



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Van regel naar uitzondering

Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel 'subsidierelaties' niet of nauwelijks normeert

van den Brink, J.; den Ouden, W.

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

25 jaar Awb

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van den Brink, J., & den Ouden, W. (2019). Van regel naar uitzondering: Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel 'subsidierelaties' niet of nauwelijks normeert. In T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters, & R. Schlössels (Eds.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid* (pp. 213-223). Wolters Kluwer.
<https://verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2019/02/Totale-bundel-25-jaar-Awb.pdf>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Jacobine van den Brink & Willemien den Ouden*

20 | Van regel naar uitzondering

Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel ‘subsidiërelaties’ niet of nauwelijks normeert

@Jacobine_Brink/W_denOuden – Steeds meer ‘subsidiërelaties’ worden buiten Awb-bereik geplaatst door de wetgever en (vooral) bestuursorganen. De rechter corrigeert nauwelijks. Toepassing van subsidietitel 4.2 Awb op subsidiërelaties dreigt van regel uitzondering te worden. Hoe reageert de Awb-wetgever? #subsidierecht #subsidie-nieuwe-stijl #Awb-kernbegrippen #Awb-ambities

1. Inleiding

In deze bijdrage vertellen wij het verhaal van het algemene Nederlandse subsidiërecht dat twintig jaar geleden werd opgenomen in titel 4.2 van de Awb om de subsidiëring van wenselijk geachte maatschappelijke activiteiten beter te reguleren. Ondanks het feit dat sommigen de regeling ‘topzwaar’ vonden,¹ deed de subsidietitel aanvankelijk waarvoor zij was bedoeld; zij uniformeerde en normeerde op grote schaal de subsidiërelaties tussen bestuursorganen en burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties. Nu, twee decennia later, zien wij de omgekeerde beweging: steeds meer ‘subsidiërelaties’ worden buiten Awb-bereik geplaatst, door de wetgever, bestuursorganen én de bestuursrechter. Daardoor dreigt de toepasselijkheid van subsidietitel 4.2 van de Awb op subsidiërelaties van regel, uitzondering te worden. Dat geeft te denken. Wat heeft deze tendens veroorzaakt en hoe reageert de Awb-wetgever? Doet zij niets en geeft zij daarmee haar subsidie-ambities op? Accepteert zij dat de subsidietitel van de Awb slechts daar geldt waar bijzondere wetgever en het bestuur dat wenselijk, of bestuursrechters dat noodzakelijk achten? Of reageert zij op de huidige ontwikkelingen met een wetgevingsoffensief?

2. De subsidietitel van de Awb

De subsidietitel van de Awb werd in 1998 in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen en dat mag best bijzonder worden genoemd. Onder andere omdat in veel andere landen de overkoepelende bestuurs(proces)rechtelijke wetgeving geen algemene regels over subsidiërelaties bevat.² Subsidiërecht kan ook gemak-

* Prof. mr. dr. J.E. van den Brink is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, A, p. 23 (punt. 6.3).

² Dit geldt bijv. voor Duitsland (Verwaltungsverfahrensgesetz) en Frankrijk (Code des relations entre le public et l’administration). Ook het voorstel voor de Europese Awb

