

Advies inzake de Algemene bijdrageverordening Noord-Brabant

18 september 2019

Geachte mw. Bakker-van der Pasch

In uw mail van 28 juni jl. heeft u mij verzocht te adviseren over de toepassing en houdbaarheid van een concept van de Algemene bijdrage verordening Noord Brabant (hierna de Bijdrageverordening). Per mail van 10 juli heeft u mij een concept Bijdrageregeling doen toekomen, deze bijdrageregeling zal gaan fungeren als model voor alle verdere Bijdrageregelingen. Achtergrond van uw adviesverzoek is het feit dat niet geheel duidelijk is of financiële uitkeringen verstrekt aan publiekrechtelijke rechtspersonen vallen onder de reikwijdte van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), ook vaak de subsidietitel genoemd. De Provinciale Staten van Noord Brabant zijn van oordeel dat bepaalde verstrekkingen aan publiekrechtelijke rechtspersonen zich niet goed lenen voor verstrekking als subsidie, gezien de aard van de samenwerking, de soort projecten, de vereisten en de verdelingswijze. Daarom willen Provinciale Staten met het vaststellen van de Algemene Bijdrageverordening voorzien in een wettelijk voorschrift dat ziet op financiële bijdragen die uitsluitend aan publiekrechtelijke rechtspersonen worden verstrekt, zodat de subsidietitel uit de Awb op die verstrekkingen niet (direct) van toepassing is. U denkt dat een dergelijke Algemene Bijdrageverordening, met daaronder specifieke door Gedeputeerde Staten vastgestelde bijdrageregelingen, meer flexibiliteit in financieringsinstrumenten zou geven, en wil zeker stellen dat dit in het licht van de subsidietitel van de Awb een rechtmatige aanpak is.

In dit advies zal ik eerst in het algemeen ingaan op de vraag naar de reikwijdte van de subsidietitel (punt 1-3), in het bijzonder ten aanzien van financiële verstrekkingen aan publiekrechtelijke rechtspersonen (punt 4-12). Daarbij zal ik tot de conclusie komen dat naar mijn mening financiële verstrekkingen van de provincie aan publiekrechtelijke rechtspersonen die op een wettelijk voorschrift zijn gebaseerd en die niet aan andersoortige aanvragers kunnen worden verstrekt in beginsel niet onder de reikwijdte van de subsidietitel van de Awb vallen. Wel kunnen bepalingen uit titel 4.2 Awb daarop onder omstandigheden analoog worden toegepast door de bestuursrechter (punt 12). Na deze analyse zal ik ingaan op het door u toegestuurde concept van de Bijdrageverordening. Ik zal concluderen dat naar mijn mening met vaststelling van de Algemene bijdrage verordening Noord Brabant en de later vast te stellen bijdrageregelingen, de financieringen die de provincie op die basis verstrekt buiten de reikwijdte van de subsidietitel van de Awb en de Algemene subsidieverordening Noord Brabant zullen komen te vallen en dat er geen principiële bezwaren bestaan tegen de Bijdrageverordening (punt 13-14). Daarna heb ik enkele aandachtspunten geformuleerd waaraan u in de definitieve versie van deze regeling nog aandacht zou kunnen besteden (punt 15 e.v.).

De subsidietitel is in beginsel niet van toepassing op subsidies tussen overheden

