Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIX

Preadvies

Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen

door
prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin
mr. J.H. van Kreveld

Samsom H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

RECHTSSTATELIJKE SUBSIDIEVERHOUDINGEN

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIX

RECHTSSTATELIJKE SUBSIDIEVERHOUDINGEN

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

PROF. MR. E.M.H. HIRSCH BALLIN

EN MR. J.H. VAN KREVELD

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING

OP 29 APRIL 1988

SAMSOM H.D.TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1988

CIP-gegevens

ISBN 90 6092 311 1
NUGI 693

© 1988 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage.
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom Uitgeverij bv, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Gezamenlijke inleiding van de preadviseurs 7

Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen 13
Preadvies van prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin

Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen 73
Preadvies van mr. J.H. van Kreveld

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR 238

Gezamenlijke inleiding van de preadviseurs

1. Zevenentwintig jaren nadat de Vereniging voor Administratief Recht heeft vergaderd over de preadviezen van R.A.V. baron van Haersolte, H.A. Brasz en J.G. Steenbeek betreffende *De overheidssubsidie*[1] staat het onderwerp subsidiëring wederom op de agenda van onze vereniging. Het diep in het functioneren van de Nederlandse samenleving ingrijpende fenomeen van de subsidiëring heeft in de tussentijd tot velerlei publikaties aanleiding gegeven. In belangrijke mate betreffen deze specifieke terreinen van subsidiëring, met name het welzijnswerk. Onze vereniging heeft vijf jaren geleden aandacht besteed aan een minder veelbesproken terrein van subsidiëring, namelijk dat van de kunsten, en wel aan de hand van een preadvies van F.J.P.M. Hoefnagel en Alex Reinders.[2]
Regelmatig geeft subsidiëring aanleiding tot geschillen, jurisprudentie en annotaties. Ook bestaan er naslagwerken die de helpende hand bieden aan degenen die subsidiemogelijkheden niet onbenut willen laten.[3] Afgezien van doorgaans korte uiteenzettingen over subsidiëring in de hand- en leerboeken administratief recht[4] zijn echter, afgezien van de eerder genoemde VAR-preadviezen, weinig uiteenzettingen voorhanden waarin subsidiëring geplaatst wordt in het algemene kader van ons staats- en bestuursrecht. Dat is wel gedaan in de elf jaren her door F.H. van der Burg en J.H. van Kreveld aan de Nederlandse Juristen-Vereniging uitgebrachte preadviezen over subsidievoorwaarden.[5]

2. Het bestuur van de Vereniging voor Administratief recht heeft ons gevraagd, te preadviseren over de relatie en het spanningsveld tussen het verschijnsel subsidiëring en de eisen die in een rechtsstaat aan het overheidsoptreden moeten worden gesteld. Deze invalshoek voor het schrijven over subsidiëring is zowel uit het oogpunt van publiekrechtelijk grondslagenonderzoek als uit rechtspolitiek oogpunt van veel belang. Bij het eerste gezichtspunt gaat het met name om de relatie van subsidiëring tot klassieke en sociale grondrechten en de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, bij het tweede om de beoogde algemene wettelijke regeling van subsidiëring in de Algemene wet bestuursrecht. De totstandkoming van zo'n wettelijke regeling heeft ook in andere hoedanigheid onze belangstelling, namelijk in het kader van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht en haar subcommissie subsidieverhoudingen.

3. Ten tijde van de voorbereiding van onze preadviezen verscheen de Groninger dissertatie van L.J.A. Damen over "Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, Staats- en bestuursrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de steunverlening aan individuele ondernemingen" (Deventer 1987). In deze dissertatie wordt de subsidieverlening ten behoeve van ondernemingen onder meer met rechtsstatelijke vereisten geconfronteerd. Daarbij valt het accent op de wettelijke grondslag voor het subsidiebeleid en de wenselijkheid van een doorzichtige regeling van subsidiefaciliteiten. Bij ons zullen de verhouding tot klassieke en sociale grondrechten en de mogelijkheid tot versterking van het rechtsstatelijk karakter van subsidieverhoudingen door wettelijke regeling centraal staan. De nadruk ligt dus op een zodanige *normering* van subsidieverhoudingen dat deze beantwoorden aan de eisen van een democratische en sociale rechtsstaat. Door Damen grondig behandelde onderwerpen als de organisatie- en besluitvormingsstructuur binnen de overheid inzake subsidiëring, de procedure van besluitvorming, de openbaarheid van bestuur en de rechtsbeschermming laten wij in beginsel buiten beschouwing.

4. Een rechtsstaat is in de eenvoudige, maar niet onjuiste omschrijving van Fockema Andreae's Juridisch Woordenboek,[6] een "staat waarin de macht van de overheid zijn grenzen vindt in het recht." Daarmee is echter nog niets gezegd over de inhoud van dit recht waaraan de overheid gebonden is. Dat het overheidsoptreden nimmer willekeurig is ten opzichte van de betrokkenen, maar op zakelijk te verantwoorden gronden berust, is wel het meest algemene kenmerk van rechtsstatelijkheid. Voor ons onderwerp betekent dit dat de gebruikelijke karakteristiek van subsidiëring als "begunstigend" bestuurshandelen niet hoort te betekenen dat subsidiëring het uitdelen van gunsten, vrijgevigheid uit de openbare kas is.

Het maatschappelijke belang van rechtsstatelijke verankering en gebondenheid van het verlenen van subsidies behoeft weinig toelichting, wanneer men beseft welke enorme omvang subsidiëring in ons openbaar bestuur heeft, en in welke mate belangrijke sectoren van de samenleving – onderwijs, welzijn, cultuur, bedrijfsleven – van subsidies gebruik maken. Een ruwe schatting aan de hand van gegevens van het CBS-zakboek 1987 leerde ons dat in 1985 tegenover totale belastinginkomsten van de overheid van circa 100 miljard gulden subsidie-uitgaven van ongeveer 40 miljard gulden stonden.

5. Wij hebben onze preadviezen, voor wat betreft de gebezigde begrippen en de afbakening van de te behandelen onderwerpen, in regelmatig overleg zoveel mogelijk op elkaar afgestemd. Als kenmerken van subsidie hebben wij om de redenen, uiteengezet door Van Kreveld in de paragrafen 2.3-2.7 van zijn preadvies aangenomen:

a. de overdracht van geld of op geld waardeerbare goederen of diensten,
b. waar geen directe, in economische zin gelijkwaardige, tegenprestatie jegens de overheid tegenover staat,

c. welke overdracht ten laste komt van de openbare middelen, en
d. welke overdracht plaatsvindt om activiteiten van particuliere producenten of consumenten van bepaalde goederen of diensten in in een bepaalde richting te beïnvloeden.

6. Het preadvies van Hirsch Ballin heeft als onderwerp *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen.* Op basis van een analyse van de conceptie van een democratische en sociale rechtsstaat wordt eerst de vraag gesteld of en, zo ja, op welke gronden subsidiëring kan worden gezien als een bij een democratische en sociale rechtsstaat passende vorm van taakvervulling. Daar gaat het dus om de rechtsstatelijkheid in de fundamentele zin dat subsidiëring moet kunnen functioneren als vorm van dienstbaarheid van de staat aan de gemeenschap, die in overeenstemming is met klassieke en sociale grondrechten. Subsidiëring wordt vergeleken met andere vormen van publieke taakvervulling, waarbij de overheid met gedragsnormen sturend optreedt, dan wel in eigen beheer activiteiten ontwikkelt.

Vervolgens wordt de aandacht gericht op de voorwaarden die aan subsidiëring worden verbonden ten einde het gewenste sturende effect ten opzichte van de samenleving te realiseren. Ook daarin blijkt de waarborg van grondrechten, naast het evenredigheidsbeginsel, een belangrijke rol te spelen.

Ten slotte komt de plaats van subsidiëring in een rechtsstatelijke rechtsorde ter sprake, waabij in het bijzonder de vraag wordt gesteld in hoeverre aan subsidiëring, net als aan publieke taakvervulling door het stellen van gedragsnormen, de eis moet worden gesteld van een wettelijke grondslag (legaliteitsbeginsel).

7. In een rechtsstaat moet – om redenen die in het eerste hoofdstuk van Hirsch Ballins preadvies worden toegelicht – naast de (sociale) rechtvaardigheid ook de rechtszekerheid die aan de rechtsgenoten wordt geboden, kenmerkend zijn voor de publieke taakvervulling. Daarbij gaat het met name om het vereiste van nauwkeurige normstelling en om het beginsel van de vertrouwensbescherming, naast het vereiste van de toetsbaarheid van bestuurshandelen. Subsidieverhoudingen mogen niet zijn overgeleverd aan wisselvallige voorkeuren van bestuurders en dienen begrijpelijk te zijn voor beide partijen bij de subsidieverhouding.

In het preadvies van Van Kreveld wordt daarom aan de orde gesteld hoe rechtsstatelijke subsidieverhoudingen ontstaan, zich ontwikkelen en tenietgaan: derhalve van de fase voor de subsidieverlening tot de subsidievaststelling en eventuele subsidiewijziging of -beëindiging. Gepoogd wordt verheldering aan te brengen in de juridische betekenis van deze beslissingsmomenten. De ontwikkeling van subsidieverhoudingen en van het daarop toe te passen recht hebben hem gebracht tot de titel *Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen.*

8. Beide preadviezen gaan in op de mogelijkheden van een algemene wettelijke regeling van subsidieverhoudingen, zodanig dat deze beter met de onderscheiden rechtsstatelijke vereisten in overeenstemming worden gebracht. De in voorbereiding zijnde Algemene wet bestuursrecht biedt daarvoor een geschikte plaats. Daarmee kan tevens tegenwicht worden geboden tegen de grote versnippering en terminologische verscheidenheid van subsidieregelingen.

9. Wij hebben de gecombineerde uitgave van onze op elkaar aansluitende preadviezen getiteld: *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*. In de term "subsidieverhoudingen", die reeds door Vegting is gebruikt in de titel en de tekst van de paragraaf over subsidiëring van zijn in 1954/1957 verschenen tweedelig handboek,[7] komt goed tot uitdrukking dat ook deze relaties tussen bestuursorganen en anderen moeten worden begrepen als zich ontwikkelende rechtsbetrekkingen. Nu deze preadviezen de rechtsstatelijkheid van subsidiëring betreffen, ligt het voor de hand bijzondere aandacht te schenken aan de rechtspositie van degenen met wie een bestuursorgaan in een subsidieverhouding treedt (of juist niet treedt).

Wij willen ten slotte uiting geven aan onze waardering en dank voor het zorgvuldige voorwerk dat mr. M.J.M. van Zandvoort als student-assistent bij de Vakgroep staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde van de Katholieke Universiteit Brabant voor ons onderzoek heeft gedaan door op systematische wijze relevante jurisprudentie en literatuur te verzamelen en te ordenen, en voor de waardevolle bijstand die drs. W.J.M. Voermans, onderzoeker bij de vakgroep, bij de uitwerking van het notenapparaat van het eerste preadvies heeft geboden.

E.M.H. Hirsch Ballin
J.H. van Kreveld

Noten

1. Geschriften VAR deel XLIV, Haarlem 1961.
2. *Kunst, kunstbeleid en administratief recht*, Geschriften VAR deel XC, Alphen aan den Rijn 1983.
3. Bij voorbeeld *Elseviers Subsidie-Almanak, Handleiding voor een optimaal gebruik van overheidssubsidies*, door D.J.P.M. Rutges en J.M. Stevers, Amsterdam 1986. In het Voorwoord wordt met kennelijke bezorgdheid vermeld dat men als gevolg van onbekendheid met regelingen en procedures "terughoudend (is) in het aanvragen van subsidies waarop men recht heeft. Vaak wordt er zelfs geheel van afgezien – naar de mening van de auteurs van deze Almanak ten onrechte."
4. De losbladige uitgave *Praktijkboek Administratief Recht*, Deventer 1978, vormt een uitzondering, doordat daarin plaats is ingeruimd voor een afzonderlijk hoofdstuk over subsidiëring, geschreven door I.C. van der Vlies.
5. Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1977.
6. Vijfde druk, door N.E. Algra en H.R.W. Gokkel, Alphen aan den Rijn 1985, p. 411.
7. W.G. Vegting, *Het Algemeen Nederlands Administratiefrecht*, deel I, Alphen aan den Rijn 1954, pp. 383 e.v.

Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen

door prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin

Inhoud

1.	*Overzicht*	16
2.	*De plaats van grondrechten in een democratische en sociale rechtsstaat*	18
2.1	De conceptie van een democratische en sociale rechtsstaat	18
2.2	Beginselen van de rechtsstaat	18
2.3	Fundamentele constitutionele beslissingen	19
2.4	Rechtsstatelijke ontwikkeling van het bestuursrecht	22
2.5	Grondrechten als grondslag van rechtsstatelijke verhoudingen	23
	Noten	25
3.	*Subsidiëring en grondrechten*	26
3.1	Inleiding	26
3.2	Subsidiëring en andere vormen van publieke taakvervulling	26
3.3	Grondrechten als grond voor subsidiëring	36
3.4	Rechtsstatelijke grenzen van subsidiëring	44
	Noten	46
4.	*Subsidievoorwaarden en grondrechten*	48
4.1	Inleiding	48
4.2	De aard van subsidievoorwaarden	49
4.3	Bijkomende voorwaarden	51
4.4	Sturende voorwaarden	52
	Noten	61
5.	*De plaats van subsidiëring in de Nederlandse rechtsorde*	63
5.1	Inleiding	63
5.2	De wettelijke grondslag van subsidiëring	69
5.3	De plaats van subsidiëring in een rechtsstatelijke rechtsorde	69
	Noten	70

1 Overzicht

1. In de gezamenlijke inleiding tot de beide preadviezen is aangegeven dat het onderwerp *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* hier zal worden toegespitst op de relatie tussen subsidiëring en grondrechten. Daartoe wordt eerst in hoofdstuk 2 de conceptie van een democratische en sociale rechtsstaat historisch en systematisch ontvouwd. Daarmee wordt de basis gelegd voor hetgeen in de volgende twee hoofdstukken ter sprake komt.

In hoofdstuk 3 gaan wij na of en, zo ja, op welke gronden subsidiëring kan worden gezien als een bij een democratische en sociale rechtsstaat passende vorm van taakvervulling. Gezocht wordt naar de mogelijkheid daarin de rechtsstatelijkheid van subsidiëring te funderen. Subsidiëring moet immers, wil zij niet ontaarden in het uitdelen van gunsten, in overeenstemming met klassieke en sociale grondrechten kunnen functioneren als vorm van dienstbaarheid van de staat aan de gemeenschap. Voor zover de reden voor het verlenen van subsidies is gelegen in grondrechten, kan het bestaan van subsidieverhoudingen worden begrepen als verwerkelijking van grondrechten door de zorg van de subsidiërende overheid. Om hierin inzicht te verkrijgen, wordt subsidiëring vergeleken met andere vormen van publieke taakvervulling, namelijk die waarbij de overheid sturend optreedt door gedragsnormen te stellen, dan wel die waarbij de overheid in eigen beheer activiteiten ontwikkelt. Bovendien wordt nagegaan in hoeverre grondrechten grenzen stellen aan subsidiëring.

In hoofdstuk 4 worden de aard en de inhoud van de voorwaarden onderzocht die aan subsidiëring worden verbonden ten einde het gewenste sturende effect ten opzichte van de samenleving te realiseren. Ook daarin blijkt de waarborg van grondrechten, naast het evenredigheidsbeginsel, een belangrijke rol te spelen. De uit grondrechten voortvloeiende beperkingen der toelaatbaarheid van subsidievoorwaarden moeten – naast de in het vorige hoofdstuk besproken fundering van subsidiëring in grondrechten – worden beschouwd als verwerkelijking van grondrechten in subsidieverhoudingen.

In hoofdstuk 5 komt ten slotte, op basis van de in de voorgaande hoofdstukken gewonnen inzichten, de plaats van subsidiëring in een rechtsstatelijke rechtsorde aan de orde. Onderzocht wordt in hoeverre aan subsidiëring, net als aan publieke taakvervulling door het stellen van gedragsnormen, de eis moet worden gesteld van een wettelijke grondslag (legaliteits-

beginsel). Daarbij speelt, naast – wederom – de waarborg van grondrechten, de scheiding en vervlechting van staatsfuncties een rol. Aanbevelingen voor wetgeving inzake subsidieverhoudingen, toegespitst op de verwerkelijking van grondrechten daarin, sluiten dit hoofdstuk af.

2 De plaats van grondrechten in een democratische en sociale rechtsstaat

2.1 De conceptie van een democratische en sociale rechtsstaat

2. Het woord rechtsstaat komt in de Grondwet van "De rechtsstaat Nederland"[1] niet voor. Wel bepaalt art. 43, eerste lid, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden:

"Elk der landen draagt zorg voor de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur."

Deze bepaling kan worden begrepen als een fundamentele oriëntatie van ons constitutionele recht, die ook tot uitdrukking komt in de preambules van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het Europees Sociaal Handvest. De daaraan ten grondslag liggende staatsconceptie wordt in de literatuur aangeduid als de "idee van de rechtsstaat".[2] Ter onderscheiding van de in de 19de eeuw nog gehuldigde louter formele opvatting van de rechtsstaat – in hoofdzaak: gebondenheid aan een constitutionele competentieverdeling en aan procedure- en vormvoorschriften, zoals die betreffende de wet[3] – spreekt men thans vaak van de "democratische rechtsstaat",[4] de "sociale rechtsstaat",[5] of – beide toevoegingen in navolging van Art. 28 I van het Duitse Grundgesetz combinerend – van de "democratische en sociale rechtsstaat".

2.2 Beginselen van de rechtsstaat

3. Hoezeer het ook gebruikelijk is, ons constitutionele recht te begrijpen als dat van een rechtsstaat, de inhoud van deze idee is niet zonder meer duidelijk. Men zou – heel in het algemeen, aanknopende bij de term zelf – kunnen zeggen dat een rechtsstaat een staat is die aan het recht is gebonden, in die zin dat hij zijn bevoegdheid tot rechtsvorming niet naar welgevallen gebruikt, maar in overeenstemming met rechtsbeginselen en daarop gebaseerde rechtsnormen van constitutionele rang. Daaraan ligt ten grondslag de erkenning van de mens als persoon: als onder alle omstandigheden in zijn geestelijke en lichamelijke integriteit te respecteren subject.[6]

4. De klassieke rechtsstaatsidee is die van de liberale rechtsstaat. Zoals uit de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 26 augustus 1789 blijkt, speelt daarin een sleutelrol dat de rechten en vrijheden slechts mogen worden beperkt door een met medewerking van de volksvertegenwoordiging tot stand gekomen algemene regeling: de wet als "expression de la volonté générale" (art. 6 van de Déclaration). Het legaliteitsbeginsel gaat hier hand in hand met het democratiebeginsel – al was de participatie aan het functioneren van de democratie tot in de 20ste eeuw beperkt. Zowel om overwoekering van deze hoogste bevoegdheid in de staat door rechtspraak en bestuur, als om despotische neigingen van de meerderheid van het wetgevende orgaan tegen te gaan, worden deze beginselen gecombineerd met het principe van de machtenscheiding (trias politica) tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. De erkenning van fundamentele rechten en vrijheden, waaronder het eigendomsrecht een vooraanstaande plaats innam, vormt als begrenzing van de wetgevende macht het sluitstuk op deze beginselen van de klassieke, liberale rechtsstaat.[7]

5. De door theoretische en politieke kritiek op sociaal-economische verhoudingen en door daadwerkelijke actie in de loop van de 19de en de 20ste eeuw in met name Europese staten bewerkstelligde veranderingen hebben de rechtsstaatsidee tot verdere ontwikkeling gebracht. Vandaar dat thans kan worden gesproken van de idee van de sociale rechtsstaat, waartoe ook het beginsel valt te rekenen dat "verhindering van vrijheid" door andere machten dan die van de overheid dient te worden tegengegaan, en wel door een zodanige overheidsbemoeienis met de samenleving dat de materiële voorwaarden voor een menswaardig bestaan worden vervuld.[8]

2.3 Fundamentele constitutionele beslissingen

6. In de vorenstaande beschouwingen werd de rechtsstaatsidee opgevat als een samenstel van beginselen die aan het constitutionele recht ten grondslag liggen. Daarmee is echter nog geen voldoende duidelijkheid verkregen omtrent de consequenties voor het in een rechtsstaat geldende bestuursrecht betreffende bijvoorbeeld subsidiëring. Globaal zijn twee benaderingen mogelijk: vanuit de competentie-ordening en vanuit de staatstaken. Zowel de ene als de andere benadering kan worden gebaseerd op de hiervoor omschreven beginselen van de rechtsstaat, aangezien ze zich als vorm en inhoud tot elkaar verhouden en er aldus beide toe strekken om vrijheid – met inbegrip van die ten opzichte van andere "machten" dan de overheid – te waarborgen. Damen richt zich in zijn dissertatie op de steunverlening aan het bedrijfsleven en confronteert deze met de eisen van een rechtsstatelijke competentie-ordening, waaraan hij formele aspecten (zoals het legaliteitsbeginsel) en materiële aspecten (erkenning van grondrechten) onderscheidt.[9] Hij komt vervolgens tot drie hoofdeisen:

"A. De heerschappij van de wet; een centrale positie voor de wetgever, ten behoeve van een democratische legitimatie en van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (. . .);
B. Spreiding van zeggenschap en invloed; scheiding en begrenzing van bevoegdheden (. . .);
C. Adequate en effectieve controle; adequate en effectieve bescherming van de burger (. . .)."[10]

7. Een bredere aanzet voor de beoordeling van de rechtsstatelijkheid van het bestuursrecht is te vinden bij N. Achterberg.[11] De ijkwaarden van het bestuursrecht zijn, aldus Achterberg, de fundamentele constitutionele beslissingen. Deze betreffen de "Rechtsstaatlichkeit", de "Sozialstaatlichkeit", de "Demokratie" en de "Bundesstaatlichkeit"; de laatste categorie is in de Nederlandse verhoudingen slechts van marginaal belang en blijft daarom verder buiten beschouwing. Daarbij maakt hij onderscheid tussen materiële kenmerken, die de *inhoud* van de taakvervulling door de staat betreffen, en formele, die op de *juridische institutionalisering* zien.

(Het onderscheid materieel/formeel wordt derhalve door Achterberg anders opgevat dan door Damen: eerstgenoemde rekent bij voorbeeld de erkenning van grondrechten tot de formele kenmerken van rechtsstatelijkheid, kennelijk omdat ze als juridische institutionalisering vorm geeft aan de materiële kenmerken van rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Wij zijn geneigd hierin Achterberg te volgen, omdat de door Damen in de hierboven geciteerde passage onder A-C onderscheiden "formele" kenmerken evenzeer als grondrechten betrokken zijn op de inhoud van de taakvervulling door de staat, zoals ook blijkt uit zijn vermelding van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Om misverstanden te voorkomen zullen wij de termen materieel en formeel in dit verband zoveel mogelijk vermijden, en in plaats daarvan beginselen betreffende de *inhoud* van de taakvervulling door de staat (in ruime zin, omvattende centrale en decentrale overheden) hierna ook aan te duiden als "publieke taakvervulling"[12], onderscheiden van de juridische institutionalisering daarvan in grondrechten, legaliteitsbeginsel, etc.).

8. "Im materiellen Sinne wird Rechtsstaat ein Staat genannt," aldus Achterberg, "der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit einschlieszlich Rechtsfrieden zu verwirklichen sucht".[13] Daarbij wijst hij op de spanning die tussen beide kan bestaan en consequenties heeft voor de rechtskracht van (rechterlijke) beslissingen. Hierbij valt aan te tekenen dat "Gerechtigkeit" (rechtvaardigheid) geen voldoende intersubjectief bepaalde inhoud heeft om als beslissingscriterium te kunnen fungeren. Voor de precisering van de inhoud van dit beginsel komt het aan op de *juridisch geïnstitutionaliseerde uitwerking* van dit beginsel en dat van de rechtzekerheid: de "formele rechtsstatelijkheid". Deze omvat de waarborg van grondrechten, de scheiding en tevens vervlechting van staatsfuncties in de "Funktionenord-

nung" (welk begrip de plaats moet innemen van dat van de "machtenscheiding"), het vereiste van nauwkeurige normstelling, het legaliteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de vertrouwensbescherming, en controle op het bestuurshandelen.[14] Kunig wijst erop dat het "Gerechtigkeitsprinzip" geen juridisch-normatieve waarde heeft, tenzij via de juridische operationalisering in grondrechten.[15] Deze omvatten in het constitutionele recht van de Bondsrepubliek Duitsland de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid, de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid en gelijkheid voor de wet (artikelen 1, 2 en 3 van het Grundgesetz).

9. Ook aan de "Sozialstaatlichkeit" worden een materieel en een formeel facet onderscheiden. Materieel gaat het om sociale rechtvaardigheid en doeltreffendheid van overheidshandelen. Bij de uitwerking zijn, aldus Achterberg, solidariteit en subsidiariteit richtinggevend. In formele zin gaat het hier om existentiële voorzieningen zoals die van de openbare nutsbedrijven, het stelsel van sociale zekerheid, zorg voor welzijn en cultuur, milieubescherming, interventies en subsidies ten opzichte van het bedrijfsleven, en planning.[16]

10. Kenmerken van de democratische staat zijn haar legitimiteit door representatie, haar polycratische besluitvorming (met name door bevoegdheidstoedeling aan collegiale organen), het meerderheidsbeginsel, pluriformiteit[17] en participatie.[18]

11. Het voert te ver om het verschijnsel subsidiëring, zoals zich dit in de Nederland heeft ontwikkeld, te confronteren met alle door Achterberg onderscheiden fundamentele constitutionele beslissingen die voortvloeien uit de idee van de democratische en sociale rechtsstaat. Daarom zien wij ook af van een gedetailleerd commentaar op Achterbergs analyses. Voor ons is echter van belang dat ze – in aanvulling op de gemeenlijk aan de rechtsstaatsidee toegerekende fundamentele beslissingen van ons staatsrecht – de aandacht vestigen op een aantal andere voor het bestuursrecht en meer in het bijzonder voor de juridische ordening van subsidieverhoudingen relevante punten.

12. Mede als complement op de door Damen gekozen toespitsing nemen wij de kenmerken van de taakvervulling van een democratische en sociale rechtsstaat als vertrekpunt voor ons preadvies: (sociale) rechtvaardigheid die binnen een pluriforme democratie doeltreffend in evenwicht wordt gebracht met het vereiste van rechtszekerheid. Voor de publieke taakvervulling mag nooit een "eigen belang" van de overheid maatgevend zijn, en evenmin de bijzondere belangen van geprivilegieerde groepen, maar slechts de dienstbaarheid van de staat aan de gemeenschap. Als belangrijke kenmerken van de juridische institutionalisering vloeien daaruit voort de waar-

borg van grondrechten, de scheiding en vervlechting van staatsfuncties in de "Funktionenordnung", het vereiste van nauwkeurige normstelling en het legaliteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de vertrouwensbescherming, en het vereiste van toetsbaarheid van bestuurshandelen. Vandaar dat de staat in zijn taakvervulling gebonden is aan het rechtsstelsel, waarvan hijzelf de auteur is. Het absolutistische "imperator legibus solutus" geldt in een rechtsstaat juist niet.

13. De eerder als ideële basis van de rechtsstaatsidee aangewezen erkenning van de menselijke waardigheid blijkt aldus juridisch te zijn geïnstitutionaliseerd in *een reeks waarborgen tegen willekeur* in de wijze waarop in staatsverband wordt omgegaan met inzichten en belangen der rechtsgenoten.[19] Ook het veelbesproken gelijkheidsbeginsel van art. 1 van onze Grondwet komt neer op een willekeurverbod en dus een verplichting tot evenredigheid in de belangenafweging.

2.4 Rechtsstatelijke ontwikkeling van het bestuursrecht

14. De ontwikkeling van de rechtsstaatsidee heeft belangrijke implicaties voor aard en inhoud van het bestuursrecht. In de Nederlandse juridische literatuur is vooral de aandacht gericht op veranderingen die de betekenis van de wetgeving en het instrumentele gebruik van het bestuursrecht betreffen.[20]

15. De gevolgen voor het bestuursrecht van de ontwikkeling die de rechtsstaat heeft doorgemaakt, reiken evenwel verder. De verhouding overheid onderdaan – in welke termen de verticale posities duidelijk tot uitdrukking komen – is geëvolueerd tot een verhouding van bestuursorgaan en belanghebbende. Terwijl eertijds werd aangenomen dat de overheid binnen de wettelijke bevoegdheidsgrenzen vrij is ("freies Ermessen"), wordt thans – zij het nog niet alom – begrepen dat in rechtsstatelijke verhoudingen aan het bestuur nimmer het soort vrijheid toekomt dat particulieren kunnen genieten.[21] Hierbij bedenke men wel dat ook op niet tot de overheid behorende (rechts)personen de verplichting kan rusten om zich, wegens hun maatschappelijke verantwoordelijkheid, uitsluitend door uit die verantwoordelijkheid voortvloeiende motieven te laten leiden. Een dergelijke verantwoordelijkheid rust bij voorbeeld op grotere ondernemingen, woningbouwcorporaties, ziekenhuizen en scholen.

Het is dan ook onjuist het zo voor te stellen alsof het rechtens onverschillig is of een bestuursorgaan van een discretionaire bevoegdheid – bij voorbeeld tot subsidiëring – op de ene of op de andere manier gebruik maakt. Uiteraard is aan deze bevoegdheidsuitoefening een legitieme politieke beoordeling inherent, maar dat stelt haar niet vrij van de gebondenheid aan het recht, meer in het bijzonder de verplichting tot een rechtmatige belangenafweging.

16. Uitoefening van een bestuursvoegdheid is in een rechtsstatelijke context ontwikkeling van een minstens in aanleg reeds bestaande rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en belanghebbende(n).[22] Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het willekeurverbod brengen deze van meet af aan werkzame gebondenheid aan het recht tot uitdrukking. Ze zijn dan ook kenmerkend voor de rechtsstatelijkheid van ons bestuursrecht. Een codificatie daarvan is thans in gang. Naast het in 1983 tot stand gekomen art. 1 van de Grondwet (dat voor wetgeving, bestuur en rechtspraak geldt) is in dit verband met name paragraaf 3.2 van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht van belang, waarin de op bestuursorganen rustende verplichting tot het vergaren van de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (art. 3.2.1), het verbod van détournement de pouvoir (art. 3.2.2), alsmede de verplichting tot volledige belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel – geen onevenredigheid tussen nadelige gevolgen van een besluit en de daarmee te dienen doelen – (art. 3.2.3) zijn neergelegd. Ingevolge art. 3.1.1, tweede lid, gelden deze eisen niet alleen voor beschikkingen, plannen, beleidsregels en door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, maar ook voor andere bestuurshandelingen, zoals – in overeenstemming met art. 3.1.1.15 Nieuw BW – privaatrechtelijke rechtshandelingen.

17. Naast de toepasselijkheid van en toetsbaarheid aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn er andere voor het rechtsstatelijk karakter van het bestuursrecht kenmerkende veranderingen: de (in Nederland schoorvoetende) erkenning van een grondrecht op behoorlijke rechtspraak[23] en de verminderde dominantie van de eenzijdig op de burger afgevuurde beschikking als handelingsvorm van het bestuur ten gunste van consensuele handelingsvormen.[24]

2.5 Grondrechten als grondslag van rechtsstatelijke verhoudingen

18. In de 19e-eeuwse verhoudingen van de vroege rechtsstaat konden grondrechten worden gezien als een soort toegift op constitutioneel verankerde bevoegdheidsverdeling tussen de hoogste staatsorganen, waardoor de Koning aan het recht was gebonden, de zeggenschapsrechten van het parlement waren verzekerd, en onafhankelijke rechtspraak tot stand was gekomen. Ook heden ten dage worden grondrechten soms nog zo gezien. Stroink en Steenbeek stellen in hun uit de optiek van de bevoegdheidstoedeling geschreven *Inleiding in het staats- en administratief recht* grondrechten pas op de laatste negen bladzijden aan de orde: grondrechten "zijn op te vatten als algemene beperkingen op de bevoegdheidsuitoefening door overheidsorganen".[25]

19. De ideële grondslag en de fundamentele constitutionele beslissingen van het hedendaagse Nederlandse staatsbestel geven aanleiding, de plaats van grondrechten anders te zien. Weliswaar geldt volgens Donner ook "buiten de grondrechten (. . .) dat de staat er is voor de burger (individueel en collectief) en niet omgekeerd."[26] De eerder genoemde, voor een rechtsstaat kenmerkende staatsdoelen (sociale) rechtvaardigheid, rechtszekerheid en participatie komen weliswaar niet exclusief, maar toch wel op de eerste plaats in grondrechten tot uitdrukking: grondrechten die specificeren wat (sociale) rechtvaardigheid wil zeggen, die belemmeringen opwerpen tegen willekeurige ingrepen in rechten en vrijheden (vereiste van een wettelijke grondslag, grondrecht op toegang tot de rechter), en de mogelijkheid tot deelneming aan de openbare discussie en besluitvorming verzekeren.

20. Hoewel de betekenis van wettelijke rubriceringen beperkt is, kan de plaatsing van het hoofdstuk over grondrechten vooraan in de herziene Grondwet worden gezien als een bevestiging van het vorenstaande. Daarbij gaan wij er niet aan voorbij dat de Grondwet geen uitputtende regeling van de materie der grondrechten geeft. Zo wordt het algemene recht op vrijheid door onze Grondwet wel verondersteld – zie ook art. 89, tweede lid –, maar nergens met zoveel woorden erkend (zie hierover ook hoofdstuk 5 van dit preadvies), en is de vrijheid van economische activiteit slechts indirect uit de Grondwet (artikelen 14 en 19, derde lid) af te lezen. Tot het constitutionele recht kunnen echter ook de in verscheidene opzichten aanvullende, ingevolge art. 93 van de Grondwet vaak rechtstreeks werkende verdragsbepalingen over rechten van de mens worden gerekend, en bovenal is van belang dat de ideële grondslag van heel de rechtsstatelijke rechtsorde de "norm van de menselijke waardigheid" is.[27]

21. In de volgende hoofdstukken zullen wij nagaan, in hoeverre en hoe subsidieverhoudingen een plaats kunnen hebben in en als juridische institutionalisering van de gerichtheid op rechtvaardigheid en rechtszekerheid, die een rechtsstaat kenmerkt. Uit het vorenstaande volgt dat daarbij in het bijzonder van belang is, in hoeverre subsidieverhoudingen grondrechten verwerkelijken. Dit zal wellicht worden aangezien voor een poging van alles en nog wat tot grondrechten te herleiden. Het gaat er evenwel juist om, te *onderscheiden* tussen in een rechtsstaat aanvaardbare subsidieverhoudingen en subsidieverhoudingen die in een rechtsstaat niet passen. Het zou immers verkeerd zijn, de publieke taakvervulling los te maken van een bepaling van de identiteit van de overheid, omdat dan een juridisch-principiële beoordeling onmogelijk wordt en alleen nog maar achteraf *geconstateerd* kan worden dat de politieke krachtsverhoudingen tot het instellen of afschaffen van bepaalde voorzieningen (zoals subsidies)hebben geleid.

Noten

1. Titel van de Amsterdamse inaugurele rede van F.R. Böhtlingk, Alphen aan den Rijn 1958.
2. Zie bij voorbeeld A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen Deel*, 5de druk, Alphen aan den Rijn 1987.
3. Vgl. E. Denninger, *Staatsrecht*, deel 1, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 92.
4. Donner, *t.a.p.*
5. P. de Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 3de druk, 2 delen, Deventer 1986.
6. Vgl. D.F. Scheltens, *Mens en mensenrechten*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1981.
7. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, De mens in de sociale rechtsstaat, pp. 24-26, in : *Overheidsbemoeienis*, lustrumbundel K.H. Tilburg, Deventer 1982, pp. 21-33.
8. Scheltens, *a.w.*, p. 117, en mijn *a.w.*, p.26.
9. L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, Staats- en bestuursrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de steunverlening aan individuele ondernemingen*, diss. U.v.A., Deventer 1987, p.5.
10. *A.w.*, pp. 5-6 en 807-809.
11. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2de druk, Heidelberg 1986, pp. 101-119.
12. Vgl. voor deze terminologie E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid, Fundamentele kwesties rondom het functioneren van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, diss. Univ. v. Amsterdam, Alphen aan den Rijn 1979, p. 81.
13. *A.w.*, p. 101.
14. *A.w.*, pp. 102-105.
15. Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 459-460.
16. Achterberg, *a.w.*, pp. 105-111.
17. Achterberg, *a.w.*, p. 113, spreekt van "Wertrelativismus (...) innerhalb eines gleichsam wertabsolutistisch gezogenen Rahmens, zu dem insbesondere die Wahrung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zählt."
18. *A.w.*, pp. 111-114.
19. Ook Kunig (*a.w.*, p. 458) spreekt van het "Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Effizienz verbürgende rechtsstaatliche Willkürverbot, so wie es zur Zusammenfassung der 'rechtsstaatlichen' Diskussion geeignet ist".
20. Zie bij voorbeeld F.R. Böhtlingk / J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn 1966; I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving, De veranderingen van het legaliteitsbeginsel in de twintigste eeuw*, diss. Univ.v. Amsterdam, 's-Gravenhage 1984.
21. Vgl. J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, p. 673/212, in *RM Themis* 1974, pp. 658-678, en dez., *Staatsrecht en bestuursrecht*, Zwolle 1984, pp. 197-217.
22. Vgl. mijn *Beginselen van klachtprocesrecht en de Wet Nationale ombudsman*, Deventer 1987, pp. 19-20.
23. Zie mijn preadvies voor de Nederlandse-Juristenvereniging *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht*, Handelingen NJV jg. 113, deel 1-II, Zwolle 1983.
24. Zie H.P. Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2de druk, Heidelberg 1986, p. 15.
25. F.A.M. Stroink / J.G. Steenbeek, *Inleiding in het staats- en administratief recht*, 2de druk, Alphen aan den Rijn 1987, p. 134.
26. Van der Pot / Donner, *a.w.*, p. 192.
27. Scheltens, *a.w.*, p. 54.

3 Subsidiëring en grondrechten

3.1 Inleiding

22. In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde of en, zo ja, op welke gronden subsidiëring kan worden gezien als een bij een democratische en sociale rechtsstaat passende vorm van publieke taakvervulling. Aldus willen wij in fundamentele zin de rechtsstatelijkheid van subsidiëring onderzoeken: subsidiëring moet kunnen functioneren als vorm van dienstbaarheid van de staat aan de gemeenschap, in overeenstemming met klassieke en sociale grondrechten.

In § 3.2 wordt allereerst nagegaan, in welke rechtsstatelijk relevante opzichten subsidiëring zich onderscheidt van andere vormen van publieke taakvervulling. Om te komen tot een beoordeling van deze verschillen onderzoeken wij vervolgens in welke gevallen subsidiëring als vorm van publieke taakvervulling in een positieve relatie staat tot grondrechten (§ 3.3), en in welke gevallen in een negatieve relatie (§ 3.4).

3.2 Subsidiëring en andere vormen van publieke taakvervulling

23. De vraag in welke rechtsstatelijk relevante opzichten subsidiëring zich onderscheidt van andere vormen van publieke taakvervulling zal, gezien de brede acceptatie van subsidiëring in onze samenleving, op het eerste gezicht verbazen. Toch is het niet evident dat dit buitengewoon omvangrijke verschijnsel een regulier, aan het rechtsstatelijke karakter van onze rechtsorde beantwoordend bestanddeel van de staatstaak vormt. Naar aanleiding van het grondwetsartikel dat bij uitstek met overheidssubsidies in verband moet worden gebracht, nl. art. 22, schrijft Donner dat het daar "vooral (gaat) om objectieven, die de overheid met geld en goede woorden moet bevorderen, omdat zij grotendeels in de samenleving werkende krachten mobiliseren moet en op hun medewerking en instemming is aangewezen."[1]

Met het feit dat de eigenlijke plaats van gesubsidieerde activiteiten *buiten* de overheid in de samenleving te vinden is, hangt een moeilijkheid samen die Donner verderop naar aanleiding van de "emancipatorische strekking" van art. 22, derde lid, naar voren brengt: "waarvan en waartoe moet geëmancipeerd worden? Wordt dat door de overheid beslist, die weet wat goed

is voor de mensen, of wordt dat aan de mensen zelf overgelaten, die in de gelegenheid moeten zijn het eigen leven te leiden en naar hun eigen voorkeuren en behoeften in te richten? (. . .) Het scheppen van voorwaarden voor emancipatie veronderstelt nu eenmaal een zekere opvatting, wat emancipatie is en niet is. (. . .) De strijd, welke kunstuitingen, welk toneel en welke muziek nu moeten worden bevorderd en gesteund, bewijst dat hier aan willekeur niet te ontkomen is. De spanningen tussen vrouwenorganisaties, oude en nieuwe, omtrent de inrichting en strekking van vrouwenemancipatie bewijzen het evenzeer."[2]

24. In kort bestek vestigt Donner hier de aandacht op twee karakteristieke moeilijkheden van subsidiëring door de overheid: ze werkt in op beslissingen die behoren tot de verantwoordelijkheid van anderen dan de overheid zelf, en als gevolg daarvan worden gesubsidieerde activiteiten niet bepaald door criteria die de overheid volledig op eigen gezag kan vaststellen. Hierin onderscheidt subsidiëring zich van staatstaken zoals die van oudsher door onderdanen van hun overheden worden verwacht. Deze dragen het karakter van directe gezagsuitoefening: ze hebben de vorm hebben van ordening van het gedrag van de burgers door geboden en verboden, of bestaan in de vervulling van bepaalde taken van algemeen nut door de overheid zelf, op eigen gezag, zoals zeewering, waterbeheer, defensie, onderwijs. In beide gevallen oefent de overheid – in een rechtsstaat daartoe democratisch gelegitimeerd – de bevoegdheid uit, gedragsalternatieven te aanvaarden of te verwerpen; in het ene geval gaat het om het gedrag van de burgers, in het andere om haar eigen doen en laten.

25. In zijn onder de titel "De interveniërende staat" gepubliceerde "Aanzet voor een instrumentenleer" onderscheidt Geelhoed, aanknopend bij de in 1966 door Zijlstra opgestelde typologie van de instrumenten voor het economisch beleid, zeven typen interventies "waarmee de staat in de particuliere sfeer ingrijpt":

I. informatie en prognoses;
II. van staatswege verrichte investeringen en andere feitelijke handelingen, die voorwaardenscheppend voor de besluitvorming van de burger zijn;
III. interventies die de besluitvorming van de burger algemeen beogen te beïnvloeden (A. kwantitatieve macro-interventies, B. normale globale interventies die privaatrechtelijk worden gehandhaafd, en C. dezulke die strafrechtelijk worden gehandhaafd);
IV. onvoorwaardelijke heffingen en onvoorwaardelijke prestaties;
V. voorwaardelijke heffingen en voorwaardelijke financiële prestaties (A. eenzijdige toekenning van subsidies en oplegging van heffingen, en B. consensuele toekenning van subsidies of oplegging van lasten);
VI. eenzijdige dwingende interventies;

VII. de toekenning van een uitsluitende bevoegdheid aan de staat tot het uitoefenen van tot dan toe in de particuliere sfeer uitgeoefende activiteit (nationalisatie, socialisatie).[3]

Geelhoed relateert vervolgens deze interventietypen aan een aantal staatsfuncties:

- III B-C en VI aan de ordenende functie ("de zorg voor het geheel van duurzame rechtsbetrekkingen tussen de burgers onderling en in de verhouding van staat en burger");[4]
- II, IV en V A aan de presterende functie (bij voorbeeld "de zorg voor public utilities, gezondheidsvoorzieningen, volkswoningbouw en onderwijs");[5]
- I, II, III A, V a-B en VI aan de sturende functie ("te ontleden in dwingende maatregelen en presterende interventies" zoals subsidies);[6]
- VI aan de arbitrerende functie "tussen conflicterende en divergente belangen", bij voorbeeld in het ruimtelijke en milieubeleid.[7]

26. Deze op zichzelf verhelderende rubricering van interventies en van de daarbij uitgeoefende staatsfuncties lijkt minder geschikt om duidelijkheid te verkrijgen in welke rechtsstatelijk relevante opzichten subsidiëring zich onderscheidt van andere vormen van publieke taakvervulling. De rubricering is betrokken op de verhouding staat-markt, zoals bij voorbeeld daaruit blijkt dat de – onder meer in subsidiëring bestaande – overheidsbemoeienis met de gezondheidszorg tot de presterende staatsfunctie wordt gerekend, en slechts die met het bedrijfsleven tot de sturende functie. Ons interesseert in dit verband veeleer de rechtsstatelijke grondslag van de hantering van "interventietypen". Daartoe moeten deze niet slechts uit het oogpunt van effecten voor het bedrijfsleven, maar ook uit het oogpunt van effecten voor de verantwoordelijkheid en de rechtspositie van de belanghebbenden worden beoordeeld. Met het oog daarop is het voldoende de vormen van publieke taakvervulling te onderscheiden naar gelang van de relaties die ze tot stand brengen met andere subjecten. De organisatie en het functioneren van het staatsbestel zelf blijven daarbij buiten beschouwing; ze vormen de basis van al het volgende.

27. De eerste aldus te onderscheiden vorm van publieke taakvervulling is het tot stand brengen van een *rechtsstelsel*, waaraan alle subjecten, de staat en zijn organen niet uitgezonderd, zijn gebonden. Hierbij doelen wij op het geheel van privaat- en publiekrechtelijke rechtsnormen die voornamelijk geboden, verboden, de regeling van rechtspraak en grondrechten omvatten. De publieke taakvervulling bestaat dan daarin, dat de overheid in de samenleving interfereert door activiteiten van rechtsgenoten (waaronder, zoals gezegd, ook zijn eigen organen) aan rechtsnormen te onderwerpen, d.w.z. hun handelingsalternatieven te onderscheiden in rechtmatig en onrechtmatig. Door aan bestuursorganen de bevoegdheid te geven, een

toestemming (vergunning) betreffende een wettelijk verbod dan wel een vrijstelling van een wettelijke verplichting te geven, wordt de regulering van gedrag verfijnd.

28. Op de tweede plaats zijn er de vele handelingsvormen waarbij *de overheid zelf actief in de samenleving interfereert*, ten opzichte of althans ten behoeve van de gemeenschap als geheel of van bepaalde (groepen van) rechtssubjecten. Daartoe behoren – om slechts enkele voorbeelden te noemen – belastingheffing naar draagkracht, het bieden van sociale zekerheid, de aanleg van dijken, de handhaving van openbare orde en veiligheid, en het geven van openbaar onderwijs. Hier is de publieke taakvervulling het eigen werk van de overheid, dat wel gevolgen heeft voor de burgers, maar geen handelingsalternatieven van burgers onderscheidt.

29. Hiervan onderscheidt subsidiëring zich als derde vorm van publieke taakvervulling. De overheid interfereert hier ook in de samenleving, maar nu *op interactieve wijze*. Net als bij de eerste onderscheiden vorm van taakvervulling gaat het om beïnvloeding van de activiteiten van burgers, maar nu niet door hun handelingsalternatieven in rechtmatig en onrechtmatig te onderscheiden, maar door uit activiteit van de overheid de wenselijkheid van bepaalde handelingsalternatieven te doen blijken. Het gaat dus om een niet rechtstreeks door overheidsgezag afgedwongen afstemming van de besluitvorming van twee kanten.

Subsidiëring is een middel waarmee de overheid sturend kan inwerken op processen in de samenleving. In hoofdstuk 4 zal nader worden toegelicht dat deze sturing langs twee, elkaar niet uitsluitende wegen kan lopen: door het financieel ondersteunen als zodanig, en door aan financiële ondersteuning sturende voorwaarden te verbinden. Karakteristiek voor deze vorm van overheidssturing is, dat niet alleen de ontvanger aangewezen is op een positieve beslissing van de overheid, maar ook de subsidieverlenende overheid slechts haar doel kan bereiken door de bereidheid van de gesubsidieerde instellingen om met gebruikmaking van de subsidie de gewenste activiteiten te verrichten.

30. Subsidiëring slecht vaak financiële barrières voor het ondernemen van bepaalde activiteiten. Toch moet subsidiëring niet bij voorbaat worden beschouwd als een op sociale rechtvaardigheid gerichte compensatie voor gedepriveerden. Er is ook geen sprake van dat subsidiëring alleen of in hoofdzaak aan sociaal-economisch achtergestelden ten goede zou komen. Evenmin is het zo dat een conceptie van de staatstaak die slechts de twee eerstgenoemde vormen van publieke taakvervulling zou omvatten, noodzakelijkerwijs zou impliceren dat men de ogen sluit voor sociaal-economische ongelijkheden. Door de kosten van de overheid te dekken via belastingheffing naar draagkracht, door de vervulling van staatstaken om niet of tegen lage retributies ter beschikking te stellen (bij voorbeeld politie-

zorg, brandweer, rechtspleging, onderwijs) en door stelsels in te richten die inkomensrisico's beperken (verplichte sociale verzekeringen) kan bij de vervulling van de staatstaak sociale rechtvaardigheid in acht worden genomen.

31. Het interactieve karakter van subsidiëring brengt mee dat de overheid de besluitvorming over wat wel, en wat niet met haar (geld)middelen wordt gedaan, niet geheel in de hand houdt. Naast de beide andere wijzen van publieke taakvervulling geplaatst, bestaat daardoor bij subsidiëring het risico dat ze – bij ontstentenis van voldoende gelegitimeerde, overtuigende en duidelijke besliscriteria – wordt aangezien voor een door politieke en ambtelijke goedgunstigheid bepaalde uitdeling van geld: zoiets als giften, waarvan wij in de gezamenlijke inleiding tot de preadviezen al hebben geconstateerd dat het doen ervan niet tot de overheidstaak behoort.

32. Dit beeld van subsidiëring wordt versterkt door – enerzijds – het gedrag van sommige subsidie-aanvragende burgers en hun organisaties die zich uitputten in verzoeken om welwillendheid en betuigingen van erkentelijkheid jegens bestuursorganen die een discretionaire subsidiebevoegdheid uitoefenen, en – anderzijds – enige sterk de aandacht trekkende gevallen van dubieus subsidiebeleid. Een als thriller gepresenteerde Nederlandse publikatie geeft een dergelijke voorstelling van zaken:

"Holland Power B.V., een industriële gigant, balanceert op de rand van de afgrond. 900 miljoen gulden overheidssteun heeft niet kunnen verhinderen dat het bedrijf ineen dreigt te storten. Op het moment dat Holland Power nogmaals 350 miljoen vraagt, om tenminste de werkgelegenheid voor 5500 arbeidsplaatsen te waarborgen, wordt de minister van Economische Zaken, drs. H. Gribnau, op weg van Den Haag naar de Rijnmond vermoord. Bewindslieden, topmanagers en vakbondsleiders zitten tot hun nek in de schemerige affaire, die reikt van Zuid-Afrika, het Catshuis tot aan een roemrucht Amsterdams huis van plezier."[8]

33. Zonder subsidiëring als een "schemerige affaire" in de zin van de zojuist geciteerde omslagtekst af te doen, moet worden vastgesteld dat de plaats van subsidiëring in de publieke taakvervulling inderdaad wat ambigu is. Aan de ene kant gelijkt ze op het uitvaardigen van verboden en geboden in dit opzicht, dat ook met subsidiëring wordt beoogd, het gedrag van burgers te beïnvloeden; maar aan de andere kant wordt gedrag waaraan niet de uit subsidiëring blijkende positieve waardering van overheidswege toekomt, desalniettemin geduld, zij het onder minder gunstige financiële omstandigheden. Ook kan men erop wijzen dat subsidiëring naast het bouwen van dijken en wegen en het onderhouden van politiekorpsen tot de door de overheid op eigen gezag verrichte activiteiten behoort; daar staat echter weer tegenover dat indien en voor zover de subsidie-ontvangers een eigen verantwoordelijkheid hebben behouden, de overheid juist niet de po-

sitief gewaardeerde activiteit verricht maar – met het geld – de verantwoordelijkheid ervoor uit handen geeft.

Het interactieve karakter van subsidiëring leidt aldus tot een spanningsveld waarin van de ene kant gesubsidieerde instellingen het risico van verstatelijking lopen, terwijl van de andere kant de staat het risico loopt zijn budgetten tot "subsidieruiven" te zien verworden. Noch het een, noch het ander beantwoordt aan de verhouding tussen overheid en samenleving die bij een democratische en sociale rechtsstaat behoort: een verhouding waarin overheid, maatschappelijke verbanden en individuen eigen verantwoordelijkheden dragen, de samenleving niet blootstaat aan grillige overheidsinmenging, maar evenmin de mensen worden overgelaten aan de wisselvalligheden van de sociaal-economische omstandigheden.

34. Deze ambiguïteiten zijn echter inherent aan het interactieve karakter van deze vorm van publieke taakvervulling. Vandaar het belang van de aan het begin van dit hoofdstuk gestelde vraag of en, zo ja, op welke gronden deze interactieve sturingswijze past in een democratische en sociale rechtsstaat passende vorm van publieke taakvervulling.

De verschaffing van een financieel voordeel maakt een activiteit mogelijk die anders niet, niet in de gewenste mate en/of niet in de gewenste vorm zou zijn uitgevoerd, maar dit neemt niet weg dat de gesubsidieerde activiteit het karakter behoudt van een eigen activiteit die de gesubsidieerde verricht jegens andere actoren in de samenleving. Uitgangspunt voor de beantwoording van de gestelde vraag kan daarom zijn dat er voor subsidiëring in onze rechtsorde een legitieme, aan rechtsstatelijke beginselen beantwoordende plaats is, als *subsidiëring juist geen vrijgevigheid is, maar een uitvloeisel van een eigen verantwoordelijkheid van de overheid* die betrekking heeft op de mogelijkheid van andere actoren in de samenleving om *ingevolge hun eigen verantwoordelijkheid* een uit overwegingen van algemeen belang gewenste activiteit te verrichten.

35. Alvorens in de volgende paragrafen nader in te gaan op de plaats van subsidiëring in onze rechtsorde, willen wij nog een vergelijking maken tussen subsidiëring en andere vormen van overheidshandelen die tot financiële overdrachten leiden.

36. Om zicht te krijgen op de verschillende redenen die een rol kunnen spelen bij het doen van financiële overdrachten door overheidsorganen, is het zinvol allereerst stil te staan bij het streven naar *privatisering*. De Ru heeft erop gewezen dat privatisering van overheidstaken kan samengaan met subsidiëring (onder voorwaarden).[9] Dit geeft aanleiding om nog aandacht te schenken aan de vraag – die trouwens ook al kon worden gesteld vooraleer het begrip privatisering in zwang kwam – hoe subsidiëring van uit eigen verantwoordelijkheid handelende instellingen kan worden afgebakend van het doen verrichten van overheidstaken door privaatrechtelijke

aannemers van (overheids)werk, en hoe deze wederom kan worden onderscheiden van het verzelfstandigen van een deel van de openbare dienst in lichamen met een privaatrechtelijke rechtsvorm waaraan uiterlijk wellicht moeilijk van subsidie te onderscheiden financiële middelen worden verstrekt. Beide fenomenen vallen buiten het in hoofdstuk 2 van het preadvies van Van Kreveld ontwikkelde begrip subsidie, het eerste omdat de ontvanger van de financiële prestatie een equivalente tegenprestatie levert – namelijk het in opdracht van de overheid uitvoeren van een bepaalde taak –, het tweede omdat de ontvanger van de financiële middelen zelf tot de overheid moet worden gerekend.

Dit neemt niet weg dat de drie hier onderscheiden verschijnselen in de praktijk niet steeds gemakkelijk te onderscheiden zijn. De Ru schetst een continuüm van politiseren en privatiseren, waarbij de overheid kan overgaan tot verzelfstandiging, uitbesteding of afstoting van de vervulling van taken.[10] Bij voldoende zorgvuldige analyse valt echter met de hier gemaakte onderscheidingen wel degelijk te werken. Wanneer bij voorbeeld de overheid voor haar monetair beleid een naamloze vennootschap opricht met een wettelijk geregelde structuur en taak – De Nederlandsche Bank NV –, hebben wij te maken met verzelfstandiging van een onderdeel van de overheid. Wordt het Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf (SDUB), dat naast officiële stukken tevens in concurrentie met particuliere uitgevers boeken op de markt brengt, in een naamloze vennootschap omgezet, dan verliest deze uitgeverij het karakter van een overheidsdienst, althans wanneer een belangrijk deel van de aandelen in particuliere handen is gekomen. De contractuele verplichting van deze uitgeverij om officiële stukken uit te geven plaatst haar noch in de positie van een overheidsdienst, noch in die van een gesubsidieerde instelling, maar betekent niets anders dan dat de overheid een deel van haar taak – namelijk het publiceren van officiële stukken – heeft uitbesteed.

37. In beide hier besproken situaties ontbreekt het voor subsidiëring kenmerkende interactieve karakter van de overheidssturing: de overheid is immers zelf actief, zij het in een bijzondere organisatievorm respectievelijk met gebruikmaking van diensten van anderen. Een stichting of vereniging waarvan een bijzondere universiteit uitgaat blijft daarentegen een gesubsidieerde instelling, ook al gaat de financiering gepaard met toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden tot het afnemen van examens. De betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon verricht immers een belangrijk deel van haar werkzaamheden – hoewel gebonden aan subsidievoorwaarden – in eigen verantwoordelijkheid op grond van een door haarzelf gekozen taakstelling.

38. Ook een vergelijking met financiële overdrachten door bestuursorganen – in ruime zin, derhalve met inbegrip van met publieke taken belaste bi- en tripartite organen – in het kader van de *sociale zekerheid* kan bijdragen tot verduidelijking van de plaats van subsidies in onze rechtsorde.

"De essentie van sociale zekerheid is", aldus Noordam, "de bescherming van het inkomen tegen aantasting door bepaalde risico's."[11] Als mogelijke vormen noemt hij in navolging van Veldkamp: inkomensgarantie, inkomenssubstitutie en inkomenscomplementariteit. "Private methoden" tot het verschaffen van sociale zekerheid zoals familiale zorg, verzekering en vermogensvorming, staan naast de "publieke methoden", met name sociale verzekering en sociale voorzieningen.[12] Voor ons is de vergelijking met deze "publieke sociale zekerheid" van belang, omdat daar door bestuursorganen financiële overdrachten aan particulieren plaatsvinden. Ze omvat sociale verzekeringen en sociale voorzieningen. De eerste worden voornamelijk uit verplichte premiebijdragen gefinancierd, terwijl de uitvoering van de wetten in handen is van organen waarin de sociale partners een belangrijke plaats hebben. De laatste zijn daarentegen "in alle opzichten (beleidsbepaling, bekostiging, uitvoering, etc.) overheidsvoorzieningen."[13]

39. Geldelijke prestaties door de overheid in het kader van de sociale zekerheid onderscheiden zich daarin van subsidies, dat zij niet gericht zijn op sturing van het gedrag van de gesubsidieerde, maar op bescherming of relatieve verbetering van diens inkomenspositie. Dit neemt niet weg dat ook subsidies er mede op gericht kunnen zijn, in de inkomenspositie gelegen belemmeringen voor bepaalde gedragspatronen weg te nemen of te verminderen. Het duidelijkst is dit het geval bij van het inkomen afhankelijke ("inkomensafhankelijke") subsidies, zoals door de overheid bekostigde rechtshulp en studiefinanciering. Toch is de reden voor het subsidiëren ook dan niet gelegen in de inkomenspositie op zichzelf, maar in de wenselijkheid – uit het oogpunt van verwerkelijking van grondrechten – van de mogelijkheid tot het gesubsidieerde gedrag, bij voorbeeld het zich door een advocaat kunnen doen bijstaan, het kunnen studeren.

40. Een volgend onderwerp van vergelijking kan het *aankoopbeleid* van de overheid zijn. In het algemeen doet de overheid aankopen ter verkrijging van een equivalente tegenprestatie. (Zoals ook al uit de beschouwingen van Van Kreveld blijkt, ligt dit bij verkopen anders: de verkoop van bij voorbeeld toegangskaarten voor een voorstelling in een stadsschouwburg beneden de kostprijs komt neer op subsidiëring; ze onderscheidt zich qua oogmerk en effect niet van het subsidiëren van een stichting die een schouwburg exploiteert. Vgl. over deze problematiek ook hoofdstuk 2 van het preadvies van Van Kreveld.) Er zijn echter gevallen waarin de aankoop geschiedt tegen een prijs die ligt boven de marktwaarde van het gekochte, ten einde de verkoper of de producent te ondersteunen in zijn produktieve activiteiten. Als voorbeelden kunnen worden vermeld de aankoop van kunstwerken ingevolge hoofdstuk III ("Kunstopdrachten") of hoofdstuk V ("Aankoop van reeds vervaardigde kunstwerken") van de voormalige Beeldende Kunstenaars Regeling, en de aankoop van in Nederland gebouwde duikboten voor de Koninklijke Marine.

41. Bij aankopen ingevolge de voormalige Beeldende Kunstenaars Regeling is tamelijk doorzichtig dat het in feite om subsidiëring van kunstbeoefening gaat. Het wordt dan ook als een merkwaardige consequentie van de in art. 2, tweede lid, van de Wet Arob neergelegde compententieafbakening gezien, dat beslissingen inzake de aankoop van kunstwerken door de Afdeling rechtspraak als rechtshandelingen naar burgerlijk recht worden aangemerkt.[14] In een uitspraak over dit onderwerp heeft de Afdeling rechtspraak een overweging ten overvloede gewijd aan het karakter van de onderhavige beleidsregeling:

"Gegeven het feit dat het overheidshandelen te dezen, overeenkomstig hetgeen dienaangaande in de regeling zelf is bepaald, niet dan in de vorm van het sluiten van zodanige overeenkomst geschiedt, kan voorts worden daargelaten de vraag of in die regeling wellicht wel voor het overige het publiekrechtelijk karakter overweegt. Overigens is het bij de tegenwoordige stand van de sociale wetgeving hier te lande noch met de aan de gemeentebesturen gelaten vrijheid, de regeling in hun gemeente al dan niet toe te passen, noch met de reeds vermelde omstandigheid, dat de regeling op geen enkel wettelijk voorschrift steunt, te rijmen dat in de eerste plaats het bieden van een pakket van sociale voorzieningen zou zijn beoogd."

Nu bij de toepassing van de Beeldende Kunstenaars Regeling niet de verwerving tegen marktprijs van kunstwerken beoogd is, en evenmin – om de zojuist geciteerde redenen – van een sociale voorziening kan worden gesproken, moet onze conclusie zijn dat in de vorm van een aankoopsom subsidie wordt gegeven aan die kunstenaars die – op grond van de in artikelen 1 onder f, 2 en 3 van de regeling omschreven maatstaven betreffende het artistiek vermogen en de maatschappelijke erkenning van de kunstenaar – daarvoor in aanmerking komen en niet zelfstandig in hun inkomen kunnen voorzien.

42. Alhoewel dit minder doorzichtig en minder gestructureerd geschiedt, is ook bij aankoopbeleid van de overheid op andere terreinen in feite vaak sprake van subsidiëring. De aankoop van duikboten en andere vaartuigen voor de Koninklijke Marine bij Nederlandse scheepswerven, terwijl vaartuigen van gelijke kwaliteit door buitenlandse werven tegen een lagere prijs zouden kunnen worden geleverd, biedt daarvan een voorbeeld. Dit aankoopbeleid wordt aldus gevoerd ten einde processen in de samenleving te sturen: rechtstreekse stimulering van werkgelegenheid en – om wille van de industriële ontwikkeling en werkgelegenheid op langere termijn – ontwikkeling van scheepsbouwkundig vakmanschap. Dat de overheid daarmee uitgaven ter zake van werkloosheid en steun voor bedrijven in moeilijkheden denkt te voorkomen, bevestigt alleen maar dat het hier in feite om subsidiëring gaat.

43. Een merkwaardige tussenvorm tussen subsidiëring en sociale zekerheid zijn de woonsubsidies. Ondanks de schijn van een tot het terrein van

de sociale zekerheid behorende inkomenspolitieke voorziening moet ook de toepassing van de Wet Bezitsvormingsfonds worden gezien als subsidiëring, met als doel het bevorderen van de opbouw van enig eigen kapitaal (vgl. ARRS 7 gebr. 1983, AB 1983, 428, m.nt. J.A. Borman).

44. Anders ligt de zaak bij individuele huursubsidies. Bij subsidie is een specifieke handelingsmogelijkheid als zodanig uit het oogpunt van de sociale rechtsstaat wenselijk, bij sociale zekerheid de algemene mogelijkheid tot participeren aan de samenleving. Daarom is de individuele huursubsidie een niet voldoende doordachte steunvorm: het wonen in (in verhouding tot het inkomen) dure woningen is niet een uit overheidsstandpunt wenselijke handelingsmogelijkheid. Men beïnvloede ofwel de huurprijs (met objectsubsidies of prijsregulering), ofwel de als tekortschietend aangemerkte inkomensposities in het algemeen (met fiscale instrumenten, sociale verzekeringen of bijstand). Het bezwaar van de individuele huursubsidie is, dat ze werkt als een discriminerende, zelfs in belangrijke mate van eigen beslissingen van de gesubsidieerde afhankelijk inkomenspolitiek instrument.

45. In dit opzicht onderscheidt de individuele huursubsidie zich ook van de gefinancierde rechtshulp, nu deze laatste zonder onderscheid ten goede komt aan ieder die uit een bepaalde inkomensgroep op het homogene goed rechtshulp beroep doet, en niet slechts aan degenen die de diensten van een dure advocaat benutten. Het zou niet goed denkbaar zijn dat de hoofdregel van zelf betalen voor rechtshulp gecombineerd zou worden met een individuele rechtshulpsubsidie voor advocaten wier tarieven een bepaald bedrag overschrijden. De gefinancierde rechtshulp kan dan ook worden aanvaard als een subsidie, die het mogelijk moet maken zo nodig een advocaat in de arm te nemen.

46. De in deze paragraaf gemaakte vergelijkingen tussen subsidiëring en andere op geld waardeerbare overdrachten door de overheid geven aanleiding tot de volgende slotsom. De legitieme plaats van subsidiëring in ons rechtsstelsel is van andere aard dan die van de sociale zekerheid. Dit heeft consequenties voor voorwaarden en voor de aanvaardbaarheid van plafonds (met "plafonds" wordt bedoeld dat de bodem van de schatkist in zicht komt). Uitputtingsplafonds zijn noch bij crypto-sociale zekerheid, noch bij crypto-fiscale regelingen aanvaardbaar. Een voorbeeld van de laatste biedt de Innovatiestimuleringsregeling INSTIR (die nadelen van ons fiscale stelsel compenseert).

47. Het vorenstaande brengt mee dat voor de vraag of de toekenning van een financieel voordeel een subsidie in de hier bedoelde zin is, niet de naam, maar de aard beslissend is. Subsidiëring is *een interactieve vorm van overheidssturing ten aanzien van processen in de samenleving*, naast directe vormen van overheidssturing, welke laatste met name bestaan in het opleg-

gen en handhaven van verplichtingen en verboden, of in eigen overheidsactiviteiten. Subsidiëring *strekt tot beïnvloeding van beslissingen die minstens in belangrijke mate voor de verantwoording van een niet tot de overheid behorende actor (gesubsidieerde instelling) blijven.*

De redenen waarom de uiteenlopende vormen van publieke taakvervulling in een rechtsstaat passen, zijn ongelijk. Om vast te stellen op welke gronden aan subsidiëring een plaats in een rechtsstatelijke rechtsorde kan toekomen, gaan wij nu eerst in op de vraag in hoeverre grondrechten tot deze vorm van overheidsoptreden aanleiding geven (§ 3.3), en vervolgens op de vraag in hoeverre beperkingen zijn gesteld aan de mogelijkheid van sturing door de overheid via subsidiëring (§ 3.4).

3.3 Grondrechten als grond voor subsidiëring

48. In § 3.2 hebben wij erop gewezen dat het bij subsidiëring om een *interactieve vorm van overheidssturing* ten aanzien van processen in de samenleving gaat. Subsidiëring staat naast directe vormen van overheidssturing, die met name bestaan in het opleggen en handhaven van verplichtingen en verboden, of in eigen overheidsactiviteiten. De verschaffing van een financieel voordeel in geval van subsidiëring maakt een activiteit mogelijk die anders niet, niet in de gewenste mate en/of niet in de gewenste vorm zou kunnen worden uitgevoerd of niet uitgevoerd zou worden. Toch behoudt de gesubsidieerde activiteit het karakter van een *eigen activiteit die de gesubsidieerde verricht in relatie tot andere actoren in de samenleving.* Voor subsidiëring is dan ook in onze rechtsorde slechts dan een legitieme, aan rechtsstatelijke beginselen beantwoordende plaats, als subsidiëring juist geen vrijgevigheid is, maar een uitvloeisel van een *eigen verantwoordelijkheid van de overheid* die betrekking heeft op de mogelijkheid van andere actoren in de samenleving om ingevolge *hun* eigen verantwoordelijkheid een uit overwegingen van algemeen belang gewenste activiteit te verrichten. In deze paragraaf willen wij nagaan in hoeverre grondrechten tot deze eigensoortige vorm van overheidsoptreden aanleiding geven.

49. Het komt dus aan op de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de diverse actoren in de samenleving die bij de uitoefening van grondrechten betrokken zijn. Vertrekpunt van denken is meestal dat de door grondrechten beschermde vrijheid gelijkstaat met afwezigheid van overheidsbemoeienis met het individu. Aldus ook artikel 4 van de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 1789:

"La liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi."