kelijk als een bijzonder deel terrein van het bestuursrecht worden beschouwd, dat het best kan worden overgelaten aan de bijzondere wetgever. Die discussie daarover is in Nederland wel gevoerd,³ maar in de derde tranche van de Awb, die in 1998 in werking trad, is toch gekozen voor een algemene subsidieregeling. Dat was niet in de laatste plaats omdat een paar grote affaires en financiële debacles hadden laten zien dat de grootschalige publieke financiering van wenselijk geachte projecten en activiteiten de nodige risico's met zich mee brengt.⁴ Een algemene regeling moest in het bijzonder⁵ zorgen voor een wettelijke grondslag voor en dus democratische legitimatie van de (omvangrijke) Nederlandse subsidiepraktijk. Verder diende de rechtszekerheid binnen subsidiërelaties te worden versterkt en daarmee (ook) de doelmatigheid en doeltreffendheid van het subsidie-instrument. Tot slot zou een wettelijke regeling een belangrijke bijdrage moeten leveren aan de beheersing van de overheidsuitgaven aan subsidieregelingen en het tegengaan van misbruik van subsidiegelden. Ambitieuze doelstellingen dus, voor een regeling met een zeer breed bereik; zij is van toepassing op alle subsidies verstrekt door alle Nederlandse bestuursorganen die voldoen aan de subsidiëdefinitie van artikel 4:21 Awb. Dat brede bereik reflecteert in de (flexibele) opzet en omvang van titel 4.2 Awb. Enerzijds geeft de subsidiëtitel een dwingend, eenduidig begrippenkader voor subsidiërelaties en bevat zij een grote hoeveelheid bepalingen over veel onderwerpen die in een subsidiërelatie van belang (kunnen) zijn. Anderzijds betreft het vaak semi-dwingende bepalingen (waarvan bij wettelijk voorschrift kan worden afgeweken) en facultatieve bepalingen (die door de bijzondere wetgever of het subsidiërende bestuursorgaan desgewenst van toepassing kunnen worden verklaard).

van het Europees Parlement bevat geen regels voor subsidies (zie http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253NL.pdf). De Unierechtelijke regels voor subsidiëring zijn te vinden in de Verordening 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.

³ Daarover bijv. C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann e.a., *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

⁴ Zie de parlementaire enquête inzake het RSV-concern (*Kamerstukken II* 1984/85, 17817, 16-21) en de parlementaire enquête inzake de subsidiëring van de volkshuisvesting (*Kamerstukken II* 1987/88, 19623).

⁵ Vanzelfsprekend golden bij de totstandkoming van titel 4.2 Awb ook de algemene uitgangspunten van de Awb-wetgever; de subsidiëtitel moest dus in het algemeen zorgen voor meer eenheid binnen het subsidiërecht, het systematiseren en zo mogelijk vereenvoudigen daarvan en de codificatie van in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken.

3. Wat er vervolgens gebeurde...

Uit evaluatieonderzoek is gebleken dat de invoering van de subsidietitel vrij vlot en probleemloos is verlopen.⁶ Zeker wanneer men bedenkt dat de subsidietitel van de Awb zelf niet de gewenste wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking vormt. In artikel 4:23 Awb is immers bepaald dat een bestuursorgaan slechts subsidie verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift, dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Subsidie wordt vervolgens steeds per beschikking verstrekt.⁷ De Awb vraagt dus om een bijzondere wettelijke regeling voor concrete subsidiebeschikkingen en die zijn de afgelopen twintig jaar dan ook op grote schaal opgesteld. Zo ontstonden meer kaders voor het subsidieverstreckende bestuursorgaan en ook meer rechtszekerheid voor subsidieontvangers. Bovendien vormden deze bijzondere subsidieregelingen, in combinatie met de subsidietitel van de Awb, een veel steviger en uitgebreider houvast voor de bestuursrechter om subsidiebeschikkingen aan te toetsen dan hij in het pre Awb-tijdperk voor handen had.⁸ Wij hebben sterk de indruk dat deze wettelijke kaders niet alleen hebben geleid tot de professionalisering van de subsidiepraktijk, maar ook tot de juridisering van subsidieverhoudingen.