1. De reikwijdte van de subsidietitel van de Awb wordt bepaald door artikel 4:21 Awb. Daarin is de wettelijke definitie van het begrip subsidie vastgelegd. Deze definitie luidt:
Onder subsidie wordt verstaan: (1) de aanspraak op financiële middelen, (2) door een bestuursorgaan verstrekt (3) met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, (4) anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Dit is, zoals alle Awb-definities, een materiële definitie. Dat betekent dat iedere financiële verstrekking die voldoet aan de gegeven omschrijving in juridische zin een subsidie is en valt onder de reikwijdte van titel 4.2 Awb, ook wanneer de verstrekking met een andere term (bijvoorbeeld als tegemoetkoming, vergoeding, financiering, investering, bijdrage of opdracht) wordt aangeduid. Anderzijds vallen financiële verstrekkingen die niet aan de omschrijving voldoen daarbuiten, ook als zij door de regelgever of de besluitnemer wel subsidie worden genoemd.
2. In het tweede tot en met het vierde lid van artikel 4:21 Awb worden enkele financiële verstrekkingen die op het eerste gezicht binnen de reikwijdte van de subsidiedefinitie vallen daarvan uitgezonderd. Het gaat om faciliteiten in de fiscale sfeer en premiesfeer, uitkeringen aan uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen en de bekostiging van onderwijs en onderzoek. De wetgever noemt deze uitzonderingen expliciet om verwarring te voorkomen, aldus de toelichting (*Kamerstukken II*, 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 36). In artikel 4:21 Awb is niet bepaald dat deze verstrekkingen geen subsidies in de zin van de Awb *zijn*, maar dat de subsidietitel op deze verstrekkingen niet of slechts van overeenkomstige toepassing is.
3. Het derde lid bepaalt dat de subsidietitel niet van toepassing is op de aanspraak op financiële middelen die wordt verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Kort gezegd: titel 4.2 Awb geldt niet voor subsidies die blijkens een wettelijke regeling *uitsluitend* aan overheden kunnen worden verstrekt. Het woord uitsluitend is hier belangrijk: als een gemeente een energiebesparingssubsidie aanvraagt die ook door een gewone burger kan worden aangevraagd, is de subsidietitel wel van toepassing. Bestuursorganen fungeren dus regelmatig als subsidieontvanger.
4. Deze uitzondering ziet, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, in de eerste plaats op de zogeheten ‘specifieke uitkeringen’ aan gemeenten en provincies. Dat zijn uitkeringen die door het rijk aan gemeenten en provincies worden verstrekt met het oog op een bepaalde activiteit, bijvoorbeeld een criminaliteitspreventieproject. Daarmee onderscheiden zij zich van de algemene uitkeringen uit het Gemeente- respectievelijk Provinciefonds, die niet aan een bepaalde activiteit zijn gebonden en dus niet behoeven te worden uitgezonderd omdat zij toch al niet onder de definitie van het eerste lid van art. 4:21 Awb vallen, die van een doel gebonden financiële verstrekking uitgaat (zie definitie-element 3).
5. In de tweede plaats, zo merkt de MvT op, ziet de uitzondering op de uitkeringen uit ’s Rijks kas voor de instandhouding van publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen met eigen rechtspersoonlijkheid. Die uitkeringen zijn per definitie specifiek in de zin van gebonden aan een bepaalde activiteit, omdat een zelfstandig bestuursorgaan, anders dan een gemeente of provincie altijd met een specifieke taak is belast.

6. De uitzondering ziet niet op subsidies die *niet* op grond van een wettelijk voorschrift uitsluitend aan publiekrechtelijke rechtspersonen worden verstrekt; dan is er geen wettelijke regeling die is toegespitst op de publiekrechtelijke relatie en kan de subsidietitel in een leemte voorzien, aldus de MvT. Als extra argument noemt de regering dat slechts aan de hand van een wettelijk voorschrift kan worden beoordeeld of een financiële bijdrage uitsluitend aan publiekrechtelijke rechtspersonen kan worden verstrekt. Logisch is dus om aan te nemen dat bij subsidies aan publiekrechtelijke rechtspersonen die niet op een wettelijke grondslag berusten (incidentele en begrotingssubsidies) de subsidietitel wél van toepassing is. Dit neemt de Rb Assen ook aan in een uitspraak uit 2011 (ECLI:NL:RBASS:2011:BQ7271).
7. Kan uit deze toelichting nu worden afgeleid dat deze uitzondering op de reikwijdte van de subsidietitel alleen ziet op bijdragen van Rijksweg, die op basis van een wettelijk voorschrift slechts aan publiekrechtelijke rechtspersonen worden verstrekt, zoals in de praktijk wel wordt aangenomen? Met andere woorden, kan op basis van deze toelichting worden aangenomen dat financiële bijdragen die door decentrale overheden aan uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen worden verstrekt niet onder deze uitzondering vallen en dus (voor zover zij aan de subsidie-definitie van art. 4:21 Awb voldoen) als subsidie moeten worden verstrekt (zie in uw eigen provincie voorheen bijv. de Bijdrageregeling sloop ongewenste bebouwing buitengebied Noord-Brabant, die voorziet in subsidiering van uitsluitend gemeenten en was vormgegeven als een subsidieregeling)?
8. Hoewel de MvT alleen voorbeelden worden genoemd die zien op financiële verstrekkingen van Rijksweg lijkt mij dat geen juiste conclusie. Eerste en belangrijkste reden daarvoor is dat de bepaling zelf algemeen en duidelijk is geformuleerd. Bovendien zegt de toelichting niet dat deze uitzondering niet ziet op financiële verstrekkingen van decentrale overheden aan uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen op grond van een wettelijk voorschrift; zij besteedt aan dat verschijnsel slechts geen aandacht. Ten derde heeft deze uitzonderingsbepaling een vrij principiële voorgeschiedenis, die het niet logisch maakt om van een beperkte interpretatie van deze bepaling uit te gaan. Deze uitzondering is namelijk het resultaat van een amendement waarin de discussie is gevoerd over ‘subsidies tussen overheden’ en die komen niet alleen voor op Rijksniveau.

