

Bijlage 3 bij Statenvoorstel 21/17 A

Advies provincie Noord-Brabant

Normering topinkomens gesubsidieerde instellingen via de Algemene Subsidieverordening Noord-Brabant

Inleiding

Al sinds 2006 geldt er een openbaarmakingsplicht voor beloningen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector. Aanvankelijk was deze plicht geregeld in de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt). Toen bleek dat de plicht tot openbaarmaking van topinkomens onvoldoende leidde tot de gewenste soberheid in de bezoldiging, is de wetgever een stap verder gegaan. Sinds 1 januari 2013 geldt de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT), waarin een maximum is gesteld aan de bezoldiging van bestuurders en hoogste leidinggevendenden in de bedoelde sector. Zowel ten tijde van de Wopt als onder de WNT bestond en bestaat er bij decentrale overheden de behoefte aan verdergaande maatregelen om topinkomens in de (semi) publieke sector in te dammen. Veel gemeenten en provincies hebben in dat kader (ook) in hun subsidieverordeningen daartoe strekkende bepalingen opgenomen.

Dat geldt ook voor de provincie Noord-Brabant. Op dit moment is in de Algemene Subsidieverordening van Noord-Brabant een weigeringsgrond opgenomen met de strekking dat de subsidie kan worden geweigerd als de subsidieaanvrager bestuurders en andere personen die voor hem werkzaam zijn hoger bezoldigt dan 100% van de bezoldiging van een minister én de subsidieaanvrager voor meer dan 25% van zijn inkomsten wordt gesubsidieerd door de overheid (artikel 8, tweede en derde lid, Algemene Subsidieverordening Noord-Brabant). Deze weigeringsgrond is beperkt tot aanvragers van exploitatiesubsidies en begrotingsubsidies, die naar hun aard aangemerkt kunnen worden als exploitatiesubsidies.

Concreet is de adviesvraag of artikel 8, tweede en derde lid, van de Asv niet in strijd komt met de Awb. Daarin is een artikel opgenomen (art. 4:39 Awb) dat de mogelijkheid tot het opleggen van zogenaamde oneigenlijke subsidieverplichtingen beperkt. De vraag is of de weigeringsgrond van de ASV onverbindend kan zijn ivm deze Awb bepaling. Om deze kwestie in kaart te brengen zal ik eerst ingaan op de richtinggevende jurisprudentie van de ABRvS op het gebied van topinkomens en gesubsidieerde instellingen en daarna op de Brabantnorm.

Juridisch kader

Subsidieverplichting

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft twee richtinggevende uitspraken gedaan over subsidieverplichtingen inzake topinkomens: ABRvS 25 juni 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:2348) en in ABRvS 4 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1177). In beide zaken werden subsidieontvangers verplicht om de beloning van hun medewerkers te beperken tot het Wopt-normbedrag, in de zaak uit 2014 zelfs op straffe van een boete bij een tweede overschrijding. De ABRvS verklaarde in beide gevallen de bepaling met de subsidieverplichting onverbindend, omdat er

een te ver verwijderd verband was tussen de gesubsidieerde activiteit en de verplichting om als geoorloofde niet-doelgebonden verplichting (ex. artikel 4:39, tweede lid, Awb) te worden aangemerkt. Volgens de ABRvS is het doel van de bepaling het normeren van de inkomens van medewerkers in plaats van doelmatige besteding van de subsidiegelden, waarbij de ABRvS veel waarde hecht aan de toelichting bij de betreffende bepaling. Ook is voor de ABRvS een relevante factor of er onderscheid wordt gemaakt naar financieringsbron: als ook wordt gekort als kan worden aangetoond dat de topinkomens uit een *andere bron dan de betreffende subsidie* is betaald, wijst dit erop dat het doel van de verplichting het voorkomen van topsalarissen is. In de zaak uit 2014 werd ook nog van belang geacht dat er bij een tweede overschrijding sprake was van een boete.

Uit deze uitspraken blijkt dat de vormgeving en toelichting van een subsidieverplichting over topinkomens ervoor kan zorgen dat een subsidieverplichting ongeoorloofd is, want in strijd met art. 4:39 Awb. De uitspraak uit 2014 is genuanceerd; de ABRvS lijkt opties mee te geven om een dergelijke verplichting zo te formuleren dat het wél als doelgebonden verplichting (in de zin van art. 4:38 Awb) is aan te merken. Zij merkt op dat subsidieverstrekkers de **doelmatige besteding** van subsidiegelden kunnen waarborgen, bijvoorbeeld door te bepalen 'dat salariskosten boven de Wopt-norm niet subsidiabel zijn of dat deze kosten niet mogen worden meegerekend bij de berekening van de tarieven.' Op die grond kan men aannemen dat niet alle subsidieverplichtingen op het terrein van de normering van inkomens in strijd komen met de Awb. De genoemde uitspraak uit 2016 is strenger van toon en noemt deze opties niet.

Decentrale WNT-normering

Als gezegd geldt sinds 1 januari 2013 de WNT, waarin topinkomens worden gemaximeerd. Bij amendement (en na aanpassing door de Aanpassingswet WNT) is daar ook een bepaling in gekomen waarmee gesubsidieerde instellingen onder de WNT vallen als zij aan de drie criteria uit artikel 1.3, lid 1, sub c, WNT voldoen. Als (decentrale) subsidieverstrekkers ook in andere gevallen, bijvoorbeeld bij subsidies die niet onder de criteria van de WNT vallen, de WNT-normen toepassen of andere eisen (zoals een lager normbedrag) stellen, ontstaat er al snel de vraag of dat een doorkruising van de WNT betekent. Men zou kunnen betogen dat tegenstrijdige regelgeving op dit gebied moet worden voorkomen en dat de formele wetgever met de WNT de op dit vlak geldende, gedetailleerde en zwaar bediscussieerde regels uitputtend heeft vastgesteld. In dat laatste geval zijn aanvullende subsidieverplichtingen op dit gebied discutabel (vgl. Rb Rotterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6861, r.o. 2.4.4). Een rechterlijk oordeel hierover ligt er nog niet.