Om dit te illustreren kan worden gewezen op de enorme jurisprudentiestroom die op gang is gekomen rond de toepassing van artikel 4:51 Awb, dat ziet op de beëindiging van langdurige subsidierelaties. Ook voordat de subsidietitel van de Awb in werking trad gold dat dergelijke subsidierelaties niet 'rauwelijks' mochten worden stopgezet,⁹ maar deze 'Sint Bavo-lijn' werd slechts ingeroepen c.q. toegepast in enkele, uitzonderlijke gevallen. Sinds 1998 is in de Awb expliciet geregeld dat – kort gezegd – subsidies die voor meer dan drie jaar werden verstrekt voor dezelfde, voortdurende activiteiten slechts met inachtneming van een redelijke termijn mogen worden beëindigd. In de jaren van crisis en bezuiniging die achter ons liggen is op grote schaal geprocedeerd tegen subsidiebeëindigingen met een beroep op deze bepaling. Zo is een gedetailleerde jurisprudentielijn tot stand gekomen, waarin onder andere is vastgelegd wanneer dit artikel van toepassing is, wanneer er precies sprake is van een zogenaamd beëindigingsbesluit, wat de rechtsgevolgen zijn van dat besluit en vooral welke elementen een rol spelen bij het bepalen van een redelijke termijn voor beëindiging. In de uitvoeringspraktijk heeft dit er o.a. toe geleid dat bestuursorganen ver van tevoren bij subsidieontvangers aankondigen dat er aan de sub-

⁶ Zie K.M. Westra & W. den Ouden, *Algemeen bestuursrecht 2001: Subsidies*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001.

⁷ Een beschikkingsvervangende (civielrechtelijke) overeenkomst is niet toegestaan, wel kan eventueel een uitvoeringsovereenkomst worden gesloten (zie art. 4:36 Awb).

⁸ Vgl. L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur*, Deventer: Kluwer 1987, p. 784.

⁹ Zie ABRvS 23 oktober 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4907, AB 1980/198 (Sint Bavo-kerk), m.nt. JHvdV.

sidiërelatie ‘waarschijnlijk in de toekomst wat gaat veranderen’,¹⁰ om zo de redelijke termijn uiteindelijk zo kort mogelijk te houden. Het komt zelfs voor dat subsidieverstrekkers al in de verleningsbeschikking opnemen dat artikel 4:51 Awb in casu niet van toepassing is,¹¹ of dat zij over de toepassing van artikel 4:51 Awb vooraf een bevoegdheidsovereenkomst sluiten.¹²

Een tweede voorbeeld van juridisering en toenemende complexiteit in de uitvoeringspraktijk biedt de jurisprudentie over subsidietenders. In de subsidietitel werden bepalingen opgenomen over het gebruik van een subsidieplafond (afdeling 4.2.2). Daarmee wordt een subsidie al snel een schaars publiek recht, dat eerlijk onder gegadigden moet worden verdeeld. Dan moet worden gekozen voor een verdeelsystematiek en in de praktijk gaat de voorkeur uit naar een tenderprocedure. Al dan niet met behulp van externe adviseurs worden alle subsidieaanvragen op een rij gezet op basis van vooraf vastgestelde criteria. Zo worden de beste voorstellen geselecteerd voor publieke financiering (althans, dat is de bedoeling). Vanzelfsprekend werd deze methode ook al gebruikt voordat de Awb regels van verdelingsrecht opnam. Echter, doordat in artikel 4:26 van de Awb is bepaald dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld, zijn ook op dit vlak veel (meer) gedetailleerde wettelijke voorschriften ontstaan waarop aanvragers een beroep kunnen doen en die rechters een toetsingskader bieden. Deze ontwikkeling heeft – ongetwijfeld verder aangejaagd door de toenemende aandacht van bestuursrechtjuristen voor vraagstukken van verdelingsrecht en eerlijke concurrentie¹³ – gezorgd voor een stroom aan jurisprudentie over de verdeling van schaarse subsidies. Met name de eisen die in de jurisprudentie worden gesteld aan de vormgeving van subsidietenders zijn in de afgelopen jaren steeds scherper geformuleerd. Zo zijn er veel uitspraken gedaan over de eisen waaraan de (onafhankelijke) adviseurs en adviezen waarop rangschikkingen worden gebaseerd moeten voldoen en wordt de motivering van afwijzingsbeschikkingen diepgaand(er) getoetst. Verder heeft de ABRvS in 2015 in de spraakmakende uitspraak *Holland Opera*¹⁴ bepaald dat het voor de effectieve rechtsbescherming van afgewezen subsidieaanvragers wenselijk is dat zij zoveel als mogelijk is inzage kunnen krijgen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de

¹⁰ Zie bijv. ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1237, AB 2014/16, m.nt. N. van Tamen en F. Spijker.