In deze voorstelling van zaken verzekeren klassieke grondrechten het in-

dividu afwezigheid van overheidsbemoeienis, terwijl sociale grondrechten het individu door overheidszorg de materiële mogelijkheid tot gebruik van zijn vrijheden verschaffen. Dit denken berust op een dichotomie van staat en invidu, of – in een op het economisch leven gerichte formulering – overheid en markt. Daarbij wordt echter voorbijgegaan aan de vele en veelsoortige verbanden die in de samenleving functioneren. Deze verbanden vormen het "maatschappelijk middenveld".[15]

50. Het functioneren van verbanden in het maatschappelijk middenveld kan zowel in een positieve als in een negatieve relatie tot verwerkelijking van grondrechten staan; verkeerd is het in elk geval ze te negeren. In de tijd waarin de klassieke rechtsstaatsidee werd gevormd en – zoals vermeld – een denkmodel staat/individu ingang vond, werden andere maatschappelijke verbanden in zoverre negatief benaderd dat ze nog ontdaan moesten worden van de macht van gilden, van wereldlijke macht van bisdommen en abdijen, en van resten van feodale zeggenschap. Dit blijkt bij voorbeeld uit de artikelen 24-27 van de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 over de afschaffing van heerlijke rechten, van tiend-, naastings- en andere uit het leenstelsel afkomstige rechten, van het recht van exuë (een belasting op het verlaten van een stad), van jacht- en visrechten. (Vgl. over heerlijke rechten ook nog additioneel artikel I van de Grondwet, zoals zij tot 1983 luidde.) Naar aanleiding van soortgelijke bepalingen in de Paulskirchenverfassung van 1848 schrijft Denninger dat in deze gevallen de waarborg van grondrechten niet was gericht "gegen den 'Staat', die 'Krone', sondern konkret gegen die Reste grundherrlicher Feudalgewalt. Wenn daher heute Grundrechte auch gegen die Übermacht nichtstaatlicher sozialer Gewalten, gegen unerträgliche soziale Abhängigkeiten mobilisiert werden – vgl. 'Drittwirkung' oder 'Horizontalwirkung' der Grundrechte – so ist dies, historisch gesehen, nur folgerichtig."[16]

Andere, door het privaatrecht gedekte afhankelijkheden werden echter aanvankelijk nog kritiekloos aanvaard. Volgens Immanuel Kant was om staatsburger (citoyen) te zijn – dus voor het genot van de burgerlijke rechten en vrijheden – als hoedanigheid vereist "außer der *natürlichen* (daß es kein Kind, kein Weib sei) die einzige: daß er *sein eigener Herr* (sui juris) sei, mithin irgendein *Eigentum* habe (wozu auch jede Kunst, Handwerk oder schöne Kunst oder Wissenschaft gezählt werden kann), welches ihn ernährt".[17] Pas in de loop van de 19de en 20ste eeuw werden de sociaaleconomisch bepaalde afhankelijkheden teruggedrongen, waarbij enerzijds de "vermaatschappelijking van het privaatrecht"[18] – die onder meer tot versterking van de positie van de huurder, de arbeider en de (gehuwde) vrouw leidde –, en anderzijds de inkomensbescherming via een stelsel van sociale zekerheid van grote betekenis waren en zijn.

51. Het zou aan de andere kant zeer onjuist zijn, verbanden in het maatschappelijk middenveld uitsluitend als bedreiging van verwerkelijking van

grondrechten voor te stellen. Dat de verbanden van het maatschappelijk middenveld een eigen, onmisbare waarde hebben in de opbouw van de samenleving, werd in de periode van opkomst van de liberale rechtsstaatsidee reeds door Hegel onderkend in het gedeelte van zijn "Philosophie des Rechts" betreffende de "Korporationen".[19] Daaronder verstond hij niet de traditionele gilden, maar vrijwillige belangenorganisaties waarin personen zich naar beroep of bedrijf organiseren.[20] Hegel maakt duidelijk dat voor de samenlevingsopbouw de individualistische benadering ontoereikend is. "Wenn man in neueren Zeiten die Korporationen aufgehoben hat, so hat dies den Sinn, daß der Einzelne für sich sorgen sollte. Kann man dieses aber auch zugeben, so wird durch die Korporation die Verpflichtung des Einzelnen, seinen Erwerb zu schaffen, nicht verändert. (. . .) Wir sahen früher, daß das Individuum, für sich in der bürgerlichen Gesellschaft sorgend, auch für andere handelt. Aber diese bewußtlose Notwendigkeit ist nicht genug: zu einer gewußten und denkenden Sittlichkeit wird sie erst in der Korporation."[21]

Deze vrijwillige organisaties helpen bovendien, zo merkt Avineri op, de egoïstische belangen van de leden van de burgerlijke maatschappij in een algemene structuur te integreren. Zonder deze zou de "broederschap" geen kans maken tegenover de "vrijheid" en de "gelijkheid".[22]

52. Uiteraard kan men zich, zoals Heyde opmerkt, "vele vragen stellen bij de actualiteit van Hegels betoog over de corporatie. Wellicht betreft het hier een verleden gestalte die niet kan en niet moet herhaald worden. Datgene waarvan ze een gestalte is, is evenwel essentieel. (. . .) Zonder momenten van solidariteit binnen het economische leven zélf, is de burgerlijke maatschappij door desintegratie bedreigd".[23]

De verwerkelijking van de in onze Grondwet omschreven klassieke en sociale grondrechten veronderstelt en behoeft in velerlei opzicht verbanden in het maatschappelijk middenveld, en dit niet alleen omdat ze het enige alternatief zijn voor verstatelijking en individualisering, maar ook omdat deze een eigen "cultuur" en eigen competentie in de samenleving hebben in te brengen. Daaruit vloeit voort dat, voor zover zulke verbanden zich niet volledig op eigen kracht in stand kunnen houden, grondrechten in beginsel aanleiding *kunnen* geven tot subsidiëring van hun activiteiten.

53. Een volgende vraag moet zijn om welke grondrechten en welke soorten activiteiten het hier gaat. In hoeverre kan aan de hand van de in onze Grondwet omschreven grondrechten een antwoord worden gevonden op de vraag wanneer wel, en wanneer niet reden bestaat tot zodanige steunverlening aan het functioneren van het maatschappelijk middenveld?

Vaak wordt overijld aangenomen, dat ten deze slechts sociale grondrechten relevant zijn. Het is evenwel geenszins zo dat klassieke grondrechten slechts op individuele handelingsvrijheid betrekking hebben. Bij de in 1983 voltooide algehele grondwetsherziening is weliswaar gesteld dat

grondrechten "tot doel (hebben) bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen geaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen", maar daartegenover staat dat tevens uitdrukkelijk is bevestigd dat grondrechten "ook aan rechtspersonen en aan groepen en organisaties zonder rechtspersoonlijkheid rechten en aanspraken (. . .) verlenen voor zover dat naar de aard van het betreffende grondrecht zin kan hebben".[24]

Een deel van de in de Grondwet omschreven grondrechten beschermt of veronderstelt onmiskenbaar het bestaan van in het maatschappelijk middenveld werkzame verbanden. Dit geldt voor de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6), de vrijheid van meningsuiting (art. 7), de vrijheid van vereniging (art. 8), de vrijheid van vergadering en betoging (art. 9), het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, voor zover deze het in art. 8 EVRM uitdrukkelijk in samenhang hiermee genoemde huiselijk leven en gezinsleven beschermt (art. 10), alsmede om dezelfde reden het huisrecht (art. 12), en de onderwijsvrijheid (art. 23). Tot 1983 gaf de Grondwet zich voor zover het gaat om de godsdienstvrijheid uitdrukkelijk rekenschap van het bestaan van verbanden als hier bedoeld, door namelijk in art. 182 (oud) te bepalen: "Aan alle kerkgenootschappen in het Rijk wordt gelijke bescherming verleend."

54. Zoals vaak wordt benadrukt, vereisen sociale grondrechten overheidszorg. Dit betekent intussen bepaald niet dat bij de verwerkelijking van sociale grondrechten slechts de verzorgende overheid en ontvangende individuen betrokken zijn, evenmin als bij de klassieke grondrechten slechts de zich-onthoudende overheid en de vrijheid-uitoefenende individuen een rol spelen. Integendeel, ook de verwerkelijking van verschillende sociale grondrechten veronderstelt en behoeft het bestaan van goed functionerende verbanden in het maatschappelijk middenveld. Dit geldt ten aanzien van de advocatuur voor het bieden van rechtshulp aan minder draagkrachtigen (art. 18, tweede lid, van de Grondwet), ten aanzien van ondernemingen voor de bevordering van voldoende werkgelegenheid (art. 19, eerste lid), ten aanzien van vakbonden voor de rechtspositie, bescherming en medezeggenschap van werknemers (art. 19, tweede lid), ten aanzien van de sociale-verzekeringsorganisatie voor de realisering der sociale zekerheid (art. 20, tweede lid), ten aanzien van stichtingen enz. waarvan ziekenhuizen en andere gezondheidszorginstellingen uitgaan voor de bevordering van de volksgezondheid (art. 22, eerste lid), ten aanzien van bouwbedrijven en de in art. 59 van de Woningwet bedoelde "instellingen uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam" voor de bevordering van voldoende woongelegenheid (art. 22, tweede lid), ten aanzien van culturele stichtingen en verenigingen, alsmede welzijnsinstellingen voor de maatschappelijke en culturele ontplooiing (art. 22, derde lid), en ten aanzien van "bijzondere" onderwijsinstellingen voor het onderwijs (art. 23).

55. Het vorenstaande leidt op zichzelf nog niet tot de conclusie dat ter zake van al de genoemde grondrechten subsidiëring geïndiceerd is. Om dat duidelijk te maken moet allereerst worden herinnerd aan de karakteristieke inhoud van een subsidieverhouding: de subsidiërende overheid rekent het tot het algemeen belang dat de gesubsidieerde activiteit inderdaad (eventueel: in de met subsidiëring bevorderde mate en vorm) kan worden verricht, maar laat het aan de gesubsidieerden over of zij werkelijk van de geboden mogelijkheid gebruik zullen maken.

56. Is daarentegen een bepaalde voorziening noodzakelijk – in een democratische en sociale rechtsstaat onmisbaar –, zodat het niet aan de betrokkenen kan worden overgelaten of zij werkelijk zal worden verricht, dan moet een daartoe verplichtende regeling met aangepaste bekostigingsstructuur worden opgezet, zoals het geval is bij de sociale zekerheid en de gezondheidszorg. Dit komt in het algemeen op een verplichte verzekering neer. Indien de kring van verzekerden echter zou samenvallen met de gehele Nederlandse bevolking wordt in plaats daarvan soms (niet altijd: zie tot nu toe de AOW en de AWW, al staat daar door de Oort-wetgeving het verzekeringskarakter onder druk) voor fiscale financiering gekozen; dit is bij de bijstand, woonsubsidies en de gefinancierde rechtsbijstand het geval (vgl. nrs. 43-45).

57. Dit betekent dat er slechts dan reden is voor subsidiëring als aan de ene kant een activiteit van dien aard is dat de overheid de besluitvorming over de mate en vorm waarin die activiteit wordt verricht niet ten volle kan overnemen, terwijl aan de andere kant geheel overgelaten aan het "particulier initiatief" *de gemeenschap tekort zou doen.*

Dit is iets anders dan een gebrek aan draagkracht van de belanghebbenden. Om met het laatste te beginnen: een tekortschietende draagkracht van belanghebbenden geeft op zichzelf geen aanleiding om bepaalde uitgavencategorieën te subsidiëren, maar slechts tot de vraag of de inkomensverdeling wijziging behoeft (met als instrumenten belastingheffing naar draagkracht, sociale zekerheid en het inkomensbeleid inzake cao's en de tariefstelling door beoefenaars van vrije beroepen).

Evenmin gaat het zonder meer om een financieel tekort bij de betrokken instelling. Zo'n tekort kan ontstaan als gevolg van de "logic of collective action" die eigen is aan grote, op vrijwillige medewerking van de leden aangewezen groepen. Vrijwilligheid wil in dit verband zeggen dat noch door dwang, noch door daarvan een tegenprestatie afhankelijk te stellen volledige medewerking van de leden wordt of kan worden bewerkstelligd. In zo'n groep heeft het vrijwillig leveren van een bijdrage door een individueel lid een zo gering effect op de kwaliteit van de collectieve voorziening, dat de leden zich zoveel mogelijk als "free riders" zullen opstellen – tenzij, zoals bij godsdienstige en levensbeschouwelijke gemeenschappen *soms* het geval is – de groep door een sterk gemeenschappelijk ethos wordt gedragen.[25]

Het bestaan van zo'n situatie vormt op zichzelf nog geen reden tot subsidiëring. Wanneer wijziging in het intern functioneren van zodanige groepen (versterkte motivatie, conditioneel maken van de gemeenschappelijke voorzieningen, afdwingbare contributieregelingen) een oplossing kan bieden, zou subsidiëring de problemen slechts toedekken.

58. Voor subsidiëring is dan ook hoogstens subsidiair reden, namelijk wanneer het onmogelijk is voor de betrokken activiteit voldoende interne draagkracht te mobiliseren in de kring van degenen die primair over de mate en vorm van de activiteit beslissen en daardoor het peil dreigt te dalen beneden hetgeen – in de gegeven historische situatie – aanvaardbaar is. Wij zeggen "aanvaardbaar", want wanneer het gaat om een voorziening waarvan de overheid zelf het *gewenste* peil wil kunnen bepalen, moet zij die voorziening rechtstreeks ter hand nemen of dwingend regelen, zoals het geval is bij de rechtsbijstand voor minder draagkrachtigen en – complementair tot het gesubsidieerde bijzonder onderwijs – bij het openbaar onderwijs.

De oorzaken van zo'n dreigend tekort kunnen verschillend zijn. Het kan gaan om een gebrek aan motivatie en interesse bij de bestemmelingen van de voorziening (zoals bij theatersubsidies), om de nadelige gevolgen van technische ontwikkeling in de massamedia en drukprocédés (bij perssubsidies), om gebrek aan mobiliseerbare draagkracht van de clientèle (bij welzijnssubsidies), om ernstige, doch voorbijgaande specifieke knelpunten in de economische ontwikkeling (bij steunverlening aan bedrijven in moeilijkheden), om in vergelijking tot alternatieve materiële voorzieningen onevenredig hoge kosten van verwerving en behoud (bij monumentensubsidies), of om concurrentie aangedaan door beneden kostprijs verstrekte overheidsvoorzieningen (bij subsidies voor bijzonder onderwijs, in samenhang met tekortschietende draagkracht van de clientèle).

59. Waar het op aankomt bij de beoordeling of voldoende reden voor subsidiëring bestaat, is niet welke van deze *oorzaken* zich voordoet, maar enkel en alleen of het gevolg ervan is dat de betrokken activiteit niet in aanvaardbare mate en vorm wordt verricht, terwijl de overheid geen andere passende manier tot beïnvloeding ten dienste staat. De beoordeling van deze aanvaardbaarheid vergt een *politieke beoordeling*. Het eerder omschreven karakter van rechtsstatelijke subsidiëring brengt mee dat die beoordeling niet mag neerkomen op het van de te subsidiëren instelling overnemen (dus: politiseren, verstatelijken) van de besluitvorming over die activiteit. In de woordkeus van onze voorafgaande uiteenzettingen hebben wij getracht dit aan te geven door te stellen dat slechts een *tekort*, een beneden een *aanvaardbare* maat blijven van de activiteit, tot subsidiëring aanleiding kan geven.

Anders gezegd: de belangenafweging omtrent de wenselijkheid van de betrokken activiteit moet voor rekening blijven van de betrokken actoren

in het maatschappelijk middenveld, en pas indien bij een marginale beoordeling van het functioneren blijkt dat deze (bij)sturing door de overheid behoeft, kan subsidiëring op haar plaats zijn.

60. Voor zulke op verbetering van de mogelijkheid tot uitoefening van grondrechten gerichte subsidiëring is derhalve pas reden als er anders in de samenleving een tekort dreigt. Daarmee bedoelen wij niet een financieel tekort – dat kan er door allerlei oorzaken zijn, maar legitimeert op zichzelf nog geen subsidiëring –, maar een *rechtsstatelijk tekort*: een tekort namelijk op het punt van voldoende mogelijkheden om dat grondrecht gelijkelijk uit te oefenen. In een ontwikkelde, democratische en sociale rechtsstaat zijn immers de wezenlijke staatstaken ten opzichte van het maatschappelijk middenveld als verwerkelijking van grondrechten te begrijpen. Cultuur-, pers-, welzijns-, onderwijs- en werkgelegenheidssubsidies vallen daaronder, wanneer zich inderdaad een (dreigend) tekort voordoet. Zou de overheid het evenwel tot haar taak rekenen om alle mogelijke vormen van uitoefening van grondrechten te ondersteunen, dan zou het te subsidiëren terrein grenzeloos zijn, en elke beperking een onwenselijke bevoordeling van de ene activiteit ten opzichte van de andere impliceren. Nog meer is dit het geval wanneer ook los van een relatie tot een tekort in de verwerkelijking van grondrechten tot subsidiëring wordt overgegaan.

61. Deze opvatting betekent dat subsidiëring lang niet in alle gevallen waarin zij thans plaatsvindt, past binnen de beperkingen die een rechtsstaat in acht moet nemen om niet in vrijgevigheid voor goede doelen te vervallen. Onder erkenning dat in een aantal gevallen tegenargumenten denkbaar zijn, geven bij voorbeeld de volgende subsidieregelingen (en soms ongeregelde faciliteiten) op het niveau van de centrale overheid aanleiding tot gerede twijfel: de Subsidieregeling verdampingskoelapparatuur pluimveeslachterijen (Stcrt. 1983, 203), de Subsidieregeling reclameactiviteiten toerisme (Stcrt. 1982, 103), de Bijdrageregeling spoorweglawaai bestaande woningen (Stcrt. 1985, 601), de Regeling kavelruil (Stcrt. 1985, 218), de Beschikking bijdragen sportvisserij (Stcrt. 1980, 112; 1982, 241; 1986, 8), de Experimentele regeling startfaciliteiten voor vrouwenbedrijven (Stcrt. 1984, 192), de Maatregel ter ondersteuning van gerichte verplaatsing van bedrijven (Stcrt. 1987, 6) en de faciliteit Vrijwilligerswerk in de sport. Daarbij komen nog vele dubieuze regelingen op decentraal niveau, zoals de Subsidieverordening sportverenigingen en de Subsidieregeling ophalen oud papier van de gemeente Benthuizen.

62. Veel van de discutabele subsidieregelingen ontlenen hun rechtvaardiging aan een samenloop van motieven, zoals maatschappelijke waardering voor de activiteit, geringe draagkracht van de betrokkenen. In een rechtsstaat mag men echter niet voorbijgaan aan de vraag of met zozeer vervaagde criteria nog kan worden voldaan aan de vereisten van rechts-

gelijkheid en rechtszekerheid. Wanneer – zoals in ons land het geval is – een zeer grote verscheidenheid van subsidieregelingen bestaat, wordt het een toevalstreffer of een belanghebbende al dan niet in het genot van een subsidie komt, terwijl de financiering van de zeer omvangrijke subsidiestromen ook drukt op degenen die als gevolg van de grilligheid van het regelingspatroon of als gevolg van subsidieplafonds juist buiten de prijzen vallen. Daar komt nog bij dat de doeltreffendheid van een uitgestrekt netwerk van subsidieregelingen onbekend is. Een recent onderzoek leert "dat van niet één kind op de Amsterdamse muziekscholen de ouders uit de laagste inkomensgroepen afkomstig zijn, terwijl die scholen gesubsidieerd worden vanuit het ideaal dat muzikale vorming voor iedereen bereikbaar moet zijn."[26]

63. Het rechtsstatelijke karakter van subsidieverhoudingen is er dan ook mee gediend, wanneer een eenduidig verband tussen regelingsdoel en bestuurlijk instrument wordt gelegd. Subsidiëring is op haar plaats om de mate waarin en de wijze waarop een bepaalde activiteit wordt ontwikkeld, te beïnvloeden. Wanneer het inzicht bestaat dat personen met lage inkomens niet of te weinig van die voorziening gebruik maken, kan dat nog geen reden opleveren om ten behoeve van een ieder tot (hogere) subsidiëring over te gaan. In die situatie zal gekozen moeten worden tussen inkomenspolitieke instrumenten (indien de geringe participatie uit lage inkomensgroepen niet specifiek is voor deze activiteit) en beperking van de subsidiëring (c.q. subsidiëring zonder heffing van een eigen bijdrage) tot de betrokken lage inkomensgroep.[27]

64. Subsidiëring moet derhalve – wegens het interactieve karakter, dat de subsidiabelen vrijheid van al dan niet handelen laat – worden begrepen als voorwaardenscheppend overheidsbeleid. De uitdrukking "voorwaarden scheppen" wordt met recht en reden gebruikt in artikel 22, derde lid, van de Grondwet. Men doet er goed aan deze uitdrukking nauwkeurig te interpreteren: voorwaarden scheppen is niet zonder meer aanmoedigen of ondersteunen, maar datgene doen wat onmisbaar is om tot het beoogde resultaat te kunnen geraken.

In het bijzonder moet uit een "voorwaardenscheppende" overheidstaak niet zomaar worden afgeleid dat er overheidsverantwoordelijkheid voor die activiteit zelf is: de overheidsverantwoordelijkheid betreft de mogelijkheid, niet de werkelijkheid van die activiteit.

65. Dit heeft bij voorbeeld consequenties voor steunverlening aan kerkgenootschappen en genootschappen op levensbeschouwelijke grondslag.[28] Algemene subsidiëring van het godsdienstig en levensbeschouwelijk leven wordt in het onlangs aan de minister-president en de minister van Binnenlandse Zaken door een regeringsadviescommissie uitgebrachte rapport "Overheid, godsdienst en levensovertuiging" terecht afgewezen. Slechts

wanneer bijzondere omstandigheden in door de overheid ingerichte of geordende situaties een belemmering vormen voor de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging – anders gezegd: als een rechtsstatelijk tekort dreigt –, bestaat aanleiding voor overheidssteun. De commissie identificeert als terreinen waar zich zulke bijzondere omstandigheden voordoen de vervulling van militaire dienst, detentie, opneming in een ziekenhuis, bejaardenoord of jeugdbeschermingsinrichting, en gebruik van onder monumentenzorg geplaatste kerkgebouwen.

3.4 Rechtsstatelijke grenzen van subsidiëring

66. In de voorgaande paragraaf bleek dat subsidiëring uitvloeisel is van een *eigen verantwoordelijkheid van de overheid* om de voorwaarden te verzekeren waaronder door de activiteiten van *anderen*, ingevolge *hun* eigen verantwoordelijkheid, grondrechten kunnen worden verwerkelijkt. Voor subsidiëring daar buitenom bestaat in een democratische en sociale rechtsstaat onvoldoende grond. Ze zou dan ook, vermits de overheid niet tot taak heeft vrijgevig te zijn, moeten verdwijnen.

67. Het inzicht dat de subsidiëring van activiteiten als uitvloeisel van de eigen verantwoordelijkheid van de overheid (de staatstaak) moet worden gezien – en dus niet als vrijgevigheid, maar ook niet als een diffuse bekostigingsplicht –, impliceert ook dat er naast de begrenzingen die voortvloeien uit de taak van het subsidiërende bestuursorgaan, een situatie kan bestaan waar subsidiëring de overheid bij ongeoorloofde activiteiten zou betrekken.

68. De subsidiëring door de Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking (NCO) kan dienen ter illustratie van het eerste punt: begrenzingen die voortvloeien uit de taak van het subsidiërende bestuursorgaan. De commissie heeft tot taak gekregen voorlichtings- en bewustwordingsprojecten betreffende het ontwikkelingsproces in de derde wereld en de internationale ontwikkelingssamenwerking te ondersteunen, onder meer door subsidiëring. Een in overleg met het Palestinakomitee door kerkelijke organisaties ingediende subsidieaanvrage die mede aan activiteiten van dit comité ten goede zou komen, werd door de minister voor Ontwikkelingssamenwerking strijdig geacht met de taak van dit administratieve orgaan.[29] Dit blijkt uit een brief van de minister van 13 februari 1981, waaraan een – de NCO in haar discretionaire subsidiëringsbevoegdheid beperkende – "voorwaarde" ten grondslag lag. Die voorwaarde sloot projecten uit gericht op omwentelingen en gewelddadige activiteiten in landen met een door Nederland erkende regering.[30] De volkenrechtelijke argumentatie van de minister over de implicaties van een indirect aan het streven van de PLO ten goede komende overheidssub-

sidie, heeft De Kluiver tot een commentaar gebracht waarin hij verlangt dat de regering, in plaats van zich te verschuilen achter het recht, er "rond voor (moet) uitkomen" dat de weigering van subsidie "op politieke gronden" berust.[31]

Politieke sympathieën en antipathieën behoren echter bij beslissingen over subsidiëring niet de doorslag te geven. Elke discretionaire bevoegdheid, ook die tot subsidiëring, mag in een rechtsstaat slechts binnen het kader van de taakstelling van het betrokken bestuursorgaan worden uitgeoefend. De taak van de NCO is gelieerd aan een verondersteld tekort in het gebruik van de vrijheid van meningsuiting inzake ontwikkelingsvraagstukken door groepen in de samenleving. Daargelaten of hier inderdaad sprake is van een zodanig tekort dat de verwerkelijking van het grondrecht overheidssturing *vergt* en – gezien de daarbij onontkoombare overheidsinvloed op de meningsuiting – in een rechtsstaat kan *verdragen*, staat in elk geval vast dat het tot uitdrukking brengen van Nederlandse politieke appreciaties van buitenlandse politieke conflicten niet tot de taak van de NCO behoort.

69. Daarnaast blijkt in de jurisprudentie dat – ook al gaat het om een werkterrein dat past binnen de taak van het subsidiërend bestuursorgaan – de inhoud van de te subsidiëren activiteiten aan inwilliging van verzoeken om subsidie in de weg kan staan. Een rechtsstatelijk tekort aan onrechtmatige activiteiten is – afgezien van in dit verband niet relevante grensssituaties – niet denkbaar. Een voorbeeld daarvan biedt de – door de rechter rechtmatig bevonden – weigering door de gemeentreraad van Bloemendaal van subsidie voor de Stichting Release Nederland.[32] De Afdeling oordeelde dat de raad bij het antwoord op de vraag of een bepaalde activiteit voor subsidiëring in aanmerking komt, consequenties mag verbinden aan de omstandigheid dat de stichting bij het nastreven van haar doelstellingen geen halt houdt bij de grenzen die worden gesteld door wettelijke voorschriften; het feit dat er andere overheidsorganen zijn die wel zijn overgegaan tot het verlenen van subsidie aan appellante, bracht voor de raad niet de verplichting mee zich bij deze gedragslijn aan te sluiten.

70. Geconcludeerd kan worden dat in een rechtsstaat – naast de betekenis van grondrechten als grondslag voor subsidiëring – ook grenzen zijn gesteld aan subsidiëring. Daar komt nog bij dat het vereiste van gelijke behandeling (art. 1 van de Grondwet) meebrengt dat het subsidiëringsbeleid positief of negatief consequent moet zijn. De gelijke behandeling van godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuigingen speelt bij voorbeeld in de jurisprudentie bij herhaling een rol.[33]

Noten

1. C.W. van der Pot/A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 11de druk, Zwolle 1983, p. 296.
2. *A.w.*, pp. 297-298.
3. L.A.Geelhoed, *De interveniërende staat, Aanzet voor een instrumentenleer*, 's-Gravenhage 1983, pp. 31-54.
4. *A.w.*, p. 6.
5. *A.w.*, pp. 6-7.
6. *A.w.*, p. 7.
7. *T.a.p.*
8. Paul van Dam, *De Haagse connectie*, Amsterdam/Brussel 1984, achterzijde omslag.
9. H.J. de Ru in dez., red., *Privatisering in de praktijk, Juridische aspecten*, Zwolle 1987, p. 11.
10. *A.w.*, p. 9.
11. F.M. Noordam, *Sociaal bestuursrecht, deel 3: Het sociaal voorzieningenrecht* (serie Nederlands bestuursrecht, dl. 6-3), Alphen aan den Rijn/Brussel 1984, p. 14.
12. *A.w.*, p. 15.
13. Noordam, *a.w.*, p. 17.
14. Vaste jurisprudentie sinds ARRS 17 december 1979, AB 1980, 560. Vgl. F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking*, diss. K.U. Nijmegen, 's-Gravenhage 1987, p. 161.
15. A.C. Zijderveld, Transformatie van de verzorgingsstaat, p. 205, in: Ph.A. Idenburg (red.), *De nadagen van de verzorgingsstaat, Kansen en perspectieven voor morgen*, Amsterdam 1983, pp. 195-223; eerder spraken H.P.M. Adriaansens en A.C. Zijderveld, *Vrijwillig initiatief en de verzorgingsstaat, Cultuursociologische analyse van een beleidsprobleem*, Deventer 1981, pp. 80 e.v., van het "maatschappelijk tussenveld".
16. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. v. E. Denninger, H. Ridder, H. Simon und E. Stein, Band 1, Art. 1-20, Neuwied / Darmstadt 1984, p. 249.
17. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), hrsg. v. J. Ebbinghaus, Frankfurt am Main 1968, pp. 46-47.
18. Vgl. J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling, De vermaatschappelijking van het Nederlandsche privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, 2de druk, Amsterdam 1949.
19. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, §§ 250-256, geciteerd naar de Ullstein-editie van H. Reichelt, Frankfurt am Main 1972.
20. Vgl. Shlomo Avineri, *Hegels Theorie des modernen Staates*, Frankfurt am Main 1976, p. 198.
21. Hegel, *a.w.*, § 255 Zusatz.
22. Avineri, *a.w.*, p. 199. Vgl. Hegel, *a.w.*, § 253: "In der Korporation verliert die Hilfe, welche die Armut empfängt, ihr Zufälliges sowie ihr mit Unrecht Demütigendes und der Reichtum in seiner Pflicht gegen seine Genossenschaft den Hochmut und den Neid, den er, und zwar jenen in seinem Besitzer, dieser in den andern erregen kann."
23. L. Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid, Een inleiding in Hegels Rechtsfilosofie*, Leuven/Assen/Maastricht 1987, pp. 203-204.
24. II 1975-1976, 13872, nr. 3, pp. 10-11.
25. Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge Mass. 1965.
26. W. Tinnemans, De smalle marges, in: *Intermediair* jg. 24, nr. 6, 12 februari 1988, p. 53.
27. Vgl. Drees/Gubbi p. 246 e.v.
28. Zie het op 30 maart 1988 aan de Minister-President en de Minister van Binnenlandse Zaken aangeboden rapport "Overheid, godsdienst en levensovertuiging" met verdere verwijzingen.
29. Dat de NCO een administratief orgaan is, blijkt uit de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van 19 maart 1981, tB/S I, nr. 19.

30. Zie over deze zaak H.J. de Kluiver, Nederlands Komitee, Buitenlandse Zaak, in: *Ars Aequi* 30 (1981), nr. 7, pp. 350-354. Vgl. voor de voorgeschiedenis ook Aanh. Hand. II 1977-1978, nr. 1257.
31. *A.w.*, p. 354.
32. ARRS 26 februari 1979, AB 1980, 78, tB/S III, nr. 113.
33. Vgl. Kb 4 december 1984, Stb. 685, AB 1985, 163; ARRS 14 december 1976, AB 1977, 115; ARRS 6 september 1982, tB/S III, nr. 374; ARRS 29 oktober 1982, AB 1983, 153; ARRS 28 maart 1982, AB 1985, 600; ARRS 18 november 1985, AB 1986, 293; ARRS 14 januari 1986, AB 1986, 519; Wnd.vz.ARRS 19 augustus 1986, AB 1987, 51; ARRS 18 december 1986, AB 1987, 260; ARRS 11 sept. 1987, Weekoverz. 1987, 3.276.

4 Subsidievoorwaarden en grondrechten

4.1 Inleiding

71. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke eisen aan subsidiëring kunnen worden verbonden, hetzij uit kracht van de subsidieregeling, hetzij ingevolge het besluit waarbij de subsidie wordt verleend. Anders dan Damen[1] zullen wij om dergelijke eisen aan te duiden niet de term "voorschriften" gebruiken, maar "voorwaarden". Wij doen dit ondanks het feit dat wij aldus afwijken van het bij de wetgeving aanbevolen taalgebruik. In de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (Stcrt. 1984, 52), nr. 58, wordt immers de term "voorwaarden" gereserveerd voor "gevallen waarin sprake is van opschortende en ontbindende voorwaarden in strikte zin." Met Donner zijn wij van oordeel dat het gebruik van de term "voorschrift" ten onrechte een bevoegdheid van het betrokken bestuursorgaan suggereert om anderen – de geadresseerden – te binden.[2]

72. Op het eerste gezicht is aan een subsidievoorwaarde alleen maar de consequentie verbonden dat bij overtreding ervan de aanspraak op subsidiëring kan worden aangetast. Toch zou het te ver gaan daaraan de consequentie te verbinden dat een subsidievoorwaarde een *lex mere punitiva* zou zijn. Als iemand een in privaatrechtelijke vorm gestelde eis – ingeval van kredietverlening – overtreedt, zal een actie uit wanprestatie kunnen volgen. Het NBW spreekt van bedingen en van algemene voorwaarden – maar de laatste zijn dan ook in het algemeen gestelde condities voor het aangaan van individuele overeenkomsten.

73. Moet de conclusie dan zijn dat wij, met Donner, het woordgebruik van de Aanwijzingen kritiseren? Wij moeten in aanmerking nemen dat de verplichting om de hetzij bij algemeen verbindende voorschriften, hetzij in concreto gestelde eisen na te leven, alleen conditioneel geldt, terwijl zonder dat de betrokkene in een subsidieverhouding intreedt op hem generlei verplichting rust. Het is zeer gebruikelijk om bij subsidiëring een uitdrukkelijke verklaring van instemming met de subsidievoorwaarden te verlangen, zowel bij op de wet gebaseerde voorwaarden als bij buitenwettelijke subsidiëring en subsidievoorwaarden (zie bij voorbeeld art. 15, tweede lid, Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987, Stcrt. 1986, 241).

Daarin onderscheiden de aan subsidieverlening verbonden eisen zich van de eisen die aan een vergunning worden verbonden: deze laatste eisen treden immers in de plaats van een verderstrekkende verplichting (het verbod), die door de vergunningverlening wordt doorbroken. Vandaar dat wij van een subsidieverhouding met recht en reden kunnen zeggen dat ze ontstaat door een wederzijdse besluitvorming, terwijl bij vergunningverlening een bestaande rechtsbetrekking wordt gewijzigd. Subsidieverlening leidt tot wederzijdse rechten en plichten, vergunningverlening modificeert en individualiseert de reeds bestaande verplichting van de belanghebbende. Daarom kunnen wij de conditionering van de subsidie zeer wel als "voorwaarden" aanduiden, zonder daarmee afbreuk te doen aan het gebruik van de term "voorschriften" bij vergunningen. Subsidievoorwaarden, opgenomen in algemeen verbindende voorschriften of in beleidsregels komen overeen met de algemene voorwaarden in de zin van titel 6.5.2a NBW – en zijn dat ook zolang zonder wettelijke basis regels worden gesteld over voorwaarden te verbinden aan privaatrechtelijke subsidieverlening. De Algemene Subsidieverordening van de gemeente Rheden spreekt in het opschrift van het hoofdstuk waarin dergelijke bepalingen zijn vervat, van "Algemene voorwaarden voor subsidiëring", de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen van Economische Zaken van "standaardvoorwaarden".

4.2 De aard van subsidievoorwaarden

74. Subsidiëring kan een middel zijn om activiteiten financieel mogelijk te maken, of om de aanvaarding van bepaalde gedragsnormen te kopen, dan wel het een en het ander.

Dit karakter van de subsidieverlening als vestiging van een rechtsbetrekking bij wederzijds besluit heeft – ten onrechte, blijkbaar toch teveel geredeneerd vanuit de voorstelling van subsidieverlening als vrijgevigheid – de gedachte doen postvatten dat de overheid geheel vrij is in het stellen of niet stellen van voorwaarden. Maar dit standpunt is niet (meer) houdbaar: niet alleen wetgeving, maar ook beleidsregels kunnen de algemene verplichting van de overheid tot behoorlijke belangenafweging op het niveau van de beleidsbepaling concretiseren (verdichten) tot een door de overheid aan de belanghebbende die een subsidie-aanvrage heeft gedaan, verschuldigde(!) plicht tot behoorlijke belangenafweging in concreto. Anders gezegd: de subsidieregeling doet potentiële rechtsbetrekkingen tussen overheid en burgers ontstaan, die geactualiseerd worden door het doen van een subsidieaanvrage. Bij de aanbesteding van werken door de overheid is het trouwens niet anders.

75. Het zou echter een misverstand zijn te menen dat de overheid in rechtsbetrekkingen die met wederzijds goedvinden worden aangegaan, vrij

zou zijn om de haar goeddunkende voorwaarden te stellen. Bij de algehele Grondwetsherziening is integendeel duidelijk erkend dat de overheid grondrechten ook in acht moet nemen in privaatrechtelijke verhoudingen en in de op wederzijds goedvinden berustende publiekrechtelijke verhouding van het ambtenaarschap. Maar als wij het legaliteitsbeginsel herformuleren als een algemeen grondrecht op vrijheid, moeten wij dan niet van elke subsidievoorwaarde die, afgezien van wat nodig is om te verifiëren dat de subsidie haar doel bereikt, de vrijheid van de gesubsidieerde beperkt, zeggen dat zij een wettelijke grondslag behoeft (vgl. Konijnenbelt)? De overheid is immers niet vrij om de vrijheid van de burgers te kopen.

76. Wegens de juridische equivalentie van de in het algemeen, bij algemeen verbindende voorschriften gestelde subsidievoorwaarden enerzijds, en de in concreto aan subsidiëring verbonden voorwaarden anderzijds, kunnen wij het beste beide onder de overkoepelende term subsidievoorwaarden begrijpen. Daarmee bedoelen wij eisen die voor de gesubsidieerde slechts gelden doordat hij subsidie heeft verkregen. Nu eens bepaalt de regeling dat de ontvanger van subsidie zulke voorwaarden in acht moet nemen, dan weer worden de voorwaarden – ook al zijn zij in algemene zin in standaardvoorwaarden e.d. te vinden – gesteld bij gelegenheid van de toekenning van subsidie in individuele gevallen. In beide gevallen spreken wij van aan subsidiëring verbonden voorwaarden.

77. In de voorgaande hoofdstukken hebben wij er al op gewezen dat subsidiëring plaatsvindt om processen in de samenleving te sturen. (In de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen, vastgesteld door de minister van Economische Zaken, is bij voorbeeld aangegeven dat een instelling slechts voor subsidiëring in aanmerking komt "indien verzekerd is, dat die activiteiten door subsidiëring voldoende kunnen worden beïnvloed in kwalitatieve en kwantitatieve zin".[6]) Voorwaarden die aan subsidiëring worden verbonden, kunnen daarbij een uiteenlopende rol spelen. Voor zover de sturing plaatsvindt door het verruimen van de financiële mogelijkheid of aantrekkelijkheid van bepaalde gedragspatronen, vervullen voorwaarden een ondersteunende functie, in die zin dat ze een rechtmatig en doelmatig gebruik van de subsidiegelden moeten bewerkstelligen.[7] Het komt echter ook voor dat de beoogde sturing mede of zelfs in hoofdzaak geschiedt doordat het financiële voordeel de gesubsidieerde ertoe brengt, de in de subsidievoorwaarden omschreven gedragspatronen te volgen. De door de overheid gestelde normen worden dan niet met bestraffing als dwangmiddel, maar met geld als lokmiddel gehandhaafd. De rechtsstatelijke aanvaardbaarheid van ondersteunende, op een rechtmatig en doelmatig gebruik van de subsidiegelden gerichte voorwaarden komt in het kort in § 4.3 van dit hoofdstuk aan de orde, die van de met het oogmerk van sturing gestelde voorwaarden in § 4.4.

78. Wij wezen er al op dat subsidievoorwaarden nu eens in de subsidieregeling, dan weer bij de individuele subsidietoekenning worden gesteld, vaak ook in combinatie. In beiderlei situaties kan de vraag worden gesteld in hoeverre geschreven of ongeschreven recht van hogere rang dan de subsidieregeling de bevoegdheid tot het stellen van zulke eisen beperkt, en in hoeverre er voorwaarden zijn die niet zonder meer aan de verlening van subsidie mogen worden verbonden, maar alleen op grond van een specifieke wettelijke bepaling die de bevoegdheid tot het stellen van algemene voorwaarden delegeert c.q. de bevoegdheid tot het stellen van individuele voorwaarden attribueert. Verder is van belang in hoeverre schending van de hier onderscheiden categorieën voorwaarden tot wijziging of beëindiging van de subsidieverhouding aanleiding kan geven; deze vragen blijven hier echter verder buiten beschouwing.

4.3 Bijkomende voorwaarden

79. De hier bedoelde voorwaarden zijn slechts bij uitzondering zelf van invloed op de verwerkelijking van grondrechten: ze ondersteunen de mogelijkheid tot subsidiëring slechts. Er zijn echter enkele gevallen waarin bij voorbeeld controlebevoegdheden grondrechten raken, zoals het huisrecht. In de regel verlangen subsidievoorwaarden hoogstens toegang tot alle plaatsen met uitzondering van woningen (zie de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen, standaardvoorwaarde II.11).

80. In de meeste gevallen gaat het om bepalingen ter verzekering van een doelmatig gebruik van de subsidiegelden, waarbij overigens ook controverses omtrent de mate van zelfstandigheid van gesubsidieerde instellingen aan het licht kunnen komen. Zo betrof ARRS 14 december 1982, AB 1983, 163, de verhouding tussen de Stichting Bevordering Kontakten Lekkerkerk en de gemeente Lekkerkerk op het punt van de beslissingsbevoegdheid over inschaling.[5]

Ook eisen inzake het opleidingsniveau van degenen die met de uitvoering van de gesubsidieerde taak worden belast, kunnen worden gezien als waarborgen voor een doelmatige taakvervulling. Dergelijke voorwaarden benaderen echter de in de volgende paragraaf uitvoeriger te bespreken sturende voorwaarden. Een voorbeeld van een geschil over de afgrenzing van verantwoordelijkheden op dit punt biedt de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 3 juni 1978, AB 1978, 408, inzake de toepassing van de Rijkssubsidieregeling samenlevingsopbouw. De staatssecretaris van CRM had geweigerd, aan de Stichting Wijkgemeenschap Tivoli te Eindhoven subsidie toe te kennen voor de personeelskosten van een medewerker, omdat art. B 11, eerste lid, van de genoemde regeling de eis stelt dat de betrokkene voldoet aan het in een bijlage bij die regeling aangegeven opleidings-

niveau. Het tweede lid van dit artikel biedt weliswaar de mogelijkheid van deze eis af te wijken, maar de staatssecretaris achtte op grond van de aan hem ter beschikking staande gegevens niet voldoende aangetoond dat de betrokken functionaris beschikt over een zodanige kennis en ervaring dat een verantwoorde uitoefening van zijn taak gewaarborgd was. De Afdeling aanvaardde het oordeel van de staatssecretaris.

4.4 Sturende voorwaarden

81. In de inleiding wezen wij erop dat de met subsidiëring beoogde sturing mede of zelfs in hoofdzaak kan geschieden doordat het financiële voordeel de gesubsidieerde ertoe beweegt, de in de subsidievoorwaarden omschreven gedragspatronen te volgen. De door de overheid gestelde voorwaarden worden dan niet met bestraffing als dwangmiddel, maar met geld als lokmiddel gehandhaafd. De rechtsstatelijke aanvaardbaarheid van zulke voorwaarden komt in deze paragraaf ter sprake. Daarbij gaan wij met name in op het spanningsveld met grondrechten.

82. Subsidievoorwaarden van de hier bedoelde aard kunnen de volgende onderwerpen betreffen:
- inhoud en kwaliteit van de gesubsidieerde activiteiten;
- inrichting en samenstelling van het bestuur van de gesubsidieerde instelling (inclusief eisen betreffende samenwerking met anderen);
- opleidingseisen voor en arbeidsvoorwaarden van het personeel van de gesubsidieerde instelling;
- medezeggenschap van het personeel en van de gebruikers van haar voorzieningen;
- openbaarheid binnen de gesubsidieerde instelling;
- rechtbescherming inzake besluiten en handelingen van de gesubsidieerde instelling;
- inhoud van de relatie tussen de gesubsidieerde instelling en de gebruikers van haar voorzieningen, bij voorbeeld inzake toegankelijkheid en in financieel opzicht.

83. De hier bedoelde voorwaarden kunnen onmiddellijk op het doel der subsidiëring betrokken zijn, of meer de modaliteiten van de realisering betreffen. In het laatste geval zullen zij echter toch nuttig moeten zijn voor het bereiken van het doel der subsidiëring, anders zou zich een situatie van détournement de pouvoir voordoen. De inhoud van de subsidievoorwaarden op deze punten verschaft parameters voor de beoordeling in hoeverre de gesubsidieerde instelling is geassimileerd aan een staatsorgaan (het zgn. verstatelijkte particulier initiatief). Is het bestuur zo samengesteld dat een publiekrechtelijk orgaan overwegende invloed heeft,[6] dan hebben wij – zoals ook voortvloeit uit het preadvies van Van Kreveld – niet met subsi-

diëring, maar met pseudosubsidiëring te maken, die buiten ons onderwerp valt. Het gaat hier immers eigenlijk om financiële verhoudingen tussen overheden.[7] Is dat niet het geval, dan kan – ingevolge een in de subsidievoorwaarden tot uiting komende benadering van gesubsidieerde instellingen als politieke microkosmossen – toch een sterke gelijkenis met staatsorganen ontstaan.

84. Wij zullen in deze paragraaf een aantal voorbeelden van zulke subsidievoorwaarden aan een nader onderzoek onderwerpen. Deze voorbeelden ontlenen wij aan een aantal vrij willekeurig gekozen regelingen, voornamelijk uit de sfeer van de ministeries van Economische Zaken (Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen;[8] Investeringspremieregeling regionale projecten 1986;[9] Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987,[10]) van WVC (Model-subsidiebepalingen WVC; Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging;[11] Compensatieregeling voor dagbladen over 1985,[12]) en van de gemeentelijke overheid (Algemene Subsidieverordening van de gemeente Rheden; VNG-Model algemene subsidieverordening specifiek welzijn.[13] Naast de zojuist genoemde Compensatieregeling voor dagbladen over 1985 is nog een andere in hoge mate grondrechtelijk gekleurde subsidieregeling verwerkt, te weten het voorstel van Wet subsidiëring politieke instituten.[14]

Inhoud en kwaliteit van de gesubsidieerde activiteiten

85. De invloed die het subsidieverlenende bestuursorgaan op activiteiten in de samenleving wil uitoefenen, kan in uiteenlopende mate op de financiële stimulans en/of op de daaraan verbonden subsidievoorwaarden berusten. Naar gelang van het beleidsterrein verschilt de mate waarin men het mogelijk en wenselijk acht dat de subsidiërende overheid afstand houdt van de wijze waarop de ontvangende instelling en de bij haar activiteiten betrokken belangen waardeert en afweegt. De achterliggende tegenstelling betreft de verdeling van verantwoordelijkheid voor de beleidsbepaling inzake de betrokken maatschappelijke activiteit. Het zal duidelijk zijn dat de handelingsvrijheid van de gesubsidieerde feitelijk zowel door algemene als door specifieke subsidievoorwaarden kan worden ingesnoerd. In welke mate deze handelingsvrijheid daadwerkelijk wordt ingeperkt, wordt bepaald door de mate waarin de betrokkene van de subsidie afhankelijk is. Wanneer een regeling minder goed op een algemeen niveau kan onderscheiden tussen gewenste en ongewenste bestemmingen van de subsidie, zal de behoefte aan gedragsregulerende subsidievoorwaarden in individuele gevallen groter zijn.

86. Men zou drie typen van sturing kunnen onderscheiden:
- de subsidiegever stelt als voorwaarde de rechtmatigheid van het beleid van de gesubsidieerde;

- de subsidiegever stelt als voorwaarde de overeenstemming van het beleid van de gesubsidieerde met zijn eigen beleid;
- de subsidiegever trekt de beleidsbepaling aan zich.

87. Aangezien het hier om typen gaat, kunnen overgangsvormen en combinaties voorkomen. Blijkens de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen (d.w.z. niet op winst gerichte instellingen die zich richten op de bevordering van economische activiteit, zoals de Stichting Economisch Instituut voor Midden- en Kleinbedrijf) verzekert de minister van Economische Zaken zich daar van invloed op de inhoud van de gesubsidieerde activiteiten door goedkeuring van de statuten van nieuwe instellingen te verlangen. Hij let er volgens beleidsregel I.3 onder meer op dat de doelstelling van de instelling in zijn eigen beleid past. Het zwaartepunt van de gedragsbeïnvloeding ligt dus in de controle op en beperkingen van het beleid van de gesubsidieerde uit het oogpunt van overeenstemming met het beleid van de subsidiegever.

88. Een dergelijke aanpak is kenmerkend voor een vrij algemene regeling, die specificatie van de gewenste subsidiebestemming in nadere regelingen of individuele besluiten behoeft. Zijn daarentegen de te subsidiëren activiteiten in de regeling zelf reeds precies genoeg bepaald, zoals het geval is bij de Investeringspremieregeling regionale projecten 1986, dan kan hetzelfde doel worden bereikt met een omschrijving van die categorieën activiteiten – in dit geval investeringen in duurzame bedrijfsuitrustingen waaronder gebouwen – en van de mate waarin daarvoor subsidie kan worden verleend. De financiële steun als zodanig wordt dan toereikend geacht om de overeenstemming met het beleid van de minister te bewerkstelligen. De toetsing van de te verrichten activiteiten is begrepen in de behandeling van de aanvraag, in dit geval met inschakeling van de regionale ontwikkelingsmaatschappij als adviseur (art. 8).

89. Ook combinaties komen voor. De Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987 omschrijft weliswaar zelf het soort activiteit waarvoor subsidie (in dit geval krediet) kan worden verkregen – namelijk "een creatieve systematische activiteit" van industriële vernieuwing op basis van research – en de financiële steun daarvoor is weliswaar het primaire sturingsinstrument, maar de categorie subsidiabele activiteiten is te diffuus om daarmee te volstaan. Om de met het beleid van de minister overeenstemmende aanwending van de subsidie te bewerkstelligen bestaat kennelijk behoefte om naast de kwaliteitstoetsing bij de aanvraag door een speciaal orgaan met de weidse naam "Ontwikkelingsraad" ook aan de krediettoezeggingen een reeks "voorwaarden" te verbinden. Deze betreffen bij voorbeeld het aanhouden van een projectplan, uitvoering in Nederland, octrooiering en commercialisatie.

90. Op een geheel ander terrein, namelijk dat van de Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging, geldt iets dergelijks. Deze regeling bevat een reeks voorwaarden inzake de organisatie en inrichting van de werkzaamheden, zoals de verdeling van de hulpverlening tussen bejaarden en anderen, het werkgebied en de indicatiestelling (artt. 12, 13 en 17).[15]

91. Weinig eisen inzake de inhoud der activiteiten vindt men bij de perssubsidie voor verlieslijdende dagbladen; men zal zich hebben gerealiseerd dat activiteiten van deze aard wegens de in art. 7 van de Grondwet en verdragsbepalingen verankerde drukpersvrijheid niet door de overheid mogen worden gestuurd. Dit komt erop neer dat de rechtmatigheid van de activiteit – die in overeenstemming met art. 7 van de Grondwet kan worden voorondersteld – toereikend is om voor subsidiëring in aanmerking te komen. De regeling bevat in hoofdzaak een complexe berekeningswijze van de subsidie (waarbij het trouwens niet ondenkbaar is dat ze via het uitgeversbeleid indirecte effecten heeft voor het redactioneel beleid). Toch raakt één voorwaarde de inhoud van de gesubsidieerde activiteit, namelijk die waarbij publikatie in de Nederlandse taal – dus niet de Friese of bij voorbeeld de Turkse taal – en een tussen de uitgever en de redactie gesloten (hoofd)redactiestatuut worden geëist.

92. In de Algemene Subsidieverordening van de gemeente Rheden vindt men een reeks vereisten waaraan de inhoud van de activiteiten moet voldoen om voor subsidiëring in aanmerking te komen. Daarbij moet wel worden bedacht dat het hier, net als bij de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen, om een zeer algemene regeling gaat. De Rhedense verordening eist met name dat de activiteiten "passen in het gemeentelijk beleid", dat de instelling werkzaam is voor inwoners van de gemeente, en dat de activiteiten niet discrimerend zijn of daartoe aanzetten (art. 4). Naast overeenstemming met het beleid van de subsidiegever wordt aldus uitdrukkelijk de rechtmatigheid ervan op het punt van de in ons recht geldende discriminatieverboden geëist.[16] Nog verder gaan trouwens de "nadere voorschriften" die burgemeester en wethouders op basis van de verordening kunnen vaststellen inzake onder meer groepsgrootte, uren van openstelling, voorrang voor bepaalde categorieën van de bevolking, en "andere elementen" (art. 10).

93. Een opvallend terughoudende subsidieregeling is te vinden in het voorstel van Wet subsidiëring politieke instituten. Slechts in geval van onrechtmatigheid komt aan de subsidiëring een einde: art. 15 houdt in dat de subsidie wordt ingetrokken in geval van rechterlijke ontbinding van de gesubsidieerde rechtspersoon wegens strijd van doel of werkzaamheid met de openbare orde. Kennelijk is de regeling er vooral op gericht, politieke groeperingen een ruimere financiële armslag te geven voor het onderhouden van ondersteunende instituten. Het enige criterium is de statutaire doelom-

schrijving: "hetzij uitsluitend of in hoofdzaak wetenschappelijke arbeid (. . .), hetzij uitsluitend of in hoofdzaak politieke vormings- en scholingsactiviteiten" (art. 1). Een precisering van wat hieronder wel en niet kan worden begrepen, biedt ook de memorie van toelichting niet. Het nader rapport stelt daaromtrent: "De in de memorie van toelichting opgenomen opsomming van wat onder 'wetenschappelijke arbeid' en 'politieke vormings- en scholingsactiviteiten' kan worden verstaan, heeft ten doel aan te geven wat feitelijk in de afgelopen jaren daaronder begrepen is. Deze opsomming beoogt niet zozeer deze begrippen strak af te bakenen. Het is geenszins uitgesloten dat binnen het kader van de doelstellingen van de politieke instituten andere en nieuwe werkwijzen en activiteiten tot ontwikkeling komen, die zeer wel onder de 4 eerder genoemde begrippen kunnen worden begrepen."[17] Het wetsvoorstel voorziet niet in een procédé om te toetsen of de met de subsidie gefinancierde activiteiten werkelijk aan de vereiste statutaire doelstelling beantwoorden. Of, zoals bij de pers, de vereiste afstand van de subsidiërende overheid ten opzichte van een grondrechtelijk beschermde activiteit deze terughoudende wetgeving verklaart, dan wel haar nabijheid, kan hier in het midden blijven.

94. De meest afstandelijke positie ten aanzien van de gesubsidieerde activiteit neemt de subsidiegever in, wanneer hij volstaat met voorwaarden die de rechtmatigheid van de gesubsidieerde activiteit vereisen. Bij de subsidiëring van activiteiten die het karakter dragen van de uitoefening van grondrechten (dagbladen, politieke instituten) is dit de aangewezen formule. Daarbij moet wel worden bedacht dat ook dan de overheid zich enigszins met de gesubsidieerde activiteit inlaat, namelijk in die zin dat zij de mogelijkheid tot het verrichten van die activiteit wil verbeteren. In hoofdstuk 3 gaven wij al aan dat daarvoor pas reden is als anders een rechtsstatelijk tekort dreigt. Niet aan het parlementaire werk gelieerde vormen van politieke activiteit behoren bij voorbeeld, evenals het algemeen godsdienstig en levensbeschouwelijk leven, buiten de subsidiestromen te blijven.

95. De jurisprudentie laat een aantal gevallen zien waarin gedeeltelijke onrechtmatigheid van de activiteiten van de gesubsidieerde, ook al ging het om activiteiten die overigens in het beleid van de subsidiegever pasten, reden opleverden om de gevraagde subsidie te weigeren. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de uitspraak van de ARRS 6 november 1981, AB 1980, 76 waarin het handelen van de aanvrager in strijd met het bestemmingsplan zich, ook naar het oordeel van de Afdeling rechtspraak, verzette tegen subsidiëring. Ook in het geval van de geweigerde subsidie voor de aanleg van een tennisbaan in de gemeente Waardenburg volgde de Afdeling deze redenering, al kwam zij in het Waardenburgse geval tot de conclusie dat er geen sprake was van het door de gemeente gestelde strijdig handelen met artikel 7, tweede lid van de Zondagswet (ARRS 14 dec. 1976, AB 1977, 115).

96. Een bijzondere vorm van subsidievoorwaarden betreffende de inhoud van de gesubsidieerde activiteiten, is die waarin de technische of professionele kwaliteit van de door de gesubsidieerde verrichte activiteiten inzet is. Zulke eisen kunnen meer worden geobjectiveerd dan de hiervoor besproken eisen die het beleid van de gesubsidieerde instelling sturen. Onafhankelijke deskundigen, eventueel in commissies of raden bijeengebracht, kunnen omtrent de kwaliteitseisen uitspraken doen. Ze worden dan ook in hogere mate verenigbaar geacht met een door grondrechten beschermde autonomie van de gesubsidieerde instellingen. Een belangrijk voorbeeld – dat hier echter niet in den brede kan worden besproken – bieden de deugdelijkheidseisen die ingevolge art. 23, vijfde lid, Grondwet aan het uit de openbare kas bekostigde bijzonder onderwijs kunnen worden gesteld, in onderscheid tot de aan meer beperkingen gebonden (want eerder de onderwijsvrijheid rakende) bekostigingsvoorwaarden.[18] Van der Vlies vermeldt dat consumptiesubsidies en subsidies die mede betrekking hebben op bepaalde goederen, veelal slechts worden verleend voor bepaalde c.q. aan bepaalde eisen beantwoordende produkten, zulks om redenen van kwaliteitsbewaking.[19] Een dergelijk geval deed zich voor in de uitspraak van de ARRS 24 aug. 1977, tB/S III, nr. 23, waarin subsidie voor een Zuidlimburgse kruisvereniging door de staatssecretaris van VoMil mocht worden gekort wegens het ontbreken van tuberculose-verklaringen.

Inrichting en samenstelling van het bestuur van de gesubsidieerde instelling (met inbegrip van eisen betreffende samenwerking met anderen)

97. Ingevolge beleidsregel I.3 van de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen let de minister van Economische Zaken bij de goedkeuring van statuten van gesubsidieerde instellingen er onder meer op of moet zijn voorzien in bestuurlijke invloed van hem dan wel van organisaties van cliënten c.q. belanghebbenden. Deze eis ondersteunt de wens tot sturing van het beleid door de gesubsidieerde instellingen, die reeds hierboven bleek. Eisen met betrekking tot de bestuurssamenstelling vindt men niet in de Investeringspremieregeling regionale projecten 1986 of de Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987, behoudens een liquidatieverbod en/of behoudens toestemming van de onderneming waaraan de subsidie is verleend (art. 16, tiende lid).

Omtrent de samenstelling van het bestuur bepaalt de Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging niet meer dan dat de bestuursleden geen materiële belangen mogen hebben bij de oprichting of het beheer van de gesubsidieerde instelling, noch persoonlijk in een arbeidsverhouding tot een personeelslid mogen staan. De bepaling omtrent het redactiestaat in de Compensatieregeling voor dagbladen over 1985 werd reeds vermeld. De Algemene Subsidieverordening van de gemeente Rheden geeft in art. 10 burgemeester en wethouders de bevoegdheid na overleg met de gesubsidieerde instelling nadere voorschriften te geven inzake onder meer samenwerking met andere

instellingen. Het voorstel van Wet subsidiëring politieke instituten bevat generlei bepaling van de hier bedoelde aard.

De aanvaardbaarheid van zgn. democratiseringsbepalingen inzake gesubsidieerde instellingen laten wij hier buiten beschouwing. Zoals elders uiteengezet houden dergelijke bepalingen (potentiële) beperkingen in van de vrijheid van vereniging, en voor zover het om instellingen gaat met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, wellicht tevens van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.[20]

98. In enige uitspraken van de Voorzitter van de ARRS en de Afdeling zelf komen ook dergelijke voorwaarden met betrekking tot het bestuur van de te subsidiëren instellingen aan de orde. Zo oordeelde de Wnd. Voorzitter van de Afdeling rechtspraak in zijn uitspraak van 22 mei 1981, tB/S XI, nr.43 de salarismaatregel onrechtmatig, die de gemeente Roosendaal en Nispen nam ten aanzien van de Raad voor de kinderbescherming in die gemeente toen deze weigerde gevolg te geven aan de samenwerkingsvoorwaarde die de gemeente aan verdere subsidiëring had verbonden. Toegankelijkheid van het bestuur van een gesubsidieerde instelling ongeacht godsdienstige overtuiging is, aldus de Afdeling rechtspraak in haar uitspraak van 30 dec. 1986, AB 1987, 261, een niet uit de verordening maar slechts uit een 'democratiseringsbesluit' af te leiden eis, en mocht daarom niet worden gesteld. Andere relevante jurisprudentie vindt men in Wnd.Vz.ARRS 29 febr. 1980, tB/S XI, nr. 25 (Tamboer- en majorettenkorps), en over samenwerking/paraplu-organisaties in ARRS 26 november 1986, AB 1987, 240 (Vredesopvoeding Amsterdam).

Uit deze jurisprudentie blijkt dat de subsidiëring een bestuursorgaan niet zonder meer legitimeert, voorwaarden omtrent bestuurssamenstelling enz. te stellen. De bevoegdheid tot beperking van deze vrijheid van de betrokken gesubsidieerde instellingen behoeft blijkbaar een afzonderlijke basis in een wettelijk voorschrift. Alhoewel, voor zover het om verenigingen gaat, deze vrijheid ten opzichte van de overheid onder de werking van art. 8 Grondwet en art. 11 EVRM valt, bevat geen van de vermelde uitspraken een verwijzing daarnaar.[21]

Opleidingseisen voor en arbeidsvoorwaarden van het personeel van de gesubsidieerde instelling

99. Zoals bekend zijn zeer veel gesubsidieerde instellingen ingevolge de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector aangewezen om arbeidsvoorwaarden, die die van het overheidspersoneel volgen, in acht te nemen. Het op artikel 2 van die wet berustende aanwijzingsbesluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 december 1985 noemt naast een reeks categorieën van instellingen die ingevolge rijksbijdrageregelingen worden gesubsidieerd en de

bejaardenoorden in de zin van art. 1 van de Wet op de bejaardenoorden, nog een groot aantal instellingen van zeer uiteenlopende aard bij name. Om een indruk daarvan te geven noemen wij slechts de instellingen met beginletter C: Carnegiestichting; Centraal Bureau voor Genealogie; Centraal College voor het Bevolkingsonderzoek; Centraal Orgaan Samenwerkende Bonden van Ouderen Nederland (COSBO) te Utrecht; Centrale Raad voor Gezinsverzorging te Utrecht; Centrale Stichting ter bevordering van de research op het gebied van zwakzinnigheid; Centrale van Katholieke Militaire Tehuizen; Centrale Vereniging voor de Joodse Geestelijke Gezondheidszorg; Christelijk Pedagogisch Studiecentrum; Commissariaat Maatschappelijk en Cultureel Werk der Nederlands Hervormde Kerk te 's-Gravenhage; Consumentenbond, Den Haag; Contactorgaan Electronische Muziek; Coöperatieve Vereniging Diskus; Coöperatieve Vereniging Onafhankelijk Toneel u.a.; Cultuurdienst.

100. Blijkens onderdeel I.8 van de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen komt daarnaast een lichtere vorm van beïnvloeding der arbeidsvoorwaarden voor, namelijk die waarbij de gesubsidieerde instelling een concept-arbeidsoverenkomst ter goedkeuring aan de minister moet voorleggen, die dan als "criterium" de arbeidsvoorwaarden van het rijksoverheidspersoneel hanteert. De Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging bevat een aanvullende regeling inzake inschaling en opleidingseisen. Tot de voorwaarden, vervat in art. 4 van de Algemene Subsidieverordening van de gemeente Rheden, behoort de eis van voldoende kennis en ervaring van de beroepskrachten en de verplichting, de arbeidsvoorwaarden overeenkomstig "de hiervoor geldende regels" vast te stellen; zowel het een als het ander kan door burgemeester en wethouders nader worden geregeld. Een voorbeeld van een geschil hierover biedt de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 13 juni 1978, tB/S V, nr. 85) AB 178, 459, omtrent de salariëring Rotterdams Philharmonisch Orkest.

Verhoudingen binnen de gesubsisieerde instelling, met inbegrip van die tussen haar en de gebruikers van haar voorzieningen

101. Van veel belang zijn de voorwaarden die de verhoudingen betreffen tussen de organen en functionarissen van de gesubsidieerde instelling onderling en tussen deze en de gebruikers. Deze voorwaarden kunnen betrekking hebben op de toegankelijkheid van de gesubsidieerde voorziening (vgl. bij voorbeeld art. 33, vierde lid, van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs inzake de toelating van de andersdenkende studenten tot bijzonder onderwijs, en ARRS 25 maart 1986, AB 1987, 306 inzake de in een Nunspeetse verordening gestelde voorwaarde voor subsidiëring van een amateurorkest die inhield dat ten minste driekwart van de musici uit de subsidiërende gemeente afkomstig zou moeten zijn), de verplichting van de gesubsidieerde instelling om een eigen bijdrage te eisen dan wel op andere wijze

gedeeltelijk in eigen middelen te voorzien, de zeggenschapsverhoudingen binnen de instelling, de openbaarheid van besluitvorming, en de mogelijkheid om intern voorziening te vragen tegen besluiten of handelingen.

Een gespecificeerde analyse van deze potentieel ingrijpende voorwaarden moet hier achterwege blijven. Wij volstaan met enkele opmerkingen betreffende de aanvaardbaarheid van zulke voorwaarden in rechtsstatelijke subsidieverhoudingen.

Het interactieve karakter van subsidiëring brengt mee dat de verantwoordelijkheid voor inhoud en kwaliteit van de gesubsidieerde activiteit niet door de overheid mag worden overgenomen, doch slechts *beoordeeld* mag worden in de mate waarin de besluitvorming van het betrokken bestuursorgaan over het al dan niet subsidiëren daarvan mag afhangen. Daarbij gaat het mede om de verwerkelijking van de grondrechten, in zoverre deze de eigen verantwoordelijkheid van de gesubsidieerde beschermen, met name de in de artikelen 6, 8 en 23 van de Grondwet omschreven vrijheden.

Dit heeft als consequentie dat de gebruikers van de gesubsidieerde voorziening en degenen die bij een gesubsidieerde instelling zijn aangesloten, in meerdere of mindere mate afhankelijk zijn van besluitvorming en kwaliteit der activiteiten binnen de gesubsidieerde instelling. Ook daarbij kunnen grondrechtelijk beschermde belangen van betrokkenen een rol spelen. Zonder afbreuk te doen aan het recht van gesubsidieerde instellingen om op basis van een eigen godsdienstige, levensbeschouwelijke of andere culturele identiteit een voorziening aan te bieden (vgl. ook nr. 97, laatste alinea), kunnen aan de interne verhoudingen binnen gesubsidieerde instelling bepaalde eisen worden gesteld die waarborgen bieden tegen eenzijdige afhankelijkheid van de gebruikers en aangeslotenen. Het gaat hier om een nog te weinig opgemerkt facet van de thans politiek nagestreefde revitalisering van verantwoordelijkheden in het maatschappelijk middenveld. Het – al naar gelang van de aard van de gesubsidieerde instelling – in subsidievoorwaarden voorschrijven van interne openbaarheid, interne kwaliteitsbewaking en interne beroepsmogelijkheden past veel eerder in subsidieverhoudingen die uitgaan van de eigen verantwoordelijkheid van de gesubsidieerde dan een direct via subsidievoorwaarden door de overheid bepalen van de inhoud der activiteiten.

Door *niet volledig* te subsidiëren kan worden gestimuleerd dat de gesubsidieerden c.q. degenen die belang hebben bij de gesubsidieerde activiteit, de financiële consequenties in de besluitvorming – ingevolge hun door de overheid erkende eigen verantwoordelijkheid – verdisconteren. Het heffen van een eigen bijdrage van cliënten of het langs andere weg inbrengen van eigen middelen door de gesubsidieerde kan expliciet of impliciet een voorwaarde voor subsidiëring zijn: expliciet, wanneer deze heffing of het voorzien in zo'n inbreng in een subsidievoorwaarde verplicht is gesteld, indirect wanneer de bepaling van het subsidiabele bedrag is afgestemd op

zo'n bijdrage. De laatste weg vindt men in beleidsregel I.12 van de Beleidsregels en standaardvoorwaarden inzake de subsidiëring van instellingen.

Conclusie

102. In deze paragraaf bleek dat sturende voorwaarden diep in de vrijheid van de gesubsidieerde kunnen ingrijpen. Nu subsidiëring juist als interactieve vorm van overheidssturing een plaats in onze rechtsorde toekomt, behoren subsidievoorwaarden niet verder in de verantwoordelijkheid van de gesubsidieerde in te grijpen dan vereist is ter verzekering van de algemene belangen die tot subsidiëring aanleiding hebben gegeven. Ter beïnvloeding van de kwaliteit van de gesubsidieerde activiteit is normstelling die het gedrag der betrokkenen direct reguleert, veel minder vaak nodig of zelfs maar nuttig dan vaak is aangenomen. Het evenredigheidsbeginsel (vgl. art. 3.3, tweede lid, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht) moet dus reeds ertoe leiden dat het stellen van zulke voorwaarden wordt teruggedrongen. Bovendien kan een te ver reikende overheidsbemoeienis met de inhoud van de gesubsidieerde activiteit neerkomen op een niet gelegimiteerde beperking van grondrechten (en dus ook contraproduktief zijn ten opzichte van de reden waarom subsidiëring in een rechtsstaat juist een plaats heeft). Deskundige toetsing van de kwaliteit der werkzaamheden en een adequate regeling van de verhoudingen binnen het gesubsidieerde verband bieden een zinvol alternatief (vgl. voor een uitwerking daarvan inzake het hoger-onderwijsbestel, dat omvangrijke subsidiestelsels omvat, het in december 1987 gepubliceerde concept-wetsvoorstel Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek). In de beoordeling of subsidiëring in een rechtsstaat kan worden aanvaard, speelt de aard van de subsidievoorwaarden aldus een sleutelrol.

