie van de eerder gegeven vaststellingsbeschikking (zie o.a. het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 13 maart 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ECLI:EU:C:2008:165 en ECLI:EU:C:2006:731) en het arrest van 18 december 2014 in zaak C-599/13, inzake SOMVAO tegen de staatssecretaris (ECLI:EU:C:2014:2462)). De bevoegdheid daartoe kan verweerder ontleen aan

artikel 4:49 Awb (Algemene wet bestuursrecht), dat daartoe verordeningsconform wordt uitgelegd (vgl. de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 december 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3882)). In dat verband dient te worden beoordeeld of in dit geval sprake is geweest van een onregelmatigheid in de zin van Verordening 1198/2006. Het begrip "onregelmatigheid" is gedefinieerd in artikel 3, aanhef en onder q van Verordening 1198/2006. Dit artikel bepaalt dat onder onregelmatigheid wordt verstaan:

"elke inbreuk op een bepaling van het Gemeenschapsrecht als gevolg van een handeling of nalatigheid van een marktdeelnemer waarbij de algemene begroting van de Europese Unie door een onverschuldigde uitgave wordt of zou worden benadeeld".

6.4 Verweerder baseert zijn standpunt dat niet uitgesloten is dat medebegunstigde [naam 6] in zijn facturen een winstopslag heeft verdisconteerd (wat volgens verweerder in strijd is met het vereiste dat de subsidie niet tot doel of gevolg mag hebben dat zij de begunstigde winst oplevert) op de wijze waarop [naam 6] heeft gefactureerd. Er is, zo heeft verweerder ter zitting van het College toegelicht, gefactureerd als kosten van een derde, door bijvoorbeeld ten aanzien van de loonkosten te volstaan met een bedrag, in plaats van te werken met urenstaten, zoals gebruikelijk is bij begunstigten.

Niet in geschil is dat de facturen van [naam 6] in het kader van de aanvraag om subsidievaststelling aan verweerder zijn verstrekt en dat verweerder de aldus opgevoerde kosten bij het subsidievaststellingsbesluit van 2 juli 2010 heeft goedgekeurd. Met dat subsidievaststellingsbesluit is de subsidieverhouding tussen appellante en verweerder in beginsel afgesloten. Indien verweerder echter meent dat het subsidievaststellingsbesluit moet worden gewijzigd, omdat later is gebleken van een onregelmatigheid, is het aan hem om die onregelmatigheid aan te tonen en niet aan appellante om aan te tonen dat daarvan geen sprake is. Het uitgangspunt van verweerder dat op basis van de wijze van factureren van [naam 6] niet is uit te sluiten dat [naam 6] in zijn facturen een winstopslag heeft verdisconteerd, miskent in de hier gegeven omstandigheden die bewijslastverdeling, omdat het appellante in de positie plaatst aan te tonen dat [naam 6] in de facturen geen winstopslag heeft verdisconteerd.

Gelet op hetgeen appellante in dit verband heeft aangevoerd, namelijk dat de in de facturen vermelde kosten overeenkomen met geaccepteerde loonkosten van eigen arbeid en dat [naam 6] zijn kosten op de desbetreffende facturen heeft gezet teneinde de kosten inzichtelijk te maken, kan niet enkel op basis van de wijze van factureren de conclusie worden getrokken dat [naam 6] in de facturen een

winstopslag heeft verdisconteerd. Het lag daarom op de weg van verweerder om voorafgaand aan het primaire besluit, maar uiterlijk in de bezwaarfase, actief te onderzoeken of [naam 6] in de facturen een winstopslag heeft verdisconteerd. In die onderzoeksplicht is verweerder tekortgeschoten. Nu verweerder niet heeft aangetoond dat [naam 6] in de desbetreffende facturen winstopslag heeft verdisconteerd, kan het standpunt van verweerder dat sprake is van een onregelmatigheid geen stand houden.

6.5 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat vanwege het ontbreken van een onregelmatigheid geen wettelijke grondslag bestaat voor het ten nadele van appellante wijzigen van het subsidievaststellingsbesluit van 2 juli 2010 en het terugvorderen van een bedrag van 13.002,-. Het bestreden besluit kan daarom niet in stand blijven.

7. Het beroep is gegrond en het College zal het bestreden besluit vernietigen. Het College dient aansluitend te bezien welk gevolg deze uitkomst heeft. Ingevolge artikel 8:41a van de Awb dient de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten. In aanmerking genomen dat de facturen van [naam 6] dateren uit 2008, dat appellante daarover reeds in het kader van de subsidievaststelling in 2010 verantwoording aan verweerder heeft afgelegd, dat verweerder de in genoemde facturen opgenomen kosten bij de subsidievaststelling heeft goedgekeurd en gegeven het aanzienlijke tijdsverloop sedertdien, ziet het College aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb zelf in de zaak te voorzien. Het College zal het primaire besluit herroepen en bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde bestreden besluit.

8. Hetgeen appellante overigens heeft aangevoerd, behoeft geen bespreking.

9. Het College zal verweerder veroordelen in de door appellante gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 1.002,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van 501,- en een wegingsfactor 1).

## **Beslissing**

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- herroept het primaire besluit en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde bestreden besluit;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van 334,- aan appellante te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van appellante tot een bedrag van 1.002,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A. Venekamp, mr. H.L. van der Beek en mr. W. den Ouden, in aanwezigheid van mr. L. van Gulick, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 23 oktober 2018.

w.g. A. Venekamp w.g. L. van Gulick