¹¹ Zie bijv. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:442, AB 2014/41, m.nt. N. van Tamen en F. Spijker.

¹² Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 10 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5889, AB 2018/282, m.nt. W. den Ouden.

¹³ Zie bijv. J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016 en C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

¹⁴ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (*Holland Opera*), AB 2016, 453, m.nt. W. den Ouden.

rangorde geëindigde aanvragen, om zo de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Daarom worden deze stukken aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4 Awb, die ter inzage moeten worden gelegd. Dat betekent niet alleen een forse extra werklast voor bestuursorganen, maar vaak ook ingewikkelder procedures omdat niet alleen het afwijzingsbesluit ter discussie staat, maar (indirect) ook alle toewijzingsbesluiten. En heel recent heeft de Afdeling in de uitspraak van 11 juli 2018 uitgemaakt dat ook voor de verdeling van schaarse subsidies de rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse subsidies door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare subsidie(s) mee te dingen.¹⁵ Dit betekent dat de verdeling van schaarse subsidies wordt beheerst door de transparantieplichting; hetgeen naar verwachting voor nog meer rechtsgelijkheid maar ook complexiteit zal zorgen.

Deze twee voorbeelden¹⁶ maken, zo hopen wij, duidelijk dat de inwerking-treding van de subsidietitel en de vele bijzondere subsidieregelingen die daarop vervolgden, tezamen met de jurisprudentiële ontwikkelingen, het dagelijks leven van subsidieverstrekkers niet direct eenvoudiger hebben gemaakt. Dat is kennelijk de prijs die moet worden betaald voor meer rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, transparantie en rechtsbescherming.

4. Nieuwe vormen van subsidies

Kortom: het verstrekken van subsidies werd in de afgelopen decennia een ingewikkelde(re) en daardoor ook een meer tijd vragende aangelegenheid, zeker als wordt gekozen voor een tenderprocedure. Daarnaast sloeg de economische crisis toe, waardoor publieke middelen schaarser werden. Daarbij kwam een nieuwe trend om overheidsbeleid samen met burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties vorm te geven en uit te voeren.¹⁷ Begrippen als doe-democratie, participatiemaatschappij en netwerksamenleving raakten snel ingeburgerd. Van den Berge spreekt in zijn bijdrage aan deze bundel¹⁸ over een verschuiving van ‘government’ naar ‘governance’ en die had ook invloed op de subsidiepraktijk. In de visie van velen past een eenzijdige subsidiebeschikking van een bestuursorgaan slecht bij moderne vormen van besturen. Bovendien heeft het woord subsidie in de afgelopen jaren in het politieke debat een nare

¹⁵ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.

¹⁶ We hadden meer voorbeelden kunnen noemen van Awb-bepalingen die –naast uniformering en rechtszekerheid – hebben geleid tot juridisering en complexiteit zoals art. 4:23 van de Awb (de eis van de wettelijke grondslag) en afdeling 4.2.4 inzake subsidieverplichtingen.

¹⁷ Zie voor literatuurverwijzingen o.a. W. den Ouden, ‘Het coöperatieve bestuursorgaan’, *NTB* 2016/52 en L. van den Berge, ‘Gouvernementaliteit en rechtsbescherming. Groninger Gas, sociaal domein en de ongrijpbare overheid’, *NJB* 2018/820.

¹⁸ Zie de bijdrage van Lukas van den Berge elders in deze bundel.

bijmaak gekregen. Het woord subsidie lijkt welhaast afhankelijkheid, ongelijkwaardigheid, tijdelijkheid en zelfs verspilling te veronderstellen.¹⁹ Niet verwonderlijk dus dat in de afgelopen jaren in een rap tempo allerlei nieuwe verschijningsvormen van de subsidie opkwamen. Nieuwe manieren voor het uitgeven van publiek geld,²⁰ waarbij de overheid zich meer opstelt als partner, facilitator, als één van de onderhandelaars of initiatiefnemers, dan als eenzijdig sturende overheid.