Noten

1. *A.w.*, p. 383.
2. A.M.Donner, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel,* 5de druk, Alphen aan den Rijn 1987, p. 231.
3. Nr.I.1.
4. I.C. van der Vlies duidt dergelijke voorwaarden als "technische voorschriften" aan. Zie *Praktijkboek Administratief Recht*, XXVI.3.6, Suppl. 21, p. 66-72.
5. Vgl. ook ARRS 2 mei 1978, AB 1978, 461.
6. Vgl. CRvB 6 mei 1977, AB 1977, 267.
7. Zie over pseudosubsidiëring ook par. 6.1. Vgl. ARRS 18 juni 1981, AB 1982, 87.
8. Besluit van de minister van Economische Zaken van 2 jan. 1984.
9. Stcrt. 1986, 33.
10. Stcrt. 1986, 241.
11. Stcrt. 1985, 29.
12. Stcrt. 1987, 132.

13. Groene reeks, nr.53.
14. II 1985-1986, 19508, nrs.1-3.
15. Ook wordt het maken van onderscheid naar levensbeschouwing, aard van het samenlevingsverband enz. verboden (art. 16) en voorgeschreven dat de instelling de levensbeschouwing en de culturele achtergrond van de cliënt respecteert (art. 19).
16. Niet geheel duidelijk is overigens of onder "discriminerend zijn" c.q. "aanzetten tot discriminatie door anderen" meer kan worden gevat dan civiel- of strafrechtelijke onrechtmatigheid.
17. II 1985-1986, 19508, B, p. 3.
18. H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle 1985, hfdst. XI.
19. I.C. van der Vlies, *Praktijkboek Administratief Recht*, Deventer 1978, hoofdstuk "Subsidiëring", p. 73.
20. E.M.H. Hirsch Ballin, Subsidiëring van het identiteitsgebonden particulier initiatief in een pluriforme samenleving: confrontatie met de eisen van een democratische samenleving, in: *Tijdschrift voor Openbaar bestuur*, jg. 13 (1987), afl. 17, pp. 351-355.
21. Geschiktheidseisen voor de vervulling van de te subsidiëren taak mogen wel worden gesteld, omdat deze niet ertoe strekken in de onderhavige vrijheid in te grijpen – maar, zo valt daartegen in te brengen, wel een 'algemene' beperking van een grondrecht inhouden! –, echter geen bepalingen van de soort die in het Burgerlijk Wetboek of een Wet op de ondernemingsraden thuishoren.

5 De plaats van subsidiëring in de Nederlandse rechtsorde

5.1 Inleiding

103. In § 3.2 werd een onderscheid gemaakt tussen drie vormen van publieke taakvervulling: het tot stand brengen van een rechtsstelsel (dat onder meer geboden en verboden omvat, alsmede bestuursbevoegdheden ingevolge welke in afwijking van die geboden en verboden vrijstellingen en vergunningen kunnen worden gegeven), de directe activiteit van de overheid ten opzichte van de samenleving, en het sturend optreden door middel van subsidiëring. Dit onderscheid levert de basis om nogmaals de reeds veel besproken, maar toch op het ogenblik rechtspolitiek tamelijk brandende kwestie aan de orde te stellen, in hoeverre aan subsidiëring, net als aan traditionele vormen van sturing door geboden en verboden, de eis moet worden gesteld van een wettelijke grondslag (legaliteitsbeginsel). Daarop heeft § 5.2 betrekking. In samenhang met de bevindingen van de voorgaande hoofdstukken zal dit ons in staat stellen, in § 5.3 de plaats van subsidiëring in een rechtsstatelijke rechtsorde te bepalen.

5.2 De wettelijke grondslag van subsidiëring

104. In deze paragraaf wordt het rechtskarakter besproken van de regelingen die de toekenning van subsidies normeren. Allereerst komt de traditionele opvatting daarover aan de orde (nrs. 105-113), gevolgd door een kort overzicht van de kritiek daarop, met inbegrip van de daaraan verbonden voorstellen (nrs. 114-115). Daarna wordt onderzocht welk rechtskarakter subsidieregelingen in de huidige verhoudingen dragen (nrs. 116-117). Een beoordeling sluit deze paragraaf af (nrs. 118-120).

105. In zijn grote commentaar op de Grondwet verdedigde J.T. Buys een aan de Duitse staatsrechtstheoreticus Paul Laband ontleend (en qua strekking ook overigens in de 19de eeuw gangbaar) materieel wetsbegrip: "een voor de burgers bindende rechtsregel", waarbij onder "binden" elk "gebiedend of verbiedend" optreden van het staatsgezag "tegenover de onderdanen" moet worden verstaan.[1] Zulk optreden zou steeds op een door Koning en Staten-Generaal vastgestelde wet moeten berusten.[2] De Koning zou

daarentegen wel bevoegd zijn om zelfstandige algemene maatregelen van bestuur te maken over "interne" aangelegenheden zoals de organisatie van de krijgsmacht en verstrekkingen uit de openbare kas.[3] Deze opvatting impliceert dat subsidieregelingen, voor zover ze *avant la lettre* voorkwamen, geen wetgeving in materiële zin waren.

106. De grondwetsherziening van 1881, waarbij een nieuw art. 56 Gw. 1887[4] werd ingevoegd, lag in de lijn van Buys' opvattingen, al noemde het artikel, "terwijl het blijkbaar bedoelt aan alle voorschriften, welke een *wettelijk karakter* dragen, maar niet op de wet steunen, verbindende kracht te ontzeggen, (...) slechts een van de twee middelen (...) – zij het dan ook het meest gewone middel – waardoor aan het gebod bindende kracht kan worden verzekerd"[5]; strafrechtelijke sancties worden namelijk wel genoemd, maar politiedwang niet. De grondwetsherziening van 1887 heeft in elk geval de mogelijkheid opengelaten dat de regering regels stelt die buiten het toen heersende materiële wetsbegrip omgaan, namelijk wat in de Duitse rechtswetenschap "Verwaltungsverordnungen" heten, regelingen die "niet voor de burgers als zodanig (gelden) maar voor personen, die met of buiten hun wil in een bijzondere rechtsverhouding tegenover het bestuur geplaatst zijn", zoals ambtenaren, militairen en degenen die zich in openbare gebouwen bevinden.[6] Ook eventuele regelingen inzake het toekennen van buitenwettelijke, slechts op een begrotingspost gebaseerde subsidies konden in beginsel tot deze interne regelingen worden gerekend.

107. De praktijk heeft herhaaldelijk gebruik gemaakt van de opengehouden mogelijkheid om zonder wettelijke basis zulke "interne regelingen" bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen. Dit geldt bij voorbeeld voor de algemene maatregel van bestuur van 27 juli 1950 (Stb. K 320), houdende nadere regeling van de aan de hoofden der Ministeriële Departementen verleende bevoegdheid tot toekenning van subsidiën, bijdragen, vergoedingen, schadeloosstellingen en gratificatiën, en de bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde rijksbijdrageregelingen.

108. Inmiddels kan men echter van op de wet gebaseerde regelingen over onderwerpen als subsidiëring niet meer zeggen dat ze het karakter van wetgeving in materiële zin ontberen. De rechtsontwikkeling heeft het materiële wetsbegrip van Laband en Buys achterhaald. Vele bepalingen die geen ingrepen in de rechten en vrijheden van de burgers inhouden, maar subsidiëring of "interne" verhoudingen betreffen, zijn bij formele wet vastgesteld (zie bij voorbeeld de Beginselenwet voor de kinderbescherming en de Ambtenarenwet 1929). Het zou in de huidige verhoudingen dwaas zijn, deze wetten aan te merken als "wetten in formele zin niet zijnde wetten in materiële zin".

109. Deze rechtsontwikkeling maakt het noodzakelijk de grondwettelijke bevoegdheidsattributie aan regering en Staten-Generaal gezamenlijk ingevolge art. 81 van de Grondwet (= art. 119 oud) *los te maken van dit 19de-eeuwse materiële wetsbegrip* en op te vatten als toekenning van de bevoegdheid tot de in de nationale normenhiërarchie hoogste normstelling, zonder dat de Grondwet zich daarbij uitspreekt over aard en inhoud van de te stellen normen. De term "wet" ziet in deze grondwetsinterpretatie niet meer op een bepaald soort normen (materieel wetsbegrip), maar is de *naam* van de gezamenlijke besluiten van regering en Staten-Generaal (formeel wetsbegrip).

110. Dat ingrepen in rechten en vrijheden van burgers alsmede verscheidene andere belangrijke regelingen op de wet in formele zin moeten berusten, blijkt uit de ongeschreven norm van constitutioneel recht die wij als het *legaliteitsbeginsel* kennen. Dit legaliteitsbeginsel is aangevuld met een bij de algehele grondwetsherziening van 1983 sterk uitgebreide reeks specifieke grondwetsbepalingen, waaronder art. 89, tweede lid (= art. 57, tweede en derde lid, oud). Dat de wetsvorm niet mag worden misbruikt om – onder miskenning van de traditionele eis van *algemene* wetten – willekeurig lusten en lasten te verdelen, blijkt ook uit de in art. 1 van de Grondwet neergelegde plicht tot gelijke behandeling; deze bepaling richt zich mede tot de wetgever, al kan de rechter ingevolge art. 120 van de Grondwet formele wetten daaraan niet toetsen. De formele opvatting van het grondwettelijk wetsbegrip werd bezegeld door de grondwetsherziening van 1983.[7]

111. Daarnaast deed de verbreding van het terrein der wetgeving de behoefte ontstaan aan een term die alle regelingen omvat welke bij wet in formele zin of anderszins ingevolge een geattribueerde of gedelegeerde bevoegdheid tot regelgeving tot stand zijn gekomen. Hiervoor vond het begrip "algemeen verbindend voorschrift" of ook het begrip "wettelijk voorschrift" ingang. Het traditionele begrip "wet" in materiële zin van Laband en Buys was daarvoor veel te beperkt. Wel werd het materiële wetsbegrip geherformuleerd in deze zin dat onder "wet" elke juridische bindende regeling wordt begrepen (dus ook indien zo'n regeling bij voorbeeld in toekenning van subsidies of in regeling van "interne" verhoudingen voorziet), waarbij de opvattingen van de Franse staatsrechtsgeleerde Léon Duguit (1859-1928) een belangrijke rol hebben gespeeld.

Men dient zich echter te realiseren dat zo'n uitgekleed, tot het kenmerk van de "algemeenheid" gereduceerd materieel wetsbegrip onmogelijk kan dienen als onderscheidend criterium voor de beantwoording van de vraag, welke onderwerpen althans in hun grondslagen door de formele wetgever moeten worden geregeld. Daarom hebben sommigen gezocht naar een nieuw materieel wetsbegrip.[8] Het tot het kenmerk van de algemeenheid teruggebrachte materiële wetsbegrip is echter vooralsnog het gangbare (vgl. ook art. 5, eerste lid, ontwerp-Inleidende Titel NBW).[9]

Ook de Commissie Wetgevingsvraagstukken verstaat in haar eindrapport onder algemeen verbindend voorschriften naar buiten werkende, algemene regelingen waarvan de bevoegdheid tot vaststelling op de wet berust.[10]

112. De onder nr. 109 beschreven stand van ontwikkeling van ons staatsrecht brengt mee dat het uitgeven van geld een van de weinige onderwerpen is waarvan nog wordt aangenomen dat overheidsorganen daarover zonder wettelijke basis regels kunnen stellen. De traditionele rechtvaardiging is deze dat de overheid door geld uit te geven niet gebiedend of verbiedend optreedt, anders gezegd: niet ingrijpt in rechten en vrijheden van burgers. De regelingen hieromtrent dragen in de traditionele opvatting niet het karakter van rechtsregels, maar van "administratieve normen",[11] in de Duitse terminologie "Verwaltungsvorschriften". Slechts algemene maatregelen van bestuur waarin zulke regelingen zijn neergelegd, worden als een rudiment van de zelfstandige regelingsbevoegdheid der Kroon tot de algemeen verbindende voorschriften gerekend.

113. Sedert Van der Hoevens diesrede over "Pseudo-wetgeving" (1965) zijn wel de rechtsgevolgen van "administratieve normen" voor de verhouding overheid-burger onderkend en ontwikkeld.[12] Zij worden thans vaak als "beleidsregels" aangeduid, overeenkomstig titel en tekst van de dissertatie van Van Kreveld.[13]

114. Op het voortbestaan van de mogelijkheid om inzake het uitgeven van geld regels te stellen die geen wettelijke grondslag hebben, is van vele kanten kritiek gekomen. De algemene achtergrond van deze kritiek wordt gevormd door het sterk toegenomen belang, de enorme omvang en de vaak verreikende afhankelijkheid van subsidies. De "Wesentlichkeitstheorie" van het Duitse Bundesverfassungsgericht en de reeds vermelde opvatting van I.C. van der Vlies inzake "ingrijpende besluiten" bieden een ingang om een wettelijke regeling van belangrijke subsidies te eisen. Discutabele afgrenzingsproblemen zijn daarbij niet te vermijden. Een aanknopingspunt voor precisering in welke gevallen ten minste wettelijke regeling moet plaatsvinden – daargelaten de mogelijkheid om daartoe ook in andere gevallen over te gaan – kan worden gevonden in de grondwettelijke regelingsopdrachten met betrekking tot bepaalde terreinen van geldverstrekkend bestuur.[14]

115. Konijnenbelt heeft betoogd dat een wettelijke regeling in die gevallen vereist is waarin de subsidiëring gepaard gaat met beperkingen van de handelingsvrijheid van de gesubsidieerde.[15] Damen acht dit "compromisvoorstel (. . .) een te minimale verruiming van het legaliteitsbeginsel." Met verwijzing naar het ingrijpende karakter van de overheidsbemoeienis in de vorm van steunverlening aan het bedrijfsleven concludeert hij dat "voor

heel het 'positieve' overheidsoptreden een wettelijke grondslag en regeling noodzakelijk" is.[16] Elders spreekt hij van een "legaliteitstekort", dat zich onder meer daarin manifesteert dat onregelmatigheden in de delegatie van beslissingsbevoegdheid te vaak door de vingers wordt gezien.[17] De Haan, Drupsteen en Fernhout willen evenmin met halve oplossingen genoegen nemen en bepleiten "het bestuur over de hele linie een wettelijke grondslag te geven".[18]

116. Onder nr. 108 bleek reeds dat, indien subsidieregelingen bij of krachtens de wet zijn vastgesteld, zij in de huidige opvatting als algemeen verbindende voorschriften moeten worden aangemerkt. Vele subsidieregelingen dragen echter het karakter van beleidsregels. Uit het Avanti-arrest[19] valt af te leiden dat dit er niet aan in de weg staat dat de rechtspositie van burgers mee-bepalende beleidsregels als "recht" in de zin van art. 99 R.O. worden aangemerkt.[20] Hiermee strookt dat het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht ervan uitgaat dat de vaststelling van beleidsregels als een op rechtsgevolg gerichte bestuurshandeling ("besluit") moet worden gezien.

117. In NRC Handelsblad van 7 oktober 1987 heeft P. de Haan gesteld dat men op goede gronden kan stellen dat op de wet gebaseerde subsidieregels toch als beleidsregels moeten worden aangemerkt en dat ter zake een algemene afwijkingsbevoegdheid zou bestaan. Hij duidt deze figuur aan als "wettelijke beleidsregels". Deze opvatting is nieuw. In het geldende recht is voor zo'n verminderd juridisch effect van bepaalde categorieën van op de wet gebaseerde regels echter in het algemeen geen steun te vinden. Wel kunnen specifieke bepalingen tot uitdrukking brengen dat daarop gebaseerde regels niet het karakter van algemeen verbindende voorschriften, maar van richtlijnen dragen; daarvan is in de wetgeving sporadisch een voorbeeld te vinden, zoals de bij a.m.v.b. vast te stellen richtlijnen voor de verlening van vervoervergunningen.[21] Met Scheltema in zijn advies aan de Parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies van 14 januari 1988 houden wij het er dan ook op dat de ministeriële regelingen inzake bouwsubsidie het karakter van algemeen verbindende voorschriften hebben. Anders dan men soms op het betrokken departement lijkt te hebben aangenomen heeft ook een regeling die een minister zelf kan wijzigen, voor die minister bindende kracht. Dat is ook geenszins onredelijk, als men bedenkt dat aan wijzigingen van *regelingen* algemene bekendheid moet worden gegeven (zie art. 89, vierde lid, Grondwet), welke waarborg ontbreekt indien een minister zichzelf binnenskamers zou kunnen dispenseren van een door hem eerder uitgevaardigd algemeen verbindend voorschrift.

118. Wanneer wij nu trachten te komen tot een beoordeling in welke mate aan subsidieregelingen de eis van een wettelijke grondslag moet worden gesteld, kan voorop staan dat wegens de in een rechtsstaat vereiste rechtsze-

kerheid – het rechtsstatelijk principe van de voorzienbaarheid en toetsbaarheid van overheidsbeslissingen – regels volgens welke bevoegdheden worden uitgeoefend, kenbaar moeten zijn.[22]

Dit doel kan in beginsel behalve met algemeen verbindende voorschriften ook met afdoende gepubliceerde beleidsregels worden gerealiseerd. Er zijn echter redenen om hogere eisen te stellen, ook wanneer het gaat om een onderwerp waarvoor de Grondwet geen wettelijke regeling voorschrijft. Allereerst valt erop te wijzen dat soms de aanvaarding van een inperking van de uitoefening van grondrechten een voorwaarde is voor verlening van subsidie. Zodanige grondrechtsbeperkingen kunnen niet worden gerechtvaardigd door het enkele feit dat subsidiëring altijd de instemming van de gesubsidieerde veronderstelt. Bij de in 1983 voltooide algehele grondwetsherziening is immers het standpunt aanvaard dat grondrechten door de overheid ook in acht moeten worden genomen in privaatrechtelijke verhoudingen,[23] waaronder contractuele relaties. Daarom kan het – met een variatie op het onder nr. 115 weergegeven standpunt van Konijnenbelt – erop worden gehouden dat in de gevallen waarin subsidiëring leidt tot inperking van grondrechten, aan de daarvoor geldende grondwettelijke eisen moet zijn voldaan.

119. Te betwijfelen valt echter, of dit voldoende is. Voor zover subsidiëring ertoe strekt een "rechtsstatelijk tekort" op te heffen, brengt het rechtsstatelijke rechtszekerheidsbeginsel mee dat de subsidiëring voor belanghebbenden betrouwbaar dient te zijn. Dit betekent niet dat de subsidiëring voor ieder onveranderlijk groot moet blijven, maar wel dat toevalligheden en wisselvalligheden in het subsidiëringsbeleid moeten worden beperkt. Een duurzame wettelijke regeling van voldoende niveau is daarvoor de geëigende waarborg.

Daarnaast is van belang dat wegens het decentralisatieprincipe de regeling ter zake van de toekenning van subsidies niet dan bij of krachtens de wet door de centrale overheid dient te worden opgelegd.[24] De strekking van art. 124, tweede lid, van de Grondwet en thans ook de artikelen 144b van de Provinciewet en art. 237b gemeentewet verzet zich tegen "rijksbijdrageregelingen", die de gemeente – hoezeer haar ook formeel de vrije hand is gelaten – feitelijk in de positie van uitvoerster van een rijkssubsidieregeling plaatsen.

120. Het is evenwel de vraag of bij een zodanige indamming van de subsidiëring niet toch nog teveel de 19de-eeuwse uitgangspositie domineert, volgens welke het doen van uitgaven uit de openbare kas een interne aangelegenheid van de overheid is, die – anders dan het regelen van het gedrag van burgers – geen wettelijke grondslag behoeft. Wanneer wij teruggrijpen op het eerder gemaakte onderscheid tussen drie typen van publieke taakvervulling, ligt het daarentegen in de rede, in aanmerking te nemen dat subsidiëring een vorm van overheidssturing ten opzichte van de samenleving is

die als zodanig overeenkomst vertoont met de publieke taakvervulling door het stellen van geboden en verboden. Men behoeft daaruit niet af te leiden, dat subsidiëring volledig met strafrechtelijke gedragsbeïnvloeding op één lijn moet worden gesteld, om toch te kunnen onderkennen dat in rechtsstatelijke subsidieverhoudingen rechtszekerheid moet worden gewaarborgd.

Deze overwegingen leiden tot een in de volgende paragraaf verder te ontwikkelen voorstel om een wettelijke grondslag van subsidieverhoudingen te verzekeren.

5.3 De plaats van subsidiëring in een rechtsstatelijke rechtsorde

121. De waarde van subsidiëring als vorm van publieke taakvervulling is daarin gelegen, dat zij in de samenleving aanwezige mogelijkheden ondersteunt. Vandaar dat subsidiëring – zowel die welke in publiekrechtelijke vorm als die welke in privaatrechtelijke vorm plaatsvindt – berust op besluitvorming van twee kanten. Achter subsidiebeschikkingen gaat feitelijk vaak een overeenkomst schuil. De overeenstemming tussen subsidiërende overheid en gesubsidieerde is echter onvoldoende om de plaats van subsidiëring in een rechtsstatelijke rechtsorde te legitimeren.

De bepaling van de plaats van subsidiëring in een zodanige rechtsorde bevindt zich in een spanningsveld tussen sociale rechtvaardigheid (die in de richting van steeds verdergaande differentiatie en overheidssturing dringt), waarborgen voor vrijheid van personen en verbanden in de samenleving (die grenzen stellen aan het gebruik van subsidiëring ter sturing van processen in de samenleving), en rechtszekerheid (die gediend is met een duidelijke, vooraf kenbare afbakening van subsidiemogelijkheden en -voorwaarden).[25]

122. Om deze spanning te kunnen verdragen zal rechtsstatelijk subsidiëren zo moeten worden ingericht dat de vooraf gegeven verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid, verbanden in de samenleving en individuen wordt gerespecteerd; wil men die verdeling van verantwoordelijkheden wijzigen – waarvoor legitieme redenen kunnen bestaan –, dan moet daarvoor niet het subsidie-instrument worden gebezigd, maar de vaststelling of wijziging van algemeen verbindende voorschriften in het kader van de staatstaak betreffende het rechtsstelsel.

123. De wetgeving beweegt zich in de richting van een wettelijke regeling van subsidieverhoudingen. Te wijzen valt op de gevolgen van art. 40 van de Comptabiliteitswet 1976 voor subsidiëring met inschakeling van (mede) door de overheid opgerichte privaatrechtelijke rechtspersonen,[26] en op het wetsvoorstel Kaderwet verstrekking financiële middelen EZ, dat omstreeks

het tijdstip van verschijnen van dit preadvies bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.

In hoofdstuk 4 van het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht is een titel betreffende subsidieverhoudingen voorzien. Deze titel kan, ook op de in het preadvies van Van Kreveld besproken punten, een belangrijke bijdrage leveren tot de versterking van het rechtsstatelijk karakter van subsidieverhoudingen. Op grond van de in de voorgaande paragraaf aangegeven uitgangspunten valt voor de Awb te denken aan een stelsel waarbij voor duurzame en voor vrijheidsrechten beïnvloedende subsidiestelsels een wettelijke regeling wordt geëist, en voor andere gevallen van subsidiëring een voorafgaande bekendmaking van het beleid (beleidsregels).

124. Een onmatig gebruik van de mogelijkheden, subsidieregelingen te treffen, doet afbreuk aan de waarde van een wettelijke ordening. Wanneer het aantal regelingen met een beperkt toepassingsbereik zeer groot is, valt het rechtszekerheidverschaffende effect weg. Niet alleen om budgettaire redenen zou – met de verwerkelijking van klassieke en sociale grondrechten als toetssteen – geleidelijk aan een einde moeten worden gemaakt aan de wildgroei van subsidieregelingen. Het stellen van eisen aan de regeling van subsidiestelsels (zie nr. 123) kan daartoe een nuttige stimulans leveren. Een door de wet gedisciplineerd gebruik van subsidiëring zal de rechtsstaat ten goede komen, zowel in haar democratisch als in haar sociaal gehalte.

Noten

1. J.T.Buys, *De Grondwet, Toelichting en kritiek*, deel I, Arnhem 1883, p. 336.
2. *A.w.*, p. 338.
3. *A.w.*, p. 337; vgl. ook J.J.J. Quarles van Ufford, *Algemeene maatregelen van inwendig bestuur,* diss. R.U. Leiden, 's-Gravenhage 1881, p. 78.
4. Art. 57 Gw. 1972, waarmee art. 89, eerste en tweede lid, Gw. 1983 zakelijk overeenkomt.
5. Buys, *a.w.*, deel III, p. 91, mijn cursivering.
6. Donner, *a.w.*, p. 76.
7. Zie de memorie van toelichting betreffende art. 81 = art. 5.1.1 voorlopige nummering in Kamerstuk II 1977-1978, 15047, nr. 3, p. 11.
8. Zie met name I.C. van der Vlies' omschrijving van ingrijpende besluiten in haar Amsterdamse dissertatie *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving,* 's-Gravenhage 1984, pp. 105-106.
9. Vgl. over een en ander mijn noot bij ARRS 26 jan. 1984 in *Ars Aequi* jg. 34, 1985, pp. 633-641, waaraan het vorenstaande grotendeels is ontleend.
10. *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage 1985, par. 2.1.
11. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht I*, Algemeen deel, 4de druk, Alphen aan den Rijn 1974, p. 80.
12. Zie *Staatsrecht en bestuursrecht, Opstellen van Mr. J. van der Hoeven*, Zwolle 1984, pp. 134-149.
13. *Beleidsregels in het recht*, diss. R.U. Groningen, Deventer 1983.
14. Art. 18, tweede lid, art. 20, tweede en derde lid, en art. 23, zevende lid, Gw.; vgl. mijn rede *Vertrouwen op het recht, Over de plaats van de wet in de rechtsorde,* Alphen aan den Rijn 1982, en ARRS 13 juli 1981, AB 1982, 147, waar wordt overwogen: "Gegeven het

feit dat het overheidshandelen te dezen, overeenkomstig hetgeen dienaangaande in de regeling zelf is bepaald, niet dan in de vorm van het sluiten van zodanige overeenkomst geschiedt, kan voorts worden daargelaten de vraag of in die regeling wellicht wel voor het overige het publiekrechtelijk karakter overweegt. Overigens is het bij de tegenwoordige stand van de sociale wetgeving hier te lande noch met de aan de gemeentebesturen gelaten vrijheid, de regeling in hun gemeente al dan niet toe te passen, noch met de reeds vermelde omstandigheid, dat *de regeling op geen enkel wettelijk voorschrift steunt*, te rijmen dat in de eerste plaats het bieden van een pakket van sociale voorzieningen zou zijn beoogd."

15. "De Leistungsverwaltung [. . .] voor zover deze tevens Eingriffsverwaltung is", H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht,* 5de druk, 's-Gravenhage 1984, p. 37; vgl. ook Konijnenbelt in NJB 1982, pp. 653-655.
16. *A.w.*, p. 296.
17. *A.w.*, p. 511.
18. *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat,* 3de druk, Deventer 1986, p. 229.
19. HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 322 m.nt. M. Scheltema, AA 1986, p. 496 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.
20. Vgl. Kortmann, Avanti rijp voor de sloop? Wet en recht in artikel 99 RO, *RMTh* 1987, 369 e.v. Zie over het verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels uit de optiek van het EG-recht ook Vz.ARRS 18 april 1986, RegelMaat jan.1987, p. 37 e.v.
21. S.F.L. baron van Wijnbergen heeft in een bijdrage in NRC Handelsblad van 2 november 1987 art. 68, tweede lid, Woningwet zo uitgelegd, dat het ruimte zou laten om ook buiten de daar bedoelde regels om subsidie te verlenen. Zie de tegen deze uitleg aangevoerde bezwaren in het advies van M. Scheltema aan de Parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies van 14 januari 1988, nrs. 37-38.
22. Vgl. CRvB 30 mei 1985, AA 1986, pp. 493 e.v.
23. II 1975-1976, 13872, nr. 3, p. 15. Vgl. F.H. van der Burg in zijn eerder aangehaalde NJV-preadvies, pp. 34 e.v.
24. Vgl. thans art. 124, tweede lid, Gw., waarmee de Rijksbijdrageregelingen op gespannen voet staan.
25. Vgl. N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2de druk, Heidelberg 1986, § 5.
26. Vgl. Damen, *a.w.*, pp. 285-291 en 508-509.

Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen

door mr. J.H. van Kreveld

Inhoud

Een woord vooraf		79
1.	*Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen: inleiding*	82
1.1	Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen	82
1.2	Subsidieverlening, subsidievaststelling en subsidiebeëindiging	86
1.3	Overige fasen en beslissingsmomenten	91
1.4	Elementen van wederkerigheid in subsidieverhoudingen	94
1.5	Terminologie	95
	Noten	98
2.	*Subsidie: begrip en vormen*	99
2.1	Inleiding	99
2.2	Enige begripsomschrijvingen van anderen	103
2.3	Vier elementen	109
2.4	Geldelijke of op geld waardeerbare overdracht?	109
2.5	Geen gelijkwaardige tegenprestatie	113
2.6	Ten laste van de openbare middelen komend	117
2.7	Ter gerichte beïnvloeding van activiteiten van particuliere producenten of consumenten	118
2.8	Conclusie	121
	Noten	121
3.	*De fase vóór de subsidieverlening*	122
3.1	Inleiding	122
3.2	Beleidsvorming	122
3.3	Geïndividualiseerde beleidsvoornemens	126
3.4	Erkenning voorafgaand aan subsidieverlening	129
3.5	Conclusie	129
	Noten	129
4.	*De fase van de subsidieverlening: indiening en behandeling van de aanvraag*	131
4.1	Inleiding	131
4.2	Indiening bij wie?	131
4.3	Indiening voor het begin van de subsidiabele activiteiten	132

4.4	Behandeling van de aanvraag	135
4.5	Conclusies en aanbevelingen	139
	Noten	139
5.	*Wie is bevoegd te beslissen omtrent subsidieverleningen en de te stellen voorwaarden?*	140
5.1	Inleiding	140
5.2	Model A: de beslissing tot subsidieverlening bevat alle voorwaarden	141
5.3	Model B: de subsidieverlener stelt de voorwaarden na de subsidieverlening vast	142
5.4	Model C: een uitvoerende instantie stelt na de subsidieverlening (nadere) voorwaarden vast	143
5.5	Model D I, D II en D III betreffende overheidsgarantie op bancaire financiering	151
	Noten	157
6.	*Rechtskarakter van de beslissing tot subsidieverlening*	158
6.1	Inleiding	158
6.2	De subsidieverlening als eenzijdige of meerzijdige rechtshandeling	161
6.3	De subsidieverlening als publiek- of privaatrechtelijke rechtshandeling	167
6.4	Is de subsidieverlener steeds een bestuursorgaan?	175
	Noten	183
7.	*Formele eisen betreffende inhoud en bekendmaking van de beslissing op de aanvraag*	185
7.1	Inleiding	185
7.2	Subsidiebedrag	186
7.3	Voorwaarden en voorbehouden	187
7.4	Inhoud en wijze van bekendmaking	190
7.5	Conclusie en aanbeveling	192
	Noten	193
8.	*De periode tussen subsidieverlening en subsidievaststelling*	194
8.1	Inleiding	194
8.2	Diversiteit van handelingen in de tussenperiode	194
8.3	Rechtskarakter van deze handelingen	197
8.4	Conclusies en aanbeveling	200
	Noten	200
9.	*Subsidievaststelling*	202
9.1	Inleiding	202
9.2	Wat vast te stellen?	203

9.3 Beoordelingsruimte bij subsidievaststelling 204
9.4 Toetsing indien niet in subsidievaststelling is voorzien 207
9.5 Rechtsgevolgen van de subsidievaststelling 208
9.6 Conclusies en aanbeveling 209
Noten 209

10. *Wijziging en beëindiging van de subsidieverhouding* 210
10.1 Inleiding 210
10.2 Beëindiging of wijziging wegens gebreken bij het aangaan of bij de verdere uitwerking van de subsidieverhouding 215
10.2.1 Inleiding 215
10.2.2 Gebreken in de overheidshandeling ten voordele van de subsidieontvanger 216
10.2.3 Gebreken in de overheidshandeling ten nadele van de subsidieontvanger 221
10.2.4 Gebreken bij de aanvaarding door de subsidieontvanger 221
10.3 Beëindiging wegens nakoming 222
10.4 Beëindiging of wijziging wegens niet-nakoming 222
10.4.1 Niet-nakoming door de overheid 222
10.4.2 Niet-nakoming door de subsidieontvanger 222
10.5 Beëindiging wegens veranderde omstandigheden 225
10.5.1 Inleiding 225
10.5.2 Wijziging in voor de subsidieontvanger gunstige zin 225
10.5.3 Wijziging in voor de subsidieontvanger ongunstige zin 228
10.6 Conclusies en aanbeveling 234
Noten 235

Slotopmerking 237

Een woord vooraf

1. Bij het afsluiten van dit preadvies lees ik in mijn dagblad:
– "Philips en Siemens verwachten nog dit jaar met de Duitse en Nederlandse overheid overeenstemming te bereiken over omvangrijke overheidssteun voor een nieuw chipsproject. De Nederlandse overheid overweegt – mits een evenredig deel van het onderzoek hier gebeurt – een bijdrage van tussen de 250 en 350 miljoen gulden."
– "Minister Brinkman heeft het stimuleringsfonds voor culturele omroepprodukties een extra startkapitaal ter beschikking gesteld van tien miljoen gulden."
– "Staat stelt zich garant bij verzekering kunstwerken. Rijksmusea besparen per expositie tonnen. De verzekeringspremies voor schilderijen die worden vervoerd voor een tentoonstelling, zijn zo hoog geworden dat het hoe langer hoe moeilijker wordt bepaalde tentoonstellingen van internationaal niveau in ons land te organiseren ..."
– "Babylonische spraakverwarring over marktmechanisme in de kunst. Voor 3,42 gulden kan de gezinszorg gered worden. Als de entreekaartjes voor toneel, concert, opera of museum met dat luttele bedrag zouden worden verhoogd, kan het rijk precies de 22 miljoen gulden besparen die het op de gezinszorg nu wil snoeien."

2. Opvallende berichten zijn dit niet. Wij weten dat de overheid een groot deel van haar taak vervult door het beschikbaar stellen van subsidies. Wij weten hoezeer tal van activiteiten van instellingen, ondernemingen en natuurlijke personen geheel of gedeeltelijk afhankelijk zijn van subsidiering door de overheid.

Juist daarom is het zo opvallend, dat de inhoud van de rechtsbetrekkingen terzake van subsidiëring vaak zo weinig – helder – uitgewerkt is. Daardoor is voor de aanvrager en ontvanger van subsidie, maar ook voor het openbaar bestuur zelf, vaak zo onduidelijk waar men aan toe is.

Dat geldt onder meer voor een cruciaal moment als het ontstaan van die rechtsbetrekking, alsmede voor de relatie tussen subsidie*verlening* en subsidie*vaststelling*. Wie is daartoe bevoegd en wat voor rechten en verplichtingen ontstaan dan? Maakt het uit of de subsidie bij beschikking of bij overeenkomst wordt verleend? Kan de subsidieverlener ook het verrichten van subsidiabele activiteiten afdwingen? Hoe en in welke gevallen kan de subsidieverhouding gewijzigd of beëindigd worden?

3. Dit zijn enige van de vragen die in de praktijk rijzen en waarop het antwoord vaak moeilijk is te geven: het subsidierecht is slecht ontwikkeld. Dat is niet alleen *schadelijk voor de rechtszekerheid* van beide partijen. Het leidt ook tot uitvoeringsproblemen, die niet zelden voor de rechter uitgevochten moeten worden. Dat is *inefficiënt* en kan ook tot *gebrek aan doeltreffendheid* van de subsidieverlening leiden.

Het leek mij daarom van belang het door het bestuur van de Vereniging voor Administratief Recht opgegeven onderwerp "Subsidiëring en rechtsstaat" tot deze vragen te beperken en vanuit de drie gecursiveerde gezichtspunten bij te dragen aan het zoeken naar adequate en bij voorkeur eenvoudige oplossingen. Mijn medepreadviseur en ik hebben de taken zo trachten te verdelen, dat hij de grondslag van subsidiëring en van de bij subsidiëring te stellen eisen en voorwaarden behandelt. De samenhang tussen beide elementen van "subsidiëring en rechtsstaat" zal niettemin wel tot een beperkte overlapping hebben geleid.

4. Helaas is dit preadvies omvangrijk geworden. Dat spijt mij zeer: zelfs de treinreis van Rodeschool of Heerlen zal wel niet lang genoeg zijn om het gehele stuk te lezen.

Daarom een *leesadvies* voor hen die te krap in de tijd zitten. Hoofdstuk 1 bevat een algemeen overzicht van de juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen. In hoofdstuk 2 wordt onderzocht wat voor inhoud hierbij aan het begrip subsidie – samengevat in paragraaf 2.3 – moet worden gegeven. In de daarop volgende hoofdstukken is steeds gepoogd in de inleiding van het hoofdstuk of de paragraaf het probleem aan te geven, gevolgd door een nadere analyse en illustraties. Waar dat zinvol leek, zijn aan het einde van de paragraaf of het hoofdstuk een conclusie en een aanbeveling opgenomen. Ik vertrouw erop dat dit het lezen en discussiëren vergemakkelijkt.

Ik hoop overigens, dat dit preadvies ook na afloop van de vergadering van onze vereniging nog van enig nut is voor hen die in de praktijk – als bestuurder, regelgever of rechter – of in de theorie met dezelfde vragen geconfronteerd worden. Daar is de opzet mede op afgestemd.

5. Dit preadvies had ik niet zo kunnen schrijven, als ik niet in zo'n vruchtbare werkomgeving had kunnen verkeren.

In de eerste plaats thuis, waar mijn echtgenote en kinderen het onmisbare geduld opbrachten voor het afmaken in veel vrije tijd van dit uitdijende produkt. Het is ook mijn echtgenote geweest die dit produkt via de tekstverwerker wederom voor de uitgever hanteerbaar heeft gemaakt.

In de tweede plaats zeven jaar in een uitermate boeiende en leerzame werkkring bij het Ministerie van Economische Zaken, waar ik het genoegen had in diverse rollen bij juridische en beleidsmatige subsidieaangelegenheden betrokken te zijn.

In de derde plaats het laatste half jaar bij het Ministerie van Justitie, waar mijn betrokkenheid bij het project Algemene wet bestuursrecht en bij de subcommissie subsidieverhoudingen stimuleerde te streven naar analyses, die uiteindelijk tot enig praktisch resultaat zouden moeten kunnen leiden. De "contacten op de gang" met de werkers aan het Nieuw Burgerlijk Wetboek hielpen mij bij de vereiste verkenningen buiten het bestuursrecht in enge zin.

Ten slotte hielp het onderwijzen van wetgevingsleer aan de Katholieke Universiteit Brabant bij het op afstand bezien van overheidsinterventies. Veel profijt heb ik aldaar gehad van het door M. van Zandvoort, studentassistent, verzamelde materiaal.

6. "Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen": dat is de titel van dit preadvies.

Daarmee doel ik in de eerste plaats op de diverse, elkaar opvolgende, juridische *fasen* in de ontwikkeling van subsidieverhoudingen: de fase voorafgaand aan de subsidieverlening, de indiening en behandeling van de subsidieaanvraag, de subsidieverlening zelf, de fase tussen subsidieverlening en subsidievaststelling, de subsidievaststelling en de subsidiewijziging of -beëindiging.

In de tweede plaats doelt deze titel op de mate waarin *het recht* aangaande subsidieverhoudingen is ontwikkeld resp. moet worden ontwikkeld.

Over beide elementen geeft hoofdstuk 1 nu inleidende beschouwingen.

Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen: inleiding

1.1 Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen

Rechtsontwikkeling

7. Het subsidierecht is gebrekkig ontwikkeld. Ik doel daarbij op verschillende aspecten.

In de eerste plaats is het subsidierecht verbrokkeld en daardoor veelal uiterst ondoorzichtig. Er bestaat een – te – grote variëteit aan juridische besluitvormingssystemen in de talrijke subsidieregelingen.

Bovendien worden voor beslissingen met eenzelfde rechtskarakter heel verschillende namen gehanteerd. Zo wordt de inhoud van een positieve beslissing op een subsidieaanvraag onder meer aangeduid als de verlening, de verstrekking, de toekenning, de toezegging, de principe-toekenning of de voorlopige toekenning van subsidie. Veelal hebben deze termen alle dezelfde inhoud, andere keren betekent eenzelfde term in de ene regeling iets anders dan in een andere regeling.

Hetzelfde geldt voor termen als vaststelling of definitieve toekenning of – nog fraaier – voorlopige definitieve toekenning van subsidie, die duiden op de toetsing na afloop van het gesubsidieerde project of van een subsidieperiode.

Eenzelfde term met verschillende inhoud is voorts de term voorschot. Nu eens doelt men daarbij op een voorlopige uitkering in afwachting van de vaststelling van het precieze subsidiabele bedrag, dat bij die vaststelling verrekend zal worden. Dan weer betekent het niets anders dan lening of krediet.

8. Naast dit gebrek aan doorzichtigheid is nog ernstiger dat bij de huidige rudimentaire ontwikkeling van het subsidierecht in de praktijk vaak onduidelijk is welke algemene regels gelden ten aanzien van het onstaan, de inhoud en de wijziging of beëindiging van subsidieverhoudingen.

Dat wordt voor een deel veroorzaakt door tekortkomingen in de diverse subsidieregelingen. De juridische betekenis van de diverse expliciet voorziene beslissingsmomenten is veelal niet geheel duidelijk. Een afzonderlijke subsidieregeling is ook niet altijd de geschiktste plaats om de diverse juridische vragen die rijzen – steeds weer – te beantwoorden. Hier wreekt zich

het ontbreken van een geschreven algemeen deel van het bestuursrecht.

Weliswaar wordt in dat gebrek enigermate voorzien door de omvangrijke stroom rechterlijke uitspraken die sedert de inwerkingtreding van de Wet Arob en mede als gevolg van de talrijke beleidsombuigingen los gekomen is. Maar die stroom is zelf ook onoverzichtelijk, niet alleen door het grote aantal uitspraken, maar in het bijzonder omdat de rechtspraak zelf geconfronteerd wordt met de hierboven geconstateerde diversiteit in de regelgeving. Dat maakt voor de gebruiker – zoals ik ook zelf in de bestuurspraktijk en bij de voorbereiding van dit preadvies ervaren heb – de jurisprudentie lastig te hanteren. Niet zelden zal de lezer van een rechterlijke uitspraak, juist op dit terrein, zich moeten realiseren dat de uitspraak ingegeven kan zijn door de toevallige constructies van de betreffende regeling of van het betreffende besluit tot subsidieverlening. Deze kunnen, zonder dat dit altijd goed kenbaar is uit de rechterlijke uitspraken, nogal afwijken van de constructies waar de lezer in zijn praktijk mee pleegt te werken.

Dat betekent dat de jurisprudentie, hoe belangrijk haar rol sedert de inwerkingtreding van de Wet Arob van het subsidierecht ook is geweest,[1] toegankelijker kan worden en een duidelijker normering kan geven indien er een geschreven algemeen deel van het subsidierecht zou bestaan. De rechter heeft dan betere aanknopingspunten en kan daardoor ook beter bijdragen aan het uitzoeken en zo nodig ontwikkelen van algemene lijnen.

9. De onoverzichtelijkheid en onduidelijkheid van het subsidierecht worden mede veroorzaakt doordat subsidieverhoudingen nogal eens deels door publiekrecht en deels door privaatrecht lijken te worden beheerst. Of dat het geval is, is lang niet altijd duidelijk. Zeker is zelden duidelijk welk onderdeel van de rechtsverhouding precies door publiekrecht en welk onderdeel door privaatrecht wordt beheerst.

Daardoor is dan niet alleen onvoldoende duidelijk welke rechtsregels van toepassing zijn, maar ook welke rechtsgang openstaat: bezwaar en beroep ingevolge de wet Arob of een actie door burger of overheid bij de gewone rechter.[2]

En als wel duidelijk is welk rechtsgebied in concreto van toepassing is, dan staat daarmee nog geenszins vast wat dan de inhoud van de toepasselijke rechtsregels is. Immers het algemeen deel van het bestuursrecht is nog te weinig ontwikkeld. En voor het privaatrecht geldt, dat de open formuleringen aldaar weliswaar goede mogelijkheden bieden om rekening te houden met de aard van de rechtsverhouding en de positie van partijen,[3] maar daarmee niet altijd voldoende duidelijkheid bieden over wat in concreto rechtens geldt. Een bijzondere moeilijkheid daarbij is nog dat de opvatting veld wint dat ingevolge enkele schakelbepalingen in het Nieuw Burgerlijk Wetboek delen van boek 3 en boek 6 NBW van overeenkomstige toepassing zijn op publiekrechtelijke rechtshandelingen "voorzover de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet". Dat biedt weliswaar een goede mogelijkheid voor een adequate rechtsontwikkeling van het

bestuursrecht. Maar wat dit precies voor rechtsregels voor publiekrechtelijke rechtsverhoudingen met zich meebrengt of met zich moeten meebrengen, is nog onduidelijk. Zie verder hoofdstuk 6, 9 en 10.

10. De gesignaleerde onduidelijkheden zijn schadelijk voor de rechtszekerheid van de burger en bestuur. Zij kunnen ook eerder dan bij duidelijke regels leiden tot willekeur en onjuiste beslissingen.

Bovendien leiden de onduidelijkheden nogal eens tot tijdverspilling door de vereiste studie naar het toepasselijke recht – als daar al tijd voor is – en langdurige interne discussies over welke voorwaarden gesteld mogen worden bij subsidieverlening, welke beoordelingsruimte er nog bestaat bij subsidievaststelling ten aanzien van hetgeen reeds bij subsidieverlening is vastgesteld en niet in het minst op welke wijze gehandeld dient te worden bij uitputting van de subsidiepot of bij beleidswijziging.

De onduidelijkheid van het subsidierecht werkt aldus minder juist overheidsoptreden en vertraging bij de besluitvorming in de hand. Naar mijn ervaring leidt het opstellen van behoorlijke, officieel te publiceren regelingen, in beide opzichten reeds tot een aanmerkelijke verbetering.

Wel is ook het opstellen van die regelingen nog steeds tijdrovender dan nodig. Dit wegens het ontbreken van algemene geschreven regels: daardoor is er onnodig veel ruimte bij het concipiëren van iedere nieuwe regeling om te menen dat de standaardopzet of standaardbepalingen gelet op de specifieke faciliteit enige aanpassing behoeven.

11. Gelet op het bovenstaande meen ik dat het uit een oogpunt van rechtszekerheid, doorzichtigheid, efficiency en effectiviteit hoogst gewenst is een aantal geschreven algemene regels betreffende de fasen in de ontwikkeling van subsidieverhoudingen te ontwikkelen. De Algemene wet bestuursrecht is daarvoor een uitermate geschikte plaats.

Hoever die algemene regels moeten gaan, verdient verdere overweging en afweging. Het is in ieder geval gewenst enige algemene regels op te stellen betreffende de diverse beslissingsmomenten bij subsidiëring. Zeker op dat punt bestaat behoefte aan verduidelijking en harmonisatie. Het is mogelijk en wellicht gewenst die regels zo op te stellen, dat enerzijds de regelgever enige vrijheid houdt bij het kiezen van een besluitvormingssysteem dat past bij het door hem vorm te geven beleidsinstrument, maar dat anderzijds uit de Algemene wet bestuursrecht dan wel duidelijk wordt wat de juridische betekenis van de diverse beslissingsmomenten van het gekozen systeem is.

Beperkingen in dit preadvies

12. Dit alles heeft mij ertoe gebracht niet een representatieve inventarisatie van bestaande besluitvormingssystemen en hun terminologie en de jurisprudentie daarover na te streven, maar het accent te leggen op analyses en beschouwingen die kunnen helpen bij het ontwikkelen van algemene be-

grippen en algemene regels. Dat lijkt mij op dit moment het meest van belang – hoe boeiend de veelkleurige verscheidenheid van huidige regelingen ook is – en ook het meest te passen bij het doel van een preadvies: het leveren van een hulpmiddel voor discussie.

Ik hoop dat dit niet alleen van enig nut zal zijn voor de voorgenomen titel "subsidieverhoudingen" van de Algemene wet bestuursrecht, maar ook daaraan voorafgaand en daarnaast in de bestuurspraktijk en rechterlijke praktijk kan helpen.

13. De analyse en het streven enige ordening aan te brengen in de diverse beslissingsmomenten bij het ontstaan, de ontwikkeling en het tenietgaan van subsidieverhoudingen, hebben ongetwijfeld tot een vereenvoudigde weergave van de veelkleurige werkelijkheid geleid. Maar dat is misschien juist niet zo'n bezwaar. Te veel reeds hebben bestuurlijke en juridische creativiteit tot een rijke variëteit geleid.

Dat neemt niet weg, dat de door mij aangebrachte vereenvoudiging ertoe kan hebben geleid dat ook belangrijke punten buiten beschouwing zijn gebleven. Ik hoop dat, als dit het geval is, uit de reacties op dit preadvies duidelijk blijkt om wat voor hoofdpunten het gaat, wat hun specifieke juridische betekenis is en of de daarin vervatte variëteit dient te blijven bestaan.

14. Ik heb er naar gestreefd de beschouwingen niet te abstract te houden, maar zoveel mogelijk tot uitwerking over te gaan. Daardoor is dit preadvies ook wat omvangrijk geworden.

Juist het streven naar concrete uitwerking kan de beschouwingen compliceren. Om de complicaties enigermate overzichtelijk te houden zijn, afgezien van de behandeling in hoofdstuk 2, *versluierde subsidies* en *subsidiëring in de vorm van het verschaffen van aandelenkapitaal* in essentie buiten beschouwing gebleven. Zie voor de redenen van deze keuze nr. 70-72 en 80. Welke algemene regels ten aanzien van deze vormen van subsidiëring gesteld zouden moeten en kunnen worden, dient bij een andere gelegenheid te worden bezien.

De beschouwingen in hoofdstuk 3-10 beperken zich daarom tot subsidiëring via het verlenen van subsidies à fonds perdu (uitkeringen zonder terugbetalingsverplichting), garanties en kredieten.

15. Het algemene subsidierecht is mede gecompliceerd doordat het voor een groot deel jurisprudentierecht is. Daardoor is de inhoud ervan beïnvloed door de regels omtrent de toegang tot de rechter en de taakverdeling tussen de Arob-rechter en de gewone rechter. In het bijzonder de jurisprudentie over de diverse elementen van het beschikkingsbegrip – besluit van publiekrechtelijke aard, gericht op rechtsgevolg en van niet-algemene strekking – kan het zicht op het materiële recht verduisteren. Na ampele overweging heb ik daarom besloten onderstaande beschouwingen te beperken tot het materiële recht en *de rechtsbescherming via bezwaar- en be-*

roepsprocedures – hoe belangrijk deze in onze rechtsstaat, zeker op subsidieterrein, ook is – niet te behandelen.

Daarbij heeft de overweging meegespeeld, dat het nu juist belangrijk is het materiële recht te verbeteren. Als dat lukt, dan wordt de rechterlijke jongleurkunst die nu vereist is en soms wat moeilijk voorspelbaar is, minder noodzakelijk.

Drie centrale beslissingsmomenten

16. Centraal in dit preadvies staan drie beslissingsmomenten: subsidieverlening, subsidievaststelling en subsidiebeëindiging. Daarnaast dient er rekening mee worden gehouden dat subsidieverhoudingen elementen van wederkerigheid tussen overheid en subsidieontvanger bevatten. Tenslotte is het van belang helderheid te krijgen en het eens te worden over de te gebruiken terminologie.

Dit leidt tot de volgende paragrafen in de rest van dit inleidende hoofdstuk:

5.2 Subsidieverlening, subsidievaststelling en subsidiebeëindiging.
5.3 Overige fasen en beslissingsmomenten.
5.4 Elementen van wederkerigheid in subsidieverhoudingen.
5.5 Terminologie.

1.2 Subsidieverlening, subsidievaststelling en subsidiebeëindiging

Subsidieverlening en subsidievaststelling

17. Naar mijn indruk geldt voor de meeste gevallen van subsidiëring – ook als er geen gepubliceerde of interne regeling bestaat, maar subsidiëring ad hoc plaatsvindt – dat het creëren van een individuele aanspraak op subsidie in tenminste twee etappes plaatsvindt.

Ten eerste *subsidieverlening*, die dan meestal aangevraagd moet worden voordat met de subsidiabele activiteiten gestart wordt (bij een projectsubsidie) of voor het begin van een nieuwe subsidieperiode (bij een duurzame subsidie). Deze beslissing verschaft de aanvrager meestal een aanspraak op subsidie tot een in de beslissing vermeld maximum-subsidiebedrag, zij het onder de voorwaarde dat de in de beslissing tot subsidieverlening omschreven activiteiten worden verricht en wel met inachtneming van het daaromtrent in die beslissing en in de subsidieregeling gestelde.

De tweede etappe is dan de *subsidievaststelling*, de beslissing waarbij – al dan niet op verzoek – na afloop van het project of de subsidieperiode vastgesteld wordt of aan de zojuist vermelde voorwaarden is voldaan en wat de precieze hoogte van de subsidiabele kosten en van het subsidiebedrag is.

18. Subsidieverlening en subsidievaststelling zijn de twee juridische kernmomenten bij het ontstaan van de individuele aanspraak op subsidie. De subsidieverlening zelf wordt behandeld in hoofdstuk 5, 6 en 7, de subsidievaststelling in hoofdstuk 9. De overige momenten zijn daarom heen te groeperen:
a. de fase vóór de subsidieverlening (hoofdstuk 3 en 4),
b. de fase tussen subsidieverlening en subsidievaststelling (hoofdstuk 8),
c. de fase na de subsidievaststelling (paragraaf 9.5 en hoofdstuk 10).

19. Dit geldt niet alleen voor subsidies à fonds perdu, maar ook voor garanties en leningen of kredieten.

De garantieverlening verschaft de wederpartij een aanspraak op een uitkering, indien deze onverhoopt bepaalde in de beslissing tot garantieverlening omschreven kosten maakt. Voor deze uitkering is nog een beslissing vereist voor de vaststelling of zich de in de beslissing tot garantieverlening omschreven omstandigheden hebben voorgedaan en wat de hoogte is van de onder de garantie vallende kosten en van de uiteindelijke uitkering. Dit geldt ook voor meer ingewikkelde situaties, waarin de garantie betrekking heeft op het verlies dat de wederpartij lijdt op aan derden verleende kredieten of garanties op aandelen genomen in het kapitaal van derden.

Ook bij kredietverlening komt een dergelijke tweefasenstructuur voor, althans als het gaat om projectfinanciering. Een voorbeeld vormt het technisch ontwikkelingskrediet. De daarop betrekking hebbende Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987 (Stcrt. 1986, 241) maakt onderscheid tussen de krediettoezegging aan het begin van het project en de kredietvaststelling nadat het project is afgerond (artikel 2 e.v., resp. artikel 20 e.v.). Na het laatste moment is de band tussen bestuur en bestuurde niet beëindigd, omdat de periode waarin het krediet wordt afgelost nog vele jaren in beslag kan nemen.

20. Het komt nogal eens voor dat subsidieverlening en subsidievaststelling samenvallen. De regelgever of de subsidieverlener maakt een dergelijke keuze, indien een dubbele toetsing niet nodig is. Bijvoorbeeld bij een symbolische aanmoedigingssubsidie waarvan de hoogte niet afhankelijk is van de precieze activiteiten van de subsidieontvanger.

De subsidieverlening die dan veelal *voor het begin* van de subsidiabele activiteiten wordt verricht, zal dan tegelijk subsidievaststelling zijn.

21. Daarnaast komt het voor dat *subsidieverlening eerst na afloop* van de subsidiabele activiteit plaatsvindt. Ook dan zal zij tevens subsidievaststelling kunnen zijn.

Het wordt in dergelijke gevallen voldoende geacht na het verrichten van de activiteiten te toetsen of ze subsidiabel zijn en tot welk bedrag. Deze overweging ligt ten grondslag aan het systeem van de Innovatiestimuleringsregeling (Stcrt. 1984, 185). Bij het opstellen van die regeling is er be-

wust voor gekozen om het aantal beslissingsmomenten te beperken tot één – in plaats van drie: subsidieverlening, voorschotverlening en subsidievaststelling – door te bepalen, dat de aanvraag om subsidie eerst na het verrichten van de subsidiabele activiteiten kan worden ingediend. Doel hiervan was, onder invloed van het streven naar deregulering, de uitvoeringskosten voor ondernemer en overheid en potentieel ook voor de rechter te beperken. Gezien het generieke – d.w.z. niet-selectieve – karakter van dit subsidie-instrument werd een toetsing voorafgaand aan het verrichten van de subsidiabele activiteiten niet voldoende zinvol geacht.

Bij een garantieregeling verwacht men dat er wel steeds twee beslissingsmomenten zullen zijn: garantieverlening en na afloop van de desbetreffende activiteiten vaststelling van de garantieuitkering. Dit ligt al opgesloten in de term "garantie". Toch is er ook een voorbeeld van een dergelijke regeling, die bewust slechts in één beslissingsmoment voorziet. Te weten na het lijden van het verlies dat dan voor 50% vergoed wordt: de Garantieregeling particuliere participatiemaatschappijen 1981 (Stcrt. 77). Ook hier geschiedde dat om de lasten voor de wederpartij, de participatiemaatschappij, en de overheid te beperken. Aldus zou de participatiemaatschappij snel en flexibel kunnen opereren. Bovendien was de verwachting dat op meer dan de helft van de participaties, die onder de reikwijdte van deze regeling zouden gaan vallen, door de participatiemaatschappij geen verlies zou worden geleden, zodat in die gevallen de garantieverleningsprocedure achteraf wellicht beschouwd moest worden als onnodige ballast.

22. De keuze voor de beperking tot een beslissing tot "subsidieverlening achteraf" moet uiteraard het resultaat zijn van afweging.

Veelbetekenend is dat er bij de voorbereiding van zowel de Innovatiestimuleringsregeling als de zojuist bedoelde Garantieregeling na de eenmaal gemaakte keuze voor subsidieverlening achteraf, door de potentiële subsidieontvangers aandrang werd uitgeoefend om toch op de een of andere wijze te voorzien in een "interpretatieve verklaring" voor of bij het begin van de activiteiten. Dit teneinde voldoende *zekerheid vooraf* te verkrijgen.

Beide regelingen voorzien daar echter niet in. Een dergelijke quasi-subsidie/garantieverlening werd geacht hetzij een te onduidelijke juridische figuur te zijn hetzij toch weer een volwaardige beschikking. In het laatste geval zouden een juridische binding en de mogelijkheid van Arob-voorzieningen kunnen ontstaan betreffende een niet voldoende grondig voorbereide beslissing.

23. Soms wordt *alleen in "subsidieverlening vooraf"* voorzien, omdat een systematische toetsing na afloop van de subsidiabele activiteit (a) niet nodig wordt geacht of (b) anderszins verzekerd is.

Een voorbeeld van (a) bieden de artikelen 9 en 42 juncto 45 Beschikking geldelijke steun huurwoningen 1975. Daaruit kan worden afgeleid dat "subsidieverstrekking" of "subsidietoekenning" vooraf plaatsvindt. Deze

vindt evenwel onder voorwaarden plaats, waartoe behoort de verplichting na afloop verslag uit te brengen (artikel 43), terwijl vervolgens ingevolge artikel 45 intrekking kan plaatsvinden indien deze voorwaarden of de ministeriële regeling zelf niet is nageleefd. Het komt mij voor dat hier als het ware in een stilzwijgende subsidievaststelling is voorzien: als alles goed is hoort de subsidieontvanger niets. Als hij onjuist heeft gehandeld, vindt intrekking plaats, waarvoor de regeling een onbeperkte termijn laat. Het behoeft geen betoog dat dit tekort doet aan de rechtszekerheid waarop de subsidieontvanger aanspraak mag maken in gevallen waarin niet eenvoudig en onbetwistbaar valt vast te stellen of aan de voorwaarden is voldaan.

Een voorbeeld van (b) wordt gevormd door artikel 32 juncto 56 van de Wet op de studiefinanciering (Stb. 1986, 252). Ook daarbij wordt niet voorzien in latere vaststelling, maar in de mogelijkheid tot intrekking van de beslissing tot subsidieverlening, ingeval op een later moment geconstateerd wordt dat de subsidieontvanger de subsidiabele activiteiten niet of niet op de voorgeschreven wijze heeft verricht. Het bezwaar hiervan is in beginsel dat een dergelijke constatering, nu niet voorzien is in subsidievaststelling na afloop van de subsidieperiode, van een toevallige ontdekking zou kunnen afhangen. Bij een "herhaal-subsidie" als studiefinanciering zal het met die toevalligheid echter wel meevallen omdat in de meeste gevallen de onjuistheid kan blijken bij de behandeling van de aanvraag over het volgende studiefinancieringstijdvak.

Conclusies

24. Het voorgaande brengt mij tot de volgende voorlopige conclusies. Bij het creëren van individuele subsidieaanspraken vinden meestal twee rechtshandelingen plaats, subsidieverlening vooraf en subsidievaststelling achteraf.

Het is denkbaar om te volstaan met een eenvoudiger systeem, waarin *subsidieverlening en subsidievaststelling samenvallen*. Op die wijze kunnen subsidieaanvrager en overheid lasten bespaard worden. Maar een dergelijke keuze moet zeer goed overwogen worden. Van deze samenval zijn twee vormen denkbaar.

Ten eerste door te volstaan met subsidieverlening en subsidievaststelling *vooraf*. Dit kan ertoe leiden dat er na afloop van de subsidiabele een rechtsonzekere situatie ontstaat, met name als nog allerlei voorwaarden blijven doorlopen en er een reële kans is dat nogal eens intrekking zal moeten plaatsvinden.

Ten tweede door te volstaan met subsidieverlening en subsidievaststelling *achteraf*. Dit schept niet een dergelijke rechtsonzekere situatie na de subsidieverlening. Maar wel kan dit te weinig zekerheid aan het begin van het traject geven, met mede als mogelijk gevolg dat de subsidieregeling een te weinig stimulerend effect heeft. Bovendien mist de overheid aldus de mogelijkheid de situatie voor de start van het project te vergelijken met de afloop en vooraf te sturen, wat veelal gewenst zal zijn.

25. Er is aldus, tenzij het gaat om zeer eenvoudige aangelegenheden, een sterke indicatie om in subsidieregelingen uitdrukkelijk te voorzien in subsidieverlening vooraf en subsidievaststelling achteraf.

Terwille van de eenvoud van het betoog wordt in de volgende hoofdstukken steeds van deze beslissingstructuur uitgegaan, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is aangegeven of anderszins evident is.

Subsidiebeëindiging

26. Het *derde kernmoment* bij de individuele subsidieverhouding is de beëindiging of wijziging. Beëindiging kan door diverse oorzaken plaatsvinden, die in hoofdstuk 10 nader aan de orde komen.

Ten eerste door nakoming door overheid en subsidieontvanger. Of door opzegging omdat juist geen nakoming heeft plaatsgevonden. Daarnaast heeft de afgelopen jaren, in een tijd van beperking van overheidsuitgaven, de beëindiging of vermindering van subsidiëring wegens veranderde omstandigheden overheden, subsidieontvangers en hun cliënten en werknemers sterk bezig gehouden.

Periodieke subsidieverlening

27. Tenslotte zij er nog op gewezen, dat in geval van langdurige subsidiëring soms subsidieverlening voor onbepaalde tijd plaatsvindt. Veelal echter wordt dan in jaarlijkse subsidieverlening of tenminste jaarlijkse subsidievaststelling voorzien.

Van het laatste bieden de Wet op de studiefinanciering en de Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging voorbeelden. Artikel 43 van laatstgenoemde regeling bepaalt, dat jaarlijks twee maanden voor het begin van het subsidiejaar een subsidieaanvraag moet worden ingediend. Ingevolge artikel 36 deelt de minister dan jaarlijks voor het begin van het subsidiejaar door middel van een budgetberekening mee welk maximum subsidiebudget dat jaar voor de instelling beschikbaar is.

Het voordeel van een dergelijke opzet met een zo helder beslissingsmoment is, dat het de overheid een goed sturingsinstrument verschaft en de instelling zekerheid vooraf.

Of het ingeval de overheid de subsidiëring wil stopzetten, ook uitmaakt of de subsidie voor onbeperkte tijd dan wel periodiek is verleend, is echter nog maar de vraag. Ook bij periodieke subsidieverlening, die reeds jarenlang is herhaald, eist die langdurige betrokkenheid van de subsidieverlener bijzondere zorgvuldigheid bij het beëindigen of in ongunstige zin wijzigen van de subsidieverhouding. Zie daartoe hoofdstuk 10.

1.3 Overige fasen en beslissingsmomenten

a. Fase voor de subsidieverlening

28. De subsidieverlening doet voor de subsidieontvanger een aanspraak op subsidie ontstaan. Het is daarmee een cruciaal moment in de subsidieverhouding tussen overheid en aanvrager.

De subsidieverlening zal vrijwel nooit uit de lucht komen vallen. Vrijwel altijd zal er enige vorm van beleidsvorming aan vooraf gegaan zijn. De meest pregnante vorm daarvan is de Grondwet (bijvoorbeeld artikel 23) of een formele wet die regelt in welke gevallen en hoe aanspraken op subsidie kunnen ontstaan en wat de inhoud van die aanspraken zal zijn. Een uitwerking daarvan zal men in gedelegeerde wetgeving kunnen vinden.

Daarnaast wordt de basis voor subsidieaanspraken soms gelegd in zelfstandige amvb's en bijzonder vaak – vooral op rijksniveau – in beleidsregelingen. Belangrijk op subsidieterrein zijn voorts de plannen en programma's, waarvan de inhoud kan variëren van het uiteenzetten van de hoofdlijnen van het subsidiebeleid tot het heel concreet verlenen van individuele aanspraken. In het laatste geval vindt via het subsidieprogramma subsidieverlening plaats.

29. Deze beleidsvorming die voorafgaat en vooraf behoort te gaan aan de eigenlijke subsidieverlening is natuurlijk uiterst belangrijk. Het is de manier voor de overheid om verantwoord beleid te voeren.

De doeltreffendheid en doelmatigheid van de besteding van overheidsgelden eisen prioriteitenstelling en mede daarom samenhang bij de verlening van subsidies, alsmede het verschaffen van inzicht in de beleidsvoornemens aan de te stimuleren doelgroep. Door die voorafgaande beleidsvorming kan veelal ook de vereiste mate van rechtszekerheid en van gelijke behandeling het beste worden gewaarborgd. Tenslotte eist de controleerbaarheid van het beleid dat dit duidelijk en in samenhangende vorm kenbaar is.

De cruciale plaats van deze "voorafgaande beleidsvorming" zal in het preadvies van Hirsch Ballin aan de orde komen. Deze beleidsvorming wordt in dit preadvies slechts belicht voor zover dat nodig is om de relatie met de eigenlijke subsidieverlening enigermate bloot te leggen. Te vaak is deze duister. Zie paragraaf 3.2.

30. Eveneens gaan aan de eigenlijke subsidieverlening soms "geïndividualiseerde beleidsvoornemens" vooraf: de aankondiging dat subsidieverlening, -verhoging, -vermindering of -beëindiging zal gaan plaatsvinden. Deze aankondigingen zijn uiterst belangrijk voor een doeltreffende en zorgvuldige beleidsuitvoering. Ze worden aangestipt in paragraaf 3.3.

31. Een heel ander type handelingen die aan de eigenlijke subsidieverlening voorafgaan zijn afzonderlijke verklaringen, waarbij slechts vastgesteld en uitgesproken wordt dat de subsidieontvanger of zijn voorgenomen activiteiten aan bepaalde eisen voldoen. Bij die verklaring wordt geen subsidie verleend. Zij is een van de vereisten voor aanspraak op subsidieverlening. De hier bedoelde verklaringen worden vaak als "erkenning" of als "verklaring" aangeduid. Zie nader paragraaf 3.4.

b. De eigenlijke subsidieverlening

32. Het creëren van de individuele subsidieverhouding tussen overheid en aanvrager is cruciaal. Daarom valt het zo op, dat deze fase in de besluitvorming vaak onduidelijk geregeld is. Ik heb het hierbij nog niet eens zozeer over de indiening en behandeling van de aanvraag (hoofdstuk 4), maar vooral over de beslissing zelf. Wie is daartoe bevoegd? De gemeenteraad of B en W? De betreffende minister of een bank die de regeling uitvoert? In hoeverre is het geoorloofd en aanvaardbaar het uitwerken en bekendmaken van de beslissing op de aanvraag, die de bevoegde instantie zelf heeft genomen, over te laten aan een uitvoeringsinstantie?

Ten aanzien van deze kwesties bestaat bij de betrokkenen niet alleen vaak rechtsonzekerheid over wat geoorloofd is, maar ook over wat er in de juridische werkelijkheid gebeurt. Dat geldt in het bijzonder bij garantieverlening. Deze kwesties leveren zoveel problemen op, terwijl het om een zo cruciaal moment van de subsidieverhouding gaat, dat daaraan een afzonderlijk hoofdstuk 7 gewijd is.

Daarna worden in hoofdstuk 7 eisen besproken die aan de inhoud van de beslissing op de aanvraag moeten worden gesteld. Gezien het cruciale karakter van die beslissing dienen aan die beslissing hoge eisen te worden gesteld, waaraan in de praktijk niet altijd blijkt te worden voldaan. Dit mede doordat zo vaak ten aanzien van wat in wezen standaardkwesties zijn, het wiel opnieuw uitgevonden wordt en ook wel moet worden uitgevonden waar algemene regelingen terzake ontbreken.

33. Mede voor de vraag welke eisen ten aanzien van de inhoud van de beslissing op de aanvraag gelden of zouden moeten gelden, is van belang wat het rechtskarakter van de beslissing tot subsidieverlening en van de daaruit voortspruitende rechtsverhouding is. Gaat het steeds om een beschikking of soms om een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke overeenkomst? In de praktijk bestaat er op dit punt bijzonder veel onduidelijkheid, zowel wat betreft de juiste juridische kwalificatie als de juridische betekenis daarvan. Het is van cruciaal belang om daarover juist bij subsidies meer duidelijkheid te verkrijgen. Dat wordt in hoofdstuk 6 nagestreefd.

c. Tussen subsidieverlening en subsidievaststelling

34. De beslissing op de aanvraag behoeft uitvoering. Dat is vooral bij een positieve beslissing van betekenis.

Soms is nog voorzien in het afsluiten van een nadere overeenkomst of eenzijdige uitvoeringsbeslissing waarbij nadere voorwaarden worden vastgesteld die aan de subsidieverlening worden verbonden.