Het is nuttig hier iets over die enigszins wisselvallige voorgeschiedenis op te merken. De betreffende uitzondering kwam al voor in het Voorontwerp van de subsidietitel en in het oorspronkelijke wetsvoorstel. De motivering voor de uitzondering was steeds dat de financiële verhouding tussen het Rijk en andere overheden, mede in verband met de constitutioneel gewaarborgde autonomie van gemeenten en provincies, een zodanig ‘eigen karakter’ heeft, dat de subsidietitel daarop niet goed kan worden toegepast. Bij de voorbereiding van diverse subsidiewetten (zoals de Kaderwet EZ-subsidies en de Wet Justitie-subsidies (*Kamerstukken II* 1994/95, 24 040, nrs. 1-3)) bleek echter, dat titel 4.2 Awb in de praktijk eigenlijk heel geschikt was om toe te passen op subsidies aan overheden, zij het dat bij subsidies aan gemeenten en provincies een enkele afwijking van titel 4.2 Awb nodig kon zijn. Daarom werd titel 4.2 Awb in die wetten telkens toch weer van toepassing verklaard op allerlei subsidies aan overheden. Dat ontlokte een aantal Tweede Kamer-fracties in het Verslag de begrijpelijke vraag of de uitzondering dan wel zo nodig was (Nota n.a.v. het Verslag, vraag 4.12). Daarbij werd steeds in het algemeen gesproken over ‘subsidies tussen overheden’.

Ik verwijs ook voor opmerkingen uit de Kamer naar de Nota naar aanleiding van het Verslag (stuk nr. 5), omdat daarin de vragen van de Kamer en de antwoorden van de regering in kolommen naast elkaar zijn opgenomen.

Ook de regering was daaraan gaan twijfelen, met als gevolg dat de uitzondering bij de Eerste Nota van wijziging werd geschrapt. Het CDA-kamerlid Koekkoek vond het echter niet juist om subsidies aan overheden gelijk te stellen aan subsidies aan burgers en diende daarom een amendement in (nr. 19) dat de uitzondering weer herstelde. Dat amendement werd aangenomen, mede dankzij de steun van de PvdA-fractie, die in het Verslag juist aan de regering had gevraagd nog eens uit te leggen waarom die uitzondering nu nodig was. In de discussie over dit amendement werd ook steeds gesproken over ‘subsidies tussen overheden’ en werd het principiële verschil tussen enerzijds de verhoudingen tussen overheden onderling en anderzijds de verhoudingen tussen de overheid en de burgers c.q. de organisaties van die burgers benadrukt.

9. Ik ga er dus vanuit dat de uitzondering van het derde lid van art. 4:21 Awb geldt indien aan twee eisen is voldaan (zoals in de MvT overigens zelf ook wordt gesteld). Ten eerste moet de uitkering op een wettelijk voorschrift berusten. Alleen als een uitkering op een wettelijk voorschrift berust kan goed worden vastgesteld, of deze inderdaad slechts aan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen kan worden verleend. Ten tweede moet de uitkering blijkens wettelijk voorschrift *uitsluitend* beschikbaar zijn voor publiekrechtelijke rechtspersonen. Er moet dus een gesloten groep van aanvragers c.q. ontvangers zijn bestaande uit publiekrechtelijke rechtspersonen. Ook komt het voor dat op basis van een wettelijke regeling uitsluitend één publiekrechtelijke rechtspersoon kan worden gefinancierd (ze bijvoorbeeld de TNO-wet).
10. Helaas is er geen doorslaggevende jurisprudentie voorhanden. In de schaarse gepubliceerde uitspraken waarin art. 4:21 Awb, derde lid een relevante rol speelt gaat het steeds om geschillen over een Rijksbijdrage.
11. De praktische gevolgen van deze uitzondering zijn in de praktijk overigens beperkt omdat de mogelijkheid blijft bestaan om titel 4.2 Awb, in afwijking van artikel 4:21 Awb, bij bijzondere wet toch weer van toepassing te verklaren op bepaalde subsidies aan overheden. Dat gebeurt in de praktijk ook regelmatig (zie bijvoorbeeld artikel 2 Kaderwet subsidies I en M en art. 3 Kaderwet EZK en LNV-subsidies). Omdat het gaat om een afwijking van de Awb bestaat deze mogelijkheid slechts voor de bijzondere formele wetgever. Decentrale regelgevers kunnen wel bepalingen uit de subsidietitel overnemen in ‘subsidiereregelingen’ die voorzien in geldverstrekkingen aan uitsluitend overheden (zie bijv. ECLI:NL:RBMAA:2005:AU5970 inzake de Tijdelijke regeling eenmalige uitkering bestrijding regionale wateroverlast en de Bijdrageregeling versterking economisch vestigingsklimaat Metropoolregio Rotterdam Den Haag 2015). Daartegen bestaat geen enkel bezwaar. Nu voor subsidies aan overheden vaak niet heel andere regels nodig zijn dan voor andere subsidies is dat zelfs efficiënt te noemen. Het patroon van de rechtsverhouding is in beide gevallen vaak hetzelfde: er wordt geld gegeven waarvan de besteding aan een bepaald doel en aan voorschriften is gebonden, met als onvermijdelijk gevolg dat over die besteding achteraf verantwoording zal moeten worden afgelegd aan de geldgever, die dan ook bevoegd moet zijn om aan niet-naleving van de voorschriften gevolgen te verbinden.
12. Wanneer titel 4.2 *niet* van overeenkomstige toepassing is verklaard op subsidies die uitsluitend aan overheden kunnen worden verstrekt, weigert de CRvB op grond van de wetsgeschiedenis van deze uitzondering analoge toepassing van de bepalingen van titel 4.2 Awb (CRvB 29 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD8843, *JB* 2008/210, *USZ* 2008/299, m.nt. J.E. van den Brink). De Afdeling bestuursrechtspraak bekijkt dit punt