Concreet hebben deze vernieuwingen geresulteerd in een brede inzet van andere vormen van aanspraken op financiële middelen dan de klassieke subsidie à fonds perdu (die niet hoeft te worden terugbetaald). Vaak krijgen de aanspraken nu de vorm van leningen, garanties of deelnemingen. Deze financieringsvormen vallen in beginsel gewoon onder de werking van de subsidiëtitel van de Awb²¹ (al zien partijen dat soms anders²²) en onder de rechtsmacht van de bestuursrechter. Lastiger wordt het wanneer de overheid private partners inzet²³ bij het uitgeven van publiek geld, zoals een groep burgers, een stichting of een revolverend fonds. In dat geval is alleen sprake van een subsidie voor zover deze entiteiten kwalificeren als een bestuursorgaan. Omdat in veel gevallen geen wettelijke grondslag voor deze praktijken wordt vastgelegd, moet aan de hand van de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2014 opnieuw geformuleerde financieel en inhoudelijk criterium worden bepaald of sprake is van een buitenwettelijk b-orgaan dat subsidies verstrekt. Deze vernieuwde b-bestuursorganen jurisprudentie brengt mee dat voormelde entiteiten met een beetje slim rekenen en regelen buiten de Awb en het subsidiebegrip kunnen worden gehouden. En bestuursorganen maken daar in de praktijk ook handig gebruik van.²⁴ Dit heeft tot gevolg dat de verstrekking van tientallen miljarden aan publiek geld buiten de reikwijdte van de Awb en het zicht van de bestuursrechter raakt.

¹⁹ <https://taalstrategie.nl/werkende-woorden-subsidie/>.

²⁰ J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000.

²¹ Daarover Van den Brink & Den Ouden 2016.

²² En (h)erkent de civiele rechter ook niet altijd het subsidiekarakter van dat soort verstrekkingen in geschillen daarover. Zie bijv. Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780 (MusiQ! I), Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 (MusiQ! II) en Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (De Stolp).

²³ Of zichzelf in een privaatrechtelijk jasje kleedt.

²⁴ Daarover J.E. van den Brink in haar Maastrichtse oratie *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch*, Maastricht: Maastricht University 2018, http://maastrichtuniversity.bbvms.com/view/default_videoteam/2953248.html.

5. Invest-NL als apotheose

Niet alleen bestuursorganen maken dankbaar gebruik van de mogelijkheden om privaatrechtelijke entiteiten die publiek geld verstrekken buiten het subsidiebegrip te houden. Ook de bijzondere wetgever zoekt aansluiting bij deze trend. Een recent aansprekend voorbeeld is het nieuwe wetsvoorstel op grond waarvan te zijner tijd Invest-NL zal worden opgericht.²⁵ Deze naamloze vennootschap ontvangt – als alles doorgaat – 2,5 miljard euro van de Staat om vanaf 2019 – onder aanvoering van Wouter Bos – financiering te verstrekken aan ondernemingen op het gebied van energie, verduurzaming, voedsel en innovatie. De voorziene oprichting van de investeringsbank Invest-NL heeft tot resultaat dat Nederland over een nationale stimuleringsinstelling beschikt zodat gemakkelijker een beroep kan worden gedaan op de Europese Junckergelden.