Voorts is nogal eens voorzien in toezicht of controle bij de uitvoering. De uitvoeringsinstantie kan bij de subsidieontvanger boeken- en ander onderzoek doen en eventueel nadere aanwijzingen geven. De subsidieontvanger dient bij meer ingewikkelde of omvangrijke activiteiten periodiek te rapporteren.

Dit toezicht kan ertoe leiden dat, ook voordat subsidievaststelling heeft plaatsgevonden, wegens niet nakomen van de subsidievoorwaarden of wegens veranderde omstandigheden de subsidieverhouding gewijzigd of beëindigd wordt. Zie paragraaf 10.4 en 10.5.

Ten slotte is zeer vaak voorzien in de verlening van voorschotten in deze tussenfase tussen subsidieverlening en subsidievaststelling. Deze worden dan bij de subsidievaststelling of bij voortijdige subsidiebeëindiging uiteraard verrekend.

d. De fase na subsidievaststelling

35. Bij sommige subsidies wordt de subsidieverhouding door subsidievaststelling en de daaruit voortvloeiende afrekening beëindigd.

Vaak is dit niet het geval. Bij duurzame subsidies zal meestal periodiek subsidievaststelling plaatsvinden. Daarna loopt de subsidieverhouding door, hetzij automatisch omdat de subsidie voor onbepaalde tijd is verleend, hetzij ingevolge de periodieke subsidieverlening.

Ook bij subsidies voor een bepaald project kan er lang na de subsidievaststelling een rechtsverhouding blijven bestaan, bijvoorbeeld als de subsidieontvanger verplichtingen op zich genomen heeft aangaande de bestemming van een met de subsidie bekostigde zaak.

Bij kredietverlening, ook als deze ten behoeve van een bepaald project plaatsvindt, blijft na vaststelling van het precieze kredietbedrag nog jarenlang een rechtsverhouding bestaan. In ieder geval terzake van aflossing en rentebetaling. Zie hierover paragraaf 9.5.

36. Als zo'n subsidieverhouding na de subsidievaststelling blijft bestaan, doet zich uiteraard weer de vraag voor in hoeverre bij niet-nakoming of veranderde omstandigheden beëindiging of wijziging van de subsidieverhouding kan plaatsvinden, dan wel of andere sancties mogelijk zijn. Dat komt aan de orde in de eerder vermelde paragrafen 10.4 en 10.5.

1.4 Elementen van wederkerigheid in subsidieverhoudingen

37. Er bestaat een grote variëteit in subsidieverhoudingen. Kenmerkend is steeds dat de overheid een prestatie harerzijds in het vooruitzicht stelt met het oog op de activiteiten van de aanvrager en onder de voorwaarde dat deze op de "overeengekomen" wijze worden verricht: voor wat hoort wat.

Bij andere vormen van overheidsoptreden, bijvoorbeeld bij een te betalen belasting- of premieaanslag, ligt dat anders. Deze rechtshandeling is typisch eenzijdig, terwijl de daaruit voortspruitende rechtsverhouding in beginsel slechts voor een partij prestatieverplichtingen met zich lijkt mee te brengen. Dat neemt niet weg dat zelfs in dit geval beide partijen over en weer gehouden zijn tot zorgvuldigheid bij de uitoefening van hun rechten resp. de vervulling van hun verplichtingen.

Andere eenzijdige rechtshandelingen leiden tot rechtsverhoudingen, die prestatieverplichtingen voor beide partijen inhouden. Bijvoorbeeld de oproep voor het vervullen van dienstplicht. Voor zover het om militaire dienstplicht gaat, leert het fameuze arrest-Dienstplichtige De Boer (HR 13 november 1936, NJ 1937, 182) ons reeds – in de woorden van het Hof –: "dat de Staat (. . .) den dienstplichtige verschaft lichamelijke verzorging in uitgebreiden zin, waarop niet alleen de dienstplichtige recht heeft, doch welke hij krachtens de wet verplicht is te aanvaarden".

Dat de aanstelling tot ambtenaar en de vergunning waaraan voorschriften verbonden zijn – na voorafgaande of volgende aanvaarding – tot prestatieplichten aan beide zijden leiden, is evident.

38. Wellicht is het dus niet zo bijzonder om te constateren dat de subsidieverhouding elementen van wederkerigheid bevat.

Toch is die constatering wel van belang. Want in sommige verhoudingen is die wederkerigheid zo sterk aanwezig en acht de overheid zich zo afhankelijk van het verrichten van de subsidiabele activiteiten, dat zij er behoefte aan heeft het verrichten daarvan rechtstreeks – dus anders dan via de dreiging met subsidiebeëindiging – te kunnen afdwingen. Teneinde dat op onbetwistbare wijze te bereiken, sluit zij dan een – duidelijk als zodanig kenbare – overeenkomst met de subsidieontvanger. Niet alleen roept dit de vraag op welke rechtsregels dan van toepassing zijn of zouden moeten zijn. Maar ook rijst de vraag of, als in dergelijke subsidieverhoudingen niet uitdrukkelijk de overeenkomstvorm is gekozen maar slechts de eenzijdige rechtshandeling van de overheid tot subsidieverlening zichtbaar is, dat uitmaakt.

Bij dit soort subsidieverhoudingen ontstaat sterk de gedachte aan de overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten of inzake de aanneming van werk. Het ligt voor de hand dat dit van invloed is en moet zijn op de inhoud van de toepasselijke rechtsregels.

39. In andere subsidieverhoudingen is de overheid veel minder afhanke-

lijk van het verrichten van de subsidiabele activiteiten door de *betreffende* subsidieontvanger. Bijvoorbeeld bij studiefinanciering en subsidies voor warmte- of geluidsisolatie. De afhankelijkheid zal dan veelal eerder aan de zijde van de subsidieontvanger bestaan. De overheid zal er dan geen enkele behoefte aan hebben de nakoming af te dwingen, nog daargelaten de reële mogelijkheid daartoe.

Dat neemt niet weg dat ook in deze gevallen aan beide zijden een soort voorwaardelijke prestatieplichten ontstaat. De juridische betekenis daarvan doet echter veel minder dan de in nr. 38 bedoelde subsidieverhoudingen denken aan de rechtsverhouding die ontstaat door de uit het privaatrecht bekende wederkerige overeenkomst. Dat zal invloed hebben en moeten hebben op de toepasselijke rechtsregels.

40. Het subsidierecht – en dan denk ik niet alleen aan de afzonderlijke subsidieregelingen, maar ook aan de algemene regels – dient te worden toegesneden op de werkelijke aard van deze diverse subsidieverhoudingen. Immers wanneer "het inzicht juist is, dat het recht moet worden beschouwd als een aspect van het maatschappelijk gebeuren, dan zullen ook mede aan dat maatschappelijk gebeuren de criteria moeten worden ontleend voor in het recht te hanteren onderscheidingen en voor de op basis daarvan te vinden oplossingen" (J. van der Hoeven[4]).

Het ligt voor de hand daarbij acht te slaan op rechtsgebieden waarop meer uitgewerkte regels bestaan, zoals het privaatrecht, het belastingrecht en het sociaal verzekeringsrecht, die inspiratie kunnen geven bij het zoeken naar de juiste rechtsregels.

1.5 Terminologie

41. Nu de *subsidieverlening* zo'n cruciaal moment vormt in de subsidieverhoudingen, is het belangrijk dienaangaande een duidelijke en uniforme terminologie te hanteren. Daar mankeert het nogal eens aan.

Daardoor is helaas lang niet altijd eenvoudig te herkennen of een beslissing tot subsidieverlening strekt. De gekozen benaming en de inhoud van de beslissing verschaffen daarover niet zelden onvoldoende duidelijkheid. Die onduidelijkheid komt onder meer voort uit onvoldoende besef bij de regelgever of de uitvoerende instantie van de precieze juridische betekenis van de diverse beslissingsmomenten terzake van subsidiëring of uit de voorkeur na de beslissing op de aanvraag de handen wat vrij te houden.

42. De beslissing tot subsidieverlening is het duidelijkst te herkennen, als zij uitdrukkelijk als zodanig wordt aangeduid en aan de aanvrager meegedeeld en bovendien concreet aangeeft welke aanspraken en voorwaarden gecreëerd worden.

De benaming *verlening* verdient de voorkeur, omdat zij – net als bij-

voorbeeld bij de verlening van vergunningen, ontheffingen, verlof, ridderorden etc. – zo duidelijk maakt dat de beslissing een recht creëert. De veel gehanteerde term subsidie*toekenning* verschaft weliswaar dezelfde duidelijkheid, maar de eenvormigheid in juridische terminologie pleit meer voor "verlening". Ook bij bijzondere vormen van subsidies als kredieten en garanties past de term verlening beter en is zij ook gebruikelijker dan de term toekenning.

In veel regelingen wordt bepaald dat subsidie *verstrekt* kan worden. Vaak wordt deze term dan in dezelfde regeling in afwisseling – waarvan de ratio niet te doorgronden is – met "verlening" of "toekenning" gebruikt en kennelijk als synoniem van die termen. De term "verstrekking" zou natuurlijk als algemene term gekozen kunnen worden in plaats van verlening. Maar zij is minder helder. Verlening duidt duidelijk op het creëren van een aanspraak. Bij verstrekken is minder duidelijk of daarmee tevens of zelfs alleen het effectueren van die aanspraak – dus het uitbetalen – wordt bedoeld. In een regeling kan dat verwarring geven, zeker als de term dan naast verlening of toekenning wordt gebruikt. Te prefereren valt daarom de term verlening voor het creëren van de aanspraak en de term uitbetaling voor het effectueren van die aanspraak.

43. In veel regelingen wordt de positieve beslissing op de subsidieaanvraag als subsidie*toezegging* betiteld. Dat is verwarrend, omdat in het bestuursrecht in het algemeen een vrij scherp onderscheid tussen toezeggingen en beschikkingen wordt gemaakt. De beschikking creëert een recht – op uitbetaling of om iets te doen dat zonder vergunning verboden is –, de toezegging een gerechtvaardigde verwachting dat een gunstige beschikking zal worden gegeven, met andere woorden dat er een beslissing zal worden genomen die het begeerde recht zal creëren.

Aangezien de subsidietoezegging die in de beslissing op de aanvraag is vervat, in het algemeen wel degelijk tot strekking heeft een aanspraak – zij het onder voorwaarden – op subsidie te creëren,[5] is het duidelijker haar als subsidieverlening aan te duiden. Te meer daar in de praktijk aan deze als subsidietoezegging betitelde beslissing op de aanvraag niet zelden ook nog een subsidietoezegging in de gebruikelijke zin voorafgaat, al dan niet voorafgaand aan de indiening van de aanvraag.

44. Nog groter zijn de bezwaren tegen termen als "*voorlopige* toekenning" of "*principe*-toekenning", die men in nogal wat regelingen aantreft. Deze termen geven te zeer een associatie van vrijblijvendheid, die niet past bij een beslissing op de subsidieaanvraag. Veelal is die vrijblijvendheid door de regelgever of uitvoerende instantie ook helemaal niet beoogd. Ik meen dat deze termen niet meer moeten worden gehanteerd. Ze versluieren de rechtswerkelijkheid en geven nodeloze rechtsonzekerheid.

Als het oogmerk bestaat om op de aanvraag een beslissing te geven die nog een ruime toetsingsmogelijkheid bij de subsidievaststelling laat, dan

ware dat niet door de voorvoegsels "voorlopig" of "principe" tot uitdrukking te brengen, maar door in de beslissing tot subsidieverlening concreet te omschrijven op welke punten bij de subsidievaststelling – eventueel opnieuw – getoetst zal worden. Zie hoofdstuk 7. Op die wijze kan het juiste evenwicht tussen rechtszekerheid en de eventueel vereiste flexibiliteit worden verkregen.

45. Soms wordt de term subsidieverlening gebruikt ter aanduiding van het gehele traject bestaande uit (a) beslissing op de aanvraag, (b) toezending van de beslissing en zonodig het stellen van nadere voorwaarden (c) verlening en uitbetaling van voorschotten en (d) subsidievaststelling. Aldus bijvoorbeeld artikel 6 van de in nr. 138 weergegeven subsidieverordening van Voorburg.

Hoewel een dergelijke definitiekeuze uiteraard denkbaar is, meen ik dat zij ontraden moet worden. De term verlening heeft als zij zo veel beslissings- en uitvoeringsmomenten omvat, geen eigen juridische betekenis. Dan compliceert zij het begrippenapparaat nodeloos. Desgewenst kan ter aanduiding van het gehele traject als verzamelterm *"subsidiëren"* worden gebruikt.

46. Het is niet gewaagd de beslissing tot subsidieverlening te zien als een *aanbod*, daargelaten of daarbij het voorvoegsel publiekrechtelijk of privaatrechtelijk hoort.

Soms wordt de beslissing op de subsidieaanvraag uitdrukkelijk als zodanig geconstrueerd: artikel 11, derde lid, Regeling steun aan individuele bedrijven (Stcrt. 1980, 50). Het aanbodkarakter wordt daarin benadrukt door de bepaling dat de financiële steun eerst ter beschikking wordt gesteld – bedoeld is, mede gelet op artikel 12, tweede lid, uitbetaald[6] – indien de aanvrager binnen een door de minister gestelde termijn via een schriftelijke verklaring "de financiële steun onder de gestelde voorwaarden aanvaardt". Voorts bepaalt artikel 12, vijfde lid, dat de minister zijn beslissing, zolang deze verklaring niet is ontvangen, op grond van gewijzigde omstandigheden kan herroepen.

Ook in subsidieregelingen die niet het privaatrechtelijk aandoende begrip aanbod hanteren, maar de term krediettoezegging, wordt soms een verwante constructie gehanteerd. Zo bepaalt artikel 15 Regeling technisch ontwikkelingskrediet 1987 (Stcrt. 1986, 241), dat de krediettoezegging vervalt indien de ondernemer "niet binnen een door de minister te bepalen termijn een schriftelijke verklaring heeft ingezonden, waarin hij het krediet met inbegrip van alle bij of krachtens deze regeling gestelde voorschriften aanvaardt".

Daargelaten op deze plaats wat precies de betekenis is van de bepalingen over de uitdrukkelijke aanvaarding door de aanvrager en het vervallen van de beslissing op de aanvraag indien de aanvaarding niet tijdig en op de juiste wijze plaatsvindt, is het wel duidelijk dat het kredietaanbod resp. de

krediettoezegging de overheid bindt. Zij creëren een aanspraak op subsidie, zij het onder de – ontbindende – voorwaarde dat de aanvrager tijdig uitdrukkelijk aanvaardt. Men moet wel aannemen, juist omdat uitdrukkelijk een termijn voor aanvaarding gesteld is, dat het aanbod of de toezegging gedurende die termijn bindt. Het publiekrechtelijke rechtszekerheidsbeginsel brengt dat met zich mee. Als men zou menen dat hier het privaatrecht van toepassing is, dan geldt hetzelfde: artikel 6.5.2.2 NBW.

Gezien de gecreëerde aanspraak op subsidie is er geen reden in deze gevallen de in nr.42 bepleite term verlening – t.w. kredietverlening – minder juist te achten dan de in de beide regelingen gehanteerde termen "aanbod" en "toezegging". Het zou de eenheid en daarmee de helderheid in het bestuursrecht ten goede komen ook in deze gevallen de term "verlening" te hanteren.

Na deze vogelvlucht over de onderwerpen die nader aan de orde komen in de hoofdstukken 3-10, wordt in hoofdstuk 2 het begrip subsidie onder de loep genomen.

Noten

1. Zie voor een ministeriële ontboezeming over de normerende werking van de Arob-jurisprudentie en over de sterk toegenomen inschakeling van juristen bij subsidiebeslissingen de brief van de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 17 februari 1987, Kamerstukken II, vergaderjaar 1986 – 1987, 19700 hoofdstuk XVI, nr. 136, blz. 2.
2. Een recent voorbeeld van het daardoor tussen wal en schip vallen geven Pres. Rb. 23 juni 1987, K.G. 1987, 303, AB 1988, 98 m.n. B.W.N. de Waard en AR 11 november 1987, nr. R 01.87.1784/Sp. 216, NJB 1987, blz. 1429 inzake Appels/EZ.
3. Zie o.m. de inleiding van J.B.M. Vranken op de themamiddag "Bestuursrecht en Nieuw BW" aan de Katholieke Universiteit Brabant (27 november 1987). Het verslag van deze themadag zal ongeveer 1 mei 1988 verschijnen.
4. De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in: *Honderd jaar rechtsleven,* Zwolle, 1970, blz. 219.
5. Bijvoorbeeld artikel 11 juncto 13 en 14 Investeringspremieregeling regionale projecten 1986 (Stcrt. 33).
6. De overeenkomende bepaling in de Regeling herstelfinanciering 1984 (Stcrt. 50, artikel 19, eerste lid, aanhef en onder a) spreekt van effectueren van de toezegging van herstelfinanciering.

2 Subsidie: begrip en vormen

2.1 Inleiding

47. Om het begrip "subsidie" – overheidssubsidie – op een echt heldere wijze te definiëren is niet eenvoudig. Dat komt in de eerste plaats doordat het een verschijnsel is, dat in zoveel vormen voorkomt. In de tweede plaats blijkt het lastig subsidiëring goed af te bakenen tegenover andere vormen van financiële overdrachten door de overheid. In de derde plaats vindt veel subsidiëring op versluierde wijze plaats. Velen zullen terecht menen dat ook deze de aandacht van economen, juristen en de bewakers van de overheidsfinanciën behoeven. Anderzijds vat, zodra mensen uit deze disciplines het verschijnsel concreet in kaart willen brengen, bij hen al gauw de opvatting post dat deze versluierde of vermomde subsidies te ongrijpbaar zijn om ze goed te kunnen traceren en reguleren.

Deze factoren leiden ertoe, dat iedere omschrijving, die enigermate hanteerbaar lijkt, veelal niet in alle opzichten geheel recht lijkt te doen aan de gecompliceerde werkelijkheid, en andersom. Deze spanning is waarschijnlijk niet geheel op te lossen. Dat neemt niet weg dat, als men juridisch, economisch of beleidsmatig enigermate greep op het verschijnsel wil krijgen, een – werkbare – definitie onmisbaar is.

Het is niet verrassend, dat in de loop der jaren er verschillende definities van het begrip subsidie ontworpen zijn. Zie paragraaf 2.2.

Belang van de begripsomschrijving van subsidie

48. Bij de toepassing van vele specifieke wetten en regelingen, die over geldelijke uitkeringen handelen en ter aanduiding daarvan een grote variëteit aan benamingen gebruiken – bijdrage, tegemoetkoming, vergoeding, premie, steun, bijzondere steun, ondersteuning, subsidie, krediet, lening, garantie, bekostiging, financiering, etc. – heeft die benaming veeleer informatieve en beleidsmatige dan juridische betekenis.

Voor de betrokkenen is dan veelal niet zozeer een van deze aanduidingen belangrijk. Noch of de geldelijke aanspraak een subsidie betreft of een andere vorm van geldelijke overdracht: vergoeding van kosten wegens te leveren diensten, vergoeding van geleden of te lijden schade dan wel een uitkering wegens ziekte, invaliditeit of om in de kosten van het bestaan te voorzien. Veeleer is het in deze gevallen voor het bestuursorgaan en diens weder-

partij slechts van belang *waartoe* zij over en weer gerechtigd en gehouden zijn.

49. Men kan verwachten dat in meer *algemene* regelingen, die niet concreet omschreven aanspraken regelen, de precieze inhoud van het begrip subsidie wel van belang is.

Dat is bijvoorbeeld het geval in die gemeenten of provincies waarin bij subsidieverordening in heel algemene zin geregeld wordt hoe een aanvraag om subsidie – voor welke activiteit dan ook – moet worden ingediend, wat de behandelingsprocedure is, wie bevoegd is op de aanvraag te beslissen, welke standaardvoorwaarden aan de subsidieverlening worden verbonden of welke de mogelijkheden en procedures van beëindiging zijn. Dan is het uiteraard essentieel voor overheid en burger of de uitkering die gevraagd of verleend is, als subsidie of als een andere financiële overdracht aangemerkt moet worden.

Men vindt dan inderdaad begripsomschrijvingen van subsidie, bijvoorbeeld simpelweg: "de financiële steun van de gemeente aan een instelling", die werkzaam moet zijn op het terrein van zorg, educatie, recreatie of emancipatie.[1] Of: "de geldelijke of in geld waardeerbare bijdrage van de gemeente aan een instelling of persoon voor het zonder winstoogmerk uitvoeren van omschreven activiteiten op het terein van het specifiek welzijn".[2]

Evenzeer van belang is een duidelijke en werkbare begripsafbakening indien terzake van dergelijke kwesties een regeling in de Algemene wet bestuursrecht wordt getroffen (hierna af te korten tot AWB).

50. Ook in regelingen, waarin in heel algemene zin subsidieverlening *aan banden* wordt gelegd, is het voor die regelingen toepasselijke begrip subsidie uiteraard essentieel.

Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan art. 92 EEG-Verdrag. "Steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd" zijn verboden, als ze de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen. Niet verboden zijn de in het tweede en derde lid vermelde uitzonderingscategorieën steunmaatregelen van sociale aard aan individuele gebruikers en steunmaatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen e.d. Een definitie van "steun" vindt men in deze regeling niet. Men moet daarvoor derhalve te rade gaan bij de praktijk van de Europese Commissie en het Hof van Justitie in Luxemburg.[3] Binnenkort wordt bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend, dat beoogt de subsidieverlening ten laste van de begroting van het Ministerie van Economische Zaken aan banden te leggen, door voor subsidieverlening in het algemeen een grondslag in een algemene maatregel van bestuur te eisen. Dit wetsvoorstel Kaderwet verstrekking financiële middelen EZ geeft als definitie van "verstrekking van financiële middelen" in artikel 1: "de al dan niet voorwaar-

delijke toezegging of terbeschikkingstelling van financiële middelen, anders dan als betaling voor goederen of diensten of ter voldoening aan een verplichting tot schadevergoeding" welke financiële verstrekking, blijkens de artikelen 2 en 4 "al dan niet voorwaardelijk, ten laste komt van het hoofdstuk van de begroting van de uitgaven van het Rijk van het Ministerie van Economische Zaken".

51. Over een tweetal andere regelingen omtrent subsidiëring is, omdat ze zo bekend zijn, in dit verband nog een enkele opmerking te maken.

In de eerste plaats het bekende Kb van 27 juli 1950 (Stb. K 320), dat een algemene bevoegdheid tot subsidiëring aan de afzonderlijke ministers delegeert. Artikel 1 spreekt in een adem van de verlening van "subsidiën, bijdragen, vergoedingen, schadeloosstellingen, gratificatiën en andere geldelijke uitkeringen. Een definitie van subsidie vindt men hier niet. Dat lijkt ook niet zo belangrijk, omdat het artikel niet alleen over subsidies maar heel in het algemeen over geldelijke uitkeringen handelt, ook bijvoorbeeld over schadeloosstellingen.

Een beperking tot subsidies beoogde wel artikel 5, onder k, Wet beroep administratieve beschikkingen (Stb. 1963, 268) dat van het algemene beroepsrecht terzake van beschikkingen dat die wet introduceerde, uitzonderde beschikkingen aangaande "geldelijke uitkeringen onder de naam tegemoetkoming, subsidie, garantie, crediet of hoe dan ook" (tenzij zowel de verschuldigdheid als de hoogte bij of krachtens een algemeen verbindend voorschrift waren bepaald). Uit de geschiedenis van die wet blijkt niet van twijfel over wat daar nu precies onder begrepen moest worden, terwijl de term "geldelijke uitkering" waar het in artikel 5, onder k – gezien de woorden "of hoe dan ook" – om draaide niet geheel voor zich spreekt. Tot jurisprudentie heeft artikel 5, onder k, nauwelijks aanleiding gegeven.

52. Voorts ware nog te wijzen op een andere, komende, wettelijke bepaling inzake subsidies, t.w. het voorgestelde artikel 80, eerste lid, onder c, d en e, Comptabiliteitswet 1976.[4] Dit artikel zal een uitgebreide regeling inzake de controlebevoegdheden van de Algemene Rekenkamer bevatten, onder meer inzake "rechtspersonen, commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma waaraan de Staat of een derde voor rekening en risico van de Staat rechtstreeks of middellijk een subsidie, lening of garantie heeft verleend". Ingevolge het voorgestelde zestiende lid zal het artikel niet van toepassing zijn op openbare lichamen als provincies, gemeenten, waterschappen, PBO-lichamen en Kamers van Koophandel en Fabrieken.

53. Belangrijk zijn het Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken "Orde in de regelgeving" (Staatsuitgeverij 1985) en het kabinetsstandpunt daaromtrent van 6 juli j.l.[5] Belangrijk omdat de Commissie het de taak van de formele wetgever acht terzake van rijkssubsidies ten-

minste een uitdrukkelijke basis voor subsidieverlening en het stellen van voorschriften te creëren en ten aanzien van bestendig gebleken subsidiebeleid de hoofdlijnen zelf vast te leggen (blz. 26 en 48). Het kabinet gaat in dezelfde richting.[6] Het acht het voor de hand te liggen "bepaalde formele voorschriften die betrekking hebben op de wijze van subsidieverlening in het algemeen te regelen in de komende Algemene wet bestuursrecht" (blz. 11).

Erg duidelijk over het object van wettelijke regulering zijn de Commissie en het kabinet niet. De Commissie wetgevingsvraagstukken, naar haar voorzitter J.M. Polak als de Commissie-Polak aangeduid, hanteert op blz. 25 het begrip subsidie uitdrukkelijk als verzamelterm voor "geldelijke steun in de een of andere vorm (. . .) subsidies, premies, kredietgaranties, rente-subsidies, uitkeringen in geval van bedrijfsbeëindiging, enzovoorts (. . .) aan burgers, organisaties of bedrijven". Op blz. 48 spreekt de Commissie naast subsidies ook over uitkeringen of ondersteuningen. Waarschijnlijk doelt de Commissie hierbij op sociale uitkeringen gezien de opmerking, dat burgers hiervan volledig of in aanzienlijke mate afhankelijk zijn ter verwerving van hun inkomen.

Een heldere begripsafbakening was in de globale standpuntbepaling van Commissie en kabinet nog niet echt nodig. De Algemene wet bestuursrecht zal zich in een algemene regeling van subsidiëring een dergelijke terughoudendheid niet kunnen permitteren.

54. Het voorgaande moge niet alleen aantonen dat het geldend recht geen duidelijkheid verschaft over een meer algemeen begrip subsidie. Maar tevens dat de inhoud van het begrip en de te geven begripsomschrijving – uiteraard – mede bepaald worden door het kader waarin en doel met het oog waarop zij gehanteerd worden. De te geven begripsomschrijving dient zo goed mogelijk op dat doel afgestemd te worden.

Het doel van de preadviezen van Hirsch Ballin en van mij is enige rechtsstatelijke aspecten van subsidieverhoudingen te belichten. Daarbij gaat het in het preadvies van mijn medepreadviseur vooral om de vraag in hoeverre voor subsidiëring een wettelijke grondslag vereist is en welke eisen bij subsidiëring gesteld kunnen worden, terwijl in het onderhavige preadvies bezien wordt hoe de diverse fasen van het ontstaan, voortzetten en tenietgaan van subsidieverhoudingen juridisch ingericht zouden moeten worden.

Het is tegen die achtergrond dat in paragraaf 2.3 e.v. een begripsomschrijving van subsidiëring wordt gegeven. Bij deze begripsomschrijving staat derhalve niet voor ogen met behulp daarvan een goede taakafbakening tussen administratieve en burgerlijke rechter te geven. Dat is een zaak die afzonderlijk ware te bezien, mede in verband met andere vormen van overheidsbemoeienis.

55. Aan de begripsomschrijving in paragraaf 2.3 gaat een overzicht van

begripsomschrijvingen van anderen vooraf. Zij zijn illustratief voor de definitieproblemen en verschaffen veel nuttige informatie.

De verdere indeling van dit hoofdstuk is als volgt:

2.2 Enige begripsomschrijvingen van anderen.
2.3 Vier elementen.
2.4 Geldelijke of op geld waardeerbare overdracht?
2.5 Geen gelijkwaardige tegenprestatie.
2.6 Ten laste van de openbare middelen komend.
2.7 Ter gerichte beïnvloeding van activiteiten van particuliere producenten of consumenten.

2.2 Enige begripsomschrijvingen van anderen

56. Hoewel het doel van andere begripsomschrijvingen van subsidie niet altijd hetzelfde behoeft te zijn als het doel in onze preadviezen, lijkt het gezien de moeilijkheden bij en het belang van een juiste begripsomschrijving gewenst enige door anderen gegeven begripsomschrijvingen – naast de in paragraaf 2.1 vermelde – hier weer te geven.

57. In hun baanbrekende economische en juridische preadvies voor de Belgische en Nederlandse Instituten voor Bestuurswetenschappen in 1952 (Bestuurswetenschappen, blz. 118) definiëren *Hartog* en *Van Poelje* als volgt: "geldelijke bijdragen van gezagsorganen, hetzij aan particuliere instellingen, hetzij aan publieke instellingen, welke ressorteren onder de eerstgenoemde gezagsorganen, ter financiering van lopende uitgaven ten bate van bepaalde activiteiten". Zij beogen daarmee zich zo dicht mogelijk bij het toenmalige spraakgebruik aan te sluiten en de grens vrij eng te trekken teneinde het terrein van onderzoek niet al te ruim te maken.

De term "geldelijk" is opgenomen om verstrekkingen in natura, het verrichten van diensten zonder betaling of onder de kostprijs en aankopen tegen hogere dan normale prijzen, buiten beschouwing te laten, hoewel deze economisch gezien niet van geldelijke subsidies kunnen worden onderscheiden. De preadviseurs van 1952 beperken zich derhalve tot "openlijke subsidies".

Via de term "bijdrage" sluiten zij geldelijke tegenprestaties vanwege de overheid in tweezijdige, commerciële transacties uit. Daarmee worden niet subsidies onder voorwaarden uitgesloten, omdat die niet als betaling wegens dienstverrichting kunnen worden beschouwd.

Het element "gezagsorganen" is opgenomen om subsidiëring door staatsbedrijven en particuliere instellingen uit te sluiten, teneinde het object te beperken tot subsidie als bestuursinstrument.

De gesubsidieerde is een "instelling", waartoe ook een bedrijf gerekend wordt, maar geen natuurlijk persoon. Deze beperking brachten de preadviseurs aan om het onderzoeksterrein enigszins te beperken. Onder "instelling" valt in principe ook een gezagsorgaan. Maar een dergelijke "inter-

bestuurssubsidie" is een oneigenlijke subsidie indien men de overheid als een geheel beschouwt. Bij de kwantificering van subsidies mag daarom, aldus de preadviseurs, als eigenlijke subsidie alleen dat deel worden meegeteld, dat aan instellingen die zelf geen gezagsorganen zijn, wordt doorgegeven.

Via het element "lopende uitgaven" zonderen deze preadviseurs kapitaalbijdragen à fonds perdu uit. Principieel is daar geen enkele reden voor, aldus Hartog en Van Poelje. Maar de kwantificering zou een vertekend beeld opleveren, omdat dan jaarlijkse en meerjaarlijkse betalingen worden opgeteld.

Via het element "ten bate van bepaalde activiteiten", wordt uitgezonderd steunverlening welke niet dient om bij voorbaat aangewezen activiteiten te financieren. Onder deze uitzondering brengen de preadviseurs niet de financiëring van "instellingen", maar uitsluitend algemene uitkeringen aan natuurlijke personen en "gezagspersonen".

58. In de preadviezen voor de vergadering van 29 september 1961 van onze vereniging gaat vooral *Steenbeek* via een fraaie analyse in discussie met Hartog en Van Poelje (Geschriften VAR XLIV).

Hij acht het niet terecht steun aan natuurlijke personen buiten het subsidiebegrip te laten. Een dergelijke beperking acht hij opportunistisch. Er behoeft zijns inziens geen materieel verschil met steun aan instellingen te bestaan (blz. 73).

Eigenlijk vindt hij het evenmin terecht om de subsidieverlening aan andere overheden buiten beschouwing te laten. Toch doet hij dat – met kennelijke tegenzin – nu het toenmalige bestuur van onze vereniging de preadviseurs had verzocht het vraagstuk van de financiële verhouding van de onderscheidene overheden buiten beschouwing te laten.

Van een tegenprestatie is bij subsidieverlening zijns inziens altijd sprake, omdat de overheid altijd subsidie geeft om daarmee iets te bereiken. Maar van een strikte wederkerigheid tussen subsidie en prestatie is zijns inziens geen sprake, stelt hij met een verwijzing naar de Tariefcommissie (blz. 74).

Begrenzing tot steun van activiteiten die uitsluitend in het algemeen belang zijn acht hij in principe niet juist. Wel zal de steun per definitie altijd in het algemeen belang zijn, maar zij kan heel wel mede in het belang van particulieren zijn (b.v. prijssubsidies) (blz. 71).

De beperking van het begrip subsidie tot overdracht van geld acht hij vrij willekeurig en daarom onjuist. Daarom spreekt hij van een financiële of financieel waardeerbare relatie tussen de overheid als geefster en de ander als ontvangster (blz. 75).

Om – in zijn eigen woorden – opportunistische redenen laat hij indirecte figuren als invoerrechten en een lovende openingstoespraak door de burgemeester buiten beschouwing.

59. Bekend is de definitie die *COBA* – de Commissie voor de Ontwikke-

ling van de Beleidsanalyse – in 1976 ontwikkeld heeft ten behoeve van onderzoek naar de effectiviteit van het subsidie-instrument: "Een uitgave van de overheid die rechtstreeks samenhangt met bepaalde activiteiten van de gesubsidieerde en waarmee wordt beoogd de hoeveelheid en de kwaliteit van deze activiteiten te beïnvloeden" (Beleidsanalyse '76-1, blz. 4, 13, 21).

Via deze definitie beoogde COBA uitgaven die de centrale overheid voor de eigen taakuitoefening doet, uit te sluiten, alsmede de kostenvergoedingen voor taken die de centrale overheid heeft uitbesteed aan lagere publiekrechtelijke lichamen of aan internationale organisaties. Eveneens beoogde COBA aldus buiten deze omschrijving de zgn. inkomensoverdrachten te houden, omdat deze slechts ten doel hebben het vrij te besteden persoonlijke inkomen te vergroten.

Tot subsidies rekende COBA ook de individuele huursubsidies, omdat daardoor weliswaar de koopkracht vergroot wordt, maar uitsluitend ten behoeve van een bepaalde voorziening.

Versluierde subsidies – leveranties tegen een lagere prijs dan de kostprijs en aanschaffingen tegen een hogere prijs dan de gangbare marktprijs – sloot COBA om pragmatische redenen van haar beleidsanalytisch onderzoek uit!

60. In mijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van 1977 (Zwolle 1977, blz. 67-72) sloot ik gedeeltelijk aan bij de formulering van COBA en inhoudelijk geheel bij het standpunt van Steenbeek. Ik formuleerde: "Subidiëring is de toekenning van een geldelijk of op geld waardeerbaar voordeel, welke toekenning rechtstreeks samenhangt met bepaalde activiteiten van de gesubsidieerde en waarmee beoogd wordt de hoeveelheid en kwaliteit van deze activiteiten te beïnvloeden". Net als Steenbeek sloot sloot ik op praktische gronden subsidieverlening aan andere overheden van mijn onderzoek naar de geoorloofdheid van en de verplichting tot subsidievoorwaarden uit. Subsidies aan natuurlijke personen, versluierde subsidies en bijvoorbeeld belastingaftrek evenwel niet.

61. In zijn dissertatie over "Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht" hanteert *Winter* (Deventer 1981, blz. 71-93) in essentie dezelfde elementen. De overheid (subsidiënt) kent aan of ten behoeve van een derde (gesubsidieerde) om niet een bijzonder, geldelijk of op geld waardeerbaar voordeel toe, waarmee zij beoogt een bepaald gedrag van de gesubsidieerde te bevorderen teneinde een openbaar belang te dienen.

Hij wijst er – in navolging van Van Haersolte in zijn preadvies van 1961 voor onze vereniging – op, dat de subsidiërende overheid enerzijds niet schenkt, omdat zij per definitie niet uit vrijgevigheid handelt, daar zij niet naar willekeur mag nemen en geven. Anderzijds verricht de subsidiërende overheid geen betaling voor goederen of diensten, omdat de begunstigde de economische vruchten van zijn inspanningen voor zichzelf mag behouden. Wezenlijk is de gelijkgerichtheid van de belangen van subsidiënt en gesubsidieerde.

Heel anders dan bij normale ruilhandelingen. Want daarbij is sprake van in economische zin gelijkwaardige prestaties: de ontvanger van overheidsgelden moet in dit geval een hoeveelheid economische goederen (produkten, diensten) aan de overheid afstaan. Deze uitgaven worden door Winter als overheidsbestedingen aangeduid, terwijl hij subsidies rekent tot de overdrachtsuitgaven, waarbij de overheid geen direct beslag op goederen of diensten legt.

62. Bij leningen en garanties is, aldus Winter, soms moeilijk vast te stellen of ze als subsidie moeten worden beschouwd, te weten als ze tegen normale marktcondities worden verstrekt. Van een subsidie is dan toch sprake, indien de overheid aldus meer dan een normaal commercieel risico op zich neemt en zich dusdoende blootstelt aan potentiële vermogensvermindering. Hetzelfde geldt bij deelneming in het risicodragende kapitaal van een onderneming (blz. 88-90).

Winter wijst er nog op, dat de ontvanger van een subsidie het ontvangen voordeel soms aan een derde moet doorgeven, b.v. aan een consument. In dat geval is de laatste de gesubsidieerde – tenzij de eerste toch al gehouden was het voordeel door te geven. De ontvangen uitkering is voor de eerste ontvanger dan geen subsidie, maar een vergoeding voor de economische prestatie die hij op last van de overheid heeft moeten leveren (blz. 84 en 87).

63. Na een analyse van de diverse verschijningsvormen van subsidies geeft Winter tenslotte van deze vormen de volgende, vermeldenswaardige, opsomming (blz. 91):

- premies en uitkeringen à fonds perdu,
- rentesubsidies,
- leningen en kredieten tegen preferentiële voorwaarden,
- leningen en kredieten tegen normale marktvoorwaarden, (in gevallen waarin particuliere kredietinstellingen gezien de ermee verbonden commerciële risico's niet bereid zijn deze te verstrekken),
- garanties (kredietgaranties, borgtochten, dividendgaranties),
- vrijstelling of vermindering van fiscale of sociale lasten,
- leveranties van goederen of verlening van diensten tegen voorkeurstarieven,
- aankopen van goederen tegen hogere dan normale prijzen, voorkeursverlening bij overheidsopdrachten,
- financiering van speciale voorzieningen van infra-structurele aard ten behoeve van bepaalde (groepen van) ondernemingen,
- staatsdeelnemingen in ondernemingen die in moeilijkheden verkeren.

64. Op onze reis naar het heden komen we vervolgens weer bij onze vereniging, die vijf jaar geleden beraadslaagde over het preadvies van Hoefnagel en Reinders "Kunst, kunstbeleid en administratief recht" (Geschriften VAR XC). *Reinders* definieert: "Subsidie is een geldelijke of op geld

waardeerbare uitkering vanwege de overheid aan particuliere instellingen of personen ten behoeve van bepaalde activiteiten, die de overheid in het algemeen belang oordeelt, maar die zij om verschillende redenen niet zelf ter hand neemt" (blz. 118).

Met de term "uitkering" beoogt Reinders aankopen en andere vormen van privaatrechtelijk optreden van de overheid van het subsidiebegrip uit te sluiten. Met "op geld waardeerbare" brengt hij versluierde subsidies wel onder de definitie. "Ten behoeve van bepaalde activiteiten" veronderstelt het leveren van een bepaalde prestatie.

65. Kort daarna omschreef *Van der Vlies* (Praktijkboek administratief recht, XXVI-4 e.v.) het subsidiebesluit als: "de beschikking waarbij een som gelds door een bestuursinstantie wordt toegekend (of geweigerd) aan een natuurlijk persoon of rechtspersoon opdat hij een bepaalde prestatie levert dan wel om zijn bestaande situatie te verbeteren". Zij sluit enerzijds de subsidies in natura uit. Anderzijds acht zij de eis dat de ontvanger een bepaalde prestatie verricht, achterhaald. "Consumptiesubsidies, huursubsidie en vele subsidies in de sfeer van de volkshuisvesting, de ruimtelijke ordening of het sociale welzijn, etc. zijn meer gericht op de kwaliteit van een globale situatie, op een welvaartsniveau, dan op een bepaalde activiteit". Daarom rekent zij bijstandsverlening ook tot subsidiëring, alsmede – als ik het goed zie (XXVI-5) – de toekenning van schadevergoeding.

66. In zijn proefschrift "Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur" uit 1987 omschrijft *Damen* steunverlening aan ondernemingen als: "het geheel van ten laste van de openbare middelen komende beschikkingen, overeenkomsten en andere handelingen waarmee een (semi-)overheidsinstantie voor een of meer ondernemingen of voor bepaalde groepen ondernemingen de mededingingsvoorwaarden of relatieve prijzen in voor hen gunstige richting wijzigt om hun economische beslissingen in de door haar gewenste zin met het oog op publieke belangen te beïnvloeden".

En voor wie mocht menen dat een dergelijke uitgebreide definitie beperkt tot subsidies aan ondernemingen wel allesomvattend zal zijn, voegt hij er direct aan toe: "Een sluitende juridische omschrijving valt waarschijnlijk niet te geven gezien de verscheidenheid van het beleidsterrein" (blz. 70-71).

Interessant is de emotionele lading die aan het begrip "steun" blijkt te kleven. Damen wijst op de neiging om "subsidie", "stimulering" en "ondersteuning" als termen te gebruiken die op iets moois duiden, iets positiefs, terwijl "steun" nogal eens geassocieerd wordt met defensief overheidsoptreden. Terecht meent hij dat al deze termen in neutrale zin gebruikt dienen te worden.

67. Ondertussen had ook *het kabinet* zich in 1984 gewaagd aan een definitie van financiële steunverlening aan bedrijven, in een kamerbrief waarin

werd aangegeven welke ruimte het rijk bereid was voor gemeentelijke steun aan bedrijven te laten. Deze brief was erop gericht de gemeenten tot een restrictief steunbeleid te bewegen, om o.m. doorkruising van het rijks- en provinciaal beleid en strijd met het EEG-Verdrag te voorkomen. [7]

Het kabinet brengt onder financiële steunverlening allereerst directe financiële steun aan een bedrijf met de bedoeling vestiging, uitbreiding of voortbestaan te verzekeren. Daartoe rekende het ook leningen en garanties, zelfs als die tegen de geldende marktvoorwaarden worden verstrekt. In normale omstandigheden immers zullen, aldus het kabinet, bedrijven tegen normale marktvoorwaarden in de particuliere sector terecht kunnen.

Daarnaast brengt het kabinet onder financiële steun indirecte steun: verhuur of verkoop van grond, bedrijfsruimte of bedrijfsoutillage door de gemeente aan een in moeilijkheden verkerend bedrijf of vice versa en levering van goederen en diensten door de gemeente, alles voor zover tegen voorwaarden die ten gunste van het bedrijf in duidelijke zin afwijken van de geldende marktcondities. Vervolgens geeft deze brief aan welke randvoorwaarden de gemeenten bij die financiële steunverlening in acht dienen te nemen.

68. Tenslotte mag de omschrijving van subsidies in hoofdstuk 6 – getiteld "Beheersbaarheid van de collectieve uitgaven" – van de miljoenennota 1988 niet onvermeld blijven (TK vergaderjaar 1987-1988, 20200, nr. 1, blz. 82-83). Deze bevat ook weer veel bekende elementen:

"Onder subsidies worden hier begrepen alle gebonden inkomens- en vermogensoverdrachten-om-niet van het Rijk aan personen, instellingen etc. in Nederland. Deze zijn bedoeld om het gedrag van producenten of consumenten (van bepaalde goederen en diensten) in een bepaalde richting te beïnvloeden. Onder deze omschrijving vallen bijvoorbeeld ook buitenlandse bedrijven, die in Nederland opereren en een WIR-subsidie ontvangen. Buiten deze definitie vallen allereerst ongebonden overdrachten zoals de werkloosheidsuitgaven, die alleen een inkomensvervangende regeling zijn. De studiefinanciering daarentegen wordt wel als een gebonden overdracht beschouwd, omdat deze de deelneming aan het onderwijs als uitdrukkelijk doel heeft. Bovendien worden overdrachten binnen de sector overheid, zoals de uitkering aan het Gemeente- en het Provinciefonds, niet als een subsidie gezien.

Overdrachten van het Rijk aan de lagere overheden die door deze lagere overheden rechtstreeks naar derden worden doorgesluisd, behoren echter wel tot de rijkssubsidies. Tot de sector overheid wordt in dit verband ook het onderwijs (van basisschool tot universiteit) gerekend. Daarnaast is het zo dat een overdracht aan het buitenland, zoals bij Ontwikkelingssamenwerking vaak geschiedt, buiten de definitie van subsidies valt. De EG-afdrachten worden echter wel als subsidie beschouwd, omdat ongeveer een evengroot bedrag weer als subsidie in Nederland terecht komt, niet in de schatkist, maar bij diverse belangengroepen."

Tot subsidies rekent het kabinet blijkens een noot tenslotte niet "de eventuele subsidie-elementen die in de zogeheten tax-expenditures vervat zijn."

Het totaal van de aldus omschreven, in 1987 verstrekte, rijkssubsidies bedroeg 40 miljard gulden, 23,6% van de totale rijksuitgaven.

2.3 Vier elementen

69. Uit het voorgaande moge blijken, dat bij de omschrijving van het begrip subsidie en het begrip steunverlening enerzijds wel het doel waartoe en het kader waarin de omschrijving plaatsvindt de inhoud mede bepalen, maar dat anderzijds enkele vaste elementen steeds weer terugkeren.

Vaste elementen zijn:

a. overdracht van geld (of op geld waardeerbare goederen of diensten)
b. waar geen directe, in economische zin gelijkwaardige, tegenprestatie jegens de overheid tegenover staat
c. welke overdracht ten laste komt van de openbare middelen en
d. welke overdracht plaatsvindt om activiteiten van (particuliere) producenten of consumenten van bepaalde goederen of diensten in een bepaalde richting te beïnvloeden.

Ten aanzien van de elementen *a* en *d* zijn sommigen van mening, dat de daarin tussen haakjes aangegeven verruiming respectievelijk beperking geschrapt dienen te worden. Terwille van de overzichtelijkheid zijn ze daarom tussen haakjes geplaatst. Uit de nu volgende paragrafen zal blijken, dat de haakjes zelf *in beginsel* geschrapt dienen te worden.

Nog afgezien hiervan roept ieder van de vier elementen bij praktische toepassing de nodige vragen op. In de paragrafen 2.4-2.7 wordt daarom op elk van de vier elementen nader ingegaan.

2.4 Geldelijke of op geld waardeerbare overdracht?

Levering van goederen of diensten in afwijking van de marktprijs

70. Er bestaat geen principieel verschil van mening over het feit dat tot subsidies niet alleen geldelijke overdrachten moeten worden gerekend, maar ook op geld waardeerbare verschaffingen.

In de eerste plaats valt te denken aan het geval waarin de overheid een hogere prijs dan de marktwaarde betaalt voor aan haar geleverde goederen of diensten. Of omgekeerd wanneer de overheid zelf goederen of diensten tegen een lagere prijs dan de marktwaarde ter beschikking stelt.

Soms gebeurt dit heel bewust teneinde justitiabelen tot het gedrag te brengen dat de overheid noodzakelijk acht voor het slagen van haar beleid. Zo bijvoorbeeld de "subsidie"-mogelijkheden in het kader van het innovatieve overheidsaanschaffingenbeleid, ingevolge welke de Minister van Economische Zaken bereid is andere overheidsinstanties "subsidie" te geven ten behoeve van aanschaffingen die innovatieve activiteiten van ondernemers vereisen. Om die laatste activiteit gaat het de minister.[8]

Wat betreft leveranties door de overheid aan particulieren is bekend het gratis of tegen gereduceerde prijs ter beschikking stellen van accommoda-

ties ten behoeve van bijvoorbeeld sociaal-culturele en sportactiviteiten. Zie b.v. VzAR 16 maart 1987, tB/S 1987, nr. 39, m.n. F.A.M.S., waarin de tariefstelling terzake van de verhuur van ruimtes in een wijkgebouw niet louter als rechtshandeling naar burgerlijk recht werd beschouwd maar mede als een beschikking, omdat in die tariefstelling een tijdelijke compensatie wegens subsidiebeëindiging was vervat. Anders VzAR 23 mei 1985, tB/S V, nr. 371 m.n. tB.

Daarnaast komt het voor dat goedkoop gas of elektriciteit aan ondernemers ter beschikking wordt gesteld ter bevordering van industriële of b.v. tuindersactiviteiten: dezen kunnen daardoor hun afzetpositie in binnen- en buitenland handhaven of verbeteren.

In deze gevallen is materieel duidelijk sprake van een subsidie: het boven de marktprijs aanschaffen of onder de marktprijs leveren door de overheid teneinde justitiabelen te brengen tot gedrag dat de overheid noodzakelijk acht voor het realiseren van haar beleid.

In andere gevallen is de afwijking van de marktprijs wellicht niet door een dergelijke doelstelling ingegeven, doch gevolg van een gebrekkige onderhandelingstechniek. Er wordt bijvoorbeeld een te hoge prijs betaald voor het schoonmaken van een overheidsgebouw of voor advieswerkzaamheden door een jurist of organisatiedeskundige, zonder dat daaraan de bedoeling ten grondslag ligt om het adviesbureau – met het oog op het te voeren overheidsbeleid – in stand te houden of een extra stimulans te geven. Het ligt niet voor de hand dan van een subsidie te spreken. Ieder toevallige te hoge betaling zou dan als subsidie moeten worden aangemerkt. Er valt voorts niet goed in te zien dat uit de rechtsstaatsbeginselen voortvloeit dat ook dergelijke betalingen met bijzondere waarborgen zouden moeten worden omringd. Dit mede omdat dergelijke afwijkingen van "de juiste prijs" zich evenzeer tussen particulieren kunnen voordoen.

71. Is er dan reden wel afwijkingen van de juiste prijs als subsidie aan te merken als deze duidelijk beoogd zijn en voortvloeien uit daarop gericht overheidsbeleid?

Het ligt wel voor de hand. Het zou ook niet goed zijn als eventuele waarborgen ten aanzien van subsidiëring in het algemeen niet zouden gelden voor deze *versluierde* subsidies.

Daartegenover staat evenwel dat het in concreto niet altijd eenvoudig valt vast te stellen of een bepaalde verkrijging of leverantie door de overheid een subsidie-element bevat. Ten eerste omdat niet altijd duidelijk is wat de "juiste" prijs zou zijn. Ten tweede omdat nogal eens moeilijk zal zijn vast te stellen of de afwijking van de juiste prijs bewust plaatsvindt ter bereiking van een bepaalde beleidsdoelstelling.

72. Het blijft daarom vooralsnog *zeer de vraag* welke aandacht het te ontwikkelen subsidierecht aan deze versluierde subsidies zal moeten besteden.

Moet men daarvoor de eis van een wettelijke grondslag stellen zoals bij-

voorbeeld de Commissie Wetgevingsvraagstukken min of meer in het algemeen heeft voorgesteld? Moeten op versluierde subsidies ook de algemene eisen inzake een gelijke behandeling, de intrekbaarheid en het verbinden van voorwaarden van toepassing zijn? Dienen ook de gemeentelijke algemene subsidieverordeningen en de Algemene wet bestuursrecht op deze versluierde subsidies van toepassing te zijn? Het blijft een moeilijk punt juist omdat deze subsidies in concreto vaak zo moeilijk "grijpbaar" zijn.

De in hoofdstuk 5, noot 8 geciteerde Modelverordening van de VNG lijkt mede op versluierde subsidies betrekking te hebben. Hoe de gemeenten daar in de praktijk mee omgaan, is mij helaas niet bekend.

Om het verdere betoog niet te zeer te compliceren, zal ik *deze versluierde subsidies* in de volgende hoofdstukken in beginsel *buiten beschouwing* laten. Dat neemt niet weg, dat nog nader ware te onderzoeken of het niet toch praktisch uitvoerbaar is deze versluierde subsidies of bepaalde vormen daarvan bijvoorbeeld onder de de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht te brengen. Vooralsnog heb ik – helaas – mijn twijfels.

Subsidies via belastingen of sociale verzekeringspremies

73. Van een versluierde, zij het vaak zo niet zo erg versluierde, subsidie kan ook sprake zijn bij de heffing of invordering van belastingen en sociale verzekeringspremies.

Soms gaat het hier inderdaad om een subsidie. Te weten in die gevallen waarin de begunstiging plaatsvindt ter bereiking van meer specifieke beleidsdoelstellingen. Zo treft men nogal eens aanschrijvingen aan van de Minister van Financien, die "bewust op de verlening van een faciliteit zijn gericht (. . .) in het belang van een algemeen doel van sociale of economische aard". (Commissie-Detiger, Rechter en belastingadministratie tegenover het belastingrecht, Deventer 1967, 18). Zo werd bijvoorbeeld een dividendvrijstelling terzake van deelnemingen van de erkende particuliere participatiemaatschappijen tegelijk met de "Garantieregeling particuliere participatiemaatschappijen 1981" in het leven geroepen, die ook dezelfde beleidsdoelstelling als deze Garantieregeling had. Te weten *bevordering* van kapitaalverstrekking door particulieren aan kleine ondernemingen. Op het terrein van de sociale verzekeringen is bekend – en nauwelijks meer versluierd te noemen – de "Wet ter bevordering van de werkgelegenheid voor werkzoekenden die zeer langdurig werkloos zijn" (Stb. 1986, 483). Deze voorziet in een tijdelijke vrijstelling voor de werkgever van de verplichting tot het betalen van werkgeverspremies, waarvoor dan een verklaring van de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau vereist is.

Andere keren vindt de begunstiging op deze terreinen om heel andere redenen plaats. Bijvoorbeeld zuiver uit billijkheidsoverwegingen. Of om doelmatigheidsredenen, omdat aldus – bijvoorbeeld ingeval van een belastingplichtige of premieplichtige met tijdelijke betalingsproblemen – op een later moment een grotere opbrengst voor de overheid kan worden verkregen. Zeker in het laatste geval is geen sprake van een subsidie.

Bij vermindering om billijkheidsredenen lijkt dat minder duidelijk te liggen. Het gaat hier niet om een subsidie, omdat de vermindering niet zozeer plaatsvindt om het gedrag van de belastingplichtige te beïnvloeden, maar veeleer ter faire uitvoering van de wet.

Ook hier is weer het probleem dat de *bedoeling* van de overheid bepalend lijkt voor de aan- en afwezigheid van het subsidiekarakter. In concreto valt evenwel lang niet altijd, laat staan op eenvoudige wijze door alle betrokkenen, *vast te stellen welke de bedoeling* van de vermindering of het uitstel van de betalingsverplichting is. Dat lijkt het moeilijk te maken subsidies, die bij de uitvoering van de fiscale en sociale verzekeringswetgeving verleend worden, onder bijvoorbeeld de werking van de subsidietitel in de Algemene wet bestuursrecht te brengen.

Gelet op deze eigenaardigheden en de van gewone subsidiëring afwijkende uitvoeringssystematiek zal ik, wederom ter vereenvoudiging van het verdere betoog, *subsidies in het kader van de fiscale en sociale zekerheidswetgeving buiten beschouwing laten.*

Garantieverlening

74. Is bij garantieverlening wel sprake van een geldelijke overdracht? Of gaat het daarbij ook om een versluierde subsidie?

Een garantie houdt in, dat de overheid zich verbindt geld over te dragen aan A, indien A op de subsidiabele activiteiten verlies lijdt. Op het moment van garantieverlening is nog niet te voorzien of A het verlies zal lijden. De garantieverlening verschaft derhalve onder opschortende voorwaarde aanspraak op een afzonderlijke geldelijke overdracht. Dit kan ook bij de verlening van een gewone subsidie (à fonds perdu) voorkomen, namelijk indien de uitbetaling pas na afloop van subsidiabel gestelde activiteiten zal plaatsvinden. De garantieverlening is daarom, mits aan de overige drie in nr. 69 vermelde eisen is voldaan, een openlijke subsidie. Zij wordt daarom in dit preadvies niet buiten beschouwing gelaten.

Het betreft echter een ingewikkelde figuur, omdat men haar in drie vormen tegenkomt, die in de nrs. 75-77 nu vermeld worden.

75. De eerste is dat de overheid zich uitsluitend verbindt jegens en ten behoeve van degene (A) die het eventuele verlies zal lijden. Uit oogpunt van stimulering is dat veelal voldoende. Aldus bijvoorbeeld de eerder vermelde Garantieregeling particuliere participatiemaatschappijen 1981 (Stcrt. 77) en de Garantieregeling voorbereidingskosten bij het aanbieden van technische ontwerpen en adviezen (Stcrt. 1981, 104). Het gaat hier om een subsidie onder opschortende voorwaarde aan en ten behoeve van degene die het verlies zal lijden.

76. De tweede vorm van garantieverlening is die, waarbij de overheid zich jegens degene die een bancaire lening nodig heeft (B) verbindt een garantie

aan de bank (A) te zullen geven voor de nakoming van de verplichtingen door B uit de te sluiten overeenkomst. In dit geval pleegt *zowel* de tot A als de tot B gerichte overheidsbeslissing als garantieverlening te worden aangeduid – bijvoorbeeld bij de welbekende gemeentegaranties voor het aangaan van hypothecaire leningen ten behoeve van de aanschaf van een eigen woning[9] – hoewel de uiteindelijke vergoeding aan A zal worden uitbetaald.

Het betreft hier een vrij gecompliceerde driehoeksverhouding (zie nader paragraaf 5.5). Er is wel sprake van een op geld waardeerbaar voordeel voor B, omdat deze door de garantieverlening ondanks zijn slechte positie op de markt normale – of zelfs gunstiger – bancaire voorwaarden kan claimen. De overheid verbindt zich derhalve jegens B om deze een financieel voordeel te verschaffen, zij het via de bank die de lening verstrekt. De verbintenis van de Staat jegens de bank (A) om eventueel verlies te vergoeden verplicht de bank, bij aanvaarding van het aanbod van de Staat, de aspirant-kredietnemer (B) het financieel voordeel door te geven dat de bank door de staatsgarantie verkrijgt. Meer precies: de bank krijgt een recht onder opschortende voorwaarde op een geldelijke overdracht en zij geeft het daarmee overeenkomende onvoorwaardelijke geldelijke voordeel via bijvoorbeeld een reduktie op de rente onmiddellijk aan de kredietnemer door.

De garantieverlening levert derhalve in beginsel de bank geen financieel voordeel op, de kredietnemer wel. Zij is derhalve een subsidie via de bank aan de kredietnemer. Indien de overheid een rechtstreekse relatie met de aspirant-kredietnemer aangaat waarbij dit financiële voordeel – deze indirecte geldelijke overdracht – in het vooruitzicht wordt gesteld, komt deze garantieverlening aan de aspirant-kredietnemer neer op de rechtstreekse verlening van een indirecte subsidie aan hem. Het ligt dan ook voor de hand deze garantieverlening in het recht zonder meer als subsidieverlening aan B aan te merken.

77. Materieel vindt hetzelfde plaats, indien de overheid alleen met de bank een relatie aangaat, zij het ten behoeve van de aspirant-kredietnemer. Als dan wederom de bank verplicht is het in het vooruitzicht gestelde voordeel aan de aspirant-kredietnemer door te geven, is sprake van subsidieverlening aan de bank ten behoeve van de kredietnemer. In andere woorden: een indirecte verlening van een indirecte subsidie aan de aspirant-kredietnemer.

In dit geval zal de directe verlening van subsidie aan de aspirant-kredietnemer door de bank zelf plaatsvinden. In paragraaf 5.5 komt dit nader aan de orde.

2.5 Geen gelijkwaardige tegenprestatie

78. Er bestaat overeenstemming over, dat vergoedingen door de overheid

uit hoofde van normale – d.w.z. marktconforme – transacties geen subsidies zijn.

Daarbij valt te denken aan overheidsaanschaffingen tegen marktconforme voorwaarden, van pennen, gebouwen, auto's etc. Voorts aan de betaling voor diensten die de overheid door haar eigen personeel of derden geleverd worden, wederom voor zover dit tegen marktconforme voorwaarden geschiedt. Gedacht zou ook kunnen worden aan de overheid die op marktconforme wijze als investeerder of belegger optreedt.

Het feit dat er geen meningsverschil over bestaat dat deze betalingen geen subsidies zijn, betekent niet dat dit deze *afgrenzing tussen subsidies en commerciële vergoedingen* altijd eenvoudig toepasbaar is. Zij levert problemen op, wanneer men poogt tot een goed werkbare definitie van subsidie in de Algemene wet bestuursrecht of in de komende Kaderwet voor subsidies aan ondernemingen van het Ministerie van Economische Zaken te komen. Eveneens blijkt dit criterium veel aanleiding en mogelijkheden te geven tot discussie bij de toepassing van art. 92 EEG-Verdrag.

Kredietverlening

79. Wat betreft door de overheid verstrekte financieringen in de vorm van kredieten of aandelenkapitaal zij allereerst verwezen naar de studie van J.A. Winter (zie nr. 62). Bepalend voor het subsidiekarakter is, zo merkt hij terecht op, of de overheid bij die vaststelling een meer dan normaal risico op zich neemt.

Nu is kenmerkend voor de kredietverlening door de overheid in Nederland, dat deze in het algemeen (a) hetzij slechts plaatsvindt indien een normaal bancair krediet niet verkregen kan worden,[10] (b) hetzij plaatsvindt onder gunstiger voorwaarden – b.v. lagere rente of ruimere mogelijkheden tot kwijtschelding – dan waaronder een normaal bancair krediet verleend zou worden. De overheid draagt zorg voor een dergelijke kredietverlening indien zij meent, dat in de leemte van "de markt" voorzien moet worden. Dit teneinde te bereiken dat de ondernemers-kredietnemers activiteiten verrichten die de overheid noodzakelijk acht voor het bereiken van haar doelstellingen: voldoende industriële of dienstverlenende activiteiten, voldoende innovatieve activiteiten, een pluriforme pers, het oprichten van vrouwenbedrijven, het ontplooien van commerciële activiteiten in ontwikkelingslanden, etc.

Er is gezien de aard van deze kredietverlening – de vergrote risico's, de doelstellingen van de verlening, het ten laste komen van de overheid en daarmee van de belastingbetaler, het monopolie van de overheid – geen reden deze vorm van geldverschaffing vanuit de beginselen van onze rechtsstaat op voorhand principieel anders te behandelen dan subsidies à fonds perdu. Daarvoor pleit ook dat het in de praktijk in concrete gevallen niet zelden betrekkelijk willekeurig is of bij geldverschaffing door de overheid de vorm van subsidie of van krediet wordt gekozen. Dit is wel zeer dui-

delijk als men de in de praktijk wel voorkomende vorm van subsidiering à fonds perdu met daaraan gekoppeld een winstrecht voor de overheid vergelijkt met een krediet onder "zachte" voorwaarden.

In de Nederlandse verhoudingen zal daarom in beginsel *iedere kredietverlening* door de overheid, die ook aan element *d* (zie nr. 69) voldoet, als subsidieverlening moeten worden beschouwd.

Dit neemt niet weg dat bij de concrete uitwerking van het "subsidierecht" in algemene regels de precieze *vorm* van kredietverlening mogelijk tot een ietwat andere uitwerking noopt dan ten aanzien van subsidies à fonds perdu. Daarbij kan ook een rol spelen, dat bij de kredietverhouding – met name bij de uitvoering van de kredietovereenkomst – het privaatrecht wellicht meer betekenis heeft dan bij de verlening van subsidies à fonds perdu.

Verschaffing van aandelenkapitaal

80. Een geldelijke overdracht door de overheid kan ook plaatsvinden door het verstrekken van aandelenkapitaal: de betaling door de overheid voor de verkrijging van in het algemeen met het oog daarop uitgegeven aandelen.

In de Nederlandse praktijk doet de overheid dit relatief weinig. Vaak is het een derde – b.v. de Nationale Investeringsbank – die onder overheidsgarantie deelneemt. De garantie houdt dan in, dat de staat nader aangeduide verliezen die de derde op zijn deelneming lijdt zal vergoeden. Het moge duidelijk zijn dat voor deze overheidsgarantie geldt wat in de nrs. 74-77 is gesteld. Er is materieel sprake van een voorwaardelijke verlening van subsidie aan de verstrekker van aandelenkapitaal. Dit doet de overheid teneinde te bevorderen dat door haar, voor het slagen van haar beleidsdoelstellingen, gewenst geachte ondernemersactiviteiten zullen (blijven) plaatsvinden.

Indien de overheid zelf "rechtstreeks" aandelen neemt, is het meestal niet anders. Zelden zal dit om zuiver commerciële redenen geschieden, al is dit niet geheel uitgesloten.

Voor deze verstrekkingen van aandelenkapitaal door de overheid zelf of met overheidsgarantie geldt evenzeer als voor overheidskredieten, dat er geen reden is ze vanuit de beginselen van onze rechtsstaat bij voorbaat principieel anders te behandelen dan subsidies in enge zin. Evenzeer neemt dit niet weg dat bij de verdere uitwerking van het subsidierecht de eigenaardige vorm van deze verstrekking mogelijk afwijkende rechtsregels vereist.

Een verschil met overheidsgaranties en – kredieten is echter, dat minder voetstoots kan worden aangenomen dat iedere aandelenparticipatie door de overheid een subsidie-element in zich draagt. Dat is een complicatie bij de uitwerking en toepassing van het subsidierecht.

Om het verdere betoog niet te compliceren, wordt in de volgende hoofdstukken *niet uitdrukkelijk aandacht* aan deze vorm van subsidiëring gege-

ven, hoewel veel van de bevindingen in beginsel ook op de verschaffing van aandelenkapitaal van toepassing kunnen zijn.

Vergoeding wegens geleverde diensten

81. Een resterend probleem bij de toepassing van het in deze paragraaf bedoelde element doet zich vooral voor bij de afgrenzing tussen subsidiëring en vergoeding wegens aan de overheid geleverde diensten.

Hoe valt subsidie voor wetenschappelijk onderzoek te onderscheiden van een betaling voor onderzoek dat in opdracht ten behoeve van de overheid wordt verricht? Is daarvoor wellicht bepalend of de kosten van het onderzoek voor 100% of meer door de overheid worden betaald? Zo gemakkelijk ligt het niet, omdat naar verluidt in het buitenland technologische innovatie soms voor meer dan 100% wordt gesubsidieerd, waarbij kenmerkend voor het subsidiekarakter is dat de subsidieontvanger de verworven know how niet aan de overheid behoeft over te dragen. Hij mag, in de woorden van Winter (zie nr. 62), de economische vruchten voor zich behouden.

Bepalend lijkt te zijn of het onderzoek plaatsvindt – in de woorden van COBA (zie nr. 58) – ten behoeve van de eigen taakuitoefening door de overheid. Daarvoor is een belangrijk criterium of de resultaten van het onderzoek in beginsel slechts ter beschikking van de overheid staan (die uiteraard wel in publikatie door de onderzoeker zelf kan bewilligen). Dan is geen sprake van een subsidieverhouding, maar van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

82. De in nr. 81 geschetste afgrenzingsproblematiek doet zich ook voor bij de dienstverlening die in het kader van de maatschappelijke, culturele, onderwijs- en gezondheidszorg plaatsvindt. Het gaat daarbij om *dienstverlening jegens de cliënt, leerling of patiënt*. Deze betaalt daarvoor soms niets, soms een gering of wat groter bedrag, soms volledig – zelf of via een verzekeringsinstelling.

Omdat, vooral buiten de gezondheidszorg, de markt niet goed werkt, zijn overheidsbijdragen vereist tot niet zelden 100% van de subsidiabel gestelde kosten. Een bijdrage van 100% – daargelaten dat niet steeds alle kosten subsidiabel gesteld zijn – is evenwel nog geen reden om te menen dat het niet om een subsidie gaat. De dienst wordt immers niet jegens de overheid, maar jegens de cliënt verricht. Deze verkrijgt het economisch genot (onder de marktprijs).

Iets gecompliceerder wordt het indien het de taak van de overheid zelf is om dergelijke diensten jegens de burger te verrichten. Bij defensie, politie, brandweer en dijkbewaking ligt dat duidelijk. Indien anderen dan de overheid dergelijke diensten jegens de burger zouden verrichten en de overheid de kosten volledig zou vergoeden, is het onwaarschijnlijk dat er sprake van subsidiëring is. Het gaat dan blijkbaar om de uitbesteding van de uitvoering van de overheidstaak.

Is het ook een overheidstaak om maatschappelijke, culturele en onderwijsvoorzieningen te creëren en wel in die zin dat, indien particuliere instellingen die voorzieningen creëren voor de subsidiabel gestelde kosten 100% subsidie krijgen, sprake is van uitbesteding van de overheidstaak? Een bevestigend antwoord ligt weinig voor de hand.

Maar twijfel zou er kunnen rijzen in gevallen waarin duidelijk is dat de overheid zich bij gebreke aan particulier initiatief gehouden zal achten de voorziening zelf aan te bieden (onderwijs, maatschappelijk werk). Als in zo'n geval het particulier initiatief wel optreedt en 100% overheidsvergoeding krijgt van de daartoe aangewezen kosten, is dan niet toch sprake van uitbesteding van de overheidstaak? Het ligt daar inderdaad dicht tegen aan, maar van een echte uitbesteding lijkt toch geen sprake. Derhalve dient de overheidsvergoeding ook in deze gevallen als subsidie te worden aangemerkt en zal zij zonder meer in de volgende hoofdstukken worden meegenomen.

2.6 Ten laste van de openbare middelen komend

De inschakeling van privaatrechtelijke instellingen

83. De geldelijke overdracht dient ten laste van de openbare middelen te komen. Hetzij rechtstreeks doordat de subsidieverlening plaatsvindt door een tot een openbaar lichaam behorend bestuursorgaan. Hetzij indirect door een daartoe aangewezen andere instantie.