minder principieel, althans in ieder geval voor zover het de toepassing van artikel 4:51 Awb betreft. Dat blijkt uit een uitspraak van 16 januari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BY8502, AB 2013/128, m.nt. W. den Ouden). Het betrof in dat geval de subsidiering van TNO, een organisatie die krachtens de TNO-wet is ingesteld (en dus een rechtspersoon is die krachtens publiekrecht is ingesteld) en die bij uitsluiting kan worden gesubsidieerd op grond van diezelfde wet. Strikt genomen valt de subsidie aan TNO dus niet onder de reikwijdte van titel 4.2 Awb. Dat weerhield de Afdeling er niet van om artikel 4:51 Awb analoog toe te passen op grond van het vertrouwensbeginsel. Met Bok (in zijn annotatie onder JB 2013/60 inzake de TNO zaak) verwacht ik dat deze analoge toepassing vaker zal kunnen voorkomen in toekomstige subsidiegeschillen tussen overheden, omdat ook daar zal gelden dat de Subsidietitel veelal adequate en op de beslechting van een dergelijk geschil toegesneden bepalingen bevat wanneer die ontbreken in de wettelijke regeling waarop de financiële verstrekking berust. Hetzelfde kan gelden voor in het subsidierecht ontwikkelde jurisprudentiële leerstukken, zoals die over de zorgvuldige vormgeving van verdeelprocedures en het beginsel van gelijke kansen voor subsidieaanvragers en transparantie.

De toepassing en houdbaarheid van de Algemene bijdrage verordening Noord Brabant.

13. Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat indien de Provincie Noord Brabant een Bijdrageverordening opstelt die voorziet in verstrekking van financieringen voor activiteiten aan uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen, deze regeling valt onder de uitzondering van artikel 4:21, derde lid. Op dergelijke verstrekkingen is de subsidietitel van de Awb niet (rechtstreeks) van toepassing. Wel moet men in die situaties steeds rekening houden met de mogelijke analoge toepassing van het subsidierecht in geschillen over die verstrekkingen, zeker wanneer in die wettelijke regeling geen alternatieve rechtsregels zijn opgenomen die nodig zijn voor de beslechting van het geschil.
14. Naar mijn mening zullen met vaststelling van de Algemene bijdrage verordening Noord Brabant (en daarna de specifieke bijdrageregelingen), de financieringen die de provincie op die basis verstrekt buiten de reikwijdte van de subsidietitel van de Awb en de Algemene subsidieverordening Noord Brabant komen te vallen. In artikel 6 wordt de kring van mogelijke aanvragers immers beperkt tot publiekrechtelijke rechtspersonen en in de rest van de bijdrageverordening (en latere bijdrageregelingen) worden rechtsregels gegeven die de financiële relatie tussen de betrokken overheden verder normeren. Ik zie dus geen principiële bezwaren tegen deze verordening. Wel heb ik enkele aandachtspunten gesignaleerd, die u wellicht mee zou willen nemen bij de definitieve versie van deze verordening. Ik heb verschillende aandachtspunten met u besproken tijdens een mondeling overleg op 18 september 2019. Enige daarvan zet ik hieronder schriftelijk op een rij.
15. In de inleidende overwegingen van de bijdrageverordening zou ik volledigheidshalve schrijven ‘Overwegende dat de provincie Noord-Brabant regelmatig financiële middelen verstrekt aan *uitsluitend* publiekrechtelijke rechtspersonen.’
16. Het bepaalde in artikel 2 (‘Toepasselijkheid’) zou ik verhuizen naar de inleidende overwegingen of de toelichting op de Bijdrageverordening, om de suggestie te vermijden dat de provinciale wetgever meent dat de subsidietitel van de Awb per provinciale verordening buiten toepassing kan worden verklaard.
17. Art. 4 zou ik als volgt iets scherper formuleren. Met betrekking tot lid 1: sub a: ‘de activiteiten die voor een bijdrage in aanmerking *kunnen* komen’, sub b: ‘criteria