In het wetsvoorstel is in artikel 5 lid 1 onder b aan Invest-NL de bevoegdheid toegekend om voor eigen rekening en risico risicodragend vermogen en overig kapitaal te verschaffen aan ondernemingen. In de formele wet wordt zodoende een publiekrechtelijke bevoegdheid om een overheidstaak uit te oefenen vastgelegd. De overheidstaak bestaat in het met publiek geld financieren van ondernemingen die voor hun financiering niet door de markt worden bediend. De bevoegdheid tot kapitaalverschaffing wordt bovendien niet aan een ieder toegekend, maar op grond van de wet specifiek aan Invest-NL. Dit betekent dat Invest-NL voldoet aan de definitie van een b-bestuursorgaan, zoals opgenomen in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. Uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt echter dat dat helemaal niet de bedoeling is: in een bijzin wordt gesteld dat Invest-NL geen bestuursorgaan is.²⁶

Dit illustreert dat ook de bijzondere wetgever zich van de Awb en de daarin opgenomen subsidietitel steeds minder lijkt aan te trekken. Er wordt niet eens meer de moeite genomen om in het wetsvoorstel expliciet te bepalen dat de Awb niet van toepassing is.²⁷

6. De subsidietitel van de Awb verliest relevantie

De conclusie moet dus zijn dat door allerlei juridische en maatschappelijke ontwikkelingen veel verstrekkingen van publiek geld niet (langer) door de Awb en in het bijzonder subsidietitel 4.2 Awb worden genormeerd. Daarbij verdient de aandacht dat – voor zover die financiële verstrekkingen wél vallen onder de

²⁵ Zie over Invest-NL J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Bankieren met € 2,5 miljard publiek geld; welke regels gelden er eigenlijk?', *NJB* 2018/1100.

²⁶ Zie de consultatieversie van de memorie van toelichting, p. 30 en 46, te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/oprichtinginvestnl>.

²⁷ Waarbij het overigens de vraag is of de bestuursrechter slechts op grond van een dergelijke opmerking in de toelichting op het wetsvoorstel uiteindelijk zal meegaan in die gedachte.

reikwijdte van de subsidietitel – bestuursorganen op grote schaal gebruik maken van de zogenaamde incidentele subsidie.²⁸ Voor dergelijke subsidies hoeft, zo blijkt uit artikel 4:23 Awb, geen bijzondere wettelijke regeling te worden vastgesteld; alles kan in een ‘op maat gesneden beschikking’ voor het incidentele geval worden geregeld. In de subsidietitel-systematiek gaat het hier om een (weinig transparante) uitzondering,²⁹ die in de praktijk echter soms de regel lijkt te zijn geworden.

Zowel bestuursorganen als (bijzondere) wetgevers lijken (de subsidietitel van) de Awb dus te willen ontwijken. De bestuursrechter is momenteel – zo blijkt uit de toepassing van het inhoudelijk en financieel criterium in bijvoorbeeld de Impuls-zaak³⁰ – niet erg geneigd corrigerend op te treden. Wat is daarvan de oorzaak? Het lijkt verstandig die oorzaken eerst duidelijker in beeld te brengen, alvorens over deze trend een oordeel te geven.

Wij vermoeden dat de afnemende relevantie van de subsidietitel van de Awb in een breder perspectief moet worden geplaatst. Bestuursorganen en de wetgever lijken zich in de uitvoeringspraktijk zich niet alleen gehinderd te voelen door de regels van de subsidietitel van de Awb, maar ook door de laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming die tegen (subsidie)besluiten open staat, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die van toepassing zijn op subsidieverstrekking (en die bijvoorbeeld vragen om gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers, om transparantie en om onafhankelijkheid van adviseurs) en door de Wet Openbaarheid van bestuur (die tot gevolg heeft dat subsidiebesluiten en achterliggende documentatie indien gevraagd in beginsel openbaar moeten worden gemaakt). Kort gezegd heeft men in de uitvoeringspraktijk last van dergelijke klassieke publiekrechtelijke normen die de vertaling vormen van rechtsstatelijke waarborgen. Daarvan zien de overheid, haar ambtenaren en haar private partners de meerwaarde sowieso maar lastig in voor de moderne netwerksamenleving, die, zoals Jak dat noemt in zijn bijdrage aan deze bundel, ‘ontstatelijk’.³¹ Klassieke rechtsstatelijke concepten zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, transparantie en effectieve rechtsbescherming leggen het tegenwoordig al snel af tegen de wens om flexibel en snel, ‘op maat’, ‘efficiënt’, ‘professioneel’ en ‘slagvaardig’ te kunnen opereren en reageren als moderne overheid. Die wensen zijn in de praktijk kennelijk lastig te