Weigeringsgrond

In de uitspraak van Rb. Oost-Brabant van 19 juli 2016 (ECLI:NL:RBOBR:2016:3852) ging het om een drempelcriterium inzake topinkomens uit de beleidsregels van de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, op grond waarvan een subsidieaanvraag werd geweigerd. De Rechtbank oordeelde dat het drempelcriterium geen subsidieverplichting, maar een op grond van beleid gegeven toegangseis aan de voorkant van het subsidieproces is. Algemeen wordt aangenomen dat regelgevers de bevoegdheid hebben de weigeringsgronden van artikel 4:35 Awb aan te vullen in bijzondere subsidieregelingen. De vraag is vervolgens of de minister binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven of heeft gehandeld in strijd met artikel 3:3 Awb, waarin staat dat een bevoegdheid voor geen ander doel mag worden gebruikt dan waarvoor deze is verleend. De Rechtbank komt tot het oordeel dat dit niet het geval is, omdat er een 'te ver verwijderd verband

bestaat tussen de in het drempelcriterium D7 opgenomen salarishoogte en de gesubsidieerde activiteit'. Zij ziet zich expliciet gesteund in de eerdergenoemde uitspraken van de Afdeling. Niet vast staat dat deze uitspraak in stand zal blijven in hoger beroep. Immers, in het algemeen wordt aangenomen dat de mogelijkheid om weigeringsgronden te hanteren ruimer is dan de mogelijkheid om subsidieverplichtingen op te leggen. Anders dan ten aanzien van subsidieverplichtingen (artikelen 4:37 t/m 4:39 Awb) stelt de Awb namelijk nauwelijks eisen aan weigeringsgronden. Dat is ook logisch: door het hanteren van een weigeringsgrond gaat een subsidieverstreker in het geheel niet met een aanvrager in zee (gesteld kan worden om de eenvoudige reden dat men geen risico wil lopen op het ondoelmatig besteden van subsidiegelden), met het opleggen van een subsidieverplichting gaat men wel met de aanvrager in zee, maar probeert men deze 'bij te sturen' op een ander onderwerp dan de activiteit waarvoor de subsidie wordt verstrekt.

Aan de andere kant geldt dat de eerstelijnsrechter in de zeldzame relevante jurisprudentie niet veel onderscheid lijkt te maken tussen weigeringsgronden en subsidieverplichtingen (zie bijv. ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6861). Jurisprudentie van de hoogste bestuursrechter is er niet over deze kwestie.

De Brabantnorm

De weigeringsgrond in de Algemene Subsidieverordening van provincie Noord-Brabant heeft in het licht van het hiervoor geschetste kader haken en ogen. In de eerste plaats wordt er zonder enige toelichting gekozen voor de – lagere – ministersalarishoogte. Het is lastig te beargumenteren waarom overschrijding van juist deze norm duidt op niet-doelmatige aanwending van subsidiegelden. Ik neem aan dat daar geen onderzoek naar is gedaan, dan komt een dergelijke norm al snel 'symbolisch' over. Dat suggereert dat aan inkomenspolitiek wordt gedaan via de weigeringsgronden.

Ten tweede is de bepaling ingewikkeld te verdedigen omdat de weigeringsgrond ook lijkt te worden gehanteerd als (ook) *andere* overheden de subsidieontvanger subsidiëren. Ook in het geval er slechts 25% van de inkomsten afkomstig is van deze 'overheden' bij elkaar. Dat is rechtstreeks in strijd met de hiervoor genoemde jurisprudentie die vraagt dat (rechtmatige) verplichtingen op het gebied van inkomens betaald door gesubsidieerde instellingen, rekening houden met financiering uit andere bronnen.

Ten derde is volgens Afdelingsjurisprudentie de toelichting bij de bepaling van belang. Er staat in de toelichting bij de Brabantnorm niets over het efficiënt of doelmatig besteden van subsidiegelden. Wel staat er dat met deze weigeringsgrond invulling wordt gegeven aan de wens om subsidiegelden op een maatschappelijk verantwoorde wijze in te zetten. Dit is een kwetsbare formulering die zowel gelezen kan worden in de richting van 'doelmatige besteding van subsidiegelden' als ook in de richting van 'inkomenspolitiek'.

Al met al acht ik deze weigeringsgrond kwetsbaar. De relatie met inkomenspolitiek is snel gelegd. De snelste verbetering van de houdbaarheid van deze bepaling is het wijzigen van de toelichting. Daarin moet een expliciete relatie met de doelmatige besteding van provinciale subsidiegelden worden gelegd. Verder is het schrappen van het tweede lid aan te raden, evenals het aansluiten bij de WNT norm. Een principiële weigeringsgrond gebaseerd op de wens om ieder risico op ondoelmatige

besteding van provinciale subsidiegelden uit te sluiten en die is gebaseerd op een norm die uitgebreid is onderzocht (door de WNT-wetgever), heeft m.i. de beste kansen om de rechterlijke toetsing te doorstaan, zonder veel meerwerk voor de provincie te veroorzaken (zoals bijv. het geval is bij een bepaling over een aangepaste berekeningswijze voor de subsidie in het geval er topinkomens worden betaald).

In de hoop u op deze wijze van de nodige informatie te hebben voorzien,

Hoogachtend,

Prof.mr. W. den Ouden

<https://www.universiteitleiden.nl/medewerkers/willemien-den-ouden>