Deze andere instantie kan een instantie zijn wier taak het uitsluitend is overheidstaken uit te voeren ten laste van een openbaar lichaam. Derhalve zonder meer een zelfstandig bestuursorgaan. Op subsidieterrein komt ook – en waarschijnlijk veel meer – voor, dat een privaatrechtelijke instelling naast haar gewone niet-overheidstaken bereid is op kosten van de overheid subsidiebeleid uit te voeren. Het betreft dan – in de woorden van de Afdeling rechtspraak – de uitvoering van een taak die de overheid aan zich getrokken heeft en welke uitvoering met overheidsgelden wordt bekostigd. Aldus bijvoorbeeld AR 13 juni 1978, tB/S I, blz. 26 en VzAR 19 maart 1981, AB 1982, 411 m.n. de Ru. Men kan hierbij ook denken aan banken, die belast worden met de uitvoering van garantie- of kredietregelingen van de overheid. Zie nader hoofdstuk 5 en paragraaf 6.4.

Die uitvoeringstaak kan de privaatrechtelijke instelling meer of minder ruimte laten. Zij zal in het algemeen op de aanvraag om subsidie beslissen, al komt het ook voor dat zij slechts met de uitvoering van die beslissing is belast (toezicht, bevoorschotting en subsidievaststelling, zie hoofdstuk 8 en 9). Zij zal ook wel bevoegd zijn de subsidieverhouding te beëindigen of te wijzigen. Maar evenzeer komt een veel verdergaande bevoegdheid in de praktijk voor, te weten vaststelling of nadere uitwerking van het subsidiebeleid, al dan niet onder goedkeuring van het bekostigende bestuursorgaan.

84. Er bestaat, mede in het kader van het streven de omvang van de centrale overheid te beperken, de neiging in toenemende mate aldus de uitvoering op afstand te brengen.

Er valt niet in te zien waarom dat gevolgen voor de hoofdregels van het subsidierecht zou hebben. In die zin dat door die overheveling de voordien bestaande publiekrechtelijke waarborgen, zoals bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur, niet meer zouden gelden. Doorslaggevend lijkt, dat het gaat om de uitvoering van de overheidstaak, die ook door de overheid bekostigd wordt. Ook deze geldelijke overdrachten dienen daarom als subsidies te worden beschouwd en behandeld.

Of dit tevens betekent, dat de uitvoerder van het subsidiebeleid ondanks zijn privaatrechtelijke status dan en steeds als bestuursorgaan – bijvoorbeeld in de zin van artikel 1.1 Voorontwerp-Algemene wet bestuursrecht – moet worden aangemerkt, komt in paragraaf 6.4 aan de orde.

85. Nog hiervan afgezien is wel duidelijk, dat het niet nodig is als element van het begrip subsidie naast bekostiging door de overheid tevens uitdrukkelijk de eis op te nemen, dat de verlening plaatsvindt door of vanwege de overheid. Deze eis kan tot verwarring leiden. Zij heeft òf geen aanvullende betekenis òf legt een onjuiste beperking op. Uiteraard wordt het subsidiebeleid in deze gevallen steeds in opdracht van het bekostigende bestuursorgaan uitgevoerd. Maar de vrijheid kan daarbij zodanig zijn, dat het verwarrend zou zijn te doen alsof iedere beslissing op de subsidieaanvraag namens het bekostigende bestuursorgaan plaatsvindt. Dat is ook niet verenigbaar met het karakter van delegatie, waarvan hier in wezen sprake is.

Het is daarom, teneinde een onjuiste verenging van het begrip subsidie (overheidssubsidie) te vermijden, beter *niet* de eis te stellen dat de geldelijke overdracht door of vanwege de overheid plaatsvindt.

2.7 Ter gerichte beïnvloeding van activiteiten van particuliere producenten of consumenten

Projectsubsidies en exploitatiesubsidies

86. Kenmerkend voor subsidiëring is, dat deze niet gericht is op vergroting van de algemene bestedingsvrijheid. Subsidiëring is gericht op het verrichten of nalaten van bepaalde activiteiten van natuurlijke personen (woningbouw-, isolatie- en onderwijssubsidies) of van rechtspersonen. Dit ter bereiking van specifieke beleidsdoelstellingen van de overheid.

Daarbij valt nog onderscheid te maken tussen projectsubsidies en exploitatiesubsidies. De eerste hebben slechts betrekking op een bepaald project. De laatste strekken tot gehele of gedeeltelijke financiering van exploitatiekosten vanwege het totaal van activiteiten dat de subsidieontvanger verricht. Deze zijn in hun totaal van belang voor het bereiken van specifieke

beleidsdoelstellingen van de overheid. Dit komt zowel in de zachte sector voor als in de economische sfeer. In het laatste geval meestal in de vorm van kredieten, garanties of aandelenkapitaal. Ook bij exploitatiesubsidies gaat het om gerichte geldelijke overdrachten, nu deze alleen maar plaatsvinden als en zolang de activiteiten van de ontvangende rechtspersoon strekken tot het bereiken van specifieke beleidsdoelstellingen van de overheid.

Bij natuurlijke personen zijn exploitatiesubsidies in het algemeen niet goed denkbaar, omdat slechts de algemene consumptievrijheid vergroot zou worden. Uitzonderingen zijn denkbaar, bijvoorbeeld als een natuurlijk persoon financiering voor de uitoefening van zijn bedrijf nodig heeft.

Schadevergoeding en subsidie

87. In de praktijk stuit men nog wel eens op het probleem, dat het – tenminste op het eerste gezicht – niet altijd duidelijk is of een bepaalde tegemoetkoming van overheidszijde als schadevergoeding moet worden aangemerkt of als subsidie.

Vergoeding van schade geleden of te lijden door onrechtmatig of rechtmatig overheidshandelen is er naar haar aard op gericht een door de overheid toegebracht of toe te brengen nadeel te compenseren. Een dergelijke betaling is er naar haar aard niet op gericht de activiteiten van de benadeelde in een richting te sturen, die leidt tot effectuering van specifieke beleidsdoelstellingen van de overheid. Zij is daarom geen subsidie.

Wel kan vergoeding van schade soms als feitelijk gevolg hebben, dat gewenste handelingen worden verricht of ongewenst geachte handelingen achterwege worden gelaten – bijvoorbeeld bij het opleggen van milieueisen of het intrekken van een milieuvergunning. Misschien is dit in concreto zelfs het oogmerk van partijen. Maar dit neemt het geconstateerde verschil in strekking tussen beide typen geldelijke overdrachten niet weg. Dit verschil blijkt ook duidelijk bij afwezigheid van een regeling of van precedenten. Indien de beoogde betaling een subsidie betreft, zal de aanspraak daarop blijkens de jurisprudentie uitermate zwak zijn. Betreft het echter schadevergoeding, dan is de aanwezigheid van een regeling of precedenten in beginsel niet relevant voor de aanspraak. Voorts zal de mogelijkheid om bij de toekenning van schadevergoeding voorwaarden te stellen, veel beperkter zijn dan bij subsidies waar het beleidsdoel het stellen van vergaande voorwaarden kan rechtvaardigen. Het onderscheid is dus van principieel en praktisch belang.

Uit de regeling zal het echter niet altijd eenvoudig te herkennen zijn of deze subsidie of schadevergoeding in het vooruitzicht stelt. In het algemeen zal dit uit de considerans van of de toelichting bij de regeling duidelijk moeten kunnen blijken. Wellicht echter is het beleidsmatig niet altijd aantrekkelijk om dat duidelijk te laten blijken, indien het om schadevergoeding gaat. Een versluierende term als "tegemoetkoming" of "bijdrage" kan dan op beide vormen van geldelijke overdracht slaan.

Van een subsidie kan weer wel sprake zijn, ondanks de aanduiding schadevergoeding, indien het gaat om vergoeding van schade die door anderen of door de natuur is toegebracht.

Subsidies aan andere overheden

88. Bij juristen bestaat de neiging geldelijke overdrachten aan andere overheden, die overigens aan alle elementen ven het subsidiebegrip voldoen, niet tot de subsidies te rekenen.

Zij die werkzaam zijn op het terrein van de openbare financiën, zijn hier ook toe geneigd. Met dien verstande dat zij veelal reden zien om dergelijke overdrachten toch onder het subsidiebegrip te brengen – en dus voor het totaal aan subsidies te laten meetellen – voor zover de betreffende overdrachten door de ontvangende overheidsinstantie direct aan een particuliere producent of consument moeten worden doorgegeven.

Wat brengt een benadering vanuit de rechtsstaatsbeginselen met zich mee?

In de eerste plaats is het beter de slechts voor andere overheden bestemde "subsidies" niet geheel over één kam te scheren met subsidies aan particulieren. De financiële verhouding tussen met name rijk en lagere overheden heeft haar eigen inhoudelijke mérites. Dat blijkt onder meer uit de betekenis die grondrechten hebben voor de aanspraak op subsidie en de beperkingen aangaande de mogelijkheden van subsidievoorwaarden. Zie daarover het preadvies van Hirsch Ballin.

Er is daarom reden bij de ontwikkeling van het subsidierecht in het algemeen de bijdragen, die slechts voor andere overheden bestemd zijn, buiten beschouwing te laten. Dat neemt niet weg, dat juist de in dit preadvies te behandelen beginselen voor analoge toepassing op de verhouding tussen rijk en lagere overheden in aanmerking kunnen komen.

89. Sommige uitkeringen aan andere overheden *moeten onmiddellijk aan particulieren worden doorgegeven.* Vanuit rechtsstatelijk oogpunt moeten deze wellicht gelijkgesteld worden aan subsidies voor particulieren. Ik ben zo vrij geweest ter vereenvoudiging dit type uitkering buiten beschouwing te laten.

90. Sommige subsidiefaciliteiten, bijvoorbeeld op het terrein van het energiebeleid, staan evenzeer open voor overheden als voor particulieren. Er is geen reden de toekomstige subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht alleen op particuliere aanvragers ten aanzien van dergelijke subsidiefaciliteiten van toepassing te verklaren.

2.8 Conclusie

Het blijft lastig om tot een volledig bevredigende afbakening van het begrip subsidie te komen. Ik vertrouw erop, dat de in paragraaf 2.3 gegeven definitie, met de in de paragrafen 2.4-2.7 aangebrachte nuanceringen en toelichting, adequaat is voor het in nr. 54 omschreven doel van deze studie.

Noten

1. Artikel 1, Algemene subsidieverordening van de gemeente Rheden
2. Artikel 1, onder b, Model algemene subsidieverordening specifiek welzijn van de VNG (Vereniging van Nederlandse Gemeenten).
3. Zie o.m. J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht,* Deventer 1981; P.J.G.Kapteyn en P. Verloren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen,* vierde druk, Deventer 1987, 320-321.
4. TK vergaderjaar 1986-1987, 20038, nrs. 1 en 2.
5. Zie Ph. Eijlander, Het primaat van de wetgever. Kabinetsstandpunt ten aanzien van "Orde in de regelgeving",
   (*Bestuurswetenschappen,* maart/april 1988) en de daar vermelde
   literatuur.
6. TK vergaderjaar 1986-1987, 20 038, nrs. 1 en 2.
7. "Werkgelegenheidsbeleid lagere overheden", brief van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, Tk vergaderjaar 1983-1984, 18547, nr. 1.
8. Zie L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, Deventer 1987, blz. 106.
9. Bijvoorbeeld AR 21 januari 1983, AB 398 m.n. JHvdV.
10. Zie de in paragraaf 5.5 besproken financieringsregelingen.

3 De fase vóór de subsidieverlening

3.1 Inleiding

91. Er gaat veel vooraf aan de beslissing tot subsidieverlening. Men kan daarbij onderscheid maken tussen eerst *de vorming van het subsidiebeleid* (paragraaf 3.2) en vervolgens het contact met de – soms slechts potentiële – *individuele subsidieaanvrager* (paragraaf 3.3). In de praktijk echter loopt dat niet zelden door elkaar, hetgeen de nu volgende uiteenzetting helaas compliceert.

Daarnaast komen in de praktijk voorafgaand aan de subsidieverlening nog andere verklaringen voor, die zelf geen directe aanspraak op subsidie geven, maar daar wel een essentiële voorwaarde voor zijn (zie paragraaf 3.4).

3.2 Beleidsvorming

92. Op de vorming van het subsidiebeleid ga ik, gelet op de taakverdeling met mijn medepreadviseur, maar gedeeltelijk in. Het is denkbaar dat de vorming van het subsidiebeleid uitsluitend informeel plaatsvindt, eventueel zelfs naar aanleiding van een of meer concrete gevallen. Maar in sterk toegenomen mate wordt dat beleid neergelegd in publieke stukken met een veelal juridisch duidelijk karakter.

Dat betekent niet direct dat dan op simpele wijze valt na te gaan waarop men aanspraak kan maken. Veelal is het beleid neergelegd in *algemeen verbindende voorschriften*, niet zelden via delegatie of subdelegatie verspreid over wet, algemene maatregel van bestuur en/of eventueel ministeriële regeling. Zo zijn, om enige recente wetten te noemen, de algemene bepalingen inzake de subsidiëring van persorganen vervat in de Mediawet (Stb. 1987, 249) en het Mediabesluit (Stb. 1987, 573), terwijl de subsidiëring van voorzieningen op het terrein van het maatschappelijke en sociaal-culturele welzijn ten aanzien van rijkssubsidies regeling vindt in zowel de Welzijnswet (Stb. 1987, 73), als een a.m.v.b. ex artikel 13 van die wet als in een jaarlijkse ministeriële regeling ex artikel 12 van die wet.

93. Niet uit te sluiten valt dat in die gevallen verdere uitwerking van het beleid plaatsvindt via *beleidsregelgeving*.

Naast deze binnen-wettelijke beleidsregelgeving komt juist op subsidieterrein zoals bekend nog steeds veel buiten-wettelijke beleidsregelgeving voor.[1] Veelal, maar niet altijd[2] bevatten dergelijke regelingen een heldere juridische systematiek en zijn ze officieel gepubliceerd. Dergelijke regels binden via de beginselen van behoorlijk bestuur. Wat dat betekent ten aanzien van de bevoegdheid tot afwijking in bijzondere gevallen en de eisen waaraan bij beleidswijziging voldaan moet worden, is de laatste jaren geleidelijk duidelijker geworden.

Plannen en programma's

94. Minder duidelijk is veelal het juridische karakter van andere publieke stukken waarin subsidiebeleid wordt neergelegd: subsidienota's, subsidieplannen en subsidieprogramma's. Dat komt mede doordat wat op het ene beleidsterrein als plan wordt aangeduid, op het andere terrein programma heet.

Men komt in dergelijke stukken veelal (a) verslaglegging over de vorige periode tegen, (b) inventarisatie van de huidige situatie en (c) algemene beleidsvoornemens en beleidsvoornemens ten aanzien van bepaalde personen of instellingen. Zie b.v. de Rijksplannen Welzijnswet voor 1987 en 1988[3] en het Plan voor het kunstbeleid 1988-1992.[4] Het is duidelijk dat de verslaglegging en de inventarisatie wel belangrijk zijn voor de publieke controle, structurering en overzichtelijkheid van het beleid, maar geen directe betekenis hebben voor de inhoud van aanspraken op subsidie.

95. Van een meer direkte betekenis kunnen wel de algemene beleidsvoornemens in dergelijke nota's, plannen of programma's zijn. Deze algemene beleidsvoornemens zullen, als ze op een ieder gelijkelijk van toepassing zijn, de juridische betekenis van beleidsregels hebben, welke uiteraard sterker is naarmate dergelijke beleidsvoornemens meer concreet zijn. Wel moet men hierbij nog onderscheid maken tussen beleidsstukken op centraal en op lokaal niveau.

In het laatste geval is de besluitvorming aangaande het algemene beleid met de vaststelling van het plan of programma door de gemeenteraad of Provinciale Staten afgerond, zodat dan duidelijk is of en wanneer het nieuwe beleid nodig is. Hetzelfde geldt voor nota's van B en W en van GS zodra deze aanvaard zijn door de gemeenteraad resp. de Staten: een goed kenbaar moment.

Werken nota's, plannen en programma's van ministers direct na publikatie? Als ze niet zelf uitdrukkelijk aangeven dat ze direct werken, dan ligt dit niet zo duidelijk.

Ik veronderstel dat het nu eens de bedoeling zal zijn de parlementaire discussie over het beleidsstuk af te wachten en pas daarna, na eventuele wijziging van het stuk, tot uitvoering over te gaan. Dit laatste lijkt de bedoeling van het Rijksplan Welzijnswet te zijn: "Het Rijksplan dient te worden be-

zien in relatie tot de stukken van de begroting . . . en biedt een nadere specificatie van de memorie van toelichting bij de begroting", aldus de Minister van WVC.[5]

Een andere maal zal het de bedoeling van de minister zijn direct tot uitvoering over te gaan, zij dat hij zich dan wel voorbehoudt zijn beleidsvoornemens aan te passen als de parlementaire discussie daartoe aanleiding geeft. In gevallen waarin dat niet strijdig behoeft te worden geacht met het budgetrecht van het parlement en directe uitvoering tevens zeer gewenst is, zie ik daar geen staatsrechtelijk bezwaar tegen.

Maar wel een bezwaar is dat een dergelijk voornemen zelden duidelijk uit het beleidsstuk blijkt. Dat doet nodeloos tekort aan de aan de doelgroep te bieden rechtszekerheid – in het bijzonder als het zeer onduidelijk is wanneer het overleg met het parlement zal zijn afgerond[6] – en ook aan de controleerbaarheid van het beleid.

96. De rechtszekerheid en de controleerbaarheid van het beleid vereisen mijns inziens dat de minister in het beleidsstuk expliciet aangeeft:

1.*a.* Hetzij op welke datum het aangekondigde beleid zal ingaan.
b. hetzij dat dit op een latere datum bekend zal worden gemaakt.
2.*a.* Of hij zich voorbehoudt het beleid naar aanleiding van overleg met het parlement aan te passen en
b. zo ja, op welk moment hij dan bekend zal maken of het voorgenomen beleid ongewijzigd uitgevoerd zal worden c.q. welke wijziging daarin aangebracht wordt.

Hoewel het voor ministers politiek niet altijd aantrekkelijk is duidelijk te maken of het beleidsvoornemen geheel vaststaat dan wel maar een "concept-status" heeft, is die duidelijkheid tegenover de doelgroep en vanuit een oogpunt van controleerbaarheid van beleid een wezenlijke eis van behoorlijkheid. Een dergelijke gedragslijn is ook in het belang van de minister: concept-beleid is eenvoudig aan te passen, terwijl bij wijziging van vast beleid veelal een overgangstermijn in acht genomen moet worden.

De hier gesignaleerde problemen zijn het grootst als de toezending van het beleidsstuk aan en de behandeling door het parlement niet volgens een vast ritme, te weten tegelijk met dat van de rijksbegroting, plaatsvinden.[7]

97. Ten aanzien van het algemene subsidiebeleid is uiteraard van veel betekenis of dit – neergelegd in algemeen verbindend voorschrift, beleidsregel, plan of nota – exclusief is in die zin dat daarbuiten of op het betreffende terrein geen subsidiëring mogelijk is.

Is dat het geval, dan is uiteraard de juridische betekenis van dergelijke beleidsstukken van groot belang – en des te meer naarmate ze concreter zijn uitgewerkt – ook als het gaat om qua vormgeving en formulering weinig juridisch opgezette stukken als nota's en plannen. Dat is wel heel duidelijk gebleken in de afgelopen jaren van beleidsombuigingen, waarin juist

dergelijke stukken het aangrijpingspunt vormden voor overleg in en buiten het parlement. Dat roept dan direct de, hier niet te behandelen, vraag op wat voor juridische eisen aan de inhoud en de totstandkoming van dergelijke stukken moeten worden gesteld.[8]

98. Niet zelden treft men in nota's, plannen of programma's ook *individueel* gerichte beleidsvoornemens aan: zowel het voornemen een bepaalde instelling tot een aangeduid bedrag subsidie te verlenen of omgekeerd het voornemen de subsidiëring van een bepaalde instelling met ingang van een aangegeven datum te verminderen of te beëindigen.

Ook in deze gevallen is, net als bij algemene beleidsvoornemens, bij een voornemen in gunstige zin juist op centraal niveau niet zonder meer duidelijk wat het rechtskarakter daarvan is. Per geval zal moeten worden nagegaan welke van de volgende drie mogelijkheden is bedoeld:

a. slechts een intentieverklaring, wegens het impliciete of expliciete voorbehoud dat het overleg met het parlement de minister niet tot een ander standpunt brengt;
b. een toezegging (zie paragraaf 3.3);
c. een beslissing inhoudende subsidieverlening, eventueel op termijn (scholenplannen) of onder nader te stellen voorwaarden (gemeentelijke subsidieprogramma's).

Ook ten aanzien van een ongunstig beleidsvoornemen zijn deze drie varianten denkbaar: voorlopig voornemen, vast voornemen of beslissing inhoudende subsidiebeëindiging.

Het behoeft geen betoog dat het juist in deze individuele gevallen ernstig tekort doet aan de te betrachten rechtszekerheid, indien het rechtskarakter van een dergelijk individueel gericht beleidsvoornemen niet duidelijk is. De betrokkene moet duidelijk weten waar hij aan toe is, teneinde zijn gedrag – ook tegenover zijn werknemers en afnemers – daarop te kunnen afstemmen. En het moet duidelijk zijn of een reeds voor beroep vatbare beslissing is genomen alleen al opdat hij zijn beroepstermijn niet verspeelt. De rechtszekerheid vereist dat de opsteller van de nota, het plan of het programma die duidelijkheid aan de betreffende bestuurder verschaft. Ik zie ook geen gewichtige bestuurlijke redenen die zich daartegen zouden kunnen verzetten.

99. De aanduiding *plan* staat nu eens voor verslaglegging, inventarisatie en/of algemene beleidsvoornemens dan weer voor een samenstel van – individuele – beschikkingen. Hetzelfde geldt voor de aanduiding *programma*.

Het zou de duidelijkheid voor alle betrokkenen – beleidsvormers, uitvoerders, al dan niet potentiële subsidieontvangers – zeer ten goede komen als de begrippen plan en programma voor verschillende zaken worden gehanteerd. Het *plan* slechts voor de vastlegging van de hoofdlijnen van het

beleid en de algemene samenhang. Het *programma* voor de aanwijzing van de concrete te realiseren voorzieningen, al dan niet met vermelding van de personen of instellingen die voor de daarvoor vereiste subsidiegelden in aanmerking komen. Dit is het systeem van de Welzijnswet (artikelen 11, 12, 15 en 16). Dit lijkt mij een redelijk helder systeem, mits:

a. in het plan niet toch voornemens ten aanzien van met name aangeduide personen of instellingen worden opgenomen en

b. er bij de opstelling van een programma door rijk, provincie of gemeente een duidelijke, goed kenbare, keuze wordt gemaakt ten aanzien van het rechtskarakter van het programma.

100. Ad *b* (zie nr. 99): de Welzijnswet heeft het bewust aan de opsteller van het programma willen overlaten of deze al dan niet de instellingen en personen in het programma zou willen vermelden.[10] Die keuzevrijheid acht ik niet zonder meer bezwaarlijk, mits de opsteller van het betreffende programma maar duidelijk kenbaar kiest voor al of niet vermelding van de subsidieontvangers. In het laatste geval dient tevens duidelijk te worden aangegeven of via de vaststelling van het programma de beslissing tot subsidieverlening, subsidieweigering, subsidiewijziging of -intrekking jegens de betrokkene is genomen dan wel dat slechts sprake is van een voornemen en dat de beschikking terzake zal volgen. Betrokkenen moet daarover duidelijkheid worden verschaft met het oog op de eigen "plannen" en de eventuele instelling van bezwaar en beroep. Voor wat betreft de Welzijnswet ligt het voor de hand dat in de ingevolge de artikelen 13 en 15 op te stellen a.m.v.b. en plaatselijke verordeningen helderheid wordt verschaft door daarin duidelijk de beslissingsprocedure terzake van de beslissing op aanvragen en ten aanzien van beleidswijzigingen te beschrijven.

101. Met een dergelijk stelsel van plannen en programma's kan, ook op andere terreinen, een goed evenwicht worden gevonden tussen de vereiste flexibiliteit en beleidsvrijheid enerzijds en de vereiste rechtszekerheid en overzichtelijkheid en controleerbaarheid van het beleid anderzijds.

3.3 Geïndividualiseerde beleidsvoornemens

102. Hiervoor bleek steeds dat aan de beslissing tot subsidieverlening niet alleen de vorming van algemeen beleid vooraf gaat, maar dat daaraan ook niet zelden beleidsvoornemens jegens bepaalde personen, bedrijven of instellingen vooraf gaan. Het gebeurt nogal eens dat in een vroeg stadium, zelfs voordat de aanvraag om subsidie is ingediend individuele *toezeggingen* worden gedaan.

Die toezeggingen kunnen een belangrijke rol vervullen voor de effectiviteit van het beleid. Het kan noodzakelijk zijn voorafgaand aan een langdurige beoordelingsprocedure met betrekking tot een subsidieaanvraag op

basis van een globale beoordeling althans enige indicatie te geven van de waarschijnlijkheid dat subsidieverlening zal plaatsvinden en van de omvang van het bedrag. Dat geldt wel heel in het bijzonder bij het aantrekken van buitenlandse bedrijven in de concurrentieslag met andere landen. Dan moet een bedrijf voldoende geïnteresseerd raken om het niet zinloos te vinden aan de normale beoordelingsprocedure deel te nemen. Immers zelfs de start van zo'n beoordelingsprocedure kan zeer veel werk van de aanvrager vereisen. Bijvoorbeeld de Investeringspremieregeling regionale projecten (Stcrt. 1986, 33) eist de meezending van een groot aantal, soms speciaal op te stellen, stukken.

Ook in binnenlandse verhoudingen kan het op de diverse beleidsterreinen noodzakelijk zijn individuele potentiële subsidieaanvragers enige zekerheid te verschaffen door middel van toezeggingen[11] of door middel van informatie[12] over de toepasselijkheid van de subsidieregeling, teneinde het door de overheid gewenste gedrag uit te lokken.

Het moge duidelijk zijn dat dergelijke individuele toezeggingen minder noodzakelijk zijn, naarmate de desbetreffende subsidieregeling geïnteresseerden door eenvoud en heldere formuleringen beter in staat stelt zelf hun kansen goed in te schatten.

103. Is de bestuurlijke noodzaak van dergelijke toezeggingen derhalve soms wel aanwezig, uit juridisch oogpunt kleven er veelal niet geringe bezwaren aan.

Immers enerzijds is het de bedoeling de geïnteresseerde zoveel vertrouwen te geven op subsidieverlening, dat hij daartoe uitgelokt een aanvraag zal indienen. Naarmate van de zijde van de subsidieverlener meer gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt, zal de subsidieverlener dus in sterkere mate gebonden worden tot een positieve beslissing op de subsidieaanvraag.

Anderzijds kan het honoreren van dergelijke verwachtingen nopen tot een voorkeursbehandeling in de vorm van voorrang bij de behandeling van de ingediende subsidieaanvragen[13] of zelfs afwijking van de betreffende subsidieregeling. Dit is uiteraard uit een oogpunt van gelijke behandeling en algemene rechtszekerheid hoogst ongewenst, hetgeen men zich in de praktijk ook heel wel realiseert.

Aldus zit de subsidieverlener tussen twee vuren. Hij voelt zich enerzijds genoopt een toezegging te doen en vervolgens de daardoor ontstane gerechtvaardigde verwachtingen te honoreren. Anderzijds moet hij ongelijke behandeling en afwijking van vast – al dan niet gepubliceerd – beleid vermijden.

Dat conflict valt op te lossen door de toezegging achterwege te laten of als middenweg een expliciet geclausuleerde toezegging te doen, te weten onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat inwilliging van de in te dienen aanvraag in overeenstemming zal zijn met de dan geldende regeling.

104. Indien een toezegging eenmaal gedaan is, zal zij in beginsel verplich-

ten de gerechtvaardigde verwachtingen, in zoverre als deze door de toezegging ontstaan zijn, te honoreren door dienovereenkomstig *subsidie te verlenen*. Slechts zwaarwegende redenen zouden het niet honoreren kunnen rechtvaardigen. Daartoe behoort met name sedert de fiscale doorbraakarresten van de HR (1978)[14] niet zonder meer dat subsidieverlening in strijd met de wet zou zijn: het honoreren van de toezegging kan een dringender rechtsplicht zijn dan het naleven van de wet.

Wel is het denkbaar dat een concurrent van de begunstigde onmiddellijk nadeel van de tegenwettelijke subsidieverlening ondervindt: dan kan de afweging van rechtsplichten ertoe nopen de toezegging niet te honoreren. Het lijkt aannemelijk dat in zo'n geval de overheid, die onrechtmatig heeft gehandeld door een met de wet strijdige toezegging te doen, wel gehouden is de schade die de aanvankelijk begunstigde daardoor geleden heeft, te vergoeden. Een dergelijke schadevergoeding betekent niet zonder meer dat aldus toch de toegezegde subsidie, zij het onder de betiteling schadevergoeding, wordt gegeven. Want met name als degene aan wie de toezegging is gedaan, op het moment van de beslissing op de aanvraag om subsidie – of schorsing of vernietiging van de positieve beslissing door de rechter – nog maar een deel van de uitgelokte activiteiten heeft verricht, zal de schadevergoeding in het algemeen veel lager zijn dan de toegezegde subsidie.

105. Hiermee is dan tevens een zwakke plek aangegeven in een stelsel dat subsidieverlening zonder wettelijke grondslag verbiedt.

Dit stelsel zou ondermijnd kunnen worden indien gemakkelijk subsidies zonder wettelijke grondslag of in afwijking van de tot stand gebrachte algemeen verbindende voorschriften worden toegezegd of verleend. Voor zover derden-belanghebbenden daartegen niet opponeren, zal voortzetting van een dergelijk gedrag indien het op rijksniveau plaatsvindt, slechts tegengegaan kunnen worden door het parlement, de Algemene Rekenkamer of de publieke opinie. Ten aanzien van provincie en gemeente zal hier via het toezicht door rijk resp. rijk en provincie corrigerend opgetreden kunnen worden.

106. In de fase die aan de beslissing op een aanvraag om subsidie voorafgaat, komt ook het spiegelbeeld van de toezegging voor, te weten de aankondiging van het voornemen om op een eventuele subsidieaanvraag afwijzend te beslissen. Dit belet de geïnteresseerde uiteraard niet toch een aanvraag in te dienen teneinde daaromtrent zekerheid te verkrijgen en zo nodig tegen de afwijzing van de aanvraag rechtsmiddelen aan te wenden.

De hier bedoelde aankondiging heeft een bijzondere betekenis als zij betrekking heeft op een in te dienen periodieke aanvraag om verlenging van een structurele subsidie en daarmede de beëindiging van een structurele subsidierelatie inluidt (zie nr. 313 e.v.).

3.4 Erkenning voorafgaand aan subsidieverlening

107. Ingevolge diverse regelingen is subsidieverlening alleen mogelijk, indien daaraan voorafgaand door de subsidieverlener een positief oordeel over de bekwaamheid van de subsidieontvanger of over het nut van de door hem voorgenomen activiteiten is uitgesproken.

Zo bepaalt de Garantieregeling particuliere participatiemaatschappijen 1981 (Stcrt. 77), dat een participatiemaatschappij slechts vergoeding kan verkrijgen op het door haar op participaties geleden verlies, indien zij voordien erkend is door de Nederlandse Bank. De bedoeling hiervan is een zekere kwaliteitscontrole vooraf uit te oefenen – en te blijven uitoefenen – mede omdat de aanvraag om vergoeding eerst na het lijden van het verlies kan worden ingediend. De erkenning zelf is niet een soort subsidieverlening. Het erkend zijn is slechts een van de subsidievoorwaarden.

We zien dat ook bij de verklaringen die de Minister van Economische Zaken op grond van de artikelen 16a en 16b Wet investeringsrekening afgeeft omtrent investeringen van een ondernemer "voor een goed leefmilieu" of "voor een doelmatig gebruik van energie". Deze verklaring is geen subsidieverlening. De belastingaanslag is dat wel; daarbij wordt de premie berekend en verleend. De wet geeft precies aan in hoeverre de belastinginspecteur gebonden is aan de ministeriële "erkenning".

Een erkenningensysteem vindt men ook in artikel 42 e.v. van de Wet voorzieningen gezondheidszorg (Stb. 1982, 563). Uit artikel 45 vloeit bovendien voort, dat voor de erkenning van de instelling op haar beurt soms ook nog een andere erkenning vereist is, bestaande in de verklaring dat de desbetreffende voorziening is opgenomen in het geldende "plan van voorzieningen voor gezondheidszorg".

3.5 Conclusie

Zo zagen we in dit hoofdstuk een grote verscheidenheid aan beslissingsmomenten in de fase vóór die van de subsidieverlening. Een verscheidenheid die aanleiding zou moeten zijn voor een nadere toetsing vanuit oogpunten van rechtszekerheid, doorzichtigheid en uitvoerbaarheid. Bovendien munten sommige van deze "voorbeslissingen" zelf niet uit door juridische duidelijkheid. Maar een verantwoord verhaal over de pro's en contra's van deze beslissingsmomenten zou meer ruimte nemen dan hier verantwoord is.

Noten

1. Zie J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht,* diss. Groningen, Deventer 1983, o.m. hoofdstuk 5. Zie voorts *Orde in de regelgeving,* eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Den Haag 1985 blz. 19 e.v. en het kabinetsstandpunt dienaangaande (zie noot 5 en 6 bij hoofdstuk 2 hierboven).

2. Zie o.m. de instrumenten beschreven bij Damen a.w. (noot 8 bij hoofdstuk 2 hierboven), nrs. 125-127, 148, 150, 161, 162, 163.
3. Rijksplan 1987: TK, vergaderjaar 1986-1987, 19700, hfdst. XVI, nr. 154; Rijksplan 1988: TK, vergaderjaar 1987-1988, 20200, hfdst. XVI, nr. 35.
4. TK, vergaderjaar 1987-1988, 20263, nrs. 1-2.
5. Aanbiedingsbrief bij Rijksplan Welzijnswet voor 1988 (noot 3), p. 1.
6. Zie over de gang van zaken t.a.v. het Rijksmeerjarenprogramma Openluchtrecreatie en Toerisme 1987-1991: TK, vergaderjaar 1987-1988, 19922, nr. 3, blz. 2.
7. Zie het in noot 6 vermelde stuk.
8. Zie o.m. *"Orde in de regelgeving"* (zie noot 1 hierboven), blz. 28 e.v.
9. Voorbeelden van programma's die alleen of vooral algemene beleidsvoornemens bevatten zijn: het Rijksmeerjarenprogramma Openluchtrecreatie en Toerisme 1987-1991 (TK, vergaderjaar 1986-1987, 19922, nrs. 1-2) en het Milieuprogramma 1988-1991 (TK, vergaderjaar 1987-1988, 20202, nrs. 1-2).
10. MvT p. 39, TK, vergaderjaar 1984-1985, 18957, nrs. 1-4) en Nader Rapport (TK, vergaderjaar 1984-1985, 18957, nrs. B-C, p. 6).
11. Bijvoorbeeld AR 8-6-1978, tB/S V, nr. 83, blz. 287 (Ver. galeriehouders A'dam/Minister CRM). Voorts VzAR 14-9-1984, tB/S XI, nr. 112, blz. 513 (S.N.T.-Film en video/NCO): een positief principe-besluit verplicht weliswaar niet onder alle omstandigheden een dienovereenkomstig definitief besluit te nemen, maar het definitieve – afwijkende – besluit mag niet steunen op omstandigheden die ten tijde van het positieve principe-besluit reeds bekend waren en daarvoor toen geen beletsel vormden.
12. Bijvoorbeeld AR 18-2-1987, GS 6843, no. 4 (Mouthaan/Delft).
13. Dit kan met name belangrijk zijn als de regeling voorziet in een beperkt budget.
14. HR 22 april 1978, AB 1979, 262 m.n. FHvdB, NJ 1979, 533 m.n. MS.

4 De fase van de subsidieverlening: indiening en behandeling van de aanvraag

4.1 Inleiding

108. Duidelijk moet steeds zijn bij wie de aanvraag om subsidie moet worden ingediend (paragraaf 4.2), voor welk tijdstip en aan welke eisen hij moet voldoen (paragraaf 4.3). Tevens is het gewenst dat de regels omtrent de behandeling van de aanvraag helder en adequaat zijn (paragraaf 4.4).

4.2 Indiening bij wie?

109. Voor het verkrijgen van een beslissing tot subsidieverlening is in het algemeen, zo niet altijd, de indiening van een aanvraag vereist. Deze dient te voldoen aan de eisen die de subsidieregeling stelt – of als zo'n regeling ontbreekt, de eisen die de subsidieverlener stelt – onder medezending van stukken als het investeringsplan of werkprogramma, de begroting voor de betreffende activiteit of de exploitatierekening, de (voorgenomen) personeelsformatie, de (concept)statuten, alsmede stukken die inzicht geven in de financiële toestand van de aanvrager en het eventuele concern waartoe de aanvrager behoort.

Dit alles zal veelal – niet in die mate bij bijvoorbeeld isolatiesubsidies of studiefinanciering – vereist zijn om een verantwoorde beslissing op de aanvraag te kunnen nemen. Uiteraard is het belangrijk "overkill" te vermijden: er dienen niet meer stukken te worden gevraagd dan in het algemeen echt noodzakelijk zal zijn voor een goede beoordeling. Dit te meer daar de subsidieregelingen de subsidieverlener, de adviesinstantie of bij gemeentelijke subsidies B en W de bevoegdheid kan geven binnen een door hen te stellen termijn nadere gegevens en stukken te verschaffen indien dat nodig is voor een zorgvuldige beoordeling van de aanvraag. Vergelijk artikel 4.1.1.5, eerste lid voorontwerp-ABW en b.v. artikel 61, derde lid, Mediabesluit (Stb. 1987, 573).

110. De aanvraag zal moeten worden ingediend bij de instantie die op de aanvraag beslist of ingeval van gemeentelijke of provinciale subsidies bij B en W resp. GS. De subsidieregeling kan uiteraard bepalen dat de aanvraag bij een andere instantie moet worden ingediend, b.v. bij de adviesinstantie[1]

of bij de functionaris of instelling die namens de subsidieverlener op de aanvraag zal beslissen.[2]

Het is noodzakelijk dat de subsidieregeling – of een meer algemene regeling – er volstrekte duidelijkheid over verschaft bij wie de aanvraag moet worden ingediend, niet alleen uit overwegingen van efficiency voor overheid en aanvrager, maar ook omdat vele subsidieregelingen eisen dat de aanvraag moet worden ingediend voordat een begin met de subsidiabele activiteiten wordt gemaakt.

Dan kunnen ook geschillen als beslist bij uitspraak AR 13 december 1984, tB/S V, nr. 359, blz. 1505 (Kokatmos/Staatssecretaris SoZaWe) worden vermeden: in dat geval moest de rechter eraan te pas komen om duidelijk te maken, dat gelet op de bestaande *praktijk* bij het zg. Terugkeerprogramma, de afgewezen aanvraag terecht *niet* bij de staatssecretaris doch bij de adviesinstantie was ingediend.

Indiening bij de adviesinstantie werd door de AR op 17 april 1987 (AB 477) mede gelet op het soepele beleid in andere gevallen ook geaccepteerd, hoewel de Verordening steun bedrijven stadsvernieuwing van Utrecht indiening bij B en W eiste.

4.3 Indiening voor het begin van de subsidiabele activiteiten

111. Dat de aanvraag om een vergunning om activiteiten te verrichten, die bij algemeen verbindend voorschrift verboden zijn, voor het verrichten van die activiteiten moet worden ingediend – en dat ook een positieve beslissing voordien verkregen moet zijn – is evident. Bij subsidiëring is dat minder sterk voor de hand liggend. In de eerste plaats omdat de subsidiabele activiteiten op zichzelf geenszins verboden zijn. In de tweede plaats omdat sommige subsidieregelingen uitdrukkelijk bepalen dat de aanvraag pas binnen x maanden *na* het verrichten van de subsidiabele activiteiten moet worden ingediend. Dat neemt niet weg dat in veel situaties verschillende belangen een tijdige indiening van de aanvraag kunnen vereisen.

Ten eerste de beheersing van de uitgaven van het lichaam ten laste van wie de subsidie komt. Dit vereist met name ten aanzien van exploitatiesubsidies voor instellingen – zeker voor instellingen die wezenlijke maatschappelijke voorzieningen in stand houden – dat de overheid tijdig bij de begrotingsvoorbereiding over de aanvragen beschikt. Er kan dan – binnen de daarvoor toch al beperkte ruimte – een goede afweging van de financiële prioriteiten in het algemeen en van verwante aanvragen in het bijzonder plaatsvinden.

Ten tweede kan ook bij andere soorten subsidies, b.v. onderzoekssubsidies, de nagestreefde vergelijkende beoordeling van aanvragen indiening voor een vast tijdstip noodzakelijk maken.

Ten derde kan het terwille van een eventueel vereiste toetsing van de feitelijke situatie voor het begin van de subsidiabele activiteiten noodzakelijk zijn, dat de aanvraag zo tijdig voordien wordt ingediend dat die beoordeling nog reëel mogelijk is. Daardoor worden bewijsproblemen die zich bij

een indiening achteraf gemakkelijk kunnen voordoen – zie b.v. AR 2 januari 1986, AB 381 en denk aan verbouwingssubsidies – vermeden.

Ten vierde kan het noodzakelijk zijn dat de beoordelende instantie nog reële invloed kan uitoefenen op de subsidiabele activiteiten en de daarbij te hanteren werkwijze en organisatie. Die sturing kan zowel vereist zijn om te bewerkstelligen dat de subsidie voldoende effectief zal zijn als om de aanvrager tot zodanige aanpassing van zijn voornemens te bewegen dat de aanvraag voor inwilliging in aanmerking komt. Ik denk hierbij in het bijzonder aan de instandhouding van instellingen, aan de subsidies voor bedrijven in moeilijkheden en aan de ondersteuning van gecompliceerde en risicovolle projecten.

112. In de in nr. 111 vermelde vier gevallen zal de aanvraag voor het begin van de subsidiabele activiteiten moeten worden ingediend of – bij subsidies voor de voortzetting van lopende activiteiten – voor de aanvang van de subsidieperiode (b.v. het betreffende kalender- of cursusjaar). Of zich zo'n geval voordoet, zal soms wel eens discutabel zijn. Het is een zaak van afweging voor degene die de subsidieregeling vaststelt. Deze zal ook op dit punt volstrekte duidelijkheid moeten verschaffen met het oog op de rechtszekerheid van de aanvrager en ter vermijding van nodeloze activiteiten van aanvrager, bestuur en rechter.[3]

Bij bepaalde subsidies kan die afweging ertoe leiden indiening vooraf niet noodzakelijk te achten. Bijvoorbeeld omdat een procedure vooraf geacht wordt nodeloze rompslomp op te leveren en omdat in de regeling voldoende waarborgen ingebouwd kunnen worden om te garanderen, dat de overheid zich niet genoopt zal zien achteraf niet geheel gewenste activiteiten te subsidiëren. Wel zal ook in die gevallen, net als in andere gevallen van subsidievaststelling, het verzoek daartoe binnen een beperkte – in de regeling te vermelden – periode na het maken van de kosten moeten worden ingediend.[4]

113. Soms wordt geëist dat de indiening van de aanvraag niet alleen plaatsvindt voor de aanvang van de subsidiabele activiteiten of van het subsidietijdvak, maar zelfs dat *met de subsidiabele activiteiten niet begonnen wordt voordat op de aanvraag beslist is.* Dit laatste kan met name gewenst zijn in het vierde, in nr. 111 vermelde, geval. In het aldaar vermelde derde geval is een dergelijk vergaande niet noodzakelijk. Voldoende eis is dat de beoordelende instantie een reële mogelijkheid heeft zich bijvoorbeeld ter plekke van de feiten op de hoogte te stellen. In deze lijn passen ook rechterlijke uitspraken, waaruit blijkt dat het starten van de activiteiten vóór de beslissing op de aanvraag – hoewel de regeling zich daartegen verzet – soms niet of niet zonder meer aan de aanvrager kan worden tegengeworpen. Te weten indien de subsidieverlener tengevolge van aan hemzelf toe te rekenen problemen bij de afhandeling van aanvragen eerst een beslissing op de aanvraag heeft genomen op een tijdstip, waarvan hij moest weten dat

de aanvrager daarop met het oog op zijn bedrijfsvoering[5] of gezondheid[6] niet kon wachten.

In de in noot 5 en 6 vermelde uitspraken kon de rechter zich overigens tevens beroepen op de omstandigheid dat het om een beleidsregeling ging resp. om een regeling waarvan de vaststeller bij circulaire had aangedrongen op een soepele uitvoering.

Het moge duidelijk zijn dat het beter is als de zaak bestuurlijk zo is ingericht dat dergelijk rechterlijk ingrijpen niet nodig is. Het bestuur dient uiteraard binnen een redelijke, in de regeling te noemen, termijn te beslissen en in bijzondere gevallen open te staan voor een redelijk gemotiveerd verzoek om een versnelde behandeling. Daarnaast dient bij de vaststelling van de regeling nadrukkelijk overwogen te worden of niet volstaan kan worden met de eis dat de *aanvraag* voor – of b.v. een maand voor – het begin van de subsidiabele activiteiten resp. het subsidietijdvak wordt ingediend. Zie b.v. art. 43 Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging en de artt. 12, 17 en 21 Algemene subsidieverordening (1984) van de gemeente Rheden. Dat is ook beter en juister dan een te stringente eis in de regeling op te nemen en vervolgens een soepele – niet duidelijk kenbare – praktijk toe te passen of in individuele gevallen mondeling toe te zeggen dat betrokkene de gestelde eis niet in acht behoeft te nemen. Weliswaar zal in het laatste geval het vertrouwensbeginsel met zich meebrengen dat een te vroege start met de subsidiabele activiteiten niet aan de aanvrager kan worden tegengeworpen.[7] Maar de rechtszekerheid wordt bevorderd en nodeloze geschillen kunnen worden vermeden bij een minder vergaande eis dan blijkbaar noodzakelijk is.

114. Een belangrijk punt is nog of voor het in de regeling vermelde tijdstip *de volledige aanvraag moet zijn ingediend*, alsmede wat bij niet tijdige indiening dient te geschieden. Dit dient niet in het midden gelaten te worden, maar in de betreffende of een meer algemene regeling duidelijk geregeld te worden.

In veel subsidieregelingen wordt daartoe bepaald dat een aanvraag geacht wordt eerst te zijn ingediend als hij aan alle vereisten voldoet die de regeling daaraan stelt. Hiertoe behoort ook het vereiste dat in de regeling aangeduide stukken worden meegezonden. Bijvoorbeeld art. 7, vierde lid, Investeringspremieregeling regionale projecten 1986 (Stcrt. 33) en art. 7, vierde lid, Regeling herstelfinanciering 1984 (Stcrt. 60).

Een dergelijke formulering betekent in de eerste plaats dat de aanvraag eerst in behandeling wordt genomen als hij volledig is; zie nader nr. 117. Daarnaast heeft zij betekenis in het onderhavige verband, indien tevens bepaald is dat de aanvraag voor een bepaald tijdstip moet zijn ingediend.

In alle vier in nr. 111 bedoelde gevallen is het belangrijk dat voor het aangegeven tijdstip uiteraard niet slechts een summiere aanvraag is ingediend, maar een zodanig informatief en onderbouwd stuk dat de subsidieverlener zich op niet al te ingewikkelde en tijdrovende wijze een gefundeerd oordeel over de aanvraag kan vormen.

Als de stukken die voor het in de regeling bepaalde tijdstip zijn overgelegd, een dergelijk gefundeerd oordeel vanaf dat tijdstip niet mogelijk maken, dient de aanvraag mijns inziens inderdaad *buiten behandeling* te blijven. Er dient dan geen verplichting voor de subsidieverlener te zijn om de aanvrager nog de in nr. 117 bedoelde kans te bieden zijn aanvraag aan te vullen. Immers in het eerste en tweede in nr. 111 bedoelde geval zou de beoordeling van alle in samenhang te beoordelen aanvragen worden vertraagd, terwijl daarvoor geen redelijke grond is. Voorts valt niet in te zien wat voor dwingende noodaak er in het derde en vierde in nr. 111 bedoelde geval voor de aanvrager zou kunnen zijn om met zijn activiteiten te starten voordat zijn *aanvraag* compleet is.

Met andere woorden indien de subsidieregeling op goede gronden de eis heeft gesteld dat de aanvraag volledig dient te worden ingediend voor een bepaald tijdstip, zal er zelden een dwingende reden zijn die zodanig opweegt tegen het door die eis gediende belang dat de subsidieverlener de gelegenheid moet bieden ook na dat tijdstip een onvolledige aanvraag nog aan te vullen.

115. Niet geheel uit te sluiten valt, dat zich wel eens zo'n dwingende reden voordoet. Mits de eisen waaraan de aanvraag moet voldoen, inderdaad essentieel zijn, acht ik die kans dermate klein, dat de betreffende regeling of de subsidietitel van de AWB niet in een dergelijk geval behoeft te voorzien.

Indien zich toch zo'n uitzonderlijk geval voordoet, zou er – juist nu het om een termijnbepaling gaat – desalniettemin een rechtsplicht kunnen bestaan om de aanvrager de gelegenheid te bieden tot aanvulling.[8] Dat zou het geval kunnen zijn indien het om het gegeven of stuk gaat dat in casu *niet essentieel* is voor een goede beoordeling.

Het is evenwel duidelijk dat de regelgever zich ervoor dient te hoeden om dergelijke gegevens of stukken bij de indiening van de aanvraag te eisen. De regelgever dient in dit opzicht terughoudend te zijn. Hij kan de mogelijkheid openlaten dat tijdens de behandeling van de aanvraag nadere gegevens worden gevraagd, die noodzakelijk zijn voor een goede beoordeling. Diverse regelingen geven de bevoegdheid daartoe aan zowel de subsidieverlener als de in de regeling vermelde adviesinstantie.[9]

4.4 Behandeling van de aanvraag

116. De regels die hiervoor dienen te gelden, zijn in essentie dezelfde als voor de behandeling van aanvragen om een vergunning, ontheffing, toestemming, enz. Voorzover ze niet in de subsidieregeling of een meer algemene regeling zijn vast gelegd, vloeien ze voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Men kan daarvoor te rade gaan bij de jurisprudentie over de voorbereiding van beschikkingen in het algemeen en bij onder meer het Voorontwerp-AWB.

Deze regels stellen eisen aan de aanvrager en aan degenen die op de aanvraag beslissen dan wel deze voorbereiden of daaromtrent adviseren.

117. In de eerste plaats dient *de aanvraag* aan een aantal eisen te voldoen. Deze dient uiteraard duidelijkheid te verschaffen over wat de aanvrager beoogt. Daartoe stellen de meeste regelingen eisen aan inhoud en de meezending van toelichtende of bewijsstukken.

Kan de aanvraag buiten behandeling worden gelaten indien hij niet aan deze eisen voldoet? Dat lijkt niet meer dan redelijk, mits de aanvrager de gelegenheid tot aanvulling wordt geboden en hem, indien hij van deze gelegenheid binnen de eventueel gestelde termijn geen of onvoldoende gebruik gemaakt heeft, schriftelijk wordt medegedeeld dat de aanvraag niet in behandeling zal worden genomen.

Een dergelijke regeling is voor beschikkingen in het algemeen neergelegd in de artt. 4.1.1.5 en 4.1.1.6 Voorontwerp-AWB. Zie voorts art. 61 Mediabesluit (Stb. 1987, 573) en de verwante, minder uitgewerkte, regeling in art. 10 Subsidieregeling Vrouw en Werkwinkels (Stcrt. 1987, 147).

Andere regelingen bepalen dat de aanvraag eerst wordt geacht te zijn ingediend als hij volledig is, evenwel zonder uitdrukkelijk te voorzien in de verplichting de gelegenheid tot aanvulling te bieden en van de niet-behandeling mededeling te doen. Zie de in nr. 114 vermelde regelingen.

In nr. 114 werd evenwel het standpunt ingenomen, dat de aanvrager in beginsel geen gelegenheid tot aanvulling geboden hoeft te worden, indien de volledige aanvraag voor een bepaald tijdstip moet worden ingediend en aanvulling voor dat tijdstip niet meer mogelijk is.

118. In de tweede plaats rusten op *het bestuursorgaan* verplichtingen betreffende ondermeer zorgvuldige kennisgeving, overleg met of horen van de aanvrager en eventueel derden-belanghebbenden en zorgvuldige afweging. Soortgelijke verplichtingen gelden *voor adviesorganen*, al naar gelang het uitgebrachte advies meer omvattend is en zwaarder weegt.

De zojuist bedoelde overleg- of hoorverplichtingen treft men in subsidieregelingen zelden aan. Op welzijnsterrein voorzag de Kaderwet specifiek welzijn (Stb. 1982, 539) in ter inzage legging van het ontwerp van de vierjarenplannen resp. van de jaarprogramma's van gemeente, provincie en rijk en in de mogelijkheid van bezwaar daartegen voor een ieder resp. "ieder die door het ontwerp rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen". De Welzijnswet volstaat met de eis dat overleg plaatsvindt met de representatieve organisaties van werkgevers en werknemers, indien aannemelijk is dat de jaarlijkse vaststelling van subsidiabele voorzieningen – als bedoeld in de artt. 12 en 16 – gevolgen zal hebben voor de rechtspositie van de beroepskrachten van degenen die die voorzieningen in stand houden. Op economisch terrein bepaalt art. 10 Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987 (Stcrt. 1986, 241), dat de minister ingeval van een voorgenomen positieve beslissing zijn ontwerp aan de aanvrager toezendt en deze de gelegenheid biedt zijn zienswijze te geven; de bedoeling hiervan is de aanvrager met name ten aanzien van de voorwaarden van de kredietverlening een beïnvloedingsmogelijkheid te bieden.

119. In de derde plaats kan een goede beoordeling van de aanvraag vereisen dat, op verzoek van de subsidieverlener, de voorbereidende instantie – b.v. B en W of GS als de Raad of de Staten op de aanvraag beslissen – of de aangewezen adviesinstantie, door de aanvrager, externe deskundigen of andere derden *gegevens of adviezen* worden verstrekt. De rechtszekerheid vereist dat de regeling – of een meer algemene regeling – daar uitdrukkelijk in voorziet.

Uiteraard dient de aanvrager hieraan zijn volle medewerking te verlenen voor zover dat redelijkerwijs van hem verwacht mag worden. Voor zover hij dat niet of niet voldoende doet, zou de subsidieverlener de bevoegdheid moeten hebben – eventueel na aanmaning – de aanvraag niet verder te behandelen. Uiteraard dient de aanvrager daarvan dan schriftelijk en gemotiveerd mededeling te worden gedaan. Een dergelijke bevoegdheid vereist een grondslag in de betreffende of een meer algemene regeling. Art. 4.1.1.6 Voorontwerp-AWB voorziet daarin.

120. Indien de subsidieverlener advies inwint bij externe deskundigen, gelden voor de wijze waarop hij met een dergelijk advies dient om te gaan, de gebruikelijke regels dienaangaande.

Van een positief advies mag de subsidieverlener niet zo maar in ongunstige zin afwijken al bestaat er wel enige vrijheid tot afwijking.[10] Een negatief advies mag niet zonder meer worden overgenomen: aangaande subsidiering aldus b.v. AR 3 maart 1980, tB/S III nr. 175, blz. 936. De subsidieverlener mag en moet derhalve in belangrijke mate op het deskundige advies afgaan, maar is altijd tot een zekere toetsing van de wijze van totstandkoming van de inhoud verplicht.

Dit wordt hier niet nader uitgewerkt. Wel wijs ik op de neiging op sommige beleidsterreinen om in de desbetreffende regeling aan het advies een bindend karakter te geven.

Een voorbeeld van een blijkbaar zonder meer bindend positief advies biedt de zojuist vermelde uitspraak betreffende de Verordening verhuis- en inrichtingskosten gehandicapten van de gemeente Utrecht. De AR sprak uit dat B en W in de Verordening ten onrechte ook gebondenheid aan negatieve adviezen hadden gelezen.

Op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken treft men de neiging aan de rol van externe deskundigen sterk te benadrukken. Blijkens de toelichting op de Regeling herstelfinanciering 1984 (Stcrt. 60) zal een negatief advies van het College van Advies in beginsel bindend zijn, terwijl meer vrijheid wordt voorbehouden ten aanzien van positieve adviezen van dit College.[11] Bij het debat over het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie inzake RSV is vanuit de regeringsfracties sterk op uitbreiding van dit model tot de zg. offensieve steun aangedrongen. Het kabinetsstandpunt dienaangaande is te vinden in een kamerbrief van 21 oktober 1986.[12] Het houdt in: in het kader van de scheiding van beleid en uitvoering is terwille van een grotere mate van objectivering bij de uitvoering van het beleid bij de uitvoering van veel instrumenten het inschakelen van onafhankelijke externe adviseurs gewenst. Als vaste beleidslijn geldt, aldus de brief, dat ter bereiking van de vereiste objectiviteit "van een dergelijk extern advies in het algemeen niet wordt afgeweken, tenzij het onverhoopt niet op zorgvuldige wijze is voorbereid of indien opvolging van het advies in redelijkheid niet een juiste toepassing van de regeling moet worden geacht".

121. In de vierde plaats dient op de aanvraag *binnen een redelijke termijn te worden beslist.* Het is gewenst dat de maximale duur daarvan vooraf vaststaat, opdat de aanvrager niet nodeloos lang in het onzekere blijft aangaande de beschikbaarheid van subsidie voor het verrichten van zijn voorgenomen activiteiten. De rechtszekerheid vereist dat. Maar ook de effectiviteit van het subsidie-instrument wordt daarmee gediend. Het kan potentiële aanvragers ontmoedigen indien onduidelijk is op welke termijn op de aanvraag uiterlijk beslist wordt.

Deze overwegingen hebben de bewindspersonen van Economische Zaken in 1983 gebracht tot het voornemen in iedere subsidieregeling een beperkte termijn met een gelimiteerde verlengingsmogelijkheid in iedere regeling op te nemen.[13] In regelingen betreffende kleinere subsidies bedraagt deze een of twee maanden met een verlengingsmogelijkheid van een maand. In regelingen betreffende meer omvangrijker subsidies betreft de beslissingstermijn meestal drie maanden, met een verlengingsmogelijkheid van twee maanden. Soortgelijke termijnen treft men ook op andere beleidsterreinen aan, b.v. art. 63 Mediabesluit.

Het is gewenst in de betreffende subsidieregeling een vaste termijn met verlengingsmogelijkheid uitdrukkelijk op te nemen. Na de invoering van art. 4.1.3.1, tweede lid, Voorontwerp-AWB zal dat slechts noodzakelijk zijn, indien een afwijkende termijn noodzakelijk wordt geacht[14] of indien de beslissing tot verlening van de betreffende subsidie geen beschikking in de zin van de AWB zou zijn (zie nader hoofdstuk 6).

Het Voorontwerp gaat uit van twee maanden met een niet uitdrukkelijk gelimiteerde verlengingsmogelijkheid.

122. Uiteraard dient de vastgestelde beslissingstermijn eerst in te gaan zodra de aanvraag volledig is. Aldus ten aanzien van beschikkingen in het algemeen art. 4.1.3.3 Voorontwerp-AWB.

Hetzelfde vloeit voort uit bepalingen die inhouden dat de aanvraag eerst wordt geacht te zijn ingediend indien hij volledig is (zie nr. 114), of die inhouden dat op de aanvraag wordt beslist binnen x dagen nadat de aanvraag volledig is ingediend (art. 10 Subsidieregeling Vrouw en Werkwinkels). De constructie van het Voorontwerp verschaft meer helderheid, omdat art. 4.1.3.3 bepaalt dat de beslissingstermijn wordt opgeschort en wel zodra het bestuursorgaan de aanvrager *uitnodigt* de aanvraag aan te vullen.

Ingevolge art. 4.1.3.3 Voorontwerp-AWB wordt de termijn tevens opgeschort, indien het bestuursorgaan voor een goede beoordeling naast de volledige aanvraag tevens *nadere gegevens* van de aanvrager behoeft en zodra het bestuursorgaan de aanvrager daartoe uitnodigt. Het zal in het algemeen gewenst zijn schriftelijk uit te nodigen, opdat voldoende duidelijk wordt welke nadere gegevens het bestuursorgaan wenst en op welk moment de opschorting ingaat.

4.5 Conclusies en aanbevelingen

123. Uit het voorgaande moge blijken dat het eenvoudig is de aanvraagprocedure goed te regelen. De problematiek is eenvoudig. En het Voorontwerp-AWB verschaft al diverse goed hanteerbare regels.

Het is belangrijk dat de subsidieregeling zelf duidelijk bepaalt voor welk tijdstip de aanvraag moet zijn ingediend en aan wat voor eisen de aanvraag moet voldoen.

Overwogen zou kunnen worden in de AWB te bepalen: "De aanvraag wordt tenminste twee maanden voor het begin van de subsidiabele activiteiten bij het bestuursorgaan dat op de aanvraag beslist, ingediend, tenzij bij wettelijk voorschrift een ander tijdstip is bepaald".

Aldus zouden termijnbepalingen in afzonderlijke subsidieregelingen in het algemeen achterwege kunnen blijven.

Noten

1. Bijvoorbeeld art. 7, tweede lid, Investeringspremieregeling regionale projecten 1986 (Stcrt. 33); art. 6, eerste lid, Kredietregeling midden- en kleinbedrijf 1985 (Stcrt. 125); art. 27 Wet individuele huursubsidie; art. 7, derde lid, Wet geldelijke steun woonwagens.
2. Bijvoorbeeld art. 9, eerste lid, Innovatiestimuleringsregeling 1984 (Stcrt. 185).
3. Die duidelijkheid mis ik in het Mediabesluit (Stcrt. 1987, 573).
4. Bijvoorbeeld de Garantieregeling particuliere participatiemaatschappijen 1981 (Stcrt. 77) en de Innovatiestimuleringsregeling 1984 (Stcrt. 185).
5. AR 10 juni 1977, tB/S III, blz. 33 (vernietiging op de c. grond).
6. AR 27 september 1982, tB/S III, nr. 381, blz. 2122 (vernietiging wegens ondeugdelijke motivering).
7. Zie b.v. AR 28-7-1983, nr. A.31-31.1004, vermeld bij tB/S III, blz. 2559.
8. Bijvoorbeeld CBB 16-3-1982, AB 1983, 71 en andere uitspraken vermeld in *Bestuurswetenschappen* 1986, blz. 149-150.
9. Art. 8, eerste lid resp. art. 2, zesde lid, Regeling herstelfinanciering 1984; art. 8, vierde resp. tweede lid, Investeringspremieregeling regionale projecten; art. 8, eerste lid resp. art. 9, tweede volzin, Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987 (Stcrt. 1986, 241); art. 4.1.1.5 Voorontwerp-AWB.
10. Aldus inzake aanvragen om gemeentegarantie betreffende hypothecaire geldleningen voor eigen woningen: AR 9 januari 1986, AB 556.
11. Zie nader Damen a.w.(zie noot 8 bij hoofdstuk 2) blz. 545 - 548.
12. TK, vergaderjaar 1986-1987, 19700 hfdst. XIII, nr. 15, blz. 4.
13. TK, zitting 1982-1983, 15 306, nr. 25, blz. 14.
14. Ingevolge art. 4.1.3.1, eerste lid, Voorontwerp AWB dient die regeling dan wel een wettelijk voorschrift te zijn.

5 Wie is bevoegd te beslissen omtrent subsidieverlening en de te stellen voorwaarden?

5.1 Inleiding

124. Na de vaststelling van het te voeren subsidiebeleid is de beslissing op de aanvraag om subsidie het cruciale moment, omdat daardoor komt vast te staan hetzij dat de aanvrager geen aanspraak heeft op subsidie hetzij dat hij – zij het veelal onder enige voorbehouden – wel aanspraak heeft op subsidie en wel tot het in de beslissing vermelde maximumbedrag.

125. Nu is een groot gebrek van ons huidig subsidierecht dat ten aanzien van deze cruciale beslissing niet altijd voldoende duidelijk is:
a. wie bevoegd is die beslissing te nemen;
b. wanneer van een dergelijke beslissing sprake is;
c. wat de precieze rechten en verplichtingen zijn die door de beslissing inhoudende subsidieverlening ontstaan.

126. Dat is ten eerste een probleem van materieel recht. Het wordt veroorzaakt door diverse juridische en bestuurlijke factoren:
- de taakverdeling tussen de vertegenwoordigende lichamen en de dagelijkse besturen op provinciaal en gemeentelijk niveau;
- de gecompliceerde driehoeksverhoudingen bij garanties die de overheid aan een financieringsinstelling verleent ten behoeve van financiering van door de overheid gewenste activiteiten van een derde (ondernemer, aspirant-huiseigenaar);
- de inschakeling (anderszins) op rijksniveau van instanties die verdere uitvoering geven aan de beslissing tot subsidieverlening;
- de neiging om ter wille van eenvoud en snelheid te volstaan met een globale beslissing tot subsidieverlening, die dan bij nadere beslissing of bij overeenkomst verder zal worden uitgewerkt;
- het veelal bestaan van onvoldoende inzicht bij bestuursorganen in de juridische betekenis van de beslissing tot subsidieverlening, waardoor ook die beslissing zelf niet voldoende duidelijkheid verschaft.

De rechtsonzekerheid en ondoelmatigheden – en mogelijk ook de te beperkte effectiviteit van het subsidie-instrument – die daardoor ontstaan,

zullen gezien de oorzaken niet volledig te verhelpen zijn. Maar wel is het van belang ze terug te dringen door zoveel mogelijk verheldering op de in nr. 125 vermelde punten *a, b* en *c* aan te brengen. Dat is een taak van de diverse regelgevers, terwijl mogelijk ook de AWB tot de vereiste verheldering kan bijdragen. De bedoeling van het onderstaande is daartoe een aanzet te geven door de problemen op een rijtje te zetten.

Teneinde de complicaties enigszins in kaart te brengen, wordt in de par. 5.2 t/m 5.5 een viertal modellen van subsidieverlening belicht die men in de regelgeving en bestuurspraktijk veel tegenkomt (zij het ongetwijfeld in meer variaties dan hieronder blijkt).

127. De in nr. 125 vermelde onduidelijkheden leiden tevens tot onduidelijkheid omtrent vooral de vraag op welk moment en waartegen bezwaar of beroep ingevolge de Wet Arob kan en moet worden ingesteld. Die procesrechtelijke complicaties zijn niet alleen bezwaarlijk uit een oogpunt van rechtszekerheid, maar leiden ook tot inefficiëntie bij burger, bestuur en rechter. Bovendien hebben ze via de rechtspraak over de mogelijkheid van bezwaar en beroep nogal wat invloed op de opvattingen over het rechtskarakter van de diverse momenten rondom de beslissing op de aanvraag.

Dit alles is nog versterkt doordat met name bij kredietverlening en de garantieverlening terzake daarvan sommige onderdelen van de besluitvorming meer door publiekrecht lijken te worden beheerst en andere meer door privaatrecht. Dat is extra geaccentueerd doordat de Arob-rechter, gezien de beperking van zijn competentie tot publiekrechtelijke rechtshandelingen, genoodzaakt is zich op dit punt uitdrukkelijk uit te spreken en daarbij een scheidslijn te trekken die nog wel eens grillig overkomt.

Ondanks dit nauwe verband tussen materieel recht en procesrecht, zal het de helderheid ten goede komen als dit nauwe verband wat los gemaakt wordt. Daarom wordt in dit preadvies het materieel recht in beginsel zoveel mogelijk los van de bezwaar- en beroepsmogelijkheden besproken.

5.2 Model A: de beslissing tot subsidieverlening bevat alle voorwaarden

128. Het eenvoudigste model houdt in dat de instantie die op de aanvraag beslist, niet alleen de subsidie verleent, maar in die beslissing tevens alle voorwaarden opneemt waaronder de subsidie wordt verleend. Een variant is dat er hiernaast voorwaarden in de regeling staan die ingevolge de regeling automatisch aan de subsidieverlening verbonden zijn.

Men treft deze situatie vooral bij rijksregelingen aan. Deze voorzien er veelal in dat de minister, een aan hem ondergeschikte ambtenaar of een los van het ministerie staande instelling op de aanvraag beslist. De laatste is meestal een stichting, maar ook andere instanties worden wel aangewezen: de Nederlandse Bank,[1] de colleges van GS[2] of zelfstandige bestuursorganen op publiekrechtelijke leest geschoeid.[3]

Op decentraal niveau is het denkbaar dat GS of B en W ter uitvoering van provinciale of gemeentelijke regelingen subsidie verlenen en tegelijk de voorwaarden vermelden.

5.3 Model B: de subsidieverlener stelt de voorwaarden na de subsidieverlening vast

129. De situatie wordt gecompliceerder als de beslissing inhoudende subsidieverlening voor de voorwaarden of een deel daarvan verwijst naar een door de subsidieverlener te nemen nadere beslissing of een door hem met de subsidieontvanger te sluiten contract.

Dit komt nogal eens voor teneinde een snelle beslissing op de aanvraag te kunnen nemen. Bijvoorbeeld omdat het van belang is dat de aanvrager snel in hoofdzaak zekerheid heeft en kan beginnen. Een rol kan ook spelen, dat voor de "uitwerkingsbeslissing" een andere ambtelijke afdeling verantwoordelijk is of ingeschakeld moet worden, dan wel aan het einde van het jaar dat het beter is de "committering" nog ten laste van dat jaar te brengen.

Een voorbeeld vormde van 1956 tot 1987 de kredietverlening ingevolge de informele regeling Technische ontwikkelingskredieten van de minister van EZ. De bereidverklaring tot het verstrekken van een krediet door de minister hield het voorbehoud in, dat de precieze voorwaarden in een tussen de Staat en de kredietnemer te sluiten standaardcontract werden neergelegd. In de Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987 (Stcrt. 1986, 241) is dit omgebouwd tot één beslissing. Ingevolge art. 14 worden aan de krediettoezegging – dat is de beslissing op de aanvraag – de in de artikelen 16 en 17 van de regeling vermelde voorwaarden verbonden.

Dit ombouwen tot één beslissingsmoment heeft plaatsgevonden terwille van de rechtszekerheid van de ondernemer. De op te leggen voorwaarden zijn nu direct kenbaar uit de in de Staatscourant gepubliceerde regeling. Hij weet na de kredietverlening direct volledig waar hij aan toe is. Hij geraakt niet in complicaties terzake van beroepsmogelijkheden omdat hij voortaan slechts met één beslissingsmoment terzake van kredietverlening wordt geconfronteerd.