²⁸ Zie Rekenkamer Den Haag, *Eerlijk delen, bestuurlijk rapport en feiten rapport. Opvolgingsonderzoek naar de verstrekking van subsidies door de gemeente Den Haag*, 24 augustus 2017, p. 97 en Johanna Pex, *Hoe gelijk en transparant is het in subsidieland?*, Topscriptie NJB 2018, te raadplegen via <http://www.njb.nl/blog/hoe-gelijk-en-transparant-is-het-in-subsidieland.28580.lynkx>.

²⁹ W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 39-40.

³⁰ Daarover W. den Ouden & N.H. van Amerongen, ‘Het bestuursorgaan-begrip voorbij?’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137 e.v.

³¹ Zie de bijdrage van Niels Jak elders in deze bundel.

vervullen als bestuursorgaan dat (voornamelijk) moet handelen in de vorm van besluiten.

Dit geldt zeker niet alleen op het terrein van de publieke financiering van door de overheid wenselijk geachte activiteiten. In het sociaal domein zien we een zeer vergelijkbare worsteling en pogingen van overheden om zich aan het in hun ogen verlamme besluitbegrip te ontworstelen.³² De toenemende behoefte aan flexibiliteit en maatwerk leidt er zelfs toe dat het concept van wetgeven ‘uit’ is, zo concludeerde het Montesquieu Instituut eind juni.³³ Het kabinet geeft de voorkeur aan actieplannen, initiatieven, investeringsimpulsen en akkoorden.

7. Hoe dient de Awb-wetgever daarop te reageren?

Gezien de bredere problematiek achter de ‘subsidies nieuwe stijl’ lijkt een focus op het actualiseren van titel 4.2 Awb op symptoombestrijding. Het echte probleem ligt (op zijn minst voor een deel) elders, dieper verankerd in de Awb. Natuurlijk kan er nog het een en ander worden gesleuteld aan het bestuursorgaanbegrip (waarbij wij het pleidooi van Jak om ‘overwegende overheidsinvloed’ als aanvullend criterium te hanteren graag ondersteunen). Maar, ook als op die manier de reikwijdte van het bestuursorgaanbegrip wordt uitgebreid, wordt het probleem van de ‘passende publiekrechtelijke’ normering niet opgelost.

De Awb kent namelijk slechts twee smaken: een instelling die publieke gelden alloceert is óf een bestuursorgaan en valt dus qua normering en rechtsbescherming onder de Awb (en daarmee onder veel andere publiekrechtelijke normen die zijn gekoppeld aan het besluitbegrip), óf zij is dat niet en valt daar dus buiten. Dan blijft slechts controle door de burgerlijke rechter over. De laatste kan uiteraard de open normen van het BW publiekrechtelijk georiënteerd invullen, maar wij stellen vast dat de burgerlijke rechter tot op heden weinig lijkt te voelen voor deze rolverdeling.³⁴ Hoe mooi het woord ‘congruentie’ ook klinkt en hoe aanlokkelijk het beeld van een glijdende schaal van semi-publiekrechtelijke normering over de band van het BW ook is, hiervan is in de praktijk nog weinig terecht gekomen. Naar onze smaak niet geheel ten onrechte overigens: die weg zal al snel leiden tot een enorme rechtsonzekerheid voor de

³² Zie hierover bijv. B.J. van Ettekovén, ‘Herrie rond de keukentafel’. Over de Wmo 2015 en maatschappelijke adequate rechtsbescherming’, *NTB* 2016/50, M. Scheltema, ‘Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein’, *NTB* 2018/3, G. Vonk, ‘Privatisering en decentralisatie in het sociale domein en de menselijke maat’, *NTB* 2018/43 en N. Jak, ‘Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders’, *NTB* 2018/49.