- waaraan de aanvrager moet voldoen', sub c: 'eisen die gelden voor de bijdrageaanvraag', sub e: 'de maximale hoogte van de bijdrage' f: 'de wijze van verdeling van de beschikbare middelen', g: 'de evaluatie van ...?'.
18. Artikel 5, tweede lid is opmerkelijk geformuleerd. De bevoegdheid tot verstrekken van bijdragen is iets anders dan de bevoegdheden die daarna worden genoemd, bovendien worden al die daarna genoemde bevoegdheden expliciet toegekend in volgende artikelen. Ik zie van deze bepaling het nut niet in, behalve dat deze bepaling is overgenomen uit de algemene subsidieverordening.
19. Artikel 9 lijkt (door de titel) te suggereren dat er altijd een verleningsbeschikking volgt, terwijl de bedoeling is dat bijdragen ook direct kunnen worden vastgesteld. Verder moet de formulering van deze bepaling nog even goed worden doorgelopen, er lijkt sprake te zijn van het wegvallen van vernummering.
20. Artikel 13 suggereert dat van de verplichting van het aanvragen van een vaststellingsbesluit kan worden afgezien. In artikel 15 is bepaald dat de bijdrage ambtshalve kan worden vastgesteld, maar alleen wanneer zich onregelmatigheden voordoen. Hier loopt de concept verordening niet helemaal rond. De bedoeling is dat GS per bijdragebepaling kunnen bepalen of de bijdrage eerst wordt verleend of direct wordt vastgesteld. Het verdient aanbeveling dit in (het huidige) artikel 4 inzake nadere regels met zoveel woorden te bepalen. Wordt in de bijdragebepaling gekozen voor een systeem waarin eerst wordt verleend, dan kan daarna worden gekozen voor een verplichting tot aanvraag van een vaststellingsbeschikking of een ambtshalve vaststelling. Het verdient aanbeveling dat met zoveel woorden te regelen in (het huidige) artikel 13 inzake de vaststelling van bijdragen. Verder moet de gehele concept verordening worden doorgelopen op het juiste gebruik van de woorden verlenen, vaststellen en verstrekken (waarbij het woord verstrekken zowel verlenen als vaststellen kan betekenen).
21. Ten slotte. Het huidige artikel 20 bepaalt: 'Gedeputeerde Staten kunnen onverschuldigd betaalde voorschotten en bijdragen terugvorderen.' Lid 2 geeft een dwangbevelbevoegdheid waar art. 4:115 Awb daarvoor echter een wet vraagt; deze bepaling is dus niet houdbaar. Dat art. 4:115 een grondslag in een formele wet vraagt is overigens terecht: de bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel is ingrijpend van aard. Het bestuursorgaan kan zich immers zonder tussenkomst van de burgerlijke rechter een executoriale titel verschaffen. Om die reden is bepaald dat deze bevoegdheid slechts bij wet in formele zin kan worden geattribueerd. Dit betekent dat in de bijzondere wet moet worden neergelegd dat de bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel in een concreet geval bestaat. Voor subsidies is dit geregeld in art. 4:57 Awb, tweede lid. Hier blijkt dus een nadeel van het feit dat de verstrekkingen zoals geregeld in de Bijdrageverordening niet vallen onder de reikwijdte van de subsidietitel; van de dwangbevelsbevoegdheid van art. 4:57 Awb kan geen gebruik worden gemaakt. Overigens zal de verrekeningsbevoegdheid die het derde lid van art. 20 Bijdrageverordening geeft in de praktijk doorgaans voldoende soelaas bieden.

Ik hoop u op deze wijze voldoende te hebben geïnformeerd, maar ben vanzelfsprekend graag bereid eventuele nadere vragen te beantwoorden.