Ik meen dat er zelden voldoende redenen zullen zijn die zich verzetten tegen een dergelijke concentratie tot één beslissingsmoment. Van model B behoort daarom in het algemeen geen gebruik gemaakt te worden.[4] In die gevallen waarin een dergelijk gebruik toch onontkoombaar wordt geacht, dient in de beslissing tot subsidieverlening te worden aangegeven binnen welke termijn de voorwaarden of nadere voorwaarden tegemoet gezien kunnen worden.

5.4 Model C: een uitvoerende instantie stelt na de subsidieverlening (nadere) voorwaarden vast

Inleiding

130. De situatie wordt aanzienlijk gecompliceerder, indien na de beslissing tot subsidieverlening een *andere instantie* beslist welke voorwaarden of nadere voorwaarden aan de subsidieverlening verbonden zullen worden.

In zijn algemeenheid lijkt een dergelijk afstand doen van bevoegdheid niet aanvaardbaar. De regelgever moet, zo zou men menen, maar een heldere keuze maken omtrent de vraag welke instantie op de aanvraag – volledig – dient te beslissen.

Er zijn evenwel situaties waarin het in de praktijk belangrijk wordt geacht toch een splitsing te maken. De instantie die in het algemeen over de bevoegdheid tot subsidieverlening beschikt – de minister, Provinciale Staten, de gemeenteraad – neemt de hoofdbeslissing: wie in aanmerking komt en tot welk maximum bedrag en eventueel de voornaamste voorwaarden. De instantie, die met de praktische uitvoering van de hoofdbeslissing wordt belast, zorgt voor de afwerking – waartoe dan ook het stellen van nadere voorwaarden pleegt te behoren.

131. Vanuit sommige gezichtspunten is dit een goede aanpak. Degene die staats- en bestuursrechtelijk verantwoordelijk is, neemt zelf de directe verantwoordelijkheid voor de hoofdzaak. Maar hij besteedt geen tijd aan de uitwerking. Het is efficiënter dat de andere instantie die belast is of wordt met de verdere uitvoering – voorschotverlening, uitbetaling, kredietbeheer, eventueel subsidievaststelling – de uitwerking , veelal in overleg met de subsidieontvanger, ter hand neemt. Een dergelijke splitsing van subsidieverlening en uitwerking kan ook een voordeel voor de ontvanger zijn, vanwege de flexibiliteit en beïnvloedingsmogelijkheid die het biedt.

Maar, naar ook uit de jurisprudentie blijkt, kan deze splitsing soms veel onduidelijkheid en verwarring bij de subsidieontvanger geven. Dat kan zich reeds voordoen wanneer beide beslissingsmomenten voor de subsidieontvanger goed herkenbaar zijn, maar de onderlinge verhouding niet duidelijk is. Het kan zich zeker voordoen als de beslissing tot subsidieverlening niet door de subsidieverlener aan de aanvrager wordt bekendgemaakt, maar door de uitvoeringsinstantie. Deze laatste zal dat dan tegelijk met de uitvoeringsbeslissing doen en in zodanige vorm dat de beslissing tot verlening en de uitvoeringsbeslissing in die bekendmaking niet van elkaar te onderscheiden zijn.

Dat is vooral een probleem wanneer de subsidieaanvrager het niet eens is met bijvoorbeeld de hoogte van het verleende subsidiebedrag of met een der voorwaarden. Met wie moet hij zich dan verstaan voor overleg? En vooral bij wie en waartegen moet hij bezwaar, beroep of wellicht een civiele vordering instellen? Dit laatste blijft in dit preadvies buiten beschouwing.

132. Belangrijk is nu om te bezien hoe onafwendbaar de bestuurlijk-juridische noodzaak tot een dergelijke splitsing is en hoe bij de inrichting daarvan de nadelen beperkt kunnen worden. Naarmate die inrichting minder onduidelijk is, zal de subsidieaanvrager beter weten waar hij aan toe is en zal derhalve ook minder vaak rechterlijke tussenkomst vereist zijn voor het ontwarren van knopen die uit bestuurlijke werkwijzen voortvloeien.[5]

In de volgende nrs. wordt daartoe een tweetal situaties op centraal (nrs. 133 en 134) resp. decentraal (nrs. 135-145) niveau nader bezien.

Model C op rijksniveau

133. Een voorbeeld van model C op rijksniveau wordt geboden door de Regeling herstelfinanciering 1984 (Stcrt. 60). Deze regeling voorziet in de mogelijkheid voor de Minister van Economische Zaken om een – al dan niet achtergestelde – lening of een kredietgarantie te verlenen. Ik beperk me hier tot leningen; de kredietgarantie leidt tot verdere complicaties en komt daarom eerst in par. 5.5 aan de orde (model D).

Ingevolge artikel 9 beslist de Minister van Economische Zaken na overleg of in overeenstemming met andere ministers op de aanvraag. Hij bepaalt daarbij de modaliteit, omvang, looptijd en rentecondities van de financiering. Tevens houdt zijn beslissing de voorwaarden in die overeenkomstig hoofdstuk V van de regeling aan de herstelfinanciering worden verbonden.

Een van die voorwaarden kan zijn dat de effectuering van de ministeriële beslissing – de uitbetaling – en het financiële beheer worden opgedragen aan een financiële instelling, die de minister in zijn beslissing op de aanvraag aanwijst. Tevens zal de minister dan de voorwaarde stellen dat deze financiële instelling "bancaire condities" aan de effectuering van de ministeriële beslissing kan verbinden (art. 12, onder c en d).

De bedoeling van de Regeling herstelfinanciering is dat de Minister van Economische Zaken in zijn beslissing op de aanvraag alle voorwaarden opneemt, indien de Staat zelf als kredietgever optreedt. Dat is een toepassing van model A en blijft hier derhalve verder buiten beschouwing.

Indien er uit praktische overwegingen voor gekozen wordt een financiële instelling – in het bijzonder valt te denken aan de Nationale Investeringsbank (NIB) – als kredietgever te laten optreden, zal naar de bedoeling van de regeling de minister in zijn beslissing op de aanvraag alle essentiële voorwaarden opnemen en zal de financiële instelling daarna een kredietovereenkomst met de aanvrager sluiten. Deze instelling kan daarbij dan vermoedelijk slechts min of meer technisch-financiële – hoewel verre van onbelangrijke – voorwaarden stellen, b.v. de precieze wijze van terugbetaling door de kredietnemer. Naar ik heb begrepen, brengt de NIB tegenover de kredietnemer tot uitdrukking dat zij in dit geval "op verzoek van en namens de Staat" optreedt. De NIB ziet zich derhalve bij de uitvoering van dit instrument als vertegenwoordiger van de Staat.

134. De Regeling herstelfinanciering geeft een vrij heldere regeling van de verleningsbeslissing en de uitvoeringsbeslissing. Beide beslissingen worden de aanvrager afzonderlijk meegedeeld. Voorts beslist de minister op essentiële punten zelf, terwijl bij de uitvoeringsovereenkomst uiteraard – de regeling bepaalt dit weliswaar niet uitdrukkelijk – niet afgeweken mag worden van de ministeriële beslissing. Duidelijk is ook dat de financiële instelling, nu het gaat om "bancaire condities voor de effectuering van de toezegging van herstelfinanciering", de uitbetaling zal kunnen opschorten zodra deze condities niet worden nageleefd.

Toch zijn er ook punten van onduidelijkheid. Wat moet onder "bancaire condities" worden begrepen? Kunnen dat – gelet op het belang van de kredietgevers – alle voorwaarden zijn die niet in strijd zijn met de ministeriële beslissing? Als de financiële instelling bij het stellen van die voorwaarden te ver gaat, tot wie moet de aanvrager zich dan wenden? Kan hij een beroep doen op de minister, op de grond dat de financiële instelling op verzoek van en namens de minister optreedt? Of als dat niet mogelijk is, kan hij zich dan tot de administratieve of burgerlijke rechter wenden?

Dergelijke complicaties zouden zich niet voordoen indien de regeling zou inhouden dat de minister, ook als hij een financiële instelling met de praktische uitvoering belast, in zijn beslissing tot het verlenen van herstelfinanciering zelf alle voorwaarden vermeldt, met andere woorden model A toepast. Het is niet duidelijk dat hiertegen overwegende bezwaren zijn aan te voeren.

Model C op provinciaal en gemeentelijk niveau

135. Dit model subsidieverlening komt bij de provincie en gemeente zeer veel voor. De oorzaak hiervan zal wel alom bekend zijn. Op provinciaal resp. gemeentelijk niveau zijn het de Provinciale Staten resp. de gemeenteraad die belast zijn met "het bestuur" – derhalve ook met het beslissen op subsidieaanvragen –, voor zover die taak niet is gedelegeerd of door een andere regeling dan de Provinciewet of gemeentewet is geattribueerd aan GS resp. B en W.

Zo komt het dat in talrijke gevallen door Provinciale Staten resp. de gemeenteraad wordt beslist of en hoeveel subsidie aan instelling X zal worden verleend. Die beslissing wordt vaak genomen via de vaststelling van de *provincie- resp. gemeentebegroting*, waarin de instellingen en maximum bedragen of de criteria voor de subsidieberekening individueel zijn aangeduid. Het komt ook voor dat hiertoe een afzonderlijke *subsidielijst* met soortgelijke inhoud wordt vastgesteld[6] of een jaarlijks *subsidieprogramma*. Daarnaast zullen Provinciale Staten of de gemeenteraad zo nodig ook in de loop van het jaar op tussentijds binnengekomen *afzonderlijke subsidieaanvragen* beslissen, voorzover hun beleid of regelingen zich daartegen niet verzetten.[7]

136. In al deze gevallen zullen het GS of B en W zijn die het besluit van Provinciale Staten of de gemeenteraad moeten *uitvoeren*. Wat die uitvoering inhoudt, hangt geheel af van de beslissingsruimte die Provinciale Staten of de gemeenteraad terzake aan GS of B en W bedoelen te laten.

Het zal daarbij gaan om de bekendmaking van het Staten- of raadsbesluit aan de aanvrager, veelal tevens om het stellen van voorwaarden of nadere voorwaarden en soms ook om het bepalen van de precieze hoogte van het verleende subsidiebedrag. De *bedoeling* van Staten of raad kan expliciet of impliciet blijken uit het desbetreffende besluit tot subsidieverlening, het besluit terzake van de verdeling van de gelden op een grond van een bepaalde begrotingspost, het subsidieprogramma of een algemene subsidieverordening die met name veel gemeenten kennen.

In de praktijk komen aldus nogal wat gradaties in beslissingsruimte voor die expliciet of impliciet aan GS of B en W gegeven is. Helaas is die taakverdeling nogal eens op te weinig heldere wijze aangegeven, zodat de rechter genoopt is de knoop van de bevoegdheidsverdeling te ontwarren – wellicht op een wijze die de betrokken bestuursorganen nog wel eens verrast. En zelfs als de bevoegdheidsverdeling wel duidelijk lijkt te liggen, blijken GS of B en W die niet altijd goed te begrijpen zodat ze hun bevoegdheid overschrijden. Gezien het belang van deze kwestie wordt hieronder enige illustratieve jurisprudentie weergegeven.

Geen of een onduidelijke overdracht van bevoegdheid

137. Eerst enige eenvoudige gevallen, waarin een besluit van GS steeds wegens onbevoegdheid werd vernietigd.

AR 9 juni 1986, AB 521 m.n. ICvdV (Noord-Brabant): "Uit de art. 88, 89 en 122 e.v. Provinciewet vloeit voort dat de bevoegdheid tot het beschikbaar stellen van gelden uit de provinciale kas ten behoeve van het verlenen van subsidies toekomt aan PS. Aan verweerders komt slechts een zelfstandige bevoegdheid toe om te beslissen terzake van het toekennen van een subsidie (. . .) indien daarvoor een grondslag kan worden gevonden in een door PS gegeven besluit of voorschrift. Van een dergelijk besluit of voorschrift is niet gebleken". In casu gold aanvankelijk de "Subsidieregeling muziekonderwijs 1979 prov. Noord-Brabant", ingevolge welke GS op subsidieverzoeken beslisten. Deze verordening was echter inmiddels ingetrokken. De afwijzing van GS van het subsidieverzoek van appellante was daarom onbevoegdelijk gegeven. Soortgelijk AR 14 september 1984, AB 1985, 259 (Friesland) en AR 9 mei 1983, AB 413 (Zeeland).

138. Vervolgens een drietal gevallen, waarin weliswaar een – gemeentelijke – subsidieverordening aanwezig was waarin de taakverdeling tussen raad en B en W werd geregeld, maar waaruit blijkt hoe lastig het kennelijk is daaromtrent helderheid te betrachten.

AR 17 december 1985, AB 306, m.n. ICvdV (Schiedam). Appellante betwistte de be-

voegdheid van de raad tot stopzetting – t.w. niet-verlenging – van de jaarlijkse subsidieverlening, aangezien ingevolge de Algemene subsidieverordening B en W subsidie toekennen. De AR gaf als haar oordeel dat de raad het besluit bevoegdelijk had genomen. Immers uit de *toelichting* bij de verordening bleek dat B en W slechts tot toekenning bevoegd waren, als de raad tot het beschikbaar stellen van financiële middelen had besloten. B en W waren pas bevoegd na en met inachtneming van het raadsbesluit subsidie toe te kennen.

AR 14 maart 1986, GS 6829, no. 6 m.n. R.P. Antonisse (Haarlem). B en W hadden het verzoek van appellante om subsidiëring van wachtgeldkosten afgewezen. Ingevolge art. 2 van de Subsidieverordening sociaal-cultureel werk kon subsidie worden verleend voorzover de gemeenteraad daartoe ter realisering van het programma in begroting gelden ter beschikking heeft gesteld. Ingevolge art. 16 van de verordening omvatten subsidiabele uitgaven de *door B en W goedgekeurde* kosten van o.m. personeel. Op grond van deze artikelen stelde de Afdeling vast dat "verweerders bevoegd waren om op het subsidieverzoek van appellante te beslissen, waarbij zij in verband met (. . .) artikel 2 (. . .) evenwel gebonden waren aan de door de raad der gemeente Haarlem bij de begroting voor 1983 beschikbaar gestelde middelen".

AR 15 april 1986, GS 6834, no. 7 m.n. R.P. Antonisse (Voorburg) is gecompliceerd. Verweerder, de raad, had voor vaststelling van het jaarprogramma sociaal-cultureel werk 1983 appellante een subsidie van maximaal *f* 23.053 toegekend, en deze beslissing in bezwaar gehandhaafd onder verwijzing naar een B en W-besluit omtrent de subsidie voor 1982. Verweerders besluit werd vernietigd, omdat B en W in 1982 hun bevoegdheid overschreden hadden.

Voor goed begrip van dit oordeel is verdere informatie omtrent de Subsidieverordening Specifiek Welzijn Voorburg vereist. Ingevolge artikel 6 omvat "subsidieverlening": toekenning, subsidiebeschikking, voorschotverlening en vaststelling.

Toekenning geschiedt door vaststelling van het programma, waarna B en W met inachtneming van het programma een *beschikking* op de aanvraag geven. Vervolgens bepaalt art. 8 dat de subsidie berekend wordt over de door de instellingen begrote kosten, voor zover deze door burgemeester en wethouders zijn *goedgekeurd*.

Ingevolge art. 7 dienen B en W in hun beschikking op de aanvraag aan te geven:

- op welk maximumbedrag aanspraak wordt verleend;
- de voorwaarden welke eventueel in het programma aan de toekenning zijn verbonden;
- de eventuele nadere voorwaarden die zij aan de toekenning verbinden;
- de wijze waarop de subsidie is berekend.

Kernpunt van de kritiek van de AR was dat B en W vanwege de beperkte gemeentefinanciën bij de uitoefening van hun in art. 8 vervatte goedkeuringsbevoegdheid *prioriteiten* waren gaan stellen omtrent de activiteiten die zij meer of minder wilden stimuleren. Die taak was echter, zo overwoog de AR terecht, aan de *raad* voorbehouden; als de financiën te beperkt zijn is het aan de raad om te beslissen of de verordening moet worden aangepast of het budget moet worden verruimd. De goedkeuringsbevoegdheid van B en W was naar het oordeel van de AR, ook blijkens de *toelichting* op de verordening, slechts gegeven om vast te stellen of de door de aanvrager begrote kosten *reëel* waren. B en W hadden de reikwijdte van deze beperkte bevoegdheid miskend door tot prioriteitstelling over te gaan.

139. Tenslotte twee gevallen, waarin niet bij verordening doch bij meer concreet staten- of raadsbesluit een ruime beslissingsbevoegdheid aan GS resp. B en W was overgedragen.

AR 30 oktober 1987, R. 03.86.3434, Weekoverzicht week 48 (Castricum) is verwant aan AR 17 dec. 1985 (Schiedam, hierboven nr. 138). De gemeenteraad besloot in 1986 slechts een overkoepelende instelling op het gebied van het professionele peuterspeelzaalwerk te subsidiëren en wel tot een maximumbedrag van *f* 39.792. B en W werden daarbij gemachtigd na advies van twee raadscommissies de subsidie toe te kennen aan de daarvoor in aanmerking komende instelling. Zij kenden dienovereenkomstig subsidie aan een overkoepelende stichting toe en wezen het verzoek van een exploitante van een peuterspeelzaal af. AR: dit is in overeenstemming met het door de raad genomen besluit.

AR 17 dec. 1985, AB 1986, 295 m.n. I.C.van der Vlies (Noord-Holland). Provinciale Staten stelden voor 1983 een "algemeen krediet" van *f* 115.000 beschikbaar voor die subsidieverzoeken op het terrein van de volksgezondheid, die tijdens de samenstelling van de begroting nog niet waren beoordeeld. Naar de AR bleek hadden PS hierbij tevens aan GS de bevoegdheid overgedragen om – met instemming van de statencommissie voor de gezondheidszorg – "in concreto" op de desbetreffende verzoeken te beslissen. Op die grond achtte de AR het bestreden besluit, voor zover het 1983 betrof, bevoegdelijk genomen.

Beoordeling van de problematiek

140. Ook als PS of de gemeenteraad geen enkele bevoegdheid overdragen, zullen het toch GS of B en W zijn die de beslissing tot verlening of tot weigering aan de aanvrager meedelen.

141. Veelal wordt GS of B en W de bevoegdheid gegeven *voorwaarden* of *nadere voorwaarden* te stellen. Het is van belang dat dit niet impliciet, maar expliciet gebeurt, bij voorkeur in een *algemene subsidieverordening* en zo weinig mogelijk bij afzonderlijk besluit. Natuurlijk eist de rechtszekerheid duidelijkheid omtrent de bevoegdheidsverdeling, maar ook de efficiency van alle betrokkenen is daarmee ten zeerste gediend.

Onduidelijkheid op dit punt moet in de bestuurspraktijk wel tot tijdrovende hoofdbrekens leiden en blijkt bovendien nogal eens tot minder zinvolle rechterlijke procedures te leiden. Immers de aanvrager heeft er weinig aan na geruime tijd te horen dat zijn verzoek door een onbevoegde instantie is afgewezen. Weliswaar zullen GS of B en W de aanvraag dan alsnog aan PS of de raad moeten voorleggen, maar dan zal het subsidiejaar veelal al verstreken zijn. Bevredigender zou het zijn als het bestuur geen onduidelijkheid had gelaten. Het lijkt erop dat de AR de laatste jaren kritischer dan voorheen, ook als appellanten daar niet om vragen, op de hier bedoelde taakverdeling toeziet. In oudere uitspraken lijkt nog vrij gemakkelijk te worden aangenomen dat B en W bevoegd zijn nadere voorwaarden te stellen (b.v. Vz VAR 11 nov. 1980, tB/S V, nr. 205, blz. 797) of zelfs op het verzoek te beslissen. Zo werd in AR 26 febr. 1982, AB 364 m.n. v.d.V. daarvoor de mondelinge mededeling ter zitting, dat de gemeenteraad besloten had mee te werken aan de Rijksbijdrageregeling sociaal-culturele activiteiten, voldoende geacht.

142. Noodzakelijk is dat PS of de raad de grenzen van de bevoegdheid, die zij aan GS of B en W overdragen, helder aangeven. De bepaling dat subsidiabel zijn de door B en W goedgekeurde kosten, blijkt die duidelijkheid niet te verschaffen. Soms betekent dit immers een ruime beslissingsmarge (Haarlemse zaak, zie nr. 138), een andere maal wordt daarmee slechts een zeer beperkte beslissingsbevoegdheid aan B en W toegekend (Voorburgse zaak, zie nr. 138).

143. Deze *helderheid over de bevoegdheidsverdeling* is ook jegens de aanvrager noodzakelijk. Deze moet enerzijds een eenvoudig inzicht kunnen verkrijgen in de bevoegdheidsverdeling. Anderzijds moet hij geen last ondervinden van de omstandigheid dat twee organen – overeenkomstig deze taakverdeling – op zijn aanvraag beslissen.

Het is daarom gewenst dat uit de Algemene wet bestuursrecht of de plaatselijke regeling steeds duidelijk blijkt dat *de bekendmaking* van het Staten- of raadsbesluit op de aanvraag geschiedt door GS of B en W, alsmede dat in die bekendmaking tevens de voorwaarden worden vermeld die daaraan ingevolge (a) de regeling, (b) het staten- of raadsbesluit of (c) de beslissing van GS of B en W worden verbonden. Eisen van rechtszekerheid en deugdelijke motivering brengen voorts met zich mee dat duidelijk blijkt wat de grondslag van de gestelde voorwaarden is: te weten (a),(b) of (c).

Ingeval van gehele of gedeeltelijke afwijzing van de aanvraag dient op overeenkomstige wijze te worden gehandeld: GS of B en W maken de afwijzing aan de aanvrager bekend en vermelden daarbij welk orgaan daartoe op welke gronden besloten heeft.

Aldus wordt de burger slechts met één beslissing geconfronteerd en met de juiste grondslag van de beslissing en de daarin vervatte voorwaarden. Hij weet dan in een keer waar hij aan toe is en behoeft ook slechts eenmaal bezwaar te maken tegen het complex van beslissingen op zijn aanvraag. Wel is het een vereiste dat GS of B en W niet, zoals blijkens de jurisprudentie nogal eens geschiedt, het staten- of raadsbesluit pas na 2 of 3 maanden bekendmaken. Een maand zou toch echt voldoende moeten zijn. Een dergelijke *termijn* ware in de Algemene wet bestuursrecht vast te leggen.

De beslissing op bezwaar en de bekendmaking daarvan aan de indiener ervan zouden aan overeenkomstige eisen moeten voldoen.

144. De in nr. 143 bepleite gang van zaken wordt in de provinciale en gemeentelijke praktijk getuige diverse verordeningen zeker nagestreefd. Zij het dat de reikwijdte van die verordeningen veelal beperkt is tot het zg. specifiek welzijn.

Zo heeft de gemeente Voorburg – zo bleek in nr. 138 – een Subsidieverordening specifiek welzijn vastgesteld, waaruit blijkt dat subsidieverlening vier momenten omvat: *toekenning* door de *raad* via vaststelling van het programma, *beschikking* op de aanvraag door *B en W* met inachtneming van het programma, *voorschotverlening* en *vaststelling*. De toekenning

door de raad geeft *aanspraak* op een bepaald maximum bedrag voor een bepaalde periode, aldus artikel 6.

Deze constructie is ongetwijfeld zo gekozen om enerzijds de taakverdeling tussen de raad en B en W helder aan te geven en anderzijds te waarborgen dat de aanvrager slechts geconfronteerd wordt met een volledige beslissing waarin alle beperkingen en voorwaarden staan.

Met die vermoedelijke bedoeling ben ik het gaarne eens. Dat neemt niet weg dat deze constructie juridisch gecompliceerder is dan de door mij in nr. 143 voorgestelde. Wat betekent de aanspraak die de *raad* creëert nu precies voor de aanvrager gezien het feit dat er nog niet op zijn aanvraag "beschikt" is: daartoe zijn *B en W* immers bevoegd. En wat is de juridische betekenis van een negatief besluit van de raad, nu ook daarop nog een beschikking van B en W op de aanvraag moet volgen?

In het laatste geval voegt de "beschikking" van B en W juridisch niets toe aan het besluit van de raad. De beschikking van B en W is dan niets meer dan een feitelijke mededeling:[8] de bekendmaking van het raadsbesluit (zie art. 3.5.2 Voorontwerp-AWB). In die bekendmaking dienen B en W uiteraard tevens de motivering van het raadsbesluit te vermelden (zie art. 4.1.4.2 e.v. Voorontwerp-AWB).

Zou het niet beter zijn de rechtswerkelijkheid niet te bedekken door een dergelijke goedbedoelde maar nodeloos gecompliceerde constructie van een beschikkingsbevoegdheid van B en W, die geen beschikkingsbevoegdheid is?

145. Het lijkt beter in dit soort gevallen waarin de raad de bevoegdheid tot subsidieverlening niet gedelegeerd heeft, dan ook maar simpel de juridische constructie te handhaven dat:

a. de raad besluit tot verlening of weigering van subsidie,

b. B en W dit besluit aan de aanvrager bekendmaken onder vermelding van de vereiste motivering,

c. B en W in dezelfde bekendmaking tevens de eventuele concretiseringen – beperkingen en voorwaarden – opnemen, die zij – daartoe door de raad bij verordening of in concreto gemachtigd – op het raadsbesluit tot subsidieverlening aanbrengen.

Conclusie en aanbeveling

146. Op welke wijze zouden de in de nrs. 141-143 en 145 bepleite verheldering van de gemeentelijke en provinciale besluitvormingsstructuur ten aanzien van subsidieverlening bereikt kunnen worden?

De beste waarborg lijkt te zijn in de voorgenomen subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht regels te stellen omtrent:

1. *de wijze waarop* PS of de gemeenteraad hun bevoegdheid terzake van subsidieverlening geheel of gedeeltelijk kunnen delegeren;
2. aan welke bijzondere eisen de bekendmaking van de beslissing op de

aanvraag moet voldoen, ingeval de beslissing terzake van subsidieverlening niet volledig aan GS of B en W is gedelegeerd.

Deze bepalingen zouden uiteraard ook moeten gelden voor subsidievaststelling, subsidiewijziging en subsidiebeëindiging. Voorts zou uiteraard overwogen moeten worden deze regeling betrekking te laten hebben op verwante verhoudingen buiten de provinciale en gemeentelijke sfeer.

5.5 Model D I, D II en D III betreffende overheidsgarantie op bancaire financiering

Inleiding

147. Indien een persoon, instelling of bedrijf door financieringsproblemen niet of niet snel genoeg in staat of bereid is activiteiten te verrichten, die de overheid wil stimuleren, kan zij de betrokkene op verschillende wijzen aan de benodigde geldmiddelen helpen. Zij kan de betrokkene een subsidie à fonds perdu verlenen of een krediet onder gunstiger voorwaarden dan de betrokkene in zijn situatie bij een financieringsinstelling kan bedingen.

Zij kan ook een garantie geven aan een *financieringsinstelling* opdat deze de *aanvrager* het krediet onder de zojuist bedoelde gunstige voorwaarden verstrekt. Dit komt op alle overheidsniveaus veel voor. Ik noem op rijksniveau de Woningwet (artt. 60, 63 en 64), de Wet geldelijke steun woonwagens, de Regeling herstelfinanciering 1984, de Regeling Bijzondere Financiering 1981, de Kredietregeling midden- en kleinbedrijf 1985 en de overeenkomsten met de regionale ontwikkelingsmaatschappijen.

Voor de overheid kan deze garantieverlening praktischer zijn dan rechtstreekse kredietverlening aan de financiering-zoekende, omdat zij dan zelf niet belast is met financieel beheer. Qua financiële effecten behoeft garantieverlening aan een financieringsinstelling noch voor de overheid noch voor de financiering-zoekende te verschillen van rechtstreekse kredietverlening. Juridisch is het wel veel ingewikkelder, omdat er een driehoeksverhouding ontstaat.

148. De garantie aan de financieringsinstelling is een subsidie ten behoeve van degene die de voor hem goedkope financiering zoekt (zie ook de nrs. 74-77). Deze duid ik hierna kortheidshalve steeds als de *aanvrager* aan.

De garantie verplicht de overheid voorwaardelijk geld ter beschikking te stellen aan de financieringsinstelling, opdat en mits deze aan de aanvrager een voor deze goedkoop krediet verstrekt en de laatste met behulp daarvan de door de overheid gewenste activiteiten verricht. Indien de aanvrager zijn verplichtingen uit de te sluiten kredietovereenkomst niet of niet geheel nakomt, zal de overheid het daardoor geleden verlies overeenkomstig het

overeengekomen garantiepercentage aan de financieringsinstelling vergoeden.

De garantieverlening is een vorm van afdekking van het extra risico dat de financieringsinstelling loopt doordat de aanvrager financieel zwak is of zeer risicovolle activiteiten gaat ondernemen dan wel extra zachte voorwaarden behoeft. Soms zal de overheid op het te verstrekken krediet slechts tot een bepaald percentage garantie verlenen.

149. De garantie kan betrekking hebben op kredieten, deelnemingen in het kapitaal van de aanvrager of op garanties die de financieringsinstelling zelf aan andere financieringsinstellingen ten behoeve van de aanvrager verstrekt. De Regeling Bijzondere Financiering kent alle drie mogelijkheden. Om het verdere betoog niet al te zeer te compliceren, beperk ik me nu verder tot de eenvoudigste vorm: de garantie op kredieten.

150. De garantieverlening kan tot drie relaties leiden:
a. tussen overheid (garant) en aanvrager,
b. tussen aanvrager en de financieringsinstelling,
c. tussen de overheid en de financieringsinstelling.
Aan deze relaties is in de praktijk op diverse wijzen vorm gegeven. Men komt tenminste de volgende drie modellen tegen.

Model D I

151. Diverse regelingen voorzien in de mogelijkheid dat *degene die financiering zoekt, zelf de overheid vraagt* aan een financieringsinstelling te zijnen behoeve garantie te verlenen. Dat biedt de aanvrager de mogelijkheid directe invloed op de bereidheid van de overheid uit te oefenen. De overheid biedt het de mogelijkheid aan haar beslissing tot garantieverlening direct jegens de aanvrager voorwaarden te verbinden en aldus direct op diens activiteiten invloed uit te oefenen.

De aanvrager zal zich waarschijnlijk voordien reeds tot een financieringsinstelling hebben gewend, die zich bereid zal hebben verklaard een financiering te verstrekken zodra de overheid garantie verleent. Zodra de overheid gunstig op de aanvraag van de financiering-zoekende om garantie heeft beslist, zal deze met de garantie in de hand – of nadat vervolgens een overeenkomst tussen de overheid en financieringsinstelling is gesloten – het door hem begeerde krediet verkrijgen.

Dit is de opzet van de Regeling herstelfinanciering 1984 (Stcrt. 60) die naast kredietverlening door de overheid ook in garantieverlening door de overheid voorziet. Het lijkt ook het systeem te zijn van de gemeentegaranties voor de financiering van de aankoop van een eigen woning.

Model D II

152. De aanvrager wendt zich tot *een financieringsinstelling, die dan voor zichzelf om overheidsgarantie vraagt.* Indien de overheid daartoe niet bereid is en de bank ook niet bereid is een niet-gegarandeerd krediet te verstrekken, zal zij de aanvraag afwijzen. Indien de overheid zich jegens de financieringsinstelling bereid verklaart deze garantie te verlenen, zal deze waarschijnlijk wel het gevraagde krediet verlenen. In beginsel heeft de aanvrager geen juridische positie in de overlegprocedure tussen financieringsinstelling en overheid en kan hij dus geen directe invloed uitoefenen op de behandeling van en beslissing op de aanvraag van de financieringsinstelling om garantie (de subsidie).

Dat is in beginsel de opzet van de Regeling Bijzondere Financiering 1971. Deze regeling is een garantieovereenkomst tussen de Staat en de NIB (Nationale Investeringsbank). De naam regeling duidt dus niet op het karakter van algemeen verbindend voorschrift of beleidsregeling. Zij is niet officieel gepubliceerd, wel in Kluwers Subsidiehandboek. Voor iedere kredietverlening is een besluit van de Werkcommissie Bijzondere Financiering vereist, bestaande uit ministeriële en NIB-vertegenwoordigers. Zij beslist bij unanimiteit van stemmen. Aan het beleid van de Werkcommissie is maar op zeer beperkte schaal via kamerbrieven[9] of de Staatscourant[10] bekendheid gegeven. Aldus is voor de financiering-zoekende niet enigermate duidelijk wanneer de Werkcommissie wel of niet zal instemmen met de verlening door de NIB van een staats-gegarandeerd krediet.

In beginsel ontstaat er geen juridische relatie tussen overheid en financiering-zoekende. Artikel 6 van de Regeling BF biedt echter *de betreffende minister* de mogelijkheid de verlening van bijzondere financiering afhankelijk te stellen van de aanvaarding van andere voorwaarden door de aanvrager dan bij de NIB gebruikelijk zijn "en die gericht zijn op doeleinden die de overheid nastreeft in het kader van het door haar gevoerde beleid". Deze voorwaarden worden ingevolge artikel 6 "neergelegd in een *aparte overeenkomst*[11] tussen de Staat en de bij die voorwaarden betrokkene en tijdig aan de NIB meegedeeld opdat deze daarmee zonodig in de door haar af te sluiten kredietovereenkomst rekening kan houden."

Model D III

153. De overheid heeft een algemene garantieovereenkomst met de financieringsinstelling gesloten, ingevolge welke de *financieringsinstelling* voor een deel *zelfstandig* door de overheid gegarandeerde kredieten kan verlenen. Deze houdt in:

a. de financieringsinstelling kan de bij haar ingediende aanvraag om krediet zelf afwijzen; daartegen kan de aanvrager evenwel beroep bij de overheid instellen;

b. de financieringsinstelling kan aanvragen tot een bepaald bedrag zelf

inwilligen, terwijl voor inwilliging van grotere aanvragen een beslissing van de overheid vereist is;

c. tegen de opzegging van het krediet door de financieringsinstelling staat beroep bij de overheid open;

d. de financieringsinstelling heeft zich jegens de overheid verbonden krediet te verlenen, indien de overheid dat ingevolge *a, b* of *c* bepaalt;

e. de overheidsgarantie is automatisch van toepassing zolang de financieringsinstelling zich houdt aan de met de overheid gemaakte afspraken, waartoe behoort het uitvoeren van de onder *d* bedoelde overheidsbeslissingen en het toepassen van de door de overheid vastgestelde interne of gepubliceerde regels.

Dit is het systeem van de Kredietregeling midden- en kleinbedrijf 1985 (Stcrt. 125) en haar voorgangsters. Element *c* komt evenwel niet meer voor in de thans geldende regeling van 1985.

De kredietregeling midden- en kleinbedrijf bevat de – voor de ondernemer kenbare – vereisten waaraan hij moet voldoen om een staatsgegarandeerd krediet te kunnen verkrijgen.

Beoordeling van de modellen D I, D II en D III

154. Is het bij deze drie modellen D I, D II en D III voldoende duidelijk, met name voor de aanvrager, wie bevoegd is omtrent de subsidieverlening te beslissen en wie bevoegd is voorwaarden aan de subsidieverlening te verbinden?

De subsidiebeslissing bij model D I (Regeling herstelfinanciering) is volledig kenbaar en herkenbaar, omdat de subsidie door de overheid rechtstreeks en afzonderlijk aan de aanvragende onderneming verleend wordt. De uitbetaling van de subsidie vindt dan plaats door de financieringsinstelling, wanneer zij het vervolgens door haar verleende krediet uitbetaalt.

Bij model D II wordt de aanvrager niet meegedeeld of de overheid subsidieert (zie nr. 155-157). Bij model D III wordt veelal bij een en dezelfde beslissing omtrent het commerciële krediet en de subsidieverlening beslist (zie nr. 158-159).

155. De Regeling Bijzondere Financiering (model D II) noopt tot de meeste hersengymnastiek.[12] De Werkcommissie besluit of er op het gevraagde krediet staatsgarantie zal rusten – en tot welk percentage. De NIB deelt de aanvrager mee of hij krediet verkrijgt; daarbij wordt hem in beginsel *niet meegedeeld* of hierop staatsgarantie rust dan wel of de NIB het krediet geheel "voor eigen risico verleent".

De regering gaf, wat hier gebeurt, in 1971[13] treffend weer: "De kredietvragende onderneming staat in wezen geheel buiten de garantieverlening en zal daar zelfs geheel onkundig van kunnen blijven". De ondernemer weet

derhalve niet of op het verleende krediet staatsgarantie rust. Erger is dat hij bij weigering door de NIB niet weet of de bevoegde instantie, de Werkcommissie BF,[14] zijn aanvraag wel beoordeeld heeft. Hij tast in het duister!

156. Deze techniek van besluitvorming en bekendmaking van het besluit omtrent toepassing van de garantiefaciliteit is in strijd met de rechtszekerheid.[15] De aanvrager van het krediet behoort op de hoogte te worden gesteld van de beslissing van de bevoegde instantie, de Werkcommissie. Het gaat immers om subsidie – in de vorm van een garantie aan de NIB – direct en volledig ten behoeve van de aanvrager.

Dat blijkt duidelijk uit de criteria waaraan voldaan moet zijn. Ingevolge de artt. 2 en 4 van de overeenkomst wordt "een bijzondere financiering (. . .) niet verleend dan indien het in het kader van het door de overheid gevoerde beleid wenselijk wordt geacht een ondernemer behulpzaam te zijn bij het aantrekken van financieringsmiddelen (. . .)" en "de bank aannemelijk maakt, dat in de middelenbehoefte van het bedrijf niet of niet op aanvaardbare voorwaarden kan worden voorzien zonder een garantie van de Staat in het kader van deze regeling". Bezien wordt, aldus de kamerbrief uit 1971,[16] onder meer of "het gezien de aard van de omstandigheden vanuit regionaal of industrie-politiek oogpunt wenselijk is steun te verlenen bij het aantrekken van financieringsmiddelen".

De *mededeling* van de beslissing van de Werkcommissie behoeft niet per se door haar zelf aan de aanvrager te worden overgebracht. Dat kan ook de NIB als uitvoerende instelling doen.[17] Vergelijk de in paragraaf 5.4 beschreven taakverdeling op provinciaal en gemeentelijk niveau.

157. Voorts dient voor de aanvrager kenbaar te zijn hoe de bevoegdheidsverdeling tusen Werkcommissie en NIB ten aanzien van het stellen van voorwaarden precies is. Er lijkt alle aanleiding hier dezelfde duidelijkheid te eisen als in paragraaf 5.4 ten aanzien van de lagere overheid is bepleit.

Tenslotte is het duidelijk dat de in artikel 6 van de Regeling BF vervatte bevoegdheid van de betreffende minister om een afzonderlijke overeenkomst met de aanvrager te sluiten – die op de een of andere wijze aan het gevraagde krediet gekoppeld is – de zaak nog weer verder compliceert. En nodeloos: dergelijke voorwaarden kunnen toch heel wel door de Werkcommissie gesteld worden en opgenomen worden in haar beslissing op de aanvraag.

Mijn voorstel komt er op neer dat de ondernemer een duidelijke beslissing op zijn aanvraag krijgt, die hem door de NIB zou kunnen worden meegedeeld. Uit deze beslissing moet blijken van welke instantie de daarin opgenomen voorwaarden afkomstig zijn.

158. De Kredietregeling midden- en kleinbedrijf 1985 (model D III) noopt ook tot enig denkwerk om te begrijpen wie bevoegd is de subsidie te verlenen.

Het is de bank die steeds bevoegd is de aanvraag om krediet af te wijzen. Als de bank, toetsend aan de gepubliceerde regeling (artikelen 11, 14, 16, 17 en 19), van mening is dat de aanvraag dient te worden ingewilligd, dan is zij daartoe bevoegd als het om een klein krediet gaat (zie artt. 8-10), dan wel de zg. Centrale beoordelingscommissie of de minister als het om een groter krediet gaat. Er zijn derhalve verschillende instanties – binnen de in de regeling vermelde grenzen – bevoegd op de kredietaanvraag te beslissen. De beslissing tot kredietverlening is tegelijk een beslissing tot subsidieverlening, aangezien ingevolge artikel 11, onder i, de aanvraag alleen wordt ingewilligd als de ondernemer niet op andere passende wijze in zijn financieringsbehoefte kan voorzien. Het krediet bevat derhalve een subsidie-element.

159. Deze bevoegdheidsverdeling is ingewikkeld, maar zij ligt wel duidelijk in de gepubliceerde regeling vast. Overigens is de regering voornemens de beslissing op de aanvragen volledig aan de banken te delegeren teneinde de uitvoering sterk te vereenvoudigen.[18] Duidelijkheid verschaft de regeling in beginsel ook over de voorwaarden die aan het krediet verbonden moeten c.q. mogen worden (artikelen 12, 13, 15, 18 en 20).

Opvallend is dat ingevolge artikel 12, derde en vierde lid, zowel de bank als de minister bij de kredietverlening en gedurende de looptijd van het krediet nadere voorwaarden kan stellen. Men moet aannemen dat de minister die bevoegdheid kwijtraakt, indien de zojuist bedoelde voornemens tot vereenvoudiging van het instrument ingevoerd worden.

Deze voornemens zullen er toe leiden dat uitsluitend de bank op het verzoek om een zg. garantiekrediet beslist. Dat is bepaald winst uit een oogpunt van helderheid en eenvoud: dit is model A (paragraaf 5.2). Het is dan de bank alleen die beslist, toetsend aan de gepubliceerde regeling, of de aanvraag om het garantiekrediet moet worden ingewilligd en welke voorwaarden aan de kredietverlening verbonden zullen worden. Dat daarmee de bank tegelijk beslist omtrent commerciële kredietverlening en de verlening van subsidie, lijkt mij geen overwegend bezwaar.

Voor de aanvrager is deze besluitvormingsstructuur eenvoudig; voor de overheid en financieringsinstelling ook. Wat ingewikkelder is dat hierdoor op de beslissing van de bank diverse rechtsregels van toepassing zullen zijn. Zuiver privaatrechtelijke met betrekking tot de commerciële kredietverlening en publiekrechtelijk betreffende de tegelijk plaatsvindende subsidieverlening. Maar daarmee belanden wij reeds in de problematiek van hoofdstuk 6.

Conclusie

160. Ook bij garantieverlening die uitsluitend ten behoeve van de aanvrager van een krediet plaatsvindt en waarvan het financiële voordeel voor hem bestemd is, dient hem duidelijk te zijn:

a. wie bevoegd is omtrent de garantieverlening te beslissen;
b. in hoeverre een uitvoerende instantie bevoegd is (nadere) voorwaarden te stellen;
c. welke beslissing omtrent garantieverlening naar aanleiding van zijn aanvraag is genomen.

Hoewel dit vanzelf spreekt, zou toch overwogen moeten worden hiervoor waarborgen in de toekomstige subsidietitel van de AWB op te nemen.

Noten

1. Bijvoorbeeld Garantieregeling particuliere participatiemaatschappijen 1981 (Stcrt. 77).
2. Bijvoorbeeld Investeringspremieregeling regionale projecten 1984 (Stcrt. 1983, 254).
3. Zie o.m. de voornemens van de Minister van WVC, TK, vergaderjaar 1986-1987, 19700 hoofdstuk XVI, nr. 136, blz. 3.
4. Aldus ook L.A. Geelhoed, Economische steunmaatregelen, enkele juridische aspecten (I), *TVVS* 1983/4, blz. 81-86 (in het bijzonder noot 19 en 34).
5. Zie aldus L.A. Geelhoed, a.w. (noot 4).
6. Zie b.v. Algemene subsidieverordening 1982 van de gemeente Rheden.
7. De artt. 16 e.v. en 19 e.v. van de in de noot 6 vermelde verordening voorzien hier uitdrukkelijk in.
8. Hierop wijst ook de toelichting van Model-algemene subsidieverordening specifiek welzijn van de VNG, Den Haag 1981, blz. 31. Toch stelt deze model-verordening de door mij afgewezen constructie voor, die kennelijk door diverse gemeenten is overgenomen.
9. TK, zitting 1970-1971, 11238, nr. 1. Zie ook TK, zitting 1975-1976, 13602, nr. 2.
10. Bijzondere faciliteiten zijn soms in de Staatscourant gepubliceerd: b.v. het AA-krediet en het E-krediet (Stcrt. 1982, 82). Zie nader L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur,* Deventer 1987, blz. 86 e.v.
11. Cursivering van schrijver dezes.
12. A.w. (zie noot 4), p. 84.
13. Zie noot 9.
14. Ingevolge de artikelen 17 en 19 van de Regeling Bijzondere Financiering 1971.
15. Zie Subcommissie "Steunverlening Individuele Bedrijven" (Cie-Van Dijk), TK, zitting 1980-1981, 15306, nr. 6, blz. 41. En dat terwijl, zoals deze subcommissie overwoog, de BF-regeling in enkele jaren is uitgegroeid tot een van de belangrijkste instrumenten van het steunverleningsbeleid.
16. Zie noot 9.
17. Dit is kennelijk het systeem van sommige sectorregelingen in het kader van de Regeling Bijzondere Financiering: b.v. art. 20 juncto 4 Kaderregeling confectie- en tricotage-industrie 1983.
18. Ruim baan voor ondernemen, TK, vergaderjaar 1987-1988, 20324, nrs. 1-2, blz. 60 e.v.

6 Rechtskarakter van de beslissing tot subsidieverlening

6.1 Inleiding

161. Men zal veelal geneigd zijn de beslissing tot subsidieverlening als een beschikking in de thans gebruikelijke zin aan te merken. Daar bestaat ook wel aanleiding toe. De beslissing tot subsidieverlening is duidelijk gericht op rechtsgevolg: het ontstaan van een aanspraak op subsidie.

Voorts is het de overheid die inspringt – ter bevordering van particuliere activiteiten – omdat particuliere producenten en consumenten de vereiste gelden niet willen of kunnen opbrengen. Het is in zoverre typisch de overheid die optreedt, hetgeen het vermoeden van publiekrechtelijk handelen oproept. Bovendien is de beslissing tot subsidieverlening op zichzelf eenzijdig.

Tenslotte heeft ook de Afdeling rechtspraak zich, onder meer gelet op de parlementaire geschiedenis van de Wet Arob, genoopt geacht tal van beslissingen tot subsidieverlening of subsidieweigering als – Arobabele – beschikkingen aan te merken, ook als een wettelijk voorschrift ontbrak dat de grondslag voor de desbetreffende overheidstaak en voor het op grond van art. 1 Arob vereiste openbaar gezag onweersprekelijk zou kunnen bieden.[1]

162. Desalniettemin is het nodig nader te onderzoeken of de beslissing tot subsidieverlening wel steeds een beschikking is. Daarbij ga ik in beginsel uit van de omschrijving en optiek van het Voorontwerp-AWB. De daarin voorkomende definitie van beschikking in art. 1.3 juncto 1.1 en 1.2. lijkt sterk op het beschikkingsbegrip van de Wet Arob.

De optiek van de Wet Arob evenwel leidt, ter bereiking van een goede competentieafbakening met de burgerlijke rechter, soms tot een beperkter beschikkingsbegrip dan materieelrechtelijk voor de hand ligt. Zo kwalificeert de Afdeling rechtspraak een goedkeuringsbesluit van gedeputeerde staten, op grond van art. 228 gemeentewet, terzake van een raadsbesluit tot het verrichten van de privaatrechtelijke rechtshandeling als "met dat raadsbesluit onlosmakelijk verbonden". Op die grond moet zo'n goedkeuringsbesluit dan "voor wat de mogelijkheid van beroep betreft, geacht worden met dat raadsbesluit op een lijn te staan.[2]" Dit is, aldus terecht de toelichting bij het Voorontwerp-AWB (blz. 44), begrijpelijk met het oog op een goede competentieafbakening tussen Afdeling rechtspraak en burgerlijke rechter.

Een dergelijke beperking van het beschikkingsbegrip past echter niet bij de materieelrechtelijke benadering van dit preadvies. Het gaat hier immers – en nu citeer ik wederom met instemming de toelichting bij het Voorontwerp-AWB – om "algemene eisen omtrent totstandkoming, vorm en inhoud van bestuurlijke beslissingen" ongeacht welke rechter bevoegd is de rechtmatigheid van die beslissingen te beoordelen.

De vraag welke nuances op het beschikkingsbegrip aangebracht moeten worden met het oog op een goede, doelmatige taakafbakening tussen administratieve en burgerlijke rechter, komt in dit preadvies niet – dan zijdelings – aan de orde.

163. Het is noodzakelijk te onderzoeken of iedere beslissing tot subsidieverlening aan de eisen van artikel 1.3 Voorontwerp-AWB voldoet. Daarbij kan immers – gezien zowel opvattingen in de bestuurspraktijk als in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak – in concreto nog wel eens de vraag rijzen of de betreffende beslissing tot subsidieverlening een *publiekrechtelijke* rechtshandeling inhoudt en of zij afkomstig is van een *bestuursorgaan*: een persoon of college met enig *openbaar gezag* bekleed. Voorts kan ook de vraag rijzen of gezien het min of meer wederkerige karakter van de subsidieverhouding, de beslissing ot subsidieverlening wel als *eenzijdig* kan worden aangemerkt.

164. Waarom is dit alles van belang? Alleen al omdat het Voorontwerp-AWB primair regels stelt ten aanzien van publiekrechtelijke rechtshandelingen in het algemeen (hoofdstuk 3) en beschikkingen in het bijzonder (hoofdstuk 4).

Weliswaar bepaalt het Voorontwerp daarnaast in art. 3.1.1, tweede lid, dat van hoofdstuk 3 de paragrafen 2, 3 en 4 van overeenkomstige toepassing zijn. Die bepaling is principieel van groot belang, maar heeft praktisch slechts een beperkte reikwijdte. Zij betreft immers slechts een achttal verplichte en een viertal facultatieve bepalingen uit het Voorontwerp. Bovendien bepaalt zij dat de overeenkomstige toepassing niet plaatsvindt voor zover de aard van de betreffende handeling zich daartegen verzet. Tenslotte slaat de zojuist bedoelde schakelbepaling niet op hoofdstuk 4, het hoofdstuk dat nu juist een betrekkelijk uitgebreide regeling van de totstandkoming van beschikkingen bevat.

165. De Hoge Raad gaat inmiddels verder dan het Voorontwerp, doordat hij kortgeleden de beginselen van behoorlijk bestuur op de uitoefening van *privaatrechtelijke bevoegdheden* door de overheid van toepassing heeft verklaard zonder de restrictie "voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet": HR 27 maart 1987, AB 273 m.n. FHvdB, NJ 727 m.n. MS, AA 1988, blz. 111 m.n. P.W.C.Akkermans (Ikon-arrest).[3]

Voor ons onderwerp kan dit betekenen, dat volgens de Hoge Raad – en m.i. terecht – uit de beginselen van behoorlijk bestuur voor de eventuele

uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden dezelfde of soortgelijke eisen zouden kunnen voortvloeien als voor subsidieverlening in de vorm van een beschikking – dus krachtens publiekrechtelijke bevoegdheid.

Dit ligt ook voor de hand. Reeds in 1970 formuleerde Van der Hoeven in zijn "De magische lijn" treffend en overtuigend dat niet de vorm maar de strekking – gaat het al of niet om publieke taakvervulling – van de betreffende overheidshandeling bepalend is voor het toepasselijke recht.[4] De Hoge Raad zit nu op dezelfde lijn na talrijke pleidooien in die richting in de literatuur.

166. Het voorgaande relativeert sterk het belang van de vraag of bepaalde beslissingen tot subsidieverlening mogelijk niet publiekrechtelijk maar privaatrechtelijk zijn.

Daar komt nog bij dat het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke vorm bij het overheidsoptreden ook anderszins gerelativeerd wordt. Er is een rechtsontwikkeling gaande inhoudende dat op de uitoefening van *publiekrechtelijke bevoegdheden* sommige delen van het nieuwe vermogensrecht van overeenkomstige toepassing dienen te worden geacht "voor zover de aard van de publiekrechtelijke rechtshandeling zich daartegen niet verzet". De schakelbepalingen 3.2.21, 3.3.16c en 3.11.21 NBW uit het vermogensrecht schakelen in deze opvatting niet alleen naar andere onderdelen van het privaatrecht, maar ook naar publiekrechtelijke rechtshandelingen.[5]

Ook de Hoge Raad gaat nu wellicht uitdrukkelijk deze richting in, gelet op HR 10 april 1987, RvdW no. 92 waarbij werd uitgesproken dat de rechtsverhouding tussen de gemeente Nieuwegein en het Gasbedrijf Centraal-Nederland voortsproot uit een publiekrechtelijke overeenkomst en vervolgens dat deze rechtsverhouding "mede wordt bepaald door de aard van deze overeenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid". Dit lijkt sterk op de formulering van artikel 6.5.3.1, eerste lid NBW. De HR verwijst daar echter niet expliciet naar, evenmin als naar de mede op dat artikel betrekking hebbende schakelbepaling vervat in artikel 6.5.1.6 NBW.

167. Dit betekent vanuit twee zijden een sterke relativering van het juridische verschil tussen de publiek- en privaatrechtelijke vorm van handelingen die "dezelfde strekking" (Van der Hoeven) hebben – men zou ook kunnen zeggen die op hetzelfde of een verwant belangencomplex betrekking hebben. Deze tendens zal juist ten aanzien van subsidiëring veel praktische betekenis hebben. Immers juist voor subsidiëring geldt – in de woorden van Michiels:[6] "Publiekrecht en privaatrecht lopen hier werkelijk dwars door elkaar". Dat is een belangrijk gegeven bij het ontwikkelen van algemene bepalingen van subsidierecht, zoals in de plannen ten aanzien van de AWB voorzien is.

Of deze sterke relativering betekent dat het juridisch in het *geheel niet* meer uitmaakt of voor de verlening van een bepaalde subsidie een publiek-

of privaatrechtelijke vorm is gekozen, valt nog niet met zekerheid te zeggen.

Daarom blijft het bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling nog van belang na te gaan in hoeverre de beslissing tot subsidieverlening steeds een beschikking – in de zin van artikel 1.3 Voorontwerp-AWB – is.

Dat is ook van belang nu het Voorontwerp-AWB reeds een uitgewerkt hoofdstuk over de beschikking bevat (hoofdstuk 4). Straks zal in de praktijk nogal eens de vraag rijzen of dit hoofdstuk op alle beslissingen tot subsidieverlening van toepassing is. Met het oog hierop zal bij het ontwerpen van de voorgenomen titel in de AWB over subsidies overwogen moeten worden of er reden is – bijvoorbeeld via een *schakelbepaling* als die van artikel 3.1.1, tweede lid, Voorontwerp-AWB – hoofdstuk 4 AWB van overeenkomstige toepassing te verklaren op beslissingen tot subsidieverlening, -weigering, -wijziging of -beëindiging, die geen beschikking zijn.

168. Bij de beantwoording van de vraag of de beslissing tot subsidieverlening steeds een beschikking is, vragen drie elementen de aandacht, te weten: is de beslissing
- eenzijdig (paragraaf 6.2),
- publiekrechtelijk (paragraaf 6.3),
- afkomstig van een bestuursorgaan (paragraaf 6.4).

6.2 De subsidieverlening als eenzijdige of meerzijdige rechtshandeling

169. Is eenzijdigheid essentieel voor het beschikkingsbegrip? En zo ja, betekent dit dan dat reeds op die grond diverse besluiten tot subsidieverlening geen beschikking zijn?

Het is opvallend dat bij de vereenvoudiging, die de Wet Arob in 1976 in de wel zeer dogmatisch geformuleerde beschikkingsdefinitie van de Wet Bab heeft aangebracht, het element "eenzijdig" geruisloos is verdwenen. Het is onwaarschijnlijk dat de wetgever op dit punt een inhoudelijke wijziging heeft willen aanbrengen; aldus terecht Michiels.[7] Vermoedelijk heeft de wetgever het bij de vereenvoudigingsoperatie ten aanzien van het beschikkingsbegrip niet nodig gevonden een nogal vanzelfsprekend element uitdrukkelijk te handhaven. Vanzelfsprekend, want hoe laat zich nu denken dat een besluit afkomstig van één persoon, t.w. het bestuursorgaan, op zichzelf reeds een meerzijdige rechtshandeling zou zijn?

Men moet er daarom wel van uitgaan dat het element eenzijdig nog steeds een onderdeel van het beschikkingsbegrip is.

170. Dat hierover geen gepubliceerde Arob-jurisprudentie valt te vinden, verbaast niet.

Het vereiste van eenzijdigheid van de rechtshandeling betekent een veel minder grote beperking – indien enige – dan men wellicht op het eerste

gezicht zou menen. Het vereiste is geen beletsel om tegen een publiekrechtelijk aanbod van subsidie – dat ongunstiger is dan terzake geldende regelingen of het ongeschreven recht toelaten –, Arob-bezwaar of -beroep in te stellen. Dit is niet anders indien dit aanbod na aanvaarding geacht zou moeten worden tot een overeenkomst te leiden. Op zichzelf zijn en blijven immers zowel het aanbod als de aanvaarding eenzijdige rechtshandelingen. Zij grijpen echter zozeer in elkaar, dat er reden *kan* zijn na de totstandkoming van de overeenstemming – bij de toepassing van het bestaande recht of de ontwikkeling van nieuw recht – het accent te leggen op het meerzijdige karakter van de totale gebeurtenis van twee in elkaar grijpende rechtshandelingen.[8]

Het vereiste van eenzijdigheid is uiteraard evenmin een beletsel de Arob-voorzieningen aan te wenden tegen de weigering een aanbod te doen[9] of tegen de opzegging van een eenmaal gesloten contract. Mits deze eenzijdige rechtshandelingen maar publiekrechtelijk zijn.

Hierbij sluit de jurisprudentie van de (Vz)AR aan inzake de weigering om een overeenkomst te sluiten. Deze weigering wordt nogal eens het karakter van beschikking ontzegd. Evenwel niet op de grond, dat een positieve beslissing zou leiden tot en deel zou gaan uitmaken van een tweezijdige rechtshandeling. Maar op de grond dat het om een rechtshandeling naar burgerlijk recht gaat.[10]

170a. Dat ook het Voorontwerp-AWB niet uitdrukkelijk de eis van eenzijdigheid stelt en daar in de toelichting ook vrijwel niet over rept, verbaast evenmin. Vermoedelijk achtten de ontwerpers het uitdrukkelijk stellen van de eis van eenzijdigheid niet van praktisch belang en – zolang de AWB nog geen regeling van overeenkomsten van de overheid bevat – nodeloos complicerende discussies oproepend. Het is immers duidelijk dat de beschikking op zichzelf bezien een eenzijdige rechtshandeling is.

Het maakt ook materieelrechtelijk niet geweldig veel uit of men, bij de toepassing van het huidige recht of de inrichting van nieuw recht, de beschikking als eenzijdige rechtshandeling of de eventuele meerzijdige rechtshandeling waarvan de beschikking onderdeel vormt, centraal stelt.[11]

Immers de rechts*betrekking* die na subsidieverlening resp. aanvaarding daarvan ontstaat, zal op z'n minst steeds trekken van *wederkerigheid* vertonen. Van beide, overheid en subsidieontvanger, wordt een prestatie verwacht in geld resp. activiteiten.

Voorts kan zeker niet gezegd worden, dat een beslissing tot subsidieverlening gelet op haar eenzijdig karakter betrekkelijk eenvoudig kan worden ingetrokken of dat de ontstane subsidierelatie vanaf een toekomstig moment op eenvoudige wijze kan worden opgezegd. Uit een stroom Arob-jurisprudentie blijkt wat voor stringente eisen de Afdeling rechtspraak hier aan stelt. Zie hoofdstuk 10.

170b. Tenslotte kan betwijfeld worden of de subsidie*ontvanger* zich wel betrekkelijk eenvoudig kan terugtrekken.

Men zou kunnen menen – ik ben in de bestuurspraktijk ook lang van die gedachte uitgegaan –, dat de subsidieverlener bij het uiteindelijk niet of niet goed verrichten van de subsidiabele activiteiten uitsluitend bevoegd is de subsidieverlening ongedaan te maken en de eventueel uitbetaalde gelden terug te vorderen.

Maar waarom zou de aard van de ontstane rechtsbetrekking niet met zich mee kunnen brengen dat de overheid onder omstandigheden tevens nakoming of schadevergoeding zou kunnen afdwingen? Als het verrichten van de subsidiabele activiteiten essentieel is voor de overheid en dit de subsidieontvanger redelijkerwijs duidelijk moet zijn, is – zo zou ik menen – de subsidieontvanger verplicht deze activiteiten uit te voeren zodra hij gelden die hem uitbetaald worden in ontvangst neemt en behoudt. Onder omstandigheden zou wellicht zelfs een dergelijke verplichting kunnen worden aangenomen *zodra* een beslissing tot subsidieverlening op basis van volledige overeenstemming bij de voorbereiding is genomen en aan de ontvanger bekend gemaakt is. Dus zelfs voordat hij de in het vooruitzicht gestelde gelden in ontvangst heeft genomen.

Mag immers ook in publiekrechtelijke verhoudingen niet tevens van de burger de zorgvuldigheid worden geëist, die past bij de aard van de tussen burger en overheid bestaande verhouding en het daarachter liggende belangencomplex? Zo vloeit uit de beginselen van behoorlijk bestuur voort, dat alleen door de overheid opgewekt gerechtvaardigd vertrouwen behoeft te worden gehonoreerd. Bij de toepassing van die rechtsregel plegen in het bijzonder de ambtenarenrechter, sociale verzekeringsrechter en belastingrechter nauwlettend te bezien welke actie redelijkerwijs van de zijde van de burger mag worden verwacht. Zie uit een lange rij uitspraken recentelijk b.v. CRvB 27 augustus 1987 en 15 oktober 1987, TAR nrs. 274 en 272, waarin de redelijkerwijs vereiste kennis van zaken en activiteit aan de zijde van de burger een doorslaggevende rol speelden.

Waarom zou niet ook het omgekeerde dienen te gelden? Wanneer een burger de overheid heeft uitgelokt hem subsidie te verlenen met het oog op door hem voorgenomen activiteiten en als deze activiteiten tevens essentieel zijn voor de overheid (zie nr. 171), waarom zou de burger dan niet gehouden zijn de door hem opgewekte verwachtingen te honoreren en de in het vooruitzicht gestelde activiteiten inderdaad te verrichten?

Zou het in zo'n situatie in strijd zijn met enig beginsel van behoorlijk bestuur indien de overheid poogt de subsidieontvanger te dwingen de subsidiabele activiteiten te verrichten? Ik meen van niet.[12]

170c. Dit roept interessante vragen van procesrecht op. Zoals de vraag of de burger tegen de beslissing van de overheid, dat hij dient na te komen,

eerst Arob-voorzieningen kan en dus moet aanwenden, dan wel of hij rustig kan afwachten totdat de overheid zich tot de burgerlijke rechter wendt. Dat kan op deze plaats buiten beschouwing blijven. Het gaat hier immers om de materieelrechtelijke aspecten van de rechtsbetrekking tussen overheid en subsidieontvanger.

Eveneens kan buiten beschouwing blijven of de overheid er altijd wijs aan doet een onwillige subsidieontvanger tot nakoming te dwingen. Zal dit wel leiden tot de door de overheid gewenste kwaliteit?

171. Wanneer zal het zo essentieel zijn voor de overheid dat de subsidieontvanger de subsidiabele activiteiten verricht dat zij de nakoming daarvan redelijkerwijze moet kunnen afdwingen? Bij tal van "standaardsubsidies" ligt dat niet voor de hand: isolatiesubsidies, studiefinanciering, subsidies voor het inroepen van deskundige bijstand etc.

Wel essentieel zal het zijn dat basisvoorzieningen op het terrein van het welzijn die de overheid subsidieert, werkelijk beschikbaar zijn op de door de overheid bepaalde wijze. In het bijzonder als de overheid zich bij gebreke aan een goede gesubsidieerde voorziening genoopt zal achten deze zelf rechtstreeks aan de afnemers aan te bieden. Intrekking en terugvordering bij niet voldoen aan de voorwaarden zal dan meestal een volstrekt averechts middel zijn.

Wel essentieel kan ook de uitvoering van een majeur investerings-, onderzoeks- of ontwikkelingsproject zijn. Met name als de overheid gezien het grote maatschappelijke belang en de hoge kosten in dat project een zo groot bedrag steekt, dat daardoor subsidieaanvragers met vergelijkbare aanvragen achter het subsidienet vissen. Als de subsidieontvanger dan het project niet voltooit of op geheel andere wijze aanpakt dan bij de subsidieverlening wenselijk is geacht, kan de overheid er bijzonder veel – gerechtvaardigd – belang bij hebben de goede uitvoering van het project te kunnen afdwingen.

172. Het gestelde in nr. 170a en 170b moge duidelijk maken dat de eenzijdige rechtshandeling strekkende tot subsidieverlening tot een even wederkerige rechtsbetrekking kan leiden als subsidieverlening die in de vorm van een overeenkomst – een door beide partijen ondertekend stuk – plaatsvindt.

Ik ben het dan ook volstrekt oneens met het betoog van Van Zundert[13] over het subsidiecontract. Deze rechtsvorm – door hem voorzien van het voorvoegsel privaatrechtelijk – zou als grote voordelen boven de subsidietoekenning bij beschikking bieden: dat de partijen duidelijk bepaald zijn, de wederzijdse prestaties en wijzigingsprocedures gedetailleerd kunnen worden beschreven, de sancties nauwkeurig kunnen worden vastgelegd en dat de subsidievordering kan worden gecedeerd.

Dat bij privaatrechtelijk contract ten aanzien van de subsidierelatie een grotere mate van *detaillering* mogelijk zou zijn dan bij beschikking, valt

niet in te zien. Voorts is het een misverstand dat cessie niet mogelijk zou zijn van subsidievorderingen die uit een bestaande of toekomstige *beschikking* kunnen voortvloeien. In de praktijk blijkt ook dat dergelijke cessies veelvuldig plaatsvinden, bijvoorbeeld van aanspraken op grond van de Wet investeringsrekening of de Investeringsregelingen regionale projecten.[14]

173. Dit neemt niet weg dat er in de praktijk nogal eens onzekerheid over bestaat of deze wederkerigheid van de rechtsbetrekking wel aanwezig is, indien subsidieverlening bij beschikking plaatsvindt. Gevreesd wordt dat de positie van de subsidieontvanger te vrijblijvend is en de positie van de overheid dus te zwak.

Dan kan het verstandig zijn die wederkerigheid van de te creëren rechtsbetrekking te benadrukken door gezamenlijk een overeenkomst op te stellen en te ondertekenen of een uitdrukkelijke aanvaarding te eisen. Op die wijze kan de juridische status van de rechtsbetrekking onomstotelijk worden *vastgelegd*, indien daaromtrent een subsidieregeling of een meer algemene regeling ontbreekt of op dit punt niet voldoende duidelijk is. Het is typisch iets waaraan in de subsidietitel van de AWB aandacht geschonken zou kunnen worden.

174. De keuze voor subsidieverlening bij overeenkomst lijkt te impliceren, dat de overheid dan steeds nakoming kan verlangen.

Ook dan hangt die mogelijkheid mijns inziens af van de beoogde aard van de rechtsbetrekking en het daarachter liggende belangencomplex. Het komt voor dat zo'n subsidieovereenkomst slechts aangeeft, dat bij niet naleving van de voorwaarden intrekking van de subsidieverlening en opeising van uitgekeerde gelden mogelijk zijn. Wellicht is dan toch wel beoogd dat tevens het verrichten van de subsidiabele activiteiten zal worden gevorderd.

Het is gewenst dat de beslissing tot subsidieverlening of de subsidieregeling hieromtrent duidelijkheid verschaft, zolang het geschreven bestuursrecht op dit punt onvoldoende houvast biedt.

175. In ieder geval moet overwogen worden hierover in de AWB algemene regels te stellen.

Daarbij zal dan ook een keuze moeten worden gemaakt omtrent het precieze object van de regelgeving. Moet het accent worden gelegd op (a) de beslissing tot subsidieverlening – op zichzelf een eenzijdige rechtshandeling – en de daaruit voortspruitende rechtsbetrekking of op (b) het ontstaan van een overeenkomst door de beslissing tot subsidieverlening en de aanvaarding daarvan in *enigerlei* vorm?

Het maakt wellicht niet veel uit. Ik neig te opteren voor (a). Dat sluit goed aan bij hoofdstuk 4 van de AWB en bij de bestaande inzichten. Van daaruit kan de min of meer wederkerige rechtsbetrekking die na subsidieverlening pleegt te ontstaan, in de AWB worden uitgebouwd. Daarbij kan desgewenst ook een plaats worden ingeruimd voor uitdrukkelijke aanvaarding door de subsidieontvanger.

176. Ondertussen *zoekt de praktijk, uit onzekerheid, diverse wegen* om soms de wederkerigheid van de rechtsbetrekking die door subsidieverlening ontstaat, uitdrukkelijk vast te leggen.

Zo bepaalt artikel 19, eerste lid, Regeling herstelfinanciering 1984 dat geen uitbetaling van het toegezegde krediet zal plaatsvinden en artikel 15, eerste lid Regeling technisch ontwikkelingskrediet 1987 dat de kredietoezegging zal vervallen, indien de ministeriële toezegging niet binnen de door de minister gestelde termijn via inzending van een schriftelijke verklaring aanvaard is. Soortgelijk is de bepaling van art. 12 van een Nijmeegse subsidieverordening, dat de subsidie wordt geacht niet te zijn verleend indien de instelling niet bereid is de desbetreffende bepalingen van deze verordening en de overige gestelde voorwaarden te aanvaarden.

Een variant is de subsidievoorwaarde, dat aanvrager een afschrift van de beslissing tot subsidieverlening ondertekent "ter bevestiging van de bekendheid met de inhoud van de beslissing en de daarin vervatte voorwaarde". Aldus GS van Noord-Holland blijkens AR 18 maart 1986, AB 1987, 40 m.n. ICvdV.

Art. 34 Wet op de studiefinanciering eist geen verklaring van aanvaarding of bekendheid, maar bepaalt simpelweg: "Door de ontvangst van de rentedragende lening verplicht de studerende zich tot terugbetaling en betaling van rente . . ."

Het meest pregnant is art. 22 Algemene subsidieverordening van de gemeente Rheden. Dit bepaalt dat een investeringssubsidie of garantie niet verleend wordt, alvorens de instelling zich verplicht heeft gedurende 25 jaar de accommodatie niet zonder toestemming van B en W te zullen verkopen of verhuren noch daaraan zonder die toestemming een andere bestemming te geven.

177. De meeste subsidieregelingen echter volstaan simpel met de bepaling dat binnen x maanden op de aanvraag om subsidie beslist wordt en dat de beslissing aan aanvrager wordt toegezonden.

Door die enkele rechtshandeling ontstaat dan een aanspraak op subsidie, zij het onder voorwaarden. Of ook een aanspraak ontstaat op directe betaling van de subsidie of een deel daarvan, dan wel of de subsidieontvanger daartoe eerst een aantal voorwaarden moet vervullen – zoals het verrichten van een deel van de subsidiabele activiteiten – hangt dan geheel van de betreffende regeling of beslissing tot subsidieverlening af.

Maar men kan wel zeggen dat in deze gevallen een aanspraak op subsidie ontstaat zonder dat de subsidieontvanger de beslissing tot subsidieverlening met inbegrip van de daaraan verbonden voorwaarden heeft aanvaard.

Conclusies

178. De beslissing tot subsidieverlening is meestal in een vorm gegoten, die haar naar huidig recht tot een eenzijdige rechtshandeling zal bestempe-

len. Dat neemt niet weg dat door deze beslissing een rechtsbetrekking ontstaat die in het algemeen min of meer wederkerig zal zijn. In ieder geval wederkerig in die zin dat de subsidieontvanger een uitgekeerd krediet zal moeten terugbetalen. Voorts zal hij een uitgekeerde subsidie à fonds perdu moeten terugbetalen, indien hij teveel ontvangen heeft of niet de vereiste activiteiten verricht heeft.

De inhoud van deze rechtsbetrekking wordt bepaald door de subsidieregeling en de beslissing tot subsidieverlening. De eenzijdigheid van de beslissing tot subsidieverlening belet niet, dat de overheid onder omstandigheden het verrichten van de subsidiabele activiteiten kan afdwingen. In het algemeen pas nadat de subsidieverlening in enigerlei vorm aanvaard is – b.v. door het in ontvangst nemen van een voorschot. Soms kan die aanvaarding ook worden afgeleid uit de instemming van de ontvanger bij de voorbereiding van de beslissing tot subsidieverlening.

Aanbeveling

179. Het ligt niet voor de hand, dat de enkele *vorm* waarvoor partijen gekozen hebben, bepalend zou zijn voor de mogelijkheid nakoming door de subsidieontvanger te verlangen. Die mogelijkheid moet afhangen van de bedoeling van partijen, het onderwerp of de omstandigheden.[15] Voor deze opvatting is des te meer reden, omdat het in de praktijk vaak *betrekkelijk toevallig* is of de subsidieverlener bij de toezending van zijn beslissing op de aanvraag verzoekt een afschrift van die beslissing ondertekend terug te sturen.

Het is van belang hierover in het geschreven recht duidelijkheid te verschaffen. De voorgenomen subsidietitel in de AWB lijkt daarvoor een goede plaats. Deze kan dan ook aandacht schenken aan situaties waarin ingevolge de subsidieregeling of de wens van partijen de subsidieverlening uitdrukkelijk in de vorm van een overeenkomst wordt gegoten. Het ligt in de rede dat de wetgever in dat geval aan de inhoud van het overheidsaanbod dezelfde eisen zal stellen als in het geval, waarin de beslissing tot subsidieverlening als eenzijdige rechtshandeling is geconstrueerd. Hooguit is er ten aanzien van procedurevoorschriften enige reden voor differentiatie tussen deze beide gevallen.

6.3 De subsidieverlening als publiek- of privaatrechtelijke rechtshandeling

180. Er zijn weinig onderwerpen die in de loop der jaren tot zoveel discussie in literatuur, rechtspraak en bestuurspraktijk aanleiding hebben gegeven als de magische lijn tussen publiekrecht en privaatrecht. Daarbij gaat het enerzijds (a) om de vraag wanneer een handeling als publiekrechtelijk resp. privaatrechtelijk moet worden of zou moeten worden aangemerkt en

anderzijds (b) om de vraag wat voor rechtsgevolgen dit heeft of zou moeten hebben. Bij de laatste vraag gaat het zowel om de materieelrechtelijke gevolgen als, vooral sedert de invoering van de Wet Bab en haar opvolgster de Wet Arob, om de vraag bij welke instantie terzake van die handeling (of het niet handelen) beroep moet worden ingesteld.

181. Het is gezien de ruime aandacht voor dit onderwerp en de overvloed aan meningsverschillen hachelijk daarop in dit verband slechts beknopt in te gaan. Toch is dat gewenst. Immers juist bij subsidieverhoudingen ziet men een kluwen van elkaar opvolgende handelingen en zich ontwikkelende rechtsbetrekkingen, waarvan de ene volgens de rechtspraak publiekrechtelijk is, een daarop volgende privaatrechtelijk en een daarop volgende mogelijk weer publiekrechtelijk. Ik denk aan bijvoorbeeld de opeenvolging van subsidieverlening, uitvoeringsovereenkomst, uitbetaling, terugvordering van het teveel betaalde en subsidiebeëindiging.

Nu is deze rechtspraak wel heel erg sterk bepaald door de competentieafbakening tussen burgerlijke en administratieve rechter, waarvoor in de diverse algemene rechtsbeschermingswetten bewust gekozen is. "Een juridisch mijnenveld (. . .) de Arob-rechter zoekt op de tast zijn weg in het schemerduister van artikel 2 Wet Arob (. . .) Vermoedelijk de grootste onduidelijkheid wordt aangetroffen op het terrein der subsidiëring".[16]

Aangezien dit preadvies niet gericht is op problemen van rechtsbescherming (door de rechter), maar op het bestaande en te ontwikkelen materiële subsidierecht, is de relevantie van deze jurisprudentie over competentieafbakening tussen rechters voor ons doel maar van beperkte betekenis.

182. In subsidieverhoudingen zal de aanvrager voor het kunnen verrichten van de door hem nagestreefde activiteiten vaak in meerdere of mindere mate van de subsidiërende overheid afhankelijk zijn.

In die gevallen ligt het niet erg voor de hand, dat de overheid vrijelijk zou kunnen kiezen tussen een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsvorm en daarmee zou kunnen bepalen welke rechtsregels op de subsidieverhouding van toepassing zullen zijn. Dit probleem bestaat uiteraard niet als die keuze voor het materiële recht niet veel zou uitmaken.

Interessant is in dit opzicht de uitspraak Pres. Rb 's-Gravenhage 23 juni 1987, KG 303 AB 1988, 98 betreffende kredietverlening door de Minister van Economische Zaken aan bedrijven in moeilijkheden. De president overwoog dat deze financiële steunverlening subsidieverlening is en daarmee een beschikking in de zin van art. 2 Wet Arob. Maar de gang van zaken "wijst er op dat de Staat c.q. de Nationale Investeringsbank zich bij de uitvoering van de subsidiebeslissing heeft bediend van een overeenkomst naar burgerlijk recht".

Let op de eenzijdigheid aanduidende formulering "zich bediend heeft". Belangrijk is dat de president vervolgens enerzijds de overheid in beginsel helemaal vrij acht te kiezen tussen een beschikking en een rechtshandeling

naar burgerlijk recht. Dat gaat wel erg ver, maar daar staat de principiële overweging tegenover:

"Anderzijds moet daarbij wel worden bedacht dat in zo'n geval rechtshandelingen naar burgerlijk recht niet geldig zijn voor zover ze de strekking hebben de burger de rechtsbescherming van de administratieve rechter te ontnemen.

Dat betekent dat de overeenkomsten met Appels over de subsidiëring geen gevolgen hebben gehad voor het recht van Appels bij de administratieve rechter in beroep te komen."

Voor wat betreft de beroepsmogelijkheid acht de Haagse president het dus niet *relevant* of de overheid bij de subsidieverlening en de uitvoering daarvan "zich bediend heeft" van een beschikking of een rechtshandeling naar burgerlijk recht. De president acht de Afdeling rechtspraak bevoegd. Zijn opvatting – die overigens ook juist lijkt – betekent dat hij deze overeenkomst (door hem aangeduid als overeenkomst naar burgerlijk recht), althans voor wat betreft de beroepsmogelijkheid bij de administratieve rechter, als beschikking beschouwt.

Het gevolg hiervan zal wel zijn dat de Afdeling rechtspraak – die er in dit concrete geval niet aan toe gekomen is omdat zij het nadien bij haar ingestelde beroep wegens niet verontschuldigbare termijnoverschrijding[17] niet ontvankelijk achtte![18] – op de subsidieverlening en de uitvoeringsovereenkomst daarvan bestuursrecht zal toepassen. Het lijkt zeker niet aannemelijk – en de president zal dat ook niet voor ogen hebben gestaan – dat de Afdeling rechtspraak rechtstreeks en onbeperkt het privaatrecht op deze "beschikking" zal gaan toepassen.

In zoverre heeft de inbreuk, die de president als het ware maakt op de keuze van de Minister van Economische Zaken voor een burgerrechtelijke overeenkomst, een veel verdergaand effect dan alleen de verschuiving van rechtsmacht. Eigenlijk lijkt de uitspraak van de president er op neer te komen dat de gekozen rechtshandeling naar burgerlijk recht – in zijn terminologie – slechts rechtsgeldig is voor zover zij niet op enigerlei wijze inbreuk zou maken op de onverkorte toepassing van het bestuursrecht.

183. De president prikte dus door de *vorm* van de rechtshandeling heen, waarvan de minister zich bij de subsidieverlening had bediend – een publiekrechtelijke (?) subsidieverlening op hoofdpunten en een privaatrechtelijke uitvoeringsovereenkomst (dus model B, zie paragraaf 5.3). Dit doet denken aan de overigens weinig gehanteerde leer van de Afdeling rechtspraak, dat een privaatrechtelijke rechtshandeling als een beschikking moet worden aangemerkt als het kiezen van die weg moet worden beschouwd als een weigering om de publiekrechtelijke weg te kiezen.[19]

184. Ook in diverse andere gevallen lijkt de Afdeling bij subsidieverlening de vorm van de gekozen rechtshandeling niet bepalend te achten.[20]

Maar in sommige uitspraken lijkt de Afdeling dat wel te doen.[21] Als men deze uitspraken naast elkaar legt, lijkt naar voren te komen dat de Afdeling rechtspraak de volgende lijn hanteert.

A. verlening van *subsidie à fonds perdu* wordt vrijwel[22] steeds als een beschikking aangemerkt;
B. gaat het om verlening van subsidie in de vorm van *krediet* of *garantie,* dan lijken de AR en VzAR deze vrijwel steeds als een beschikking aan te merken, *indien* voor de verlening een wettelijke grondslag[23] bestaat of deze in het kader van duidelijk kenbaar subsidiebeleid plaatsvindt.

Voor dit laatste lijkt vereist te zijn dat het beleid van overheidswege gepubliceerd is, hetzij in de vorm van een wettelijke regeling of een geformaliseerde beleidsregeling[24] hetzij in de vorm van bijvoorbeeld een gepubliceerde beleidsnota.[25] Gaat het echter niet om de uitvoering van duidelijk kenbaar subsidiebeleid, maar om een – althans voor buitenstaanders – op zichzelf staande subsidieverlening, dan kwalificeert de Afdeling rechtspraak deze vormen van subsidieverlening vaak[26] als rechtshandelingen naar burgerlijk recht.[27]

185. De jurisprudentie betreffende categorie B vertoont een opvallende – niet toevallige – gelijkenis met die inzake bestuurs- of nadeelcompensatie.[28] Zie laatstelijk de zeer illustratieve uitspraak AR 18 november 1987, AB 554 m.n. Van Wijmen (Kromhout/Rijkswaterstaat), waarin de AR nauwgezet op zoek ging naar een *publiekrechtelijke grondslag* voor de aanspraak van appellant. De AR concludeerde dat die grondslag niet te vinden viel, zodat verweerders besluit een weigering inhield "een schuld op grond van het burgerlijk recht" te erkennen en *derhalve* als een rechtshandeling naar burgerlijk recht moest worden beschouwd. De AR overwoog daartoe op vrijwel uitputtende wijze dat:

- er geen in een algemeen verbindend voorschrift vervatte (algemene) rechtsregel voor een dergelijke aanspraak valt aan te wijzen;
- verweerders besluit niet is gegrond op een wettelijk voorschrift of een bij wet toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid;
- aan de ten departemente van Verkeer en Waterstaat geen algemene bekendheid is gegeven in een door de minister geautoriseerde publikatie in bijv. de Nederlandse Staatscourant
- een eventuele betaling niet ten laste van een afzonderlijke begrotingspost zou komen, maar slechts onderdeel zou vormen van de uitvoering van een concreet werkplan terzake van een wegreconstructie.

186. Tot subsidieverlening en het aangaan van andere betalingsverplichtingen zijn de betreffende bestuursorganen reeds bevoegd zonder dat terzake een beleidsregeling of een specifieke begrotingspost bestaat, te weten op grond van hun algemene bestuursbevoegdheid. Daarom is het *juridisch* onjuist om een beleidsregeling of specifieke begrotingspost te beschouwen als

de publiekrechtelijke grondslag van subsidieverlening of het aangaan van andere betalingsverplichtingen.[29]

Bezien vanuit de *bestuurlijke* optiek van het voeren van beleid en de *legitimatie* daarvan vormen een beleidsregeling en een specifieke begrotingspost wel de grondslag voor de subsidieverlening. Dat blijkt ook uit het bestuurlijk beroep op af- en aanwezigheid van een dergelijke grondslag en uit bijvoorbeeld de controle van de Algemene Rekenkamer.

De gedachte dat een beleidsregeling of begrotingspost bevoegdheden kan creëren is juridisch evenwel onjuist. Het lijkt dan evenmin mogelijk dat een beleidsregeling of begrotingspost een privaatrechtelijke rechtshandeling kan transformeren in een publiekrechtelijke.

Wat beweegt dan de Afdeling rechtspraak het bestaan van een dergelijke "grondslag" bepalend te achten voor het publiek- of privaatrechtelijk karakter? Een naar de vorm privaatrechtelijke rechtshandeling maakt hier deel uit c.q. is uitvoering van – naar buiten kenbaar – beleid in de uitgewerkte vorm van een gepubliceerde beleidsregeling of in de embryonale vorm van een begrotingspost. Het moet wel zo zijn dat de Afdeling rechtspraak deze omstandigheid bepalend acht. Althans in die gevallen waarin de uiterlijke vorm twijfel oproept omtrent het rechtskarakter, hetgeen bij categorie A (zie nr. 184) zelden het geval zal zijn, omdat aan handelingen van die categorie geen privaatrechtelijk imago kleeft.

187. De uiterlijke vorm van de subsidieverleningshandeling acht de AR dus in het algemeen zeker niet doorslaggevend. Zij kijkt kennelijk meer naar de strekking van de handeling: gaat het daarbij om typische beleidsuitvoering of om een meer op zichzelf staande handeling?

De gedachtengang daarbij zal wel niet zozeer zijn dat de uiterlijke rechtsvorm van de subsidieverleningsbeslissing van *etiket* verandert doordat zij "ingebed is in het beleid". Waarschijnlijker is dat het sterk beleidsmatige karakter van de handeling, gezien het kader waarin zij plaatsvindt, voor de AR reden is het voor de hand liggend te achten dat de bestreden handeling aan publiekrechtelijke *normen* wordt getoetst en wel door de daartoe aangewezen rechter, de Afdeling rechtspraak. Daarvoor is dan vereist dat de AR – net als overigens de burgerlijke rechter in de zaak Appels/EZ (zie nr. 182) – het etiket "beschikking", dus publiekrechtelijke rechtshandeling aanbrengt.

Dat lijkt een juiste benadering. Immers de gekozen rechtsvorm alleen kan moeilijk geheel bepalend zijn voor de rechtsregels die gezien de aard van de verhouding vereist zijn. Voorts zou het onjuist zijn dat de overheid eenzijdig door de keuze voor een bepaalde rechtsvorm zou kunnen opleggen welk recht van toepassing is: het publiekrecht of het privaatrecht. Ook als beide partijen het daar in vrije onderhandelingen over eens zouden worden, dan nog zal niet zonder meer de vrijheid mogen bestaan te kiezen voor toepasselijkheid van het privaatrecht. Juist het beleidskarakter van de han-

deling kan met zich meebrengen, dat het algemeen belang bij onvoorziene omstandigheden een ruime opzeggingsmogelijkheid vereist.

Het is niet toevallig dat Rb Leeuwarden 12 september 1985, NJ 1987, 13 inzake de niet-opzegbaarheid van een subsidieovereenkomst van de provincie Friesland en enige waterschappen vraagtekens oproept: zie D.A. Lubach, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 87/2, blz. 66. Die uitspaak valt echter niet goed te toetsen, nu uit de NJ de *strekking* van de afspraak niet duidelijk wordt. Deze Rb keek, anders dan de Pres. Rb Den Haag in de zaak Appels/EZ, uitsluitend naar de vorm. Het gaat om een overeenkomst, niet om een eenzijdige beschikking. Dus is de afspraak niet opzegbaar, was de benadering van de rechtbank in Leeuwarden.

188. Niet alleen is het soms *wat toevallig* welke rechtsvorm bij subsidieverlening gekozen wordt. Niet zelden ook zal het de betrokkenen, met inbegrip van de subsidieverlener, *onduidelijk* zijn welke rechtsvorm gekozen is.

Het gebeurt nogal eens dat de overheid een brief naar de aanvrager stuurt, waarin zij zich bereid verklaart subsidie te verlenen onder de in die brief uitgewerkte voorwaarden. Daartoe behoort ook de voorwaarde dat die brief binnen vier weken voor akkoord getekend door de aanvrager wordt teruggezonden. Betekent dit dan dat dus door die terugzending een privaatrechtelijke overeenkomst tot stand komt? De ene praktijkman zal menen dat hier een overeenkomst tot stand komt en dat dit dus een privaatrechtelijke rechtshandeling is, nu ons recht in deze situaties niet duidelijk de mogelijkheid van een publiekrechtelijke overeenkomst erkent. De andere praktijkman zal menen dat hier gewoon sprake is van een beschikking tot subsidieverlening, die vervalt als zij niet tijdig voor akkoord ondertekend wordt teruggezonden.

Is het een wonder dat de Haagse rechtbankpresident zegt, dat weliswaar sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst, maar dat daartegen beroep openstaat als ware het een publiekrechtelijke rechtshandeling? Is het een wonder dat de Afdeling rechtspraak tot een beschikking concludeert – *zij* kan ook niet anders als zij het beroep wil ontvangen –, mits het beleidsmatige karakter, de strekking van de handeling maar vaststaat?

189. Deze ontwikkeling bij de Afdeling rechtspraak, volgens welke niet meer de uiterlijke vorm maar de strekking van de handeling bepalend is voor het toepasselijke materiële recht en de voorhanden beroepsmogelijkheden, is op zichzelf positief te waarderen. Het nadelige gevolg is wel dat niet meer goed kenbaar is welke de toepasselijke rechtsregels zijn en welke beroepsmogelijkheid openstaat! En dat is een ernstig gebrek van welk rechtsstelsel dan ook.

Een gebrek dat alleen maar goed verholpen kan worden door heldere wetgeving omtrent het toepasselijke materiële recht, waarin dan uiteraard geen of geen wezenlijk onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vormen van subsidieverlening wordt gemaakt. Het is de

wetgever[30] die het materiële recht ter hand kan en moet nemen. Het is ook de wetgever die dan desgewenst, als er behoefte zou zijn bij subsidieverlening onderscheid te maken tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk opereren, zou kunnen aangeven wat voor gevolgen dit onderscheid voor subsidieverhoudingen zou moeten hebben.

190. Resteert nog de vraag of het onderscheid dat de Afdeling rechtspraak bij subsidieverlening tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen hanteert, juist is. Is het werkelijk terecht dat losse subsidieverleningen of -weigeringen die naar vorm privaatrechtelijk zijn, principieel aan andere *rechts*regels onderworpen zijn dan subsidieverlening ter uitvoering van naar buiten kenbaar beleid?

Is bij losse subsidieverleningen immers niet sprake van – wat men in de praktijk vaak aanduidt als "ad hoc beleid"? Beleid waar veelal even bewust voor gekozen wordt als voor "vast beleid". Zou het recht ten aanzien van losse subsidieverleningen wezenlijk minder waarborgen hoeven te creëren, minder strenge eisen hoeven te stellen dan bij vast beleid? Zou het wezenlijk mogen uitmaken of de kredietverlening of borgtocht al dan niet in een gepubliceerde beleidsregeling is geregeld resp. al dan niet op een specifieke begrotingspost berust? Dient de overheid niet altijd beleidsmatig te handelen?

Het lijkt duidelijk dat het, zeker ten aanzien van het materiële recht, wel heel weinig voor de hand ligt om op ad hoc subsidieverlening het privaatrecht van toepassing te achten en op subsidieverlening waaromtrent beleid of waarvoor een specifieke wettelijke grondslag bestaat, het bestuursrecht.

190a. Nu heeft de Afdeling rechtspraak niet alleen met de consistentie van het materiële recht te maken. Zij dient ook te bewerkstelligen, dat door een in de praktijk zo *eenvoudig* mogelijk hanteerbaar onderscheid tussen rechtshandelingen naar privaat- en publiekrecht zo helder mogelijke regels ontstaan omtrent de vraag welke rechtsgang openstaat: de Arob-voorzieningen of een actie bij de burgerlijke rechter. Bovendien heeft zij ook nog te maken met andere terreinen dan het subsidierecht.

De AR zal ook enige inhoud moeten geven aan de wetsbepaling die haar bevoegdheid beperkt tot publiekrechtelijke rechtshandelingen. Deze bepaling zou zich er evenwel, gezien de materiële uitleg die de AR daaraan geeft, niet tegen verzetten alle beslissingen tot subsidieverlening of subsidieweigering als publiekrechtelijk aan te merken, omdat bij subsidieverlening altijd iets bijzonders aan de hand is: de overheid presteert zonder equivalente tegenprestatie.

Maar op andere terreinen is er voor de AR, ook bij haar materiële toepassing van artikel 2 Wet Arob, meer reden een afgrenzing aan te brengen tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handelingen. Bijvoorbeeld ingeval van koop en verkoop, huur en verhuur of schadevergoedings-

kwesties kan het gaan om typische beleidstoepassing of om gewoon commercieel optreden. Soms zal bij typische privaatrechtelijke rechtshandelingen als koop en verhuur weliswaar sprake zijn van een versluierde subsidie. Maar die vorm is zo typisch privaatrechtelijk dat de AR het daarom wellicht hachelijk acht zich bevoegd te verklaren het geschil met haar in principe publiekrechtelijke toetsingsarsenaal te beoordelen.[31] Zeker bij schadevergoedingskwesties lijkt de AR zich in een lastig parket te hebben gevoeld. De grondslag voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad is neergelegd in artikel 1401 BW, al gelden voor de aansprakelijkheid van de overheid deels aparte criteria. De grondslag voor bestuurscompensatie is discutabeler. Men kan haar opgesloten achten in hetzelfde artikel 1401 BW of in het ongeschreven bestuursrecht, te weten de verplichting tot het in acht nemen van het zorgvuldigheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel bij de vereiste belangenafweging. Het is daarom en omdat het vaak zo lastig is in concreto te bepalen of appellant schadevergoeding uit onrechtmatige of rechtmatige daad heeft gevraagd, niet onbegrijpelijk dat de AR probeert door *goed hanteerbare criteria* de vereiste helderheid omtrent de mogelijkheid van bezwaar en beroep te verschaffen. De uitspraak Kromhout/Rijkswaterstaat is daarvoor illustratief (zie nr. 185). Het is niet onbegrijpelijk dat de AR bij haar competentieafbakening met de burgerlijke rechter de daarin vermelde criteria als houvast neemt voor het al dan niet beleidsmatige en daarmee al dan niet publiekrechtelijke karakter van weigeringen tot schadevergoeding.

Evenmin is het onbegrijpelijk dat de AR bij deze competentieafbakening ongeveer dezelfde lijn volgt bij verlening en weigering van *subsidie*. Dat kan de consistentie en inzichtelijkheid van *het procesrecht* ten goede komen. Maar nodig is die terughoudendheid bij subsidieverlening niet, omdat het daar *steeds* gaat om typische beleidsuitvoering. Het is daarom toch de vraag of de AR deze terughoudendheid bij subsidieverlening wel moet handhaven.

Conclusie en aanbeveling

191. Al met al lijkt er weinig reden besluiten tot subsidieverlening of – weigering die een *privaatrechtelijk uiterlijk* hebben, aan het materiële bestuursrecht onttrokken te achten.

Is het dan niet beter deze besluiten ook maar steeds als publiekrechtelijk en dus als beschikking te kwalificeren? Mij lijkt van wel.

Dat neemt niet weg dat dergelijke besluiten diverse bepalingen en voorwaarden kunnen bevatten, die juist in het privaatrecht uitgewerkt zijn. Het ligt voor de hand daarop het privaatrecht van toepassing te blijven achten voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. De zaak Appels/EZ (zie nr. 182) wijst in die richting: een besluit tot subsidiebeëindiging t.w. door vervanging van de crediteur door een particulier (privatisering), gevolgd door cessie en lastgeving. Het lijkt inderdaad, zoals de

president doet, aangewezen op het eerste besluit – de typische beleidsbeslissing – het bestuursrecht van toepassing te achten en op de laatste handelingen – die een zuiver uitvoeringskarakter dragen – in principe de in het privaatrecht specifiek voor deze rechtsfiguren uitgewerkte regelingen voor zover dit niet strijdig is met de aard van de subsidieverhouding.

Erg bijzonder is het niet op sommige onderdelen van de subsidieverhouding primair het bestuursrecht van toepassing te achten en op andere onderdelen primair het privaatrecht. Al naar gelang het rechtsgebied waarin het betreffende onderdeel van de subsidieverhouding reeds adequate uitwerking heeft gevonden.

Dit past bij de in paragraaf 6.1 gesignaleerde wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht. Deze maakt het mogelijk om tot adequaat recht te komen voor gecompliceerde rechtsverhoudingen als subsidieverhoudingen.

Wellicht geeft dit enige rechtsonzekerheid. Maar daaraan kan de *wetgever* wat doen. En wel door bij de vaststelling van de subsidietitel van de AWB bewust te kiezen welke regels van publiek- en privaatrecht, al dan niet in gemodificeerde vorm, op de diverse onderdelen van de subsidieverhouding van toepassing dienen te zijn.

6.4 Is de subsidieverlener steeds een bestuursorgaan?

192. Kenmerkend voor het beschikkingsbegrip, niet alleen in een rechtsbeschermingswet als de Wet Arob, maar ook in een meer algemene wet als de toekomstige AWB, is dat de rechtshandeling niet alleen publiekrechtelijk dient te zijn. Zij dient tevens van een administratief- of bestuursorgaan afkomstig te zijn.

Voor de toepasselijkheid van de AWB en ook de Wet Arob op subsidieverlening is het daarom van belang te weten of iedere subsidieverlening, voor zover aan te merken als publiekrechtelijke rechtshandeling, wel een beschikking in de zin van beide wetten is. Er is met name reden dit na te gaan, omdat de overheid bijzonder vaak privaatrechtelijke instellingen ter uitvoering van haar subsidiebeleid belast met de beslissing op subsidieaanvragen.[32]

Bij het ministerie van Economische Zaken is het zelfs een vaste beleidslijn om ter zake van subsidiëring zoveel mogelijk een scheiding aan te brengen tussen beleidsvorming en beleidsuitvoering in die zin, dat het eerste door de minister geschiedt en het tweede door los van het ministerie staande instellingen. De doelstelling van deze beleidslijn is daarmee een zo groot mogelijke objectiviteit bij het beslissen op subsidieaanvragen te waarborgen. Zie nr. 120.

193. Kenmerkend voor subsidiëring door de overheid is, dat ter uitvoering van de overheidstaak en ten laste van de overheidskas financiële ver-

plichtingen ter stimulering van particuliere activiteiten worden aangegaan.

Die overheidstaak kan bij algemeen verbindend voorschrift zijn vastgelegd. De overheid kan haar ook zonder een dergelijke grondslag, zij het tegenwoordig met als zeer algemene basis met name hoofdstuk 1 van de Grondwet, aan zich getrokken hebben.

In veel gevallen, vooral bij de decentrale overheden, zullen de meest typische overheidsorganen zelf op de subsidieaanvragen beslissen: ministers, PS of GS, gemeenteraad of B en W. Het rijk zal vaak reden hebben om een andere instantie met de uitvoering van het subsidiebeleid te belasten. Bijvoorbeeld de gemeenteraden met het verlenen van subsidies op grond van de Wet op het basisonderwijs, GS met het verlenen van subsidies op grond van de Wet op de bejaardenoorden, vanwege hun plaatselijke deskundigheid of samenhang met hun overige taken. In andere gevallen zal vanwege specialistische deskundigheid van de materie of van de desbetreffende sector van de samenleving dan wel om redenen van efficiency gekozen worden voor een andere vorm van functioneel gedecentraliseerde uitvoering.

Het laatste kan plaatsvinden door van overheidswege daartoe bij algemeen verbindend voorschrift – b.v. het Bedrijfsfonds voor de Pers (artikel 123 e.v. Mediawet) – of ministeriële beschikking een zelfstandig bestuursorgaan in het leven te roepen. Verwant is de veelvuldig voorkomende situatie dat een reeds bestaande stichting of vennootschap met de beslissing op subsidieaanvragen belast wordt.

194. In dit laatste geval zal een overeenkomst met de stichting of vennootschap worden gesloten, waarin deze de verplichting op zich neemt overeenkomstig de door de overheid gestelde regels op de subsidieaanvragen te beslissen, terwijl de overheid op zich neemt de subsidiebedragen en uitvoeringskosten te vergoeden. Voorbeelden daarvan zijn de diverse overeenkomsten met De Nationale Investeringsbank (b.v. de Regeling Bijzondere Financiering, zie de nrs. 152 en 155-157), de algemene borgtochtovereenkomst met tal van banken terzake van de Kredietregeling midden- en kleinbedrijf (zie de nrs. 153 en 158-159) en de diverse overeenkomsten met de Nehem.[33] In de bekendmaking – via kamerbrief, persbericht, Staatscourant of Staatsblad – van het te voeren beleid zal dan uiteraard vermeld worden welke instantie met de beslissing op de aanvragen belast is. Het beleid en de aanwijzing kunnen zijn vastgelegd in een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregeling. Het is duidelijk dat dit laatste een wat erg magere basis is voor de uitvoering van de overheidstaak. Wat betreft diverse van de zojuist genoemde voorbeelden zal dit veranderen bij invoering van de Kaderwet financiële verstrekkingen EZ, die zal eisen dat subsidiëring in beginsel haar grondslag in een a.m.v.b. dient te vinden die mede moet aangeven welke instantie met de beslissing op aanvragen zal worden belast.[34] Er is alle reden dit voor het gehele overheidsterrein te overwegen en daartoe tenminste in de AWB een algemene bepaling op te nemen.

195. Als een privaatrechtelijke instelling, b.v. een Stichting of vennootschap, is belast met de beslissing op subsidieaanvragen, is zij dan aan te merken als bestuursorgaan? Is zo'n instelling door de opdracht op subsidieaanvragen te beslissen "met enig openbaar gezag bekleed" (art. 1 Wet Arob, art. 1 AWB)?

Allereerst de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak, ook al is de rechtsbeschermingsoptiek niet noodzakelijkerwijze bepalend voor het materiële recht. De uitspraken zijn bekend.

Het bestuur van de Stichting Ontwikkeling en Sanering voor de Landbouw werd als administratief orgaan aangemerkt. Het betrof de weigering van een bijdrage op grond van Bestuursbesluit nr. 42 inzake de afbraak van glasopstanden. Het bestuur vroeg zich af of het wel als administratief orgaan optrad, aangezien de subsidieregeling – het Bestuursbesluit – "niet in opdracht van de Minister van Landbouw en Visserij is opgesteld ter uitvoering van een op de Staat rustende verplichting". De Afdeling achtte voldoende en bepalend dat

"het hier, naar ook van de zijde van verweerder is erkend, de uitvoering betreft van een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken en de uitvoering van die taak door verweerder met overheidsgelden wordt bekostigd" (AR 13 juni 1978, tB/S I, blz. 26).

Men herkent de elementen die in nr. 193 kenmerkend werden geacht voor overheidssubsidiëring: uitvoering van een overheidstaak en bekostiging daarvan door de overheid. Voor het aanmerken als administratief orgaan is voldoende dat de overheid die taak aan zich getrokken heeft. Daarvoor is niet nodig dat die taak een wettelijke grondslag heeft. Voldoende is dat de overheid besloten heeft een bepaalde taak ter hand te nemen, in casu het stimuleren dat economisch verouderde glasopstanden worden afgebroken. Voor het aanmerken als administratief orgaan maakt het niet uit dat de minister niet zelf op de subsidieaanvragen beslist en evenmin dat hij niet zelf de subsidieregeling vaststelt.

196. Betekent dit nu dat degene die ten laste van de overheid subsidie verleent, automatisch – althans ten aanzien van de uitoefening van die taak – als administratief orgaan moet worden beschouwd?

Er zijn diverse andere uitspraken die in inderdaad deze richting wijzen. Bijvoorbeeld VzAR 19 maart 1981, AB 1982, 411 m.n. De Ru, tB/S I p. 68 betreffende de Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking. Deze is, aldus de Vz, ingesteld bij ministeriële beschikking en heeft tot taak voorlichtings- en bewustwordingsprogramma's en -projecten te doen uitvoeren:

"Vaststaat dat verweerster op basis van door de Minister vastgestelde subsidievoorwaarden, zelfstandig beslist over de keuze, de beoordeling en goedkeuring van bovenbedoelde projecten en over de subsidiebedragen die op basis daarvan aan de ver-

schillende organisaties worden verstrekt. Op grond van het vorenstaande kan naar wij menen worden geoordeeld dat verweerster uitvoering geeft aan een taak, welke de overheid aan zich heeft getrokken en dat deze uitvoering met overheidsgelden wordt bekostigd."

Tot dezelfde conclusie ten aanzien van deze Stichting kwam de AR op 27 januari 1983, tB/S V, p. 1199. Uit die uitspraak blijkt dat toen de Stichting een programmasubsidie kreeg van de minister, welke zij bestemde voor door haar zelf uitgekozen projecten, zij het onder hantering van een aantal door de minister opgestelde subsidievoorwaarden. Beoordeling van het beleid van de NCO vindt, aldus de AR, achteraf plaats met behulp van periodieke rapportages, terwijl "het werk van verweerster onderhevig zal zijn aan de inspectie namens de minister". Wat deze inspectie inhoudt – boekhoudkundige controle dan wel toetsing of alle subsidiebeslissingen overeenstemmen met de aangeduide ministeriële subsidievoorwaarden – is mij niet bekend. Wel is duidelijk, dat de Stichting een grote zelfstandigheid heeft bij haar beleidsvoering, met controle achteraf.

Die grote ruimte is duidelijk geen beletsel om nog steeds van "uitvoering van een overheidstaak" en van "administratief orgaan" te spreken.

197. Veel aandacht heeft indertijd de AR-uitspraak van 7 april 1978, AB 474 m.n. Borman inzake Stichting Fonds voor de Letteren getrokken, die in de tegenovergestelde richting lijkt te wijzen. Het bestuur van deze Stichting werd door de AR niet als administratief orgaan bestempeld. Dit met de volgende motivering:

"aangezien geen algemeen verbindend voorschrift is aan te wijzen waaraan hij hetzij rechtstreeks hetzij indirekt enig openbaar gezag kan ontlenen. Weliswaar ontvangt voornoemde stichting voor de verwezenlijking van haar doelstelling, het bevorderen van de Nederlandse letteren, subsidie van de Minister van CRM en verstrekt zij met het oog daarop o.a. stipendia en additionele honoraria, doch de toekenning van deze en andere bedragen door verweerder kan niet als uitoefening van enig openbaar gezag worden beschouwd".

Het is een uitspraak die veel pennen in beweging heeft gebracht. Geen wonder. Enerzijds lijkt zij uiterst duidelijk: voor openbaar gezag in de zin van art. 1 Wet Arob is een algemeen verbindend voorschrift vereist. Anderzijds wordt, merkwaardig genoeg, aan dit uitgangspunt ondanks zijn absolute karakter toegevoegd dat de toekenning van stipendia niet als uitoefening van openbaar gezag kan worden beschouwd. Waarom dat niet het geval kan zijn, wordt niet enigermate uitgelegd of aangeduid. Bovendien lijkt deze toevoeging irrelevant, nu reeds geconstateerd was dat de *vereiste* grondslag in een algemeen verbindend voorschrift ontbrak.

In zijn noot wijst Borman op het verschil van deze Stichting met de Stichting Ontwikkeling en Sanering voor de Landbouw (zie nr. 195). In beide gevallen benoemt de betreffende minister de bestuursleden, kan hij statuten

wijzigen en de stichting ontbinden. Bij de laatste stichting kan de minister de besluiten van het stichtingsbestuur vernietigen. Bij de eerste stichting is er alleen controle van het financiële beheer. Als ik Borman goed begrijp, acht hij dit verschil doorslaggevend en is hij op die grond ook geneigd het met de AR eens te zijn.

Belangrijk echter is mijns inziens een kort tussenzinnetje van de annotator: "Of de Minister voorwaarden verbindt aan zijn subsidiëring van de stichting weet ik niet". Ik weet het helaas ook niet. Maar dit lijkt mij nu juist, op de in nr. 198 te vermelden gronden, een kardinaal punt.

198. In de in nr. 196 vermelde uitspraken stelt de (Vz)AR verre van centraal – in de uitspraken inzake de Stichting Sanering en Ontwikkeling voor de Landbouw rept hij er zelfs niet over – wat voor algemene invloed de minister op het stichtingsbestuur kan uitoefenen.

Centraal stelt de (Vz)AR in die gevallen dat het gaat om de uitvoering van een *overheidstaak* en dat deze door de overheid bekostigd wordt. Het is gezien de in nr. 196 vermelde uitspraken duidelijk dat het stichtingsbestuur ook administratief orgaan kan zijn, dus met openbaar gezag bekleed kan zijn, als de daarvoor op 7 april 1978 geëiste grondslag in een algemeen verbindend voorschrift ontbreekt. Kennelijk is *die grondslag geen vereiste* voor het aannemen van openbaar gezag.

Wellicht moet de rechtspraak eerder zo geïnterpreteerd worden, dat een grondslag in een algemeen verbindend voorschrift *voldoende* is om eenvoudig aan te nemen dat er duidelijk sprake is van een overheidstaak en derhalve van openbaar gezag.

Wat is dan bij gebreke van een algemeen verbindend voorschrift vereist om aan te nemen dat het een overheidstaak is die de privaatrechtelijke instelling uitvoert? De omstandigheid dat de activiteiten van de privaatrechtelijke instelling door de overheid bekostigd worden? Neen, uiteraard niet. Er zijn vele stichtingen en bedrijven, wier activiteiten geheel of gedeeltelijk door de overheid bekostigd worden, zonder dat gezegd kan worden dat zij daarmee een overheidstaak uitvoeren. Ook als het tot de activiteiten van zo'n instelling behoort om haar cliënten van financiën te voorzien, is dat niet zonder meer voldoende om van de uitvoering van een overheidstaak te kunnen spreken.

199. Van *uitvoering van de overheidstaak* zal slechts sprake kunnen zijn als een overheidsorgaan – bij algemeen verbindend voorschrift met taken belaste organen – die taak zelf uitvoert of als een ander die taak *in opdracht* van eerstgenoemd overheidsorgaan uitvoert.

Als de overheid geld verschaft aan een instelling ten behoeve van geldverschaffing aan derden, zonder enigermate aan te geven op welke wijze of in welke richting de geldverschaffing aan die derden dient plaats te vinden, dan is de band met de overheid zo los dat niet meer gesproken kan worden van "uitvoering van een overheidstaak". Van het *opdragen* van de uitvoe-

ring van "een taak die de overheid zich aangetrokken heeft" is dan geen sprake. En: hoe kan nu sprake zijn van *uitvoering* van een overheidstaak, als daartoe geen opdracht is verstrekt? Als een overheidsorgaan geld verschaft aan een instelling met de boodschap "je ziet maar", dan kan toch moeilijk gezegd worden dat deze bij de besteding daarvan een taak van dat overheidsorgaan uitvoert.

Daarom lijkt het mij – en nu kom ik op het tussenzinnetje van annotator Borman (zie nr. 197) – wezenlijk of bij de geldverschaffing door de overheid aan het Fonds voor de Letteren voorwaarden zijn gesteld en wat deze inhouden.

Opvallend is dat in de uitspraak inzake de Stichting Sanering en Ontwikkeling voor de Landbouw (zie nr. 195) de AR niets zegt over de ministeriële invloed. In beide NCO-uitspraken (zie nr. 196) maakt de (Vz)AR wel melding van ministeriële voorwaarden voor de subsidieverlening aan derden. Erg gewaagd is het niet te menen, dat juist die ministeriële voorwaarden duidelijk maken dat de minister hier iets *opdraagt* en – globaal – aangeeft hoe de stichting dient te handelen. Uit de gebezigde formulering blijkt dit echter niet ondubbelzinnig, omdat de (Vz)AR niet afzonderlijk aangeeft wat de betekenis van de ministeriële subsidievoorwaarden is voor zijn/haar conclusie dat de Stichting NCO een administratief orgaan is.

Conclusies

200. Mijn conclusie is dat voor het aannemen van "openbaar gezag" en derhalve van administratief orgaan (art. 1 Wet Arob) of bestuursorgaan (art. 1 Voorontwerp-AWB) vereist en voldoende is dat de privaatrechtelijke instelling hetzij bij of krachtens algemeen verbindend voorschrift hetzij anderszins met de uitvoering van een overheidstaak belast is. In het laatste geval zal het "belasten" veelal bij contract plaatsvinden.

Wie nog zou tegenwerpen dat, ingeval de overheid een privaatrechtelijke instelling met het verrichten van activiteiten belast, dit niet automatisch betekent dat dit verrichten uitvoering van een *overheids*taak is, geef ik graag gelijk. Het schoonmaken van een overheidsgebouw door een privaatrechtelijke instelling is, hoewel opgedragen door de overheid, niet aan te merken als uitvoering van een overheidstaak, als het uitoefenen van openbaar gezag.

Anders ligt het bij subsidiëring door zo'n privaatrechtelijke instelling. De overheid meent dat subsidiëring dient plaats te vinden. Zij zou het zelf kunnen doen en dan is – anders dan bij het zelf schoonmaken van het eigen overheidsgebouw – ontegenzeggelijk sprake van het uitoefenen van "openbaar gezag". De overheid vindt het evenwel praktisch het beslissen op subsidieaanvragen – en eventueel ook het voeren van het precieze subsidiebeleid – aan een particuliere instelling op te dragen. Wat is dat anders dan het uit handen geven, of zo men wil toekennen, van "openbaar gezag"?

201. Het toekennen of verlenen van openbaar gezag, wat is dat op zijn beurt anders dan de toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheid?

Zo blijkt dat, wanneer een persoon, college of instelling over publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt, deze reeds daarom met enig openbaar gezag bekleed is. Aldus terecht Michiels.[35] Aldus ook de memorie van toelichting bij het Voorontwerp-AWB:

"Het uit artikel 1 van de Wet Arob overgenomen definitie-element "met enig openbaar gezag bekleed" betekent dat het moet gaan om een orgaan met een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten" (blz. 36).

Dit standpunt lijkt mij juist. Waar het voor de Wet Arob en het Voorontwerp-AWB om gaat is of het betreffende orgaan over publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt. De uitoefening daarvan moet aan bestuursrechtelijke regulering (AWB) en de rechtsmacht van de administratieve rechter (Wet Arob) onderworpen worden. Het is praktisch als wij niet steeds behoeven te spreken van "een orgaan met publiekrechtelijke bevoegdheid bekleed" of "een orgaan met openbaar gezag bekleed", maar simpelweg met de aanduiding administratief orgaan of bestuursorgaan kunnen volstaan.

202. De echt belangrijke vraag is derhalve wanneer sprake is van *publiekrechtelijke* bevoegdheid. In veel gevallen is daarvoor, blijkens de jurisprudentie van de AR een grondslag in een algemeen verbindend voorschrift vereist, maar ten aanzien van financiële verstrekkingen is het voldoende dat komt vast te staan dat het om een overheidstaak gaat.[36] Dat is een taak die de overheid aan zich getrokken heeft. Als zij een ander met de uitvoering daarvan belast, is deze "administratief orgaan" in de zin van art. 1 Wet Arob of "bestuursorgaan" in de zin van art. 1 Voorontwerp-AWB.

Subsidiëren *is* een taak van de overheid – althans voor zover die bij algemeen verbindend voorschrift is opgelegd dan wel voor zover het overheidsorgaan die taak op zich genomen heeft. Als de overheid een ander belast met de beslissing op subsidieaanvragen, dan is deze derhalve administratief orgaan resp. bestuursorgaan in de zojuist bedoelde zin.

Wel is deze ander dan slechts bestuursorgaan *voor zover* zij deze overheidstaak uitvoert.

203. Praktische toepassing van het voorgaande leidt tot het volgende. De Kredietregeling midden- en kleinbedrijf 1985 voorziet in beroep op de minister, indien een kredietgever of de Centrale Beoordelingscommissie het gevraagde krediet weigert. Volgens vaste jurisprudentie is de ministeriële beslissing Arobabel. Bijvoorbeeld AR 19 december 1977, AB 1978, 156.

Daaruit kan men weliswaar niet automatisch afleiden dat, indien geen beroep op de minister zou openstaan, de weigering van de kredietgever Arobabel zou zijn.

Maar het voorgaande leidt tot het oordeel dat die weigering inderdaad Arobabel is. De kredietgever is via het ondertekenen van de algemene borgtochtovereenkomst met de Minister van Economische Zaken belast met de uitvoering van de Kredietregeling midden- en kleinbedrijf. Dat is de uitvoering van een overheidstaak in de hiervoor bedoelde zin. Immers het er voor zorg dragen, dat ondernemers juist in het midden- en kleinbedrijf voldoende gemakkelijk aan de benodigde bancaire financiering kunnen komen, is al tientallen jaren een taak waarmee de Minister van Economische Zaken zich belast heeft. Dat is via de uitvaardiging van de achtereenvolgende MKB-kredietregelingen duidelijk tot uitdrukking gebracht, alsmede via een afzonderlijke post op de rijksbegroting.

De kredietgever, op zichzelf een gewone bancaire instelling, is derhalve voor wat betreft de Wet Arob en het Voorontwerp AWB als administratief resp. bestuursorgaan aan te merken, *voor zover* het gaat om de uitvoering van de Kredietregeling midden- en kleinbedrijf.

204. Tenslotte nog één opmerking. Het is terecht en gewenst dat een particuliere instelling onder de Wet Arob en de AWB valt voor zover zij een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Dat geldt uiteraard ook als zij die bevoegdheid zonder grondslag in een algemeen verbindend voorschrift heeft verkregen.

Dat betekent niet dat het aanvaardbaar is dat aldus publiekrechtelijke bevoegdheid kan worden gecreëerd. Zie het preadvies van Hirsch Ballin. Maar als het toch gebeurt, dan dient de uitoefening van die publiekrechtelijke bevoegdheid niet aan de werking van de Wet Arob en de AWB te ontsnappen!

Aanbeveling

205. Dit laatste maakt nog eens duidelijk dat de AWB niet alleen zou moeten regelen in hoeverre een wettelijke grondslag vereist is voor de bevoegdheid tot subsidieverlening. Maar ook, dat de overige AWB-bepalingen die voor subsidies zullen gelden – op grond van de voorgenomen subsidietitel en op grond van de meer algemene delen van de AWB – evenzeer van toepassing zullen moeten zijn op subsidieverlening door privaatrechtelijke instellingen. Ook als hun bevoegdheid tot subsidieverlening niet op een algemeen verbindend voorschrift gebaseerd is. Het is de wetgever die deze duidelijkheid op adequate wijze moet verschaffen. Dat gaat de macht van de rechter te buiten.

Dit geldt ook voor de nu volgende hoofdstukken, waarin gepoogd wordt enige uitwerking te geven aan de formele eisen die aan de inhoud van de subsidiebeslissing moeten worden gesteld (hoofdstuk 7) en aan de juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen na de subsidieverlening (hoofdstuk 8-10).

Noten

1. Zie vooral F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking,* diss. Nijmegen, 's-Gravenhage 1987, blz. 151 e.v.
2. AR 24 juli 1986, AB 1988,4. Soortgelijk VzAR 2 februari 1978, AB 210 en AR 1 december 1977, AB 1978, 229.
3. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, Bestuur en burgerlijke rechter II, *AA* 1988, blz. 116-119. Deze schrijver wijst er op dat dit sedert HR 27 februari 1987, NJ 584 (Kennemer Avondscholengemeenschap) ook geldt voor de formele beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel.
4. In: *Honderd jaar rechtsleven,* Zwolle 1970, vooral blz. 216 e.v.
5. Zie in het bijzonder W. Snijders, regeringscommissaris voor het NBW en vice-president van de Hoge raad: Geschriften VAR XCV, blz. 50-53 en Inleiding op de JUVAT-themamiddag "Bestuursrecht en Nieuw BW" 27 november 1987 aan de Katholieke Universiteit Brabant (verder afgekort tot "Snijders, themamiddag"). Het verslag van deze themamiddag verschijnt ongeveer 1 mei 1988.
6. A.w. (zie noot 1), blz. 151.
7. A.w. (zie noot 1), blz. 71.
8. Asser-Rutten-Hartkamp II (*Verbintenissenrecht,* deel II), blz. 9 e.v., 64 e.v. D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten,* diss. Groningen, Deventer 1982, blz. 12.
9. Ten aanzien van leningen door de overheid: b.v. AR 7 februari 1983, AB 428 m.n. J.A. Borman, AR 30 januari 1984, tB/S V nr. 330 en AR 10 januari 1985, tB/S V nr. 362.
10. Zie b.v. AR 29 augustus 1978, tB/S V nr. 98, VzAR 19 september 1979, tB/S V, nr. 140 en de in de bij die uitspraken behorende aantekeningen vermelde jurisprudentie.
11. Aldus ook W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht,* eerste deel, Alphen aan den Rijn 1954, blz. 390.
12. In dezelfde richting gaan Vegting a.w. (zie noot 11) blz. 390-391 en Snijders, themamiddag (zie noot 5).
13. J.W. van Zundert in: *De Nederlandse Gemeente 1983,* blz. 8.
14. Zie ook HR 26 maart 1982, NJ 615 m.n. WMK. Zie over de cessie van vorderingen uit een administratiefrechtelijke relatie in het bijzonder de daarbij behorende conclusie van A-G Biegman-Hartogh vanaf blz. 2155.
15. Hier pas ik de in artikel 6.5.3.1 NBW opgesloten beginselen toe.
16. Michiels a.w. (zie noot 1) blz. 257 en 261.
17. Het lijkt er op dat art. 6.2.8 Voorontwerp-AWB uitgebreid zou moeten worden tot een onterechte indiening bij de burgerlijke rechter, mits deze indiening tijdig heeft plaatsgevonden.
18. AR 11 november 1987, AB 1988, 99 m.n. B.W.M. de Waard (in meervoudige kamer).
19. Zie nader Michiels a.w. (zie noot 1), blz. 183 e.v., die er echter op wijst dat aan dit leerstuk in wezen nog geen praktische toepassing is gegeven.
20. Zie o.m. de jurisprudentie vermeld in noot 23 , 24 en 26.
21. Zie de jurisprudentie vermeld in noot 27.
22. De bekende uitzondering wordt gevormd door de uitspraken inzake de Beeldende Kunstenaars Regeling: VzAR 11 mei 1978, AB 360, tB/S V p. 267 en AR 17 december 1979, AB 1980, 560. Zou hierbij een rol gespeeld hebben, dat het niet om een simpele geldverstrekking ging maar om een overeenkomst van koop en verkoop? Die figuur ligt qua *vorm* wel erg dicht tegen het privaatrecht aan. Deze uitspraken zijn wellicht achterhaald door de uitspraak inzake de korting op huurtarieven in een wijkgebouw: VzAR 16 maart 1987, tB/S 1987, 39.
    Een uitzondering vormt voorts AR 31 juli 1984, tB/S V nr. 352, (bijdrage jeugdtandverzorging); argument voor de AR was dat de verhouding tussen subsidieverlener en subsidieontvanger in de statuten van de laatste was omschreven.

23. Bijvoorbeeld VzAR 9 maart 1981, tB/S XI, nr. 35 (weigering wijziging gemeentegarantie); AR 7 februari 1983, AB 428 m.n. Borman (weigering renteloze lening ex Wet bezitsvormingsfonds); AR 30 januari 1984, tB/S V nr. 330 (weigering hypothecaire geldlening te verstrekken ex gemeenschappelijke regeling); AR 10 januari 1985, tB/S V, nr. 362 (lening voor een trekkerswagen); AR 4 november 1986, tB/S 1986, 186 (weigering gemeentegarantie).
24. B.v. AR 30 november 1977, AB 1978, 54 (Beschikking garantie olieaankoop glastuinbouw) betreffende weigering ten behoeve van de aanvrager diens bank een garantie te verlenen; AR 2 oktober 1984, AB 1986, 71 m.n. ICvdVlies (Bestuursbesluit regelen borgstelling voor een bijzonder bedrijfskrediet).
25. Hiervan heb ik geen voorbeeld gevonden, maar dit stel ik naar aanleiding van de zaak "Metro-Oost" betreffende bestuurscompensatie: AR 14 mei 1986, AB 568 m.n. Van Wijmen, AA 1987, 409 m.n. Hirsch Ballin.
26. In AR 30 november 1984, AB 1985, 386 werd echter de weigering van een "losse" garantstelling (jegens de bank van de aanvrager) wel als beschikking aangemerkt. Deze uitspraak bevestigde eenzelfde van VzAR 8 mei 1984, geciteerd in voornoemde uitspraak, waarin principiële overwegingen voorkomen.
27. Bijvoorbeeld AR 10 december 1979, AB 1981, 71 (weigering gemeentelijke kredietbank) en AR 3 november 1986, tB/S 1986, 174 (garantie inrichting bejaardenoord Arnhem). In de laatste uitspraak is belangrijk de overweging van de AR dat de gevraagde garantie geen betrekking had op art. 64 Woningwet, terwijl evenmin beoogd was "toepassing te geven aan enig publiekrechtelijk voorschrift" en het bestreden besluit eveneens niet anderszins was gegeven in het kader van een bij wet opgedragen publiekrechtelijke taak.
28. Zie o.m. R.S. Meijer, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, *Praktijkboek Administratief Recht,* XXIX, paragraaf 2 "Afdeling rechtspraak".
29. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht,* Deventer 1983, blz. 64-66; Michiels a.w. (zie noot 1), blz. 154.
30. Verg. J.B.J.M. ten Berge en A.J.G. Reinders, *De subsidie bestuursrechtelijk verankerd. Over rechtszekerheid voor het specifiek welzijn* (Steenbeek-bundel) 's-Gravenhage 1984, blz. 49-50 "Het zal de overheid moeten zijn die de rechtsvorm aanpast aan het rechtskarakter".
31. Ingeval van gereduceerde huurtarieven acht de VzAR zich soms bevoegd: VzAR 16 maart 1987, tB/S 1987, nr. 39. Soms niet: VzAR 23 mei 1985, tB/S V, nr. 371. Zie ook de uitspraken inzake de Beeldende Kunstenaars Regeling in noot 22.
32. Zie voor een inventarisatie L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur,* Deventer 1987, paragraaf 5.4.
33. Zie Damen a.e. (zie noot 32), blz. 196-203.
34. Zie brief van de bewindslieden van het Ministerie van Economische Zaken, TK, vergaderjaar 1986-1987, 19700 hoofdstuk XIII, nr. 15, blz. 4.
35. Michiels a.w. (zie noot 1), blz. 65.
36. Michiels a.w. (zie noot 1), blz. 66.

7 Formele eisen betreffende inhoud en bekendmaking van de beslissing op de aanvraag

7.1 Inleiding

206. Wettelijke voorschriften, beleidsregels en de beginselen van behoorlijk bestuur stellen tal van eisen aan de beslissing op de aanvraag.

Dat kunnen eisen zijn betreffende de voorbereiding van de beslissing op de aanvraag en de bevoegde instantie. Zie hoofdstuk 4 en 5. Voorts inhoudelijke eisen betreffende de inhoud van de beslissing. Zie het preadvies van Hirsch Ballin. Tenslotte meer formele eisen betreffende de inhoud en bekendmaking van de beslissing. Daarover gaat dit hoofdstuk. Deze formele eisen betreffen duidelijkheid omtrent de rechtsgevolgen van de beslissing, haar motivering en de vermelding van de mogelijkheid van bezwaar of beroep. Dit leidt tot de volgende indeling:

- de hoogte van het subsidiebedrag (paragraaf 7.2),
- de inhoud van de subsidievoorwaarden (paragraaf 7.3),
- de inhoud en wijze van bekendmaking (paragraaf 7.4).

207. Het Voorontwerp-AWB stelt ten aanzien van "besluiten" in het algemeen en beschikkingen in het algemeen, wel eisen aan de inhoud en wijze van bekendmaking (paragraaf 3.5 en 4.1.4). Maar niet welke elementen de beslissing dient te bevatten. Het is gewenst dat de voorgenomen subsidietitel hieromtrent wel enige eisen stelt.

Indien de subsidieaanvrager via een positieve beslissing op zijn aanvraag wordt duidelijk gemaakt dat hij aanspraak op subsidie heeft, dient hem ook echt duidelijkheid te worden verschaft. Dit vloeit voort uit het zg. formele rechtszekerheidsbeginsel.[1] Duidelijkheid dient te worden verschaft over:

a. het bedrag waarop de aanvrager kan rekenen;
b. de voorwaarden waaraan hij zich heeft te houden;
c. het bestaan en de inhoud van de eventuele bevoegdheid die de subsidieverlener zichzelf of de uitvoerende instantie voorbehoudt om nadere voorwaarden te stellen;
d. door wie en op welke juridische grondslag de verschillende elementen van de beslissing zijn vastgesteld (zie paragraaf 5.4 en 5.5, hier niet opnieuw te bespreken).

7.2 Subsidiebedrag

208. Het subsidiebedrag moet door de subsidieverlening voor de aanvrager *duidelijk* worden.

Het kan zijn dat het bedrag reeds vaststaat. Het kan ook om een bedrag gaan, waarvan slechts het maximum vaststaat, maar dat overigens gerelateerd is aan de nog te maken subsidiabele kosten. In het laatste geval dient niet alleen over die relatie duidelijkheid te worden verschaft (meestal het subsidiepercentage), maar ook over de vraag welke kosten precies subsidiabel zullen zijn.

Aldus kan de subsidieontvanger steeds, ook in de loop van de subsidieperiode, nagaan waarop hij kan rekenen en zonodig zijn uitgavenpatroon bijsturen. Als de subsidieverlener in dit opzicht "open eindjes laat", leidt dat tot inbreuk op jegens de aanvrager te betrachten rechtszekerheid. Daarbij is uiteraard van belang wat de desbetreffende aanvrager redelijkerwijs kan begrijpen.

Toepassingen van deze opvatting geven AR 27 mei 1986, AB 1987, 317 m.n. L.J.A. Damen en AR 6 augustus 1986, AB 1987, 229 m.n. ICvdV te zien.

In de eerste uitspraak overwoog de AR ten aanzien van een investeringspremie dat ook de bouwrente subsidiabel was. Uit de tekst van de regeling en de daarin gebruikte terminologie ("koopsom"), aldus de AR, "valt niet duidelijk af te leiden of bouwrente al dan niet tot de voor premie in aanmerking komende kosten in de zin van de Regeling dient te worden gerekend". Aan het terzake gevoerde vaste beleid kende de AR derhalve geen waarde toe, nu dat niet op enigerlei wijze publiek was gemaakt. Daarom hadden appellanten niet behoeven te begrijpen dat bouwrente niet tot de premiabele kosten wordt gerekend: "Dit klemt temeer nu tussen pp. op zichzelf niet in geschil is dat bouwrente in economische zin wel tot de bouwkosten wordt gerekend".

Belangrijk was voorts dat appellanten in een vroegtijdig stadium een begroting hadden ingediend, waarin de post bouwrente was opgevoerd. Het argument van verweerder dat zijn brief dienaangaande slechts een globaal oordeel bevatte, achtte de Afdeling weinig overtuigend. Nu verweerder de bouwrente niet wilde premiëren, had "een tijdig voorbehoud te dien aanzien niet mogen ontbreken".

In haar uitspraak van 6 augustus 1986 gaf de AR te kennen, dat het op zichzelf geenszins onredelijk of onjuist is om de "definitieve subsidie" op een lager bedrag vast te stellen dan "de voorlopig toegekende subsidie". Echter "Een dergelijk uitgangspunt moet, indien dit niet expliciet is vermeld in de van toepassing zijnde Verordening, wel in het kader van de subsidieverlening duidelijk zijn gemaakt aan de subsidie-ontvangende partij".

209. Onduidelijkheid ten aanzien van de subsidiabele kosten en het subsidiebedrag maakt niet alleen inbreuk op de jegens de aanvrager te betrachten rechtszekerheid, maar kan ook anderszins schadelijk zijn voor het algemeen belang. Een blanco cheque – ook een cheque die een beetje blanco is – kan te gemakkelijk leiden tot een opwaartse subsidiespiraal. En dan denk ik niet alleen aan de vatbaarheid voor verhogingen die buiten de open-

baarheid plaatsvinden, maar ook aan verhogingen die onder druk van de samenleving of politiek tot stand komen. Dat kan leiden tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling en tot onbeheersbare overheidsuitgaven.

7.3 Voorwaarden en voorbehouden

210. Duidelijkheid dient ook te worden verschaft over de voorwaarden waaraan de aanvrager moet voldoen om inderdaad de beschikkingsmacht te verkrijgen over de gelden die hem bij de subsidieverlening in het vooruitzicht worden gesteld. Daarbij gaat het primair om de omschrijving van de *subsidiabele activiteiten* en vervolgens om de *bijkomende voorwaarden* (zie het preadvies van Hirsch Ballin).

De subsidieontvanger behoeft geen rekening te houden met bij de subsidieverlener levende opvattingen, die niet jegens de subsidieontvanger zijn geëxpliciteerd: VzAR 30 januari 1986, tB/S 1986, 20. Hetzelfde geldt bij beschikkingen in het algemeen, ten aanzien van aan de beschikking ten grondslag liggende overwegingen. Datgene wat met een beschikking wordt beoogd dient duidelijk in de vergunningvoorschriften te worden vastgelegd: Vz Afd. geschillen 19 februari 1987, AB 246 m.n. FO.

De voorwaarden dienen zo helder te worden geformuleerd, dat de desbetreffende aanvrager redelijkerwijze kan weten welke handelingen van hem verwacht worden. Dit geldt zowel voor wat betreft de subsidiabele activiteiten als voor wat betreft rapportageverplichtingen en het dulden van overheidstoezicht.

211. De subsidieverlener dient ieder misverstand te voorkomen. Daartoe zal in het algemeen vereist zijn dat de subsidiabel gestelde activiteiten uitdrukkelijk in de beslissing tot subsidieverlening zelf omschreven worden.

In standaardgevallen kan dat uiteraard met behulp van een standaardomschrijving. Denkbaar is ook hiervoor te verwijzen naar de in de aanvraag vermelde aktiviteiten. Maar dan kan er al gauw misverstand over ontstaan welke elementen van de omschrijving in de aanvraag voor de subsidieverlener essentieel zijn.

Zie AR 18 maart 1986, AB 1987, 40 m.n. ICvdV. Bij de toekenning van een scenario hadden GS van Noord-Holland geen voorwaarde met betrekking tot de opleveringstermijn gesteld. De AR achtte bepalend of daardoor bij appellant het vertrouwen was gewekt, dat de vervaardiging van het scenario aan geen enkele tijdslimiet was gebonden. "De Afd. is van oordeel dat het appellant duidelijk moet zijn geweest dat de subsidie is verleend op basis van de door appellant in zijn aanvrage (. . .) genoemde termijn van ongeveer drie maanden, te rekenen vanaf het moment waarop de subsidie wordt toegekend. Op grond hiervan kon appellant er naar het oordeel van de Afd. niet op vertrouwen dat aan het besluit van verweerders (. . .) geen enkele termijn verbonden was".

De door de AR geformuleerde regel is weliswaar principieel niet onjuist. Zij past ook bij het wederkerige karakter dat in sommige subsidieverhoudingen – zoals ook de onderhavige – vrij sterk is.

Dat neemt niet weg dat de subsidieverlener een – vermijdbaar – risico neemt als hij de voor hem essentiële punten niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig in zijn beslissing tot subsidieverlening vermeldt. Een risico dat, voor zover het niet tot nadeel van de aanvrager leidt, schadelijke gevolgen voor het door de subsidieverlener nagestreefde algemeen belang kan hebben. Immers gebrekkig geformuleerde voorwaarden belemmeren de handhavingsmogelijkheden.

Zowel de rechtszekerheid van de aanvrager als de doeltreffendheid van het overheidsoptreden eisen dat de subsidieverlener zijn voorwaarden helder formuleert. Uiteraard kan hij daartoe verwijzen naar in de subsidieregeling vermelde standaardvoorwaarden mits deze zelf aan de vereisten van helderheid voldoen.

212. Het voorgaande brengt met zich mee, dat het in beginsel niet aanvaardbaar is de subsidie "bij wijze van voorschot" te verlenen. Tenminste als de subsidieverlener daarmee bedoelt zich volledig de vrijheid voor te behouden om uitgekeerde gelden terug te vorderen. Dat is in strijd met de jegens aanvrager te betrachten rechtszekerheid.

Natuurlijk belet dit niet om subsidie in de vorm van een lening te verlenen. Maar dan moet evenzeer duidelijk uit de beslissing tot subsidieverlening blijken wat het voorgeschreven aflossingsschema is en onder welke omstandigheden vervroegde opeising kan plaatsvinden c.q. toestemming tot vertraagde aflossing kan worden gegeven.

Het is dan ook verwarrend voor de betrokkenen en daarom ongewenst om in zo'n geval in plaats van de termen krediet of lening de term voorschot te gebruiken.

Evenmin is het aanvaardbaar als de subsidieverlener beoogt zich via de aanduiding "voorlopige toekenning" of "voorlopige vaststelling" de volledige vrijheid voor te behouden om op de subsidieverlening terug te komen.[2] Terecht zal dit ook zelden de bedoeling van de regelgever zijn. Bijvoorbeeld AR 24 mei 1982, AB 583: m.n. v.d.V. betreffende een geval waarin de subsidieverlener de term "voorlopig" veel ruimer interpreteerde:

"De term 'voorlopig' houdt blijkens hetgeen overigens in deze Beschikking is vermeld, slechts verband met de nog nader te beoordelen vraag of de voorzieningen met het oog waarop de subsidie is toegekend, inderdaad zijn getroffen".

Dat zal in het algemeen – terecht – de beperkte bedoeling van de term "voorlopig" zijn.[3]

213. Op het moment dat subsidie verleend wordt dient de subsidieverlener duidelijk te zijn waartoe hij bereid is en wat hij daartoe van de aanvra-

ger verlangt. Derhalve dient, gelet op het voorgaande, duidelijk te zijn:
- of betrokkene aanspraak op subsidie heeft;
- op welk bedrag hij aanspraak heeft;
- welke voorwaarden aan de subsidieverlening dienen te worden verbonden.

Dat brengt wel met zich mee, dat de subsidieverlener een zorgvuldig en uitputtend onderzoek doet. Dit kan, gelet op de nood van de aanvrager of het belang dat de subsidiabele activiteiten beginnen of voortgang vinden, onaanvaardbaar lang duren. In zo'n geval kan het aanvaardbaar zijn om een overbruggingsfinanciering te verlenen. Bijvoorbeeld artikel 22 Regeling herstelfinanciering 1984.

Deze zal wel als voorschot kunnen worden verleend en derhalve verrekenbaar zijn met de ingevolge de beslissing op de subsidieaanvraag verleende subsidie. Of het aanvaardbaar is dat een dergelijk voorschot bij afwijzing van de subsidieaanvraag geheel terugbetaald moet worden, valt in zijn algemeenheid moeilijk aan te geven. Evident is in ieder geval dat een dergelijke terugbetalingsverplichting onomstotelijk in de beslissing tot voorschotverlening zal moeten worden neergelegd.

214. Uit het voorgaande vloeit de eis voort, dat de gestelde voorwaarden in beginsel limitatief zijn. Het stellen van nadere voorwaarden is een wijziging van de beslissing tot subsidieverlening en is daarom alleen geoorloofd indien er voldoende zwaarwegende gronden voor wijziging zijn (zie hoofdstuk 10). Ik meen dat dit ook het geval is, indien de subsidieregeling of de beslissing tot subsidieverlening uitdrukkelijk de mogelijkheid van het stellen van nadere voorwaarden voorbehoudt.

Het ligt anders indien de nadere voorwaarde slechts een verplichting vastlegt, die betrokkene op het moment van de subsidieverlening al duidelijk moest zijn. Zie AR 18 maart 1986, vermeld in nr. 211 en de in nr. 211 vermelde bezwaren van een dergelijke handelwijze.

215. Verzet de regel dat de gestelde voorwaarden limitatief zijn, zich tegen de bepaling in de beslissing tot subsidieverlening dat bij een na de subsidieverlening te sluiten uitvoeringsovereenkomst of eenzijdige uitvoeringshandelingen nadere voorwaarden zullen worden gesteld of zullen kunnen worden gesteld? Op de aanvaardbaarheid hiervan en de daarbij in acht te nemen gedragslijn is in hoofdstuk 5 uitgebreid ingegaan. Daarbij stond net als in dit hoofdstuk centraal hoe in de bestuurspraktijk een praktische werkwijze kan worden gevolgd die recht doet aan de in acht te nemen rechtszekerheid jegens de aanvrager en aan de door het algemeen belang vereiste doeltreffendheid van de subsidieverlening.

7.4 Inhoud en wijze van bekendmaking

216. Er is overvloedige, hier niet te vermelden, rechtspraak voorhanden omtrent de eisen die gelden voor het vermelden van de motivering bij of na de bekendmaking van een beschikking en voor de inhoud van die motivering. In paragraaf 4.1.4 van het Voorontwerp-AWB zijn die regels in geharmoniseerde vorm en gecomprimeerd samengevat.

De motivering behoeft niet altijd te worden verstrekt. Niet bijvoorbeeld als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat (art. 4.1.4, eerste lid Voorontwerp-AWB). Dat zal het geval zijn als de aanvraag wordt ingewilligd en de aan de beslissing verbonden voorwaarden niet zodanig bijzonder zijn dat zij toelichting behoeven en evenmin derden door de beslissing worden getroffen in een belang dat zich juist verzet tegen inwilliging van de aanvraag. Ook de laatste wordt, indien de motivering niet wordt verstrekt, ingevolge art. 4.1.4, tweede lid, desgevraagd alsnog de motivering verstrekt.

Als de motivering wel vermeld wordt, moet zij uiteraard deugdelijk zijn (art. 4.1.4.1 Voorontwerp): kloppen voor wat betreft de feiten en juridische argumenten en een volledige redenering bevatten die de beslissing kan dragen. Via deze algemene motiveringseisen wordt de motivering aldus mede getoetst aan de specifiek toepasselijke algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

217. De regeling in hoofdlijnen die paragraaf 4.1.4 van het Voorontwerp-AWB voor beschikkingen in het algemeen bevat, lijkt ook voor de beschikking op subsidieaanvragen passend.

Op beslissingen op subsidieaanvragen die geen beschikking in de zin van het Voorontwerp zijn, is de paragraaf echter niet van toepassing. Er lijkt weliswaar geen reden om bij de toepassing van de AWB sommige beslissingen op subsidieaanvragen – vanwege hun inbedding in een overeenkomst, hun privaatrechtelijk karakter of omdat zij niet van een bestuursorgaan afkomstig zijn – geen beschikking te achten (zie hoofdstuk 6). Maar daarover kan verschillend gedacht worden.

Het is moeilijk te aanvaarden dat de in paragraaf 4.1.4 gestelde eisen dan niet van toepassing zouden zijn. Daarvoor is het materieel verschil met subsidieverlening of -weigering in beschikkingsvorm te gering. Een dergelijke beperking lijkt ook in strijd te zijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de rechtstreekse toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid (zie nr. 165), ook al belet deze jurisprudentie niet bij voorbaat enige nuancering aan te brengen al naar gelang van de precieze aard van de verhouding. Men moet ook aannemen dat de burgerlijke rechter geneigd zal zijn op de beslissing op een subsidieaanvraag, in een geval waarin deze geen beschikking zou worden geacht, paragraaf 4.1.4 naar analogie toe te passen.

217a. Het zou daarom, ter wille van de overzichtelijkheid van het recht, nuttig kunnen zijn een schakelbepaling in de toekomstige subsidietitel van de AWB op te nemen. Deze zou dan moeten inhouden dat paragraaf 4.1.4 van overeenkomstige toepassing is indien de beslissing op de aanvraag om subsidie geen beschikking in de zin van artikel 1.3 van het Voorontwerp is. Gelet op de conclusies van hoofdstuk 6 over het beschikkingskarakter van subsidiebesluiten, is een dergelijke schakelbepaling niet nodig. Maar zolang die conclusies mogelijk nog niet algemeen aanvaard worden, zou een schakelbepaling praktisch toch van betekenis kunnen zijn.

Het lijkt, gezien de gedifferentieerde toepassing in concrete gevallen die paragraaf 4.1.4 mogelijk maakt, niet nodig ten aanzien van deze beslissingen een clausulering als "voor zover de aard van de beslissing zich daartegen niet verzet" toe te voegen.

218. Het behoeft nauwelijks betoog dat het gewenst is bij de bekendmaking van de beslissing op de subsidieaanvraag te vermelden voor wie, binnen welke termijn en bij welke instantie bezwaar kan worden gemaakt of beroep kan worden ingesteld. Bij invoering van het Voorontwerp-AWB is hiervoor, gelet op de conclusies in hoofdstuk 6 over het beschikkingskarakter van subsidiebeslissingen, geen afzonderlijke wettelijke voorziening vereist. Immers artikel 3.5.5 bevat die verplichting reeds ten aanzien van publiekrechtelijke rechtshandelingen – uitgezonderd algemeen verbindende voorschriften (artikel 3.1.1). Maar omdat de conclusie van hoofdstuk 6 mogelijk nog niet algemeen aanvaard worden, kan het ook ten aanzien van dit punt nuttig zijn voor alle zekerheid een schakelbepaling op te nemen, die inhoudt dat artikel 3.5.5 van overeenkomstige toepassing is op subsidiebeslissingen die geen beschikking zijn.

Juist bij subsidiëring is de vermelding van de bezwaar- of beroepsmogelijkheid belangrijk, omdat op dit terrein aan de betrokkenen vaak niet altijd zo duidelijk kan zijn welke beslissing voor bezwaar of beroep vatbaar is. Dit is ook een moeilijkheid voor het bestuur. Dit kan dus wel eens foutieve informatie verstrekken. Doch, de burger die daarop te goeder trouw afgaat, zal wel in zijn bezwaar of beroep ontvangen worden. Zie de neerslag van de jurisprudentie in art. 6.2.8 Voorontwerp-AWB.

En het bestuur kan voor foute informatie omtrent bezwaar- en beroepsmogelijkheden behoed worden, indien regelgevers meer duidelijkheid betrachten ten aanzien van de juridische betekenis van de diverse beslissingen terzake van subsidieaanvragen.

219. Omtrent de *wijze* van bekendmaking van de beslissing op de aanvraag aan de subsidieaanvrager en andere belanghebbenden bevatten de artikelen 3.5.2 en 3.5.4 van het Voorontwerp-AWB een regeling die wederom alleen betrekking heeft op publiekrechtelijke rechtshandelingen – uitgezonderd algemeen verbindende voorschriften. De in nr. 218 gesuggereerde schakelbepaling zou eveneens op deze artikelen uit het Voorontwerp betrekking moeten hebben.

220. Een belangrijke, maar lastige zaak is nog wel in hoeverre en *aan wie* buiten de aanvrager de – positieve of negatieve – beslissing op de subsidieaanvraag moet worden meegedeeld. Artikel 3.5.4 van het Voorontwerp-AWB bepaalt dat de beslissing ook moet worden meegedeeld aan degenen die bij de voorbereiding van de beslissing hun zienswijze naar voren hebben gebracht. Blijkens de toelichting lijkt dit beperkt te zijn tot degenen die door de beslissing rechtstreeks in hun belang getroffen zijn (blz. 83).

Behoorlijk bestuur vereist een dergelijke mededeling, wordt in deze toelichting opgemerkt. Dat is op zichzelf juist. Dat geldt zeker ook jegens hen die door een positieve beslissing direct benadeeld worden. Bijvoorbeeld AR 17 oktober 1985, AB 1986, 305 m.n. I.C. van der Vlies inzake subsidiëring van de aankoop van een binnenvaartschip. Daar staat tegenover dat de aanvrager onder omstandigheden zeer benadeeld kan worden door een dergelijke mededeling, met name als deze aan een directe concurrent plaatsvindt.

Dit leidt tot een lastig afwegingsprobleem. Damen[4] heeft uitgebreid verslag gedaan van de discussie hierover tussen de Minister van Economische Zaken en de Tweede Kamer. Daarbij maakt hij terecht onderscheid tussen het belang van een adequate parlementaire controle (blz. 357-366) – waarop ik nu niet nader inga, hoe belangrijk deze ook is – en het zojuist vermelde belang van derden-belanghebbenden (blz. 369-374). Hij concludeert: "De gebrekkige openbaarheid van individuele beslissingen blijkt in een aantal gevallen onvermijdelijk. De nadelen van grotere openbaarheid zijn dan te groot. In de praktijk blijkt echter in veel gevallen openbaarheid wel mogelijk" (blz. 374). Die conclusie deel ik.

Uit de jurisprudentie leidt Damen (t.a.p.) af dat derden-belanghebbenden via de Wet openbaarheid van bestuur geen bekendmaking van de subsidiebeslissing kunnen afdwingen. Dat de Afdeling rechtspraak nimmer aanleiding zal vinden bij de belangenafweging die artikel 4, onder i vereist, het belang van de derde bij kennisneming de doorslag te laten geven, staat echter nog niet vast.

Dit alles laat wel zien dat er aanleiding is bij de regeling van subsidiebeslissingen een beperking op de uit artikel 3.5.4 Voorontwerp-AWB voortvloeiende mededelingsplicht aan te brengen. Wat een adequate beperking zal zijn, zal nog wel enige hoofdbrekens kosten.

7.5 Conclusie en aanbeveling

221. Uit het voorgaande blijkt dat het Voorontwerp-AWB in hoofdzaak reeds adequate eisen bevat voor de inhoud en wijze van bekendmaking van subsidiebeslissingen. Ten aanzien van de wijze van bekendmaking moet evenwel een beperking overwogen worden, terwijl ten aanzien van het geheel een schakelbepaling moet worden overwogen betreffende subsidiebeslissingen die geen beschikking zijn.

Ten aanzien van de formele inhoud van de subsidiebeslissing zelf – subsidiebedrag, voorwaarden en voorbehouden en de auteur daarvan – ontbreken in het Voorontwerp-AWB de vereiste bepalingen geheel. De AWB zal daarin dienen te voorzien.

Noten

1. Zie b.v. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht,* 5e druk, Den Haag 1984, blz. 85 (Rechtszekerheid I).
2. Aldus ook, over het sociaal verzekeringsrecht: CRvB 16 december 1952, AB 1953, 473 en CRvB 5 januari 1954, AB 245. Zie J. de Boer, Terugvordering door de overheid van onverschuldigde betaling, *R.M. Themis,* 1981, blz. 265.
3. Zie ook AR 3 april 1980, AB 514 m.n. Van der Vlies.
4. L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur,* Deventer 1987.

8 De periode tussen subsidieverlening en subsidievaststelling

8.1 Inleiding

222. Door de subsidieverlening ontstaat een rechtsbetrekking, waarbij de subsidieontvanger de ene partij is en de andere partij een instantie die ik kortheidshalve aanduid als *uitvoeringsinstantie*. Dat kan de subsidieverlener zelf zijn of een andere daartoe bij regeling of bij de beslissing tot subsidieverlening aangewezen instantie, b.v. B en W, GS of een bank.

Het zal overigens vaak voorkomen dat zowel de subsidieverlener als een andere instantie wederpartij van de subsidieontvanger zijn. Bijvoorbeeld als de uitbetaling en het kredietbeheer aan een ander dan de subsidieverlener is opgedragen en de subsidievaststelling en/of subsidiebeëindiging aan de subsidieverlener zijn voorbehouden. De werkelijkheid is rijk aan variaties. Daartegen behoeft geen overwegend bezwaar te bestaan, mits maar uit de regeling of de beslissing tot subsidieverlening duidelijk blijkt wie aan overheidszijde daartoe bevoegd is.

223. In de periode tussen subsidieverlening en subsidievaststelling kunnen nog tal van rechtsmomenten plaatsvinden, waarvan hieronder er enige vermeld worden.

In dit hoofdstuk wordt uitgegaan van de "normale" situatie, waarin zowel in subsidieverlening "vooraf" als in subsidievaststelling "achteraf" is voorzien. Zie paragraaf 9.4 voor gevallen waarin deze tweedeling niet is aangebracht.

8.2 Diversiteit van handelingen in de tussenperiode

Nadere voorwaarden of wijziging

224. Zoals in hoofdstuk 5 bleek, komt het veel voor dat de beslissing tot subsidieverlening bepaalt dat daaraan tevens de voorwaarden verbonden zijn die bij nadere overeenkomst of nadere beslissing van de uitvoeringsinstantie gesteld worden. Bedoeld is dan primair het direct na de subsidieverlening stellen van nadere voorwaarden, als het ware het voltooien van de subsidieverlening. Binnen welke grenzen het stellen van dergelijke voor-

waarden direct na de subsidieverlening aanvaardbaar is en welke gang van zaken dan ter wille van de jegens de aanvrager te betrachten rechtszekerheid vereist is, is in hoofdstuk 5 besproken.

225. Maar ook op een later moment in de periode tussen subsidieverlening en subsidievaststelling zijn er mogelijkheden nadere voorwaarden te stellen. Daarbij valt tussen tenminste drie categorieën onderscheid te maken.

In de eerste plaats de gevallen waarin wegens wijziging van omstandigheden of wegens het niet voldoen aan subsidievoorwaarden wijziging of beëindiging van de subsidieverhouding mogelijk is. Zie hoofdstuk 10.

In de tweede plaats in de in nr. 226 bedoelde gevallen uit hoofde of in het kader van toezichthoudende bevoegdheden.

In de derde plaats in andere gevallen. Aanvaardbaar lijkt dit alleen indien dit ter uitwerking of aanvulling van de sturende voorwaarden noodzakelijk is en die uitwerking ten tijde van de subsidieverlening nog niet mogelijk was, omdat op dat moment redelijkerwijze nog geen volledig inzicht kon worden verkregen in de ontwikkeling van de omstandigheden van de subsidieaanvrager. Voorts is het evident dat de bevoegdheid tot het op deze grond stellen van nadere voorwaarden in de subsidieregeling of bij de subsidieverlening uitdrukkelijk moet zijn voorbehouden. Bij dat voorbehoud dient dan niet volstaan te worden met een onbegrensde bevoegdheid. Dan zou nodeloos inbreuk worden gemaakt op de jegens de aanvrager te betrachten rechtszekerheid. Tenminste dient omschreven te worden voor welk doel deze voorwaarden gesteld kunnen worden.

Overwogen zou moeten worden hieromtrent in de AWB algemene regels te stellen.

Toezicht

226. Veelal is gedurende de subsidieperiode in een intensieve betrokkenheid tussen subsidieontvanger en uitvoeringsinstantie voorzien. Diverse subsidieregelingen en beslissingen tot subsidieverlening bevatten talrijke bepalingen, ingevolge welke voor allerlei handelingen van de subsidieontvanger voorafgaande toestemming van de uitvoeringsinstantie vereist is, bijvoorbeeld het bezwaren of vervreemden van onroerend goed of het aanstellen van personeel. Bepaalde besluiten van de subsidieontvanger vereisen goedkeuring van de uitvoeringsinstantie, zoals het vaststellen van de begroting of het wijzigen van de statuten. In andere gevallen is voorzien in de mogelijkheid van ontheffing van bepaalde aan de subsidieverlening verbonden voorwaarden.

Er zijn diverse technieken om ook gedurende de subsidieperiode een directe greep op activiteiten van de subsidieontvanger te houden. Het oogmerk daarvan kan zijn het sturen van de subsidiabele activiteiten of het voorkomen dat de subsidieontvanger onzorgvuldig met bestaande of potentiële vermogensbestanddelen omgaat.

Dergelijke toezichthoudende bevoegdheden behoeven een deugdelijke grondslag in de subsidieregeling of in de beslissing tot subsidieverlening. Daarnaast zullen de in het algemeen ten aanzien van subsidievoorwaarden geldende regels in acht genomen moeten worden, waarvoor ik verwijs naar het preadvies van Hirsch Ballin. Een negatieve beslissing – het weigeren van toestemming, goedkeuring of ontheffing – zal immers veelal hetzelfde effect hebben als het opleggen van een subsidievoorwaarde. Dat is wel heel duidelijk als de gevraagde toestemming wel wordt gegeven, maar onder voorwaarden.

Dezelfde overwegingen die ten grondslag liggen aan de opvatting dat de overheid terughoudend moet zijn met regelgeving, pleiten voor terughoudendheid met toezicht in de periode tussen subsidieverlening en subsidievaststelling: o.m. het beperken van de lasten bij bestuurde en bestuur en van de belasting van de rechter. Steeds zal moeten worden nagegaan of niet *volstaan* kan worden met het verbinden van voorwaarden aan de subsidieverlening en met controle pas bij de subsidievaststelling of de voorwaarden volledig in acht genomen zijn. Aldus kan het aantal beslissingsmomenten beperkt gehouden worden.

Ook het kiezen voor budgetsubsidiëring – genormeerde subsidiebedragen los van de werkelijke uitgaven en inkomsten – kan ertoe leiden dat er minder noodzaak tot intensief toezicht bestaat.

Voorschotten

227. De overheid is tot uitbetaling gehouden zodra vaststaat wat het subsidiebedrag is. Veelal wordt voor of kort na het begin van de subsidiabele activiteiten subsidie verleend onder het voorbehoud van subsidievaststelling na afloop van de subsidiabele activiteiten of subsidieperiode. Alleen reeds de doeltreffendheid van het beleid zal in het algemeen eisen, dat de overheid eerder geld ter beschikking stelt. Ingeval van een splitsing tussen subsidieverlening en subsidievaststelling is daarom meestal – in de subsidieregeling of het besluit tot subsidieverlening – in het verlenen en uitkeren van voorschotten voorzien.

Als de voorschotverlening gerelateerd is aan de gemaakte subsidiabele kosten, zal de subsidieontvanger daar zelf om moeten verzoeken onder overlegging van de vooraf geëiste gegevens. Hiertoe kunnen behoren bewijsstukken inzake de gemaakte kosten en eventueel een tussentijdse rapportage over de voortgang van de subsidiabele activiteiten.

Ter beperking van de uitvoeringslasten is veelal bepaald dat een verzoek om een voorschot eerst – en zovele malen – kan worden ingediend als de subsidieaanvrager tenminste 25% van de subsidiabele kosten of een veelvoud daarvan heeft gemaakt. Om het risico van de overheid te beperken, is soms bepaald dat de bevoorschotting tot maximaal 80% van de gemaakte kosten plaatsvindt. Dit teneinde de subsidieontvanger te stimuleren om tijdig een verzoek om subsidievaststelling in te dienen.

8.3 Rechtskarakter van deze handelingen

228. De vraag kan rijzen wat het rechtskarakter is van deze beslissingen. Is dit wel een rechtshandeling? Is zij wel publiekrechtelijk?

Door de verlening van een voorschot verschaft de uitvoeringsinstantie de subsidieontvanger een recht op uitbetaling van het voorschot. Men moet ook aannemen dat, als de uitvoeringsinstantie vervolgens weigert het verleende voorschot uit te betalen, zij daartoe via de rechter gedwongen kan worden.[1]

Aan het recht op uitbetaling zit een belangrijk voorbehoud. Het uitbetaalde bedrag wordt volledig verrekend met het bij de subsidievaststelling te betalen bedrag. Bij eerdere intrekking van de subsidieverlening – b.v. wegens bedrog van de zijde van de subsidieontvanger – is het eveneens opeisbaar. De subsidieontvanger heeft dus geen recht het geld voor onbeperkte tijd te behouden. In het algemeen zal de duur van dit recht beperkt zijn tot het tijdstip van subsidievaststelling.

Dat neemt niet weg dat door het verlenen van het voorschot een afdwingbare aanspraak ontstaat. Een aanspraak die voor de subsidieontvanger ook niet zonder betekenis is. Niet voor niets stelt de uitvoeringsinstantie een voorschot ter beschikking. Dit is essentieel om de subsidieontvanger tot het verrichten van de subsidiabele activiteiten te stimuleren. Niet zelden zelfs zijn voorschotten onmisbaar voor de subsidieontvanger om te blijven bestaan.

Voorts zal, in die gevallen waarin de subsidieverlening zelf voldoet aan de overige vereisten van het beschikkingsbegrip – publiekrechtelijk en afkomstig van een bestuursorgaan – moeten worden aangenomen dat ook de voorschotverlening aan die eisen voldoet. Immers waarom zou het daarbij dan niet gaan om de uitvoering van een overheidstaak en bekostigd met overheidsmiddelen? Dat de *uitbetaling* door de AR beschouwd pleegt te worden als een privaatrechtelijke rechtshandeling, is nog geen reden de bereidverklaring daartoe eveneens als een privaatrechtelijke rechtshandeling te beschouwen.[2] Ook de subsidieverlening immers is een bereidverklaring tot het verschaffen van beschikkingsmacht over geld. De voorschotverlening concretiseert het tijdstip waarop voorlopige beschikkingsmacht over een deel van de verleende subsidie wordt verschaft. Daarop volgt vervolgens de uitbetaling.

Het is daarom duidelijk dat de voorschotverlening of – weigering in die gevallen waarin de subsidieverlening een beschikking is, eveneens een beschikking is.

229. Gelet hierop lijkt de – overigens spaarzame – rechtspraak van de Afdeling rechtspraak merkwaardig. Eerst had de VzAR op 16 oktober 1981, AB 1982, 137 overwogen: "Het besluit om verzoekster voorschotten te onthouden achten wij voorshands een beschikking in de zin van de Wet

Arob''. Hij beval ook bij wijze van voorlopige voorziening de bevoorschotting van verzoekster voort te zetten.

Vervolgens overwoog de Afdeling rechtspraak twee maal: ''dat de voorschotverlening (. . .) in generlei opzicht een definitief karakter draagt, doch een onderdeel is van de procedure welke leidt tot de definitieve, en daarmee op rechtsgevolg gerichte, subsidievaststelling''. AR 12 augustus 1983, tB/S V, 312 en AR 20 december 1984, AB 1985, 274 m.n. I.C. van der Vlies. In de tussentijd werd een weigering een voorschot te verlenen wederom – impliciet – als een beschikking aangemerkt: VzAR 30 december 1983, vermeld in de noot bij tB/S V, nr.333. Even impliciet werd als beschikking aangemerkt het besluit voor 1984 niet te bevoorschotten op basis van de voor 1983 verleende subsidie, maar op basis van de rijksbijdrage voor 1984: VzAR 14 februari 1984, tB/S V, nr. 333 m.n. tB.

230. In de literatuur zijn pogingen gedaan deze verwarrende jurisprudentie te ontrafelen en te verklaren.

Van der Vlies houdt in haar bovenvermelde noot voor mogelijk, dat de AR de verlening van een voorschot geen beschikking acht, maar de weigering wel omdat deze laatste veelal wel definitieve aspecten in zich zal dragen. Als alternatieve verklaring van de benadering van de Afdeling rechtspraak oppert zij, dat de Afdeling rechtspraak mogelijk bij elke bevoorschotting onderzoekt of deze een enigszins definitief karakter heeft.

Michiels[3] rangschikt de voorschotbesluiten onder de zg. voorbereidingshandelingen. ''Het verlenen van een voorschot is slechts een stap op de weg naar subsidieverlening, doch vestigt zelf geen aanspraak''. Bij die uitspraken, waarin de voorschotbeslissing wel een beschikking werd geacht, ging het zijns inziens om gevallen waarin de voorschotverlening los van de subsidieverlening stond of waarin de voorschotweigering eigenlijk intrekking van de subsidieverlening was.

Ten Berge tenslotte, in zijn hierboven vermelde noot, veronderstelt dat voorschotverlening wel op rechtsgevolg is gericht ''wanneer het verlenen van een voorschot door wet- of regelgever als zodanig is voorzien''. Afdoende is die verklaring reeds daarom niet omdat in de uitspraak van 12 augustus 1983, waarin de voorschotverlening werd geacht niet op rechtsgevolg te zijn gericht, toch een dergelijke algemene regel terzake van voorschotverlening bestond en door verweerder was toegepast. Voorts is niet duidelijk waarom terzake van subsidieverlening het bestaan van een regeling niet nodig is om aan te nemen dat de beslissing op rechtsgevolg gericht is, maar terzake van voorschotverlening wel.

Hieruit blijkt wel tot wat voor worsteling de jurisprudentie van de Afdeling aanleiding geeft. Ik zal daaraan maar summier deelnemen, omdat in dit preadvies niet de rechtsbescherming de invalshoek is, maar het materiële recht.

231. Wat heeft de Afdeling bewogen? Waarschijnlijk de wens een poten-

tiële stroom beroepen te voorkomen. Zij zal hebben gedacht dat een voorschotbeslissing niets omtrent het recht op subsidie zegt, maar slechts een interim-maatregel is die niets afdoet aan beslissingen omtrent subsidieverlening of subsidievaststelling. Wellicht leidde zij daaruit af dat het belang om tegen voorschotbeslissing te kunnen opkomen kleiner is dan het belang om te kunnen opkomen tegen de beslissing tot subsidieverlening of -weigering en de subsidievaststelling.

Deze gedachtengang – die ik de rechter in de schoenen schuif – neemt niet weg, dat voorschotverlening wel degelijk op rechtsgevolg is gericht en dat subsidieaanvragers niet minder afhankelijk zijn van voorschotverlening dan van subsidieverlening of subsidievaststelling. Blijkt dat niet ook duidelijk uit de bereidheid van de VzAR om de overheid bij wijze van *voorlopige* voorziening te gelasten subsidiëring voort te zetten en daartoe een bij zijn uitspraak aangegeven bedrag uit te keren?[4]

232. De expliciete redenering van de rechter dat voorschotverlening niet op rechtsgevolg is gericht, omdat zij in generlei opzicht een definitief karakter draagt, is evenmin overtuigend. Heeft een lening – met een korte of lange looptijd – wel een definitief karakter? En komt een voorschot op een nog definitief vast te stellen subsidie niet materieel op hetzelfde als een lening neer? In beide gevallen ontstaat een tijdelijk rechtsgevolg – een aanspraak op uitbetaling – onderworpen aan de verplichting tot terugbetaling. Voorts kan deze aanspraak niet op elk willekeurig moment weer ongedaan gemaakt worden.

Het lijkt niet erg aannemelijk dat van een rechtsgevolg in art. 2 Wet Arob slechts sprake is als dit in enigerlei opzicht een definitief rechtsgevolg is. En wat is een echt definitief rechtsgevolg?

Gewrongen is ook de constructie dat voorschotverlening een onderdeel is van de procedure die op subsidievaststelling is gericht. Geldt dat niet ook voor de subsidieverlening?

Dit neemt niet weg, dat het gewenst kan zijn om overbelasting van de rechter te voorkomen. Zonder ingrijpen van de wetgever[5] – welk ingrijpen ik overigens niet bepleit – is de rechter daartoe in dit geval slechts in staat door wel erg creatieve redeneringen. Redeneringen die daardoor zelfs voor deskundigen verwarrend zijn en weer nopen tot nuanceringen: specifieke gevallen waarin een voorschotbeslissing om welke reden dan ook weer wel een beschikking moet worden geacht.

233. Terug naar het materiële recht. De voorschotverlening is een – m.i. publiekrechtelijke – rechtshandeling[6] en is daarom, net als de weigering van een voorschot, een besluit in de zin van art. 1.3 Voorontwerp-AWB. Derhalve zullen in de toekomst met name uit de hoofdstukken 3 en 4 van het Voorontwerp voor uitvoeringsinstantie en aanvrager verplichtingen voortvloeien inzake de indiening, behandeling en beslissing op een verzoek om een voorschot. En dat lijkt gezien de in het geding zijnde belangen ook terecht.

234. Wat voor rechtskarakter hebben nu andere handelingen in de fase tussen subsidieverlening en subsidievaststelling? Ook deze vraag zou ik los van de adequate regeling van de rechtsbescherming willen bezien.

Bijvoorbeeld het onthouden van de vereiste toestemming om goederen te vervreemden of bezwaren, die mede met behulp van de subsidie (in het verleden) zijn aangeschaft. Is die beslissing wel op rechtsgevolg gericht?

Zij houdt de weigering in de desbetreffende subsidievoorwaarde voor een bepaald geval terzijde te stellen. Dus de weigering een verplichting van de subsidieontvanger terzijde te stellen, of – zo men wil – de weigering zijn aanspraak op subsidie gedeeltelijk van een voorwaarde te ontdoen.

Is er reden om aan te nemen dat deze weigering geen zelfstandige juridische betekenis heeft – zie de jurisprudentie van de AR inzake voorschotten –, maar slechts onderdeel is van de procedure die leidt tot de subsidievaststelling? Ik meen van niet.

235. Dat neemt niet weg, dat ook ik bezorgd ben over de lasten die dergelijke tussentijdse beschikkingsmomenten voor uitvoeringsinstantie, rechter en subsidieontvanger met zich kunnen meebrengen. Dit zowel in de bestuurlijke fase als in de rechtsbeschermingsfase. Maar dat is niet het gevolg van het hier ingenomen standpunt over het rechtskarakter van dergelijke tussentijdse beslissingen. Maar het gevolg van de keuze van de regelgever of de subsidieverlener om dergelijke tussentijdse toetsingsmomenten in te lassen. Er is alle reden hierin grote terughoudendheid te betrachten[7] en het vereiste toezicht slechts *als onderdeel van* het beslissen op de aanvraag om subsidieverlening of subsidievaststelling uit te oefenen.

8.4 Conclusies en aanbeveling

236. In de periode tussen subsidieverlening en subsidievaststelling zijn veelal diverse momenten tot het nemen van beslissingen door de uitvoeringsinstantie voorzien. Deze moeten net als de beslissing tot subsidieverlening in het algemeen als beschikking in de zin van artikel 1.3 Voorontwerp-AWB worden beschouwd. Bij het opstellen van de voorgenomen subsidietitel in de AWB zal daarmee rekening moeten worden gehouden.

Daarnaast is het van groot belang dat regelgevers en subsidieverleners grote terughoudendheid betrachten bij het inlassen van deze tussentijdse beslissingsmomenten.

Noten

1. Bijvoorbeeld VzAR 5 oktober 1987, KG 507 (bevel om van oktober-december 1987 *f* 100.000 per maand extra voorschot aan een stichting voor bejaardenoorden uit te betalen).

2. Zie nader J. de Boer, Terugvordering door de overheid van onverschuldigde betalingen, *R.M.Themis* 1981, blz. 263 e.v.
3. F.C.M.A.Michiels, *De Arob-beschikking,* Den Haag 1987, blz. 102.
4. Bijvoorbeeld VzAR 11 november 1980, tB/S V, nr. 205 (subsidiëring opbouwwerker); VzAR 16 oktober 1981, AB 1982, 137; VzAR 5 oktober 1987, KG 507.
5. De gedachte kan opkomen dat art. 6.1.4 Voorontwerp-AWB hierin reeds voorziet. Maar aannemelijk lijkt dat niet gezien de zinsnede: "tenzij deze (voorbereidings)beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft."
6. Zie noot 2.
7. Dit ligt ook besloten in de door de ministerraad vastgestelde Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving (Stcrt. 1984, 232). Zie ook de redes bij de installatie van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, waarover J.H. van Kreveld, Commissie en regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten: een nieuwe impuls?, *Bestuurswetenschappen 1987,* blz. 520 - 521.

9 Subsidievaststelling

9.1 Inleiding

237. Zoals in paragraaf 1.2 bleek, komen er wat betreft de verhouding tussen subsidieverlening en subsidievaststelling in de praktijk drie mogelijkheden voor:

- subsidieverlening vooraf, gevolgd door subsidievaststelling achteraf (A),
- subsidieverlening vooraf is tevens subsidievaststelling (B),
- subsidieverlening achteraf; deze pleegt tevens subsidievaststelling te zijn (C).

Met vooraf resp. achteraf bedoel ik voor of bij het begin resp. na afloop van de subsidiabele activiteiten.

Dit hoofdstuk handelt in beginsel alleen over type A. Bij de uitwerking van de subsidievaststelling bij de beide andere typen dient acht te worden geslagen op de bevindingen van dit hoofdstuk en van de hoofdstukken 3-7.

238. Bij de subsidievaststelling achteraf (type A) doen zich voor een groot deel dezelfde vragen voor als de vragen die in hoofdstuk 4-7 ten aanzien van de "subsidieverlening vooraf" de revue gepasseerd zijn.

Bij de beantwoording van die vragen zal men in het algemeen dezelfde benadering moeten volgen en globaal dezelfde regels moeten hanteren c.q. ontwikkelen als in de hoofdstukken 4-7 heeft plaatsgevonden.

Ten eerste de wijze van indiening en behandeling van de – meestal vereiste – aanvraag om subsidievaststelling. (Vergelijk hoofdstuk 4.) De aanvraag zal binnen een bij de subsidieregeling of subsidieverlening te bepalen termijn moeten worden ingediend.

Ten tweede de vraag wie bevoegd is op de aanvraag te beslissen. Vergelijk de in hoofdstuk 5 behandelde problemen. De subsidievaststelling zal vaak aan de uitvoeringsinstantie zijn opgedragen. Zo zien we op gemeentelijk niveau dat de gemeenteraad de bevoegdheid tot subsidievaststelling soms aan B en W heeft overgedragen,[1] maar ook wel zelf heeft behouden.[2] Wederom – terecht – let de Afdeling rechtspraak er nauwgezet op welke instantie bevoegd is.

Ten derde zal het gestelde in hoofdstuk 6 in het algemeen zonder meer

van toepassing zijn op het rechtskarakter van de beslissing tot subsidievaststelling.

Tenslotte zullen de eisen vermeld in hoofdstuk 7 op overeenkomstige wijze bij de beslissing tot subsidievaststelling in acht genomen moeten worden. De inhoud van het besluit zal deels minder behoeven te bevatten – in het algemeen niet meer dan een omschrijving van de subsidiabele activiteiten – deels meer: er zal nu wel volstrekte duidelijkheid over de precieze hoogte van het subsidiebedrag moeten worden gegeven.

Ter besparing van tijd en ruimte ga ik hier niet verder op in, maar beperk ik me tot enkele meer specifieke aspecten van "subsidievaststelling achteraf".

9.2 Wat vast te stellen?

239. Wat vastgesteld dient te worden, blijkt uit de beslissing tot subsidieverlening of de subsidieregeling.

In de eerste plaats zal bij de meeste subsidies vastgesteld dienen te worden of de *subsidiabele activiteiten* zijn verricht op de wijze als omschreven in de beslissing tot subsidieverlening of de subsidieregeling. Indien dat niet het geval is, zal het subsidiebedrag reeds om die reden lager vastgesteld kunnen (en vanuit het beleidsdoel en het gelijkheidsbeginsel veelal dienen te) worden dan uit de beslissing tot subsidieverlening voortvloeit.

Daarbij moet de subsidievaststeller uiteraard, voor zover de toepasselijke wettelijke voorschriften daarvoor de ruimte geven, enerzijds de redelijkheid jegens de subsidieontvanger in acht nemen en anderzijds het doel van de subsidieverlening in het oog mogen en moeten houden. Een geringe afwijking van de overeengekomen prestatie zal niet tot een lagere subsidievaststelling mogen leiden of tot een bescheiden verlaging. Dat vloeit uit het evenredigheidsbeginsel voort. Vergelijk ten aanzien van een verwante situatie VzAR 16 oktober 1981, AB 1982, 137: misplaatst is het "om bij een geschil over de naleving van subsidievoorwaarde ook als het gaat om zeer geringe financiele belangen, aanstonds het zeer ingrijpende middel te baat te nemen om in het geheel geen financiële middelen meer ter beschikking te stellen".

En voor het geval het gaat om een subsidieverhouding, die iemand als een privaatrechtelijke verhouding zou willen kwalificeren, alsmede voor degene die inspiratie zoekt in het privaatrecht, zij verwezen naar de artikelen 6.5.3.1, 6.5.4.2, 6.5.4.4 en 6.5.4.6 NBW. De aard van de overeenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid dienen in acht genomen te worden. Een tekortkoming van de wederpartij geeft de bevoegdheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

Het evenredigheidsbeginsel brengt ook met zich mee dat wat geringe te-

kortkomingen zijn, mede bepaald wordt door het doel van de subsidieverlening. Zie de formulering van het evenredigheidsbeginsel in art. 3.2.3, tweede lid, Voorontwerp-AWB.

240. In de tweede plaats zal bij de subsidievaststelling onderzocht en vastgesteld worden welke van de bij de subsidieverlening *subsidiabel gestelde kosten* inderdaad zijn gemaakt. Bij zowel exploitatiesubsidies als projectsubsidies is weliswaar vooraf een begroting opgesteld, maar kunnen de in beginsel subsidiabele kosten lager of hoger uitvallen.

Een hieruit resulterende hogere vaststelling zal in het algemeen wel uitgesloten zijn door de bewoordingen van de beslissing tot subsidieverlening. Dat dient bij laatstgenoemde beslissing wel ondubbelzinnig te zijn gebeurd. Immers blijkens de rechtspraak behoeft de subsidieontvanger niet zonder meer van de vermoedelijke bedoeling van de subsidieverlener uit te gaan (zie nrs. 207-211).

Voor een lagere vaststelling vanwege lager uitgevallen kosten geldt zeker, dat dit in het algemeen redelijk kan zijn. Maar de rechtszekerheid vereist dat de bevoegdheid daartoe "in het kader van de subsidieverlening" duidelijk moet zijn voorbehouden: AR 6 augustus 1986, AB 1987, 229 m.n. ICvdV.

241. Uit de in nr. 239 en 240 bedoelde vaststelling van de subsidiabele kosten vloeit, gelet op de in de beslissing tot subsidieverlening vervatte criteria voort, wat de uiteindelijke hoogte van het *subsidiebedrag* is.

9.3 Beoordelingsruimte bij subsidievaststelling

242. Evident is dat de subsidievaststeller over niet meer beslissingsvrijheid beschikt dan hem bij de beslissing tot subsidieverlening of de subsidieregeling is gegeven.

Opnieuw toetsen of de activiteiten die bij de subsidieverlening reeds subsidiabel gesteld zijn, inderdaad voor subsidiëring *in aanmerking komen*, is uit den boze.

A fortiori zullen *geen andere normen* gehanteerd mogen worden dan bij de subsidieverlening heeft plaatsgevonden. Aldus AR 14 augustus 1987.[3]

Een afwijking van deze regel zal alleen aanvaardbaar zijn, als zij – op goede gronden – uitdrukkelijk in de beslissing tot subsidieverlening of de subsidieregeling is voorbehouden.

Aanvaardbaar lijkt een afwijking ook voor zover de subsidieontvanger haar duidelijk had kunnen verwachten. Het ligt voor de hand hier de regels toe te passen betreffende intrekking of wijziging van de beslissing tot subsidieverlening (zie hoofdstuk 10). Want daar zal de afwijking op neer komen.

243. Als de subsidieontvanger wel de subsidiabel gestelde activiteiten zelf op de overeengekomen of voorgeschreven wijze verricht, maar zich niet houdt aan de bijkomende voorwaarden, waartoe is de subsidievaststeller dan bevoegd (en gehouden)?

Ik denk bijvoorbeeld aan de verplichting een inzichtelijke administratie bij te houden, regelmatig tussentijds te rapporteren, de vereiste brand- en W.A.-verzekeringen af te sluiten, geen activa te vervreemden zonder toestemming van de uitvoeringsinstantie, enz.

Is er dan wel enige reden de subsidie op een lager bedrag, eventueel nihil, vast te stellen? En hoeveel lager dan? Het is moeilijk aan te geven tot welke verlaging bijvoorbeeld het niet naleven van de verzekeringsplicht aanleiding zou mogen geven.

Heeft dit alles eigenlijk wel iets met de vaststelling van de subsidie te maken? Het gaat hier wellicht niet zozeer om onvoldoende presteren, hetgeen tot een lagere betaling kan leiden. Maar eerder om het niet naleven van een verplichting, wat wellicht eerder tot intrekking of wijziging van de beslissing tot subsidieverlening moet leiden, waarbij zich weer hetzelfde probleem van de juiste omvang van de sanctie voordoet. En deze wijziging van de subsidieverlening zal uiteraard weer tot een beperking bij de subsidievaststelling leiden.

Daarom lijkt deze sanctionering via wijziging van de beslissing tot subsidieverlening toch wel een gekunstelde en nodeloze omweg. Ook bij het niet verrichten van de subsidiabele activiteiten zou het denkbaar zijn de subsidieverlening in te trekken. Maar ook dan is de in vele regelingen gebruikelijke constructie van vaststelling op nihil juridisch even aanvaardbaar en eenvoudiger.

Daarom lijkt het al met al niet onjuist bij het niet naleven van de bijkomende voorwaarden de subsidie op een lager bedrag vast te stellen, waarbij gezocht zal moeten worden naar evenredigheid tussen overtreding en verlaging (vergelijk nr. 239).

244. Het voorgaande geeft nog wel aanleiding erop te wijzen, dat in gevallen waarin de subsidiabele activiteiten in het geheel niet of verkeerd worden uitgevoerd of waarin andere verplichtingen worden verwaarloosd, de reactie daarop van de overheid uiteraard niet behoeft uit te blijven tot het – eventuele – moment van subsidievaststelling.

Ook eerder zal de uitvoeringsinstantie actie kunnen ondernemen: intrekking van de beslissing tot subsidieverlening (hoofdstuk 10). Of opschorting van de uitbetaling: veel regelingen voorzien in toetsing indien een verzoek om een voorschot wordt ingediend. Maar ook als niet uitdrukkelijk in die mogelijkheid is voorzien, lijkt het redelijk dat de overheid de uitvoering van haar verplichting kan opschorten. Dat brengt het beginsel mee, dat ten grondslag ligt aan art. 6.5.4.2 NBW (exceptio non adimpleti contractus), in welk artikel het evenredigheidsbeginsel de mogelijkheid hiertoe op de juiste wijze beperkt. Er lijkt daarom alle reden dit artikel analoog van toepassing te achten op publiekrechtelijke subsidieverhoudingen.

245. Veel regelingen voorzien in de mogelijkheid, zelfs wel in de verplichting, om op het verzoek om subsidievaststelling afwijzend te beslissen, indien de *aanvrager zodanig onjuiste of onvolledige informatie heeft verschaft* dat op het verzoek om subsidieverlening of om een voorschot een andere beslissing zou zijn genomen indien de juiste gegevens bekend waren geweest. Bijvoorbeeld artikel 13, vijfde lid, Investeringspremieregeling regionale projecten 1986.

Is dit bedoeld als administratieve sanctie wegens bedrog? De formulering omvat meer situaties: ook het zonder opzet verschaffen van onjuiste informatie waardoor de overheid gedwaald heeft. In het laatste geval lijkt er niet zozeer reden voor een administratieve sanctie, maar eerder voor herstel van een foutieve beslissing op de aanvraag om subsidie, die veelal in strijd met wettelijke of beleidsregeling is (zie paragraaf 10.2).

In zo'n geval, zeker als de subsidieverlening in strijd is met een wettelijk voorschrift, zou deze beslissing moeten kunnen worden teruggedraaid, voor zover het vertrouwensbeginsel zich daartegen niet verzet. Het terugdraaien teneinde een fout te herstellen, mag dan uiteraard – als niet beoogd wordt tevens een sanctie op te leggen – niet verder gaan dan een verlaging tot het bedrag aan subsidie, dat de subsidieverlener verleend zou hebben indien hem de juiste gegevens bekend waren geweest. In deze beide nuanceringen voorzien de desbetreffende artikelen in subsidieregelingen lang niet altijd. Voor zover beoogd wordt tevens een sanctie op te leggen wegens bedrog – bij afwezigheid van een geschreven bepaling in het bestuursrecht zou men art. 3.2.10 NBW analoog of via de schakelbepaling van art. 3.2.21 NBW toepasselijk kunnen achten –, moet het mogelijk zijn de beslissing tot subsidieverlening volledig in te trekken.

246. Dit is allemaal stof voor hoofdstuk 10. Maar in de praktijk van bestuur en regelgeving wordt nu eenmaal voorzien in de mogelijkheid of zelfs verplichting om bij *vaststelling* van de subsidie in de in nr. 245 bedoelde gevallen het subsidiebedrag op nihil te bepalen. Deze nihilstelling zal overigens veelal te ver gaan.

Maar daar nog van afgezien, rijst wederom de vraag of het wel passend is in deze gevallen van dwaling of bedrog bij de subsidieverlening of voorschotverlening te volstaan met een lagere subsidievaststelling. Is het niet meer geëigend eerst de beslissing tot subsidieverlening of voorschotverlening in te trekken of te wijzigen? Met uiteraard als gevolg een lagere subsidie*vaststelling*.

Wederom lijkt mij die omweg niet nodig. Ook daarom lijkt dat niet nodig, omdat de subsidievaststelling een afronding van de subsidieverlening is.

247. Over de hier beschreven situatie waarin de subsidieverlener gedwaald heeft omtrent de vraag of de subsidieontvanger voldeed aan de –

in de Subsidieregeling geluidsisolatie landbouwtrekkers 1977 gestelde – eisen handelt AR 8 mei 1980, tB/S III, nr. 189.

Bij de beslissing op het verzoek om vaststelling ontdekte de Minister van Sociale Zaken zijn vergissing en besliste hij alsnog afwijzend op de *aanvraag* onder *intrekking* van de eerder gedane subsidietoezegging. Wel zuiver, maar helder? Uit de uitspraak blijkt niet of de minister ook nog uitdrukkelijk afwijzend op het ingediende verzoek om subsidievaststelling besliste, of dat verzoek liet voor wat het was.

Zou deze minister, als hij ontdekt had dat er wel terecht subsidie was verleend maar per abuis tot een te hoog bedrag bij de beslissing op een later verzoek om subsidievaststelling ook eerst de beslissing tot subsidieverlening hebben moeten *wijzigen* en pas daarna tot subsidievaststelling hebben kunnen overgaan? Dat zou zuiver zijn. maar nodeloos gecompliceerd.

9.4 Toetsing indien niet in subsidievaststelling is voorzien

248. Subidievaststelling is nodig als ten tijde van de subsidieverlening het subsidiebedrag nog niet vaststaat, in het algemeen omdat het dan gerelateerd is aan nog te maken subsidiabele kosten.

Indien het subsidiebedrag bij de subsidieverlening wel vaststaat, lijkt het juridisch niet nodig nog in subsidievaststelling te voorzien. Bestuurlijk kan hiertoe wel reden zijn, teneinde te controleren en vast te stellen of de subsidiabele activiteit wel – op de vereiste wijze – is verricht. Toch wordt een dergelijk toetsingsmoment niet altijd uitdrukkelijk voorzien.

Bestuurlijk is dat lang niet altijd verantwoord. Uit een oogpunt van rechtszekerheid evenmin, omdat dan een zwaard van Damocles boven het hoofd van de subsidieontvanger blijft hangen: intrekking indien later blijkt dat uiteindelijk niet aan de voorwaarden is voldaan.

Bijvoorbeeld ten aanzien van subsidietoekenningen op grond van de Beschikking geldelijke steun eigen woningen 1975 en de Beschikking geldelijke steun verbetering particuliere woningen 1979/II: AR 1 februari 1982, tB/S III, nr. 327 resp. AR 22 april 1983, AB 401 m.n. CLR.[4] In het eerste geval achtte de Afdeling rechtspraak het beroep ongegrond omdat de subsidieontvanger duidelijk kon zijn dat hij niet aan de subsidievoorwaarden voldeed. In het tweede geval – waarin de subsidieontvanger afweek van het ingediende bouwplan – besliste de Afdeling het tegendeel. Dit leidde tot vernietiging van de intrekkingsbeschikking wegens strijd met de rechtszekerheid.

Van een dergelijk zwaard van Damocles is geen sprake als de betreffende subsidieontvanger eenvoudig kan constateren of hij aan de voorwaarden die aan de subsidieverlening zijn verbonden, voldoet. Ligt dat niet zo eenvoudig, dan is het gewenst dat in de subsidieregeling of bij de subsidieverlening uitdrukkelijk subsidievaststelling na afloop wordt voorbehouden.

9.5 Rechtsgevolgen van de subsidievaststelling

249. Door de subsidievaststelling komt vast te staan op welk subsidiebedrag de subsidieontvanger precies recht heeft.

Dat betekent ten eerste dat die aanspraak niet zonder zwaarwegende redenen gewijzigd of ingetrokken kan worden. (Zie hoofdstuk 10.)

In de tweede plaats hebben partijen over en weer recht op uitbetaling. De subsidieontvanger op uitbetaling van het subsidiebedrag onder aftrek van uitgekeerde voorschotten. De overheid heeft recht op terugbetaling van hetgeen zij teveel uitbetaald heeft.

Soms stelt de overheid haar uitbetaling nog afhankelijk van een nadere toetsingsbeslissing. Bijvoorbeeld AR 19 februari 1980, AB 583, tB/S V, nr. 165, waarin een deel van de uitbetaling eerst zou plaatsvinden nadat de subsidieontvanger de aanwijzingen van de hoofddirecteur van Rijkswaterstaat omtrent het schilderen van het hekwerk van een molen had opgevolgd. Een extra beschikking die in casu ook voor Arob-beroep vatbaar was (geweest).

Zie ten aanzien van het in tranches uitbetalen van een verleend krediet artikel 19, derde lid Regeling herstelfinanciering 1984 (Stcrt. 60).

250. Veelal zal door de uit- of terugbetaling de rechtsbetrekking tussen overheid en subsidieontvanger beeindigd worden, afgezien van de zojuist bedoelde beperkte mogelijkheden de subsidievaststelling achteraf nog weer in te trekken of te wijzigen.

Het komt echter ook veel voor dat deze rechtsbetrekking nog korte of lange tijd doorloopt. Dat is al heel duidelijk bij kredietverlening. Indien deze ten behoeve van een bepaald project plaatsvindt, zal na afloop van het project het uiteindelijke kredietbedrag vastgesteld worden. Daarna zal nog een jarenlange rechtsbetrekking tussen kredietverlener en kredietnemer blijven bestaan totdat het krediet is afgelost met betaling van de verschuldigde rente c.q. totdat het – restant van het – krediet is kwijtgescholden. Zie b.v. de artikelen 12 en 20 e.v. Regeling technische ontwikkelingskredieten 1987 (Stcrt. 1986, 241).

Daarnaast komt het voor dat voor de verlening of door de aanvaarding van de subsidie de subsidieontvanger verplichtingen op zich heeft genomen, die ook nog doorlopen nadat de hiervoor bedoelde betalingen door overheid of subsidieontvanger volledig zijn verricht. Dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 22 van de Algemene subsidieverordening van de gemeente Rheden. Dit bepaalt dat een investeringssubsidie of -garantie niet verleend wordt dan nadat de instelling zich verplicht heeft gedurende 25 jaar niet zonder toestemming van B en W de accommodatie te zullen verkopen, verhuren of van bestemming te veranderen. Niet nakoming van deze verplichting zal kunnen leiden tot intrekking van de eerdere subsidievaststelling en terugvordering van het uitbetaalde bedrag. Wellicht ook kan de nakoming van deze verplichting rechtstreeks worden afgedwongen (zie paragraaf 10.4.2).

9.6 Conclusies en aanbeveling

251. Bij de verhouding tussen subsidieverlening en subsidievaststelling vallen drie typen te onderscheiden. Bij het normale model – subsidieverlening vooraf en subsidievaststelling achteraf – dient de beoordelingsruimte bij subsidievaststelling gering te zijn. Dat stelt eisen aan de duidelijkheid van de beslissing tot subsidieverlening. Overwogen moet worden in de Algemene wet bestuursrecht regels over deze beoordelingsruimte op te nemen, zowel wat betreft de omvang als de bij de vaststelling te hanteren toetsingspunten.

Wat betreft de procedure van de subsidievaststelling ware zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bevindingen van hoofdstuk 4 van dit preadvies.

De subsidievaststelling dient geen voorbehouden te bevatten inhoudende nadere eisen of strekkende tot een nadere toetsing.

Noten

1. Bijvoorbeeld art. 11 Model-algemene subsidieverordening specifiek welzijn van de VNG en AR 11 september 1987, R.03.86.0302/11 Weekoverzicht RvS/R. 3.454.87 (Capelle aan den IJssel).
2. Bijvoorbeeld AR 14 augustus 1987, R 03.85.85.0690, Weekoverzicht RvS/R. 3. 431/87 (Geleen).
3. Zie noot 2.
4. Zie ook AR 15 maart 1984, vermeld bij tB/S XI op blz. 469 nr. 3.

10 Wijziging en beëindiging van de subsidieverhouding

10.1 Inleiding

252. Het laatste, maar zeker niet het minst belangrijke of eenvoudigste onderwerp van dit preadvies. De wijziging en beëindiging – een vorm van wijziging – van de subsidieverhouding, die door subsidieverlening in het leven is geroepen.

Het is een onderwerp dat de laatste jaren de samenleving, rechtspraak en literatuur hevig heeft bezig gehouden.

Diverse gronden voor beëindiging

253. Daarbij heeft in het bijzonder een type van subsidiewijziging of – subsidiebeëindiging veel aandacht getrokken: de vermindering of beëindiging van subsidie wegens verandering van inzicht bij de overheid. In de meeste gevallen lijkt dat te zijn veroorzaakt door de forse bezuinigingen op de overheidsuitgaven.

Dergelijke bezuinigingen hebben vaak tot ingrijpende gevolgen voor de subsidieontvanger, zijn werknemers en cliënten geleid, zij het dat de Afdeling rechtspraak en haar Voorzitter – die velen hebben weten te vinden – via zorgvuldigheidseisen tenminste de remweg voor de overheid hebben verlengd. Zie nader paragraaf 10.5 "Wijziging of beëindiging wegens niet voorziene omstandigheden".

254. Veel minder aandacht hebben andere typen van subsidiewijziging of -beëindiging getrokken.

In de eerste plaats de wijziging of intrekking van foutief geachte beslissingen. Veel subsidieregelingen voorzien in de bevoegdheid een beslissing die op onjuiste of onvolledige informatie van de zijde van de aanvrager is gebaseerd, in te trekken. Zie nader paragraaf 10.2.

In de tweede plaats de wijziging of beëindiging van de subsidieverhouding wegens niet-nakoming door de subsidieontvanger van de aan de subsidieverlening verbonden voorwaarden. Ook deze gevallen zijn veel minder in het nieuws geweest dan de wijziging van subsidieverhoudingen wegens beleidswijzigingen. Wat de aandacht getrokken heeft, mede in verband met de parlementaire enquête naar de woningbouwsubsidies, is het actieplan

van de staatssecretaris van het ministerie van VROM om alsnog tal van zaken aan controle te onderwerpen en bij gebleken niet-nakoming door de subsidieontvanger tot terugvordering over te gaan (Stcrt. 3 september 1987). Zie nader paragraaf 10.4.

255. Niet in het minst belangrijk is de beëindiging van de subsidieverhouding doordat overheid en subsidieontvanger over en weer nakomen. De overheid betaalt onder voorwaarden, die de subsidieontvanger vervolgens nakomt. Of de subsidieontvanger handelt overeenkomstig de aan de subsidieverlening verbonden of in de subsidieregeling vervatte voorwaarden en de overheid betaalt vervolgens. Zie nader paragraaf 10.3.

256. Aldus valt onderscheid te maken tussen vier gevallen waarin wijziging of beëindiging van de subsidieverhouding plaatsvindt. Zie onder:
10.2 wegens gebreken bij de totstandkoming van de subsidieverhouding,
10.3 door nakoming,
10.4 wegens niet-nakoming,
10.5 wegens veranderde omstandigheden.

257. Daarnaast bestaan er nog andere vormen van beëindiging, waarop hier niet verder ingegaan wordt. Bijvoorbeeld beëindiging met onderling goedvinden, of het verval van rechtswege waarin artikel 50 Wet op de studiefinanciering voorziet.

Wijzigingen ten nadele of voordele van de subsidieontvanger

258. Er bestaat in de literatuur de neiging vooral te letten op de nadelen die de overheid aan subsidieaanvragers en – ontvangers kan toebrengen. Dan immers is de rechtszekerheid – van de individuele burger – in het geding. Uiteraard heeft ook de rechtspraak vooral op dat soort gevallen betrekking, omdat zij die tegen begunstiging door de overheid bezwaar hebben niet spoedig een bezwaar- of beroepsprocedure zullen starten of daarin zullen worden ontvangen.[1]

Begunstigingen van subsidieaanvragers of -ontvangers zullen ook niet spoedig de aandacht trekken van anderen dan accountants en toezichthouders als de Algemene Rekenkamer. De RSV-enquête heeft ons geleerd, dat bij de overheid de neiging kan bestaan subsidieregelingen nogal extensief ten gunste van de aanvrager te interpreteren (P.J. Slot c.s., NJB 1985, 278). Wie in de praktijk werkzaam is, weet dat die neiging ook bij minder majeure operaties kan bestaan, zowel bij het aangaan van de subsidieverhouding als gedurende het bestaan daarvan. Men kan niet uitsluiten dat ook het in maart 1988 te verschijnen rapport van de parlementaire enquêtecommissie inzake woningbouwsubsidies daarvan voorbeelden te zien zal geven.

259. In de vier gevallen waarin de subsidieverhouding wordt gewijzigd of beëindigd (zie nr. 256), behoeft die wijziging of beëindiging geenszins in het nadeel van de subsidieontvanger te zijn.

Herstel van een foutieve beslissing tot verlening kan in zijn voordeel zijn (zie par. 10.2.2). Nakoming door de overheid uiteraard ook (zie par. 10.3). Ook een wijziging van de subsidieverhouding wegens veranderde omstandigheden kan er heel wel juist op gericht zijn de subsidieontvanger ter wille te zijn: een verlichting van de voorwaarden of een verhoging van het subsidiebedrag (zie paragraaf 10.5.2).

Tenslotte rijst nog de vraag of bij niet-nakoming door de overheid resp. de subsidieontvanger de subsidieverhouding alleen beëindigd kan worden dan wel dat de wederpartij ook de nakoming kan afdwingen (zie nader par. 10.4).

Alhoewel juridisch gezien de meest pregnante problemen zich lijken voor te doen indien de overheid ten nadele van de subsidieontvanger de subsidieverhouding wijzigt of beëindigt, is het ook van belang tenminste enige aandacht aan de keerzijde van de medaille te besteden: de wijziging of beëindiging ten voordele van de subsidieontvanger.

260. Aldus worden in de vier paragrafen 10.2-10.5 *acht oriëntatiepunten* aangestipt. Uitermate belangrijk is natuurlijk onder welke omstandigheden die vormen van wijziging of beëindiging geoorloofd zijn.

Niet minder belangrijk is het effect van die wijziging of beëindiging. Werkt zij terug tot en met het moment van subsidieverlening of het moment van subsidievaststelling? Of werkt zij alleen voor de toekomst, direct vanaf het moment van wijziging of vanaf een later moment? Met andere woorden: werkt zij volledig ex tunc, ex nunc of vanaf een later moment in de toekomst? Deze kwestie komt in de afzonderlijke paragrafen 10.2-10.5 mede aan de orde.

Verdere complicaties

261. Een complicatie daarbij – op zijn minst begripsmatig – is dat, ingeval van een duurzame subsidie, de verlening vaak niet voor onbepaalde tijd plaatsvindt, maar *van jaar tot jaar.*

In zo'n geval zal een afwijzing van het verzoek om verlenging veelal materieel precies dezelfde betekenis hebben als tussentijdse beëindiging na x jaar van een voor onbepaalde tijd verleende subsidie. De rechtspraak lijkt ook niet duidelijk verschil te maken tussen beide situaties. Overeenkomstig het spraakgebruik en de beleving van niet-juristen lijkt de rechter in beide gevallen van beëindiging te spreken.

Het lijkt inderdaad praktisch in het spraakgebruik die gelijkstelling te volgen, mits men in concreto maar steeds tevens nagaat welke de formeeljuridische constructie is.

262. Bijzondere complicaties kunnen zich voordoen bij de *driehoeksverhouding* ingeval van *overheidsgarantie op financieringen* die derden aan de aanvrager verleend hebben. Wat is de betekenis van de beëindiging van de verhouding (1) tussen de overheid en de ontvanger van de financiering voor de verhouding (2) tussen de overheid en de financieringsinstelling? Hoe vrij is de financieringsinstelling om de financieringsverhouding (3) met de aanvrager te wijzigen of beëindigen? Wat is de onderlinge relatie tussen deze drie rechtsbetrekkingen?

Ik beperk mij tot een enkele opmerking in dit nummer en nr. 263. Wederom speelt hierbij een rol welk van de drie in paragraaf 5.5 behandelde modellen D I, D II of D III in de subsidieregeling of door de subsidieverlener wordt gehanteerd.

Van model DI geeft, als ik het goed zie, de gemeentegarantie voor hypothecaire leningen ten behoeve van de koop van een eigen woning een voorbeeld, evenals de Regeling herstelfinanciering 1984. Het gaat om het model waarbij aan de subsidieaanvrager garantie wordt verleend, waarna de overheid ter uitvoering daarvan met de bank een borgtochtovereenkomst sluit. Als de overheid, bijvoorbeeld omdat de subsidieontvanger de voorwaarden van de garantieverlening niet nakomt, de garantieverhouding (a) met de subsidieontvanger wil beëindigen, heeft dat in beginsel geen gevolgen voor de rechtsband (b) tussen de overheid en de bank: AR 16 november 1984, tB/S III, nr. 572, AB 1985, 384 m.n. P.J.J. van Buuren en Rb Haarlem 2 september 1986, AB 1987, 276 m.n. PvB. Dat ligt slechts anders indien de borgtochtovereenkomst tussen overheid en bank daar zelf in zou voorzien.

Uit AR 20 oktober 1986, AB 1987, 277 m.n. PvB blijkt dat de intrekking van de gemeentegarantie jegens de subsidieontvanger ingevolge de kredietovereenkomst met de bank wel kan leiden tot beëindiging van deze kredietovereenkomst (c).

263. Bij model D II en D III (zie paragraaf 5.5) wordt de subsidieontvanger door de bank een overheids-gegarandeerd krediet verleend. Men zou menen dat de mogelijkheid tot beëindiging daarvan zowel door publiekrecht als door privaatrecht wordt beheerst. Gegevens uit regelingen daarover zijn mij niet bekend. De Kredietbeschikking midden- en kleinbedrijf 1976 voorzag in de mogelijkheid van beroep op de minister tegen opzegging door de bank. De Kredietregeling midden- en kleinbedrijf 1985 doet dat niet meer, omdat "het krediet primair tot de verantwoordelijkheid van de bank behoort, kan de minister de kredietgever (. . .) niet noodzaken de opeising ongedaan te maken", aldus de toelichting bij die regeling. Niet kunnen? Dat is een kwestie van afspreken. Maar de vraag is of de aard van deze krediet-relatie zodanig is dat de opzegging een Arobabele beschikking zou zijn. Ik acht dat, gelet op de bevindingen van hoofdstuk 6, op zijn minst verdedigbaar.

Artikel 23 van de Regeling Bijzondere Financiering 1971 bepaalt uitdrukkelijk dat de Staat de garantie – te weten de borgtochtovereenkomst

tussen Staat en NIB – nimmer kan opzeggen, tenzij het gaat om niet-naleving van voorwaarden die de Staat ingevolge artikel 6 afzonderlijk met de kredietnemer is overeengekomen (zie nr. 152). In dat geval "zal de bank het krediet eveneens opzeggen" – wat een probleem is als de staatsgarantie niet op een krediet maar op een garantie van de NIB betrekking heeft. Voorts blijft ingevolge artikel 23 de staatsgarantie toch nog van kracht ten aanzien van gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden voordat de opzegging van de borgtochtovereenkomst de NIB heeft bereikt.

Eisen aan subsidiebeëindiging te stellen

264. Ondanks het grote belang van het onderwerp van dit hoofdstuk zal slechts een *relatief* korte behandeling plaatsvinden. Alleen de hoofdpunten worden aangestipt. Een grondiger behandeling van deze materie, waaraan zo bijzonder veel kanten zitten, zou een te omvangrijk stuk vereisen.

265. Daar is nog een reden voor. Bij een volledige behandeling van subsidiebeëindiging zouden tal van punten weer terugkomen, die reeds in eerdere hoofdstukken aan de orde zijn geweest, zij het dat hun betekenis niet steeds dezelfde behoeft te zijn als ten aanzien van eerdere beslissingsmomenten – zoals de subsidieverlening of subsidievaststelling.

Zo worden de *gronden* waarop de subsidieverhouding door de overheid beëindigd kan worden, mede bepaald door de algemene eisen die blijkens bij de verlening van subsidie in acht genomen moeten worden (zie het preadvies van Hirsch Ballin). Het heeft niet veel zin die beperkingen hier nog eens te releveren. Zie bijvoorbeeld AR 17 oktober 1987, R03.86.0812: de subsidiërende overheid mag samenwerking tussen welzijnsinstellingen eisen en bij een weigering daaraan mee te werken subsidie weigeren c.q. beëindigen.

Evenzeer zal er een *voldoende grondslag* voor subsidiebeëindiging moeten zijn. Bij beleidswijziging zullen aan de kenbaarheid daarvan blijkens de jurisprudentie tenminste even hoge eisen worden gesteld als ten aanzien van subsidieverlening.

Tenslotte zullen bij de *voorbereiding*, *inrichting* en *bekendmaking* van het besluit tot subsidiebeëindiging tenminste de in de hoofdstukken 3-7 en 9 vermelde eisen in acht genomen moeten worden. Sommige eisen lenen zich daar niet voor, bijvoorbeeld die aangaande de indiening van de aanvraag in gevallen waar de beëindiging – zoals meestal – niet op aanvraag geschiedt. Andere zullen bij subsidiebeëindiging meer stringente verplichtingen voor de overheid met zich meebrengen, bijvoorbeeld de eisen aangaande het horen van de betrokkene en een deugdelijke motivering.

Weer andere eisen openen geen nieuwe gezichtspunten, zoals die aangaande de *bevoegdheidsverdeling* tussen gemeenteraad en B en W: bijvoorbeeld AR 17 december 1985, AB 1986, 306 m.n. I.C. van der Vlies.

266. Hoewel beëindiging van de subsidieverhouding uiteraard een vorm is van wijziging van die verhouding, geeft het bij het spreken over dit onderwerp minder misverstand als beide termen steeds in een adem naast elkaar worden genoemd en waar nodig op afzonderlijke wijze worden behandeld.

267. Hoe weinig uitgewerkt ons algemene bestuursrecht nog is inzake de problematiek van beëindiging of wijziging van verhoudingen, die door beschikkingen of overeenkomsten van de overheid zijn ontstaan, bleek uit de preadviezen van 1975 voor onze vereniging, van de hand van onze huidige voorzitter en diens directe voorganger.[2]

Twaalf jaar later is kennelijk ook de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht er nog niet helemaal uitgekomen. Blijkens de aanbiedingsbrief van het Voorontwerp-AWB is "het met betrekking tot de wijziging en intrekking van beschikkingen (. . .) duidelijk geworden dat een bevredigende wettelijke regeling nog nadere studie vergt".

Er is derhalve nog geen uitgewerkt algemeen wettelijk kader voorhanden, waar de wijziging of beëindiging van subsidieverhoudingen ingepast zou kunnen worden.

Bij het opstellen van dit hoofdstuk van mijn preadvies heb ook ik ervaren hoe gecompliceerd dit onderdeel van het subsidierecht is. Het gaat om zoveel soorten gevallen, die elk ook weer op zo diverse situaties betrekking kunnen hebben. Daardoor is de vereiste afweging van de veelal *tegenover* elkaar staande belangen lastig in abstracte bewoordingen adequaat vast te leggen. Maar die vastlegging is wel noodzakelijk gezien de hiermee gemoeide belangen!

10.2 Beëindiging of wijziging wegens gebreken bij het aangaan of bij de verdere uitwerking van de subsidieverhouding

10.2.1 Inleiding

268. Onder de talloze beslissingen tot subsidieverlening of subsidievaststelling zullen er diverse zijn die onjuist zijn.

De beslissing kan in strijd met een wettelijk voorschrift zijn. Zij kan ook in strijd met een beleidsregel zijn die de subsidieverlener of subsidievaststeller bij de uitoefening van zijn bevoegdheid terzake hanteert, dan wel anderszins een onjuiste uitoefening van die bevoegdheid zijn.

269. Het gebrek van de overheidsbeslissing kan ten nadele van de subsidieontvanger zijn, maar ook te zijnen voordele. In het laatste geval is hem bijvoorbeeld ten onrechte subsidie verleend of tot een te hoog bedrag.

In beide gevallen had de beslissing niet genomen mogen worden. Het algemeen belang – de juiste toepassing van wettelijke voorschriften, het ongeschreven recht en doeltreffend beleid – wordt zowel door een te on-

gunstige als door een te gunstige beslissing geschaad. Belangen van derden kunnen eveneens geschaad worden door een fout die ten voordele of ten nadele van de subsidieontvanger is.

Kortom de algemene rechtszekerheid, de gelijkheid van behandeling en een doeltreffend beleid vereisen dat fouten in de diverse subsidiebeslissingen zoveel mogelijk worden hersteld. Dat komt neer op een wijziging of intrekking met terugwerkende kracht tot het moment waarop het foutieve besluit in werking getreden is.

In beginsel maakt het daarbij, bezien vanuit de zojuist bedoelde belangen, uiteraard geen verschil of de fout te wijten is aan de subsidieontvanger dan wel aan het desbetreffende bestuursorgaan. En evenmin of de fout voor de subsidieontvanger – van meet af aan – kenbaar was.

270. Het gestelde in nr. 269 is slechts één zijde van de zaak. De rechtszekerheid, zo blijkt uit de rechtspraak, kan zich tegen ongedaanmaking van de fout verzetten.

Daarbij ware onderscheid te maken tussen het ongedaan maken van een fout, die in het voordeel van de subsidieontvanger was (paragraaf 10.2.2) resp. een fout die in het nadeel van de subsidieontvanger was (paragraaf 10.2.3). Tenslotte wordt kort aandacht geschonken aan gebreken bij de aanvaarding door de subsidieontvanger (paragraaf 10.2.4).

10.2.2 Gebreken in de overheidshandeling ten voordele van de subsidieontvanger

a. In welke gevallen is herstel mogelijk?

271. Bij een fout die in het voordeel van de subsidieontvanger was, kan men denken aan ten onrechte of tot een te hoog bedrag verleende subsidie.

Een dergelijke fout kan veroorzaakt of mede veroorzaakt zijn door onzorgvuldigheid – al dan niet opzettelijk – van de subsidieontvanger. Met het oog daarop houden veel subsidieregelingen ongeveer de volgende bepaling in:

"Reeds uitgekeerde bedragen en voorschotten zijn terstond en zonder enige ingebrekestelling opeisbaar (. . .) zodra – ook nadat de minister heeft beslist op een verzoek tot vaststelling van het premiebedrag – de minister blijkt dat de ondernemer zodanig onjuiste of onvolledige informatie heeft verschaft, dat hij bij de beslissing op de aanvraag, op een verzoek om een voorschot of op een verzoek om vaststelling van het premiebedrag een andere beslissing zou hebben genomen indien hem de juiste gegevens waren verschaft".[3]

272. In deze formule komt niet het vereiste voor dat de subsidieontvanger van de