³³ https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vkp8dbto6tvj/nieuws/wetgeving_is_uit.

³⁴ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/Conformed), *JB* 2003/121 m.nt. J.A.F. Peters, *AB* 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren, *NJ* 2004/35 m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

desbetreffende semi-publieke instellingen en particulieren die met hen te maken krijgen. Per geval zal immers aan de hand van de glijdende schaal een passend normenkader moeten worden vastgesteld via een gerechtelijke procedure. Zeker in de financiële wereld doet rechtsonzekerheid de zaken doorgaans geen goed.

Is de bijzondere wetgever dus aan zet? Wij onderschrijven graag de stelling dat de bijzondere wetgever de handschoen moet oppakken en een publiekrechtelijk normenkader op maat zou moeten vaststellen. Groot probleem is echter dat die wetgever in de praktijk regelmatig niet thuis geeft, zoals de casus Invest-NL laat zien. Kortom: van zowel de burgerlijke rechter als de bijzondere wetgever valt wat betreft publiekrechtelijke normering van een privaatrechtelijke entiteit die publieke gelden alloceert (te) weinig te verwachten.

Daarom geven wij de voorkeur aan de gespiegelde benadering. In een algemene, formeel wettelijke regeling zou moeten worden vastgelegd welke publiekrechtelijke normen in beginsel van toepassing zijn, daar waar publieke gelden worden ingezet om door de overheid wenselijk geachte activiteiten te stimuleren c.q. te ondersteunen. Voorstelbaar is dat – net als nu in de subsidietitel is geregeld – sommige normen dwingend recht bevatten, zodat alleen de bijzondere formele wetgever daarvan kan afwijken en andere normen ook per algemeen verbindend voorschrift anders kunnen worden ingevuld. In dat laatste geval krijgt ook de lagere bijzondere regelgever de mogelijkheid daarvan af te wijken, waardoor ook op decentraal niveau een ‘normenpakket op maat’ kan worden samengesteld. Zo wordt dus alle ruimte geboden voor een gedifferentieerde benadering door de sectorale wet- c.q. regelgever. Maar... die aanpak op maat zal dan wel moeten worden neergelegd in een andere (meer bijzondere) formele wet c.q. een expliciet wettelijk voorschrift. Die eis dwingt welhaast automatisch tot weloverwogen keuzes en de motivering daarvan jegens volksvertegenwoordiging en maatschappij.

Een dergelijke regeling past, als algemene regeling met een vangnetkarakter, prima in de Awb,³⁵ maar alleen als het bestuursorgaan- en besluitbegrip daarin niet langer een allesoverheersende rol spelen. In ons voorstel staat immers niet de kwalificatie van de instelling die het publieke geld verstrekt centraal, maar de herkomst van de gelden die worden gealloceerd. Het enkele feit dat het gaat om geld uit publieke kassen (dat slechts mag worden ingezet ten behoeve van het algemeen belang) is in dat geval voldoende om publiekrechtelijke normen te activeren. Zo kunnen belangrijke publiekrechtelijke waarborgen zoals (globale) democratische legitimatie, rechtsgelijkheid en transparantie, onafhankelijke controle en effectieve rechtsbescherming in algemene zin worden geregeld. Uiteraard kan het voorkomen dat dit pakket niet passend is en dus afwijkingen noodzakelijk zijn. In dat geval is de bijzondere wet- c.q. regelgever aan zet. Het verhaal van het algemene Nederlandse subsidierecht is daarmee niet afgelopen, maar blijft gereserveerd voor de klassieke subsidie à fonds perdu.

³⁵ Zie ook de oratie van Van den Brink 2018.

Voor meer innovatieve vormen wordt een nieuwe algemene regeling geschapen. Met deze modernisering blijft de Awb relevant voor de normering van het stimuleren van wenselijke activiteiten met publiek geld, zij het dat de bijzondere regelgever de mogelijkheid heeft om goed gefundeerde differentiatie aan te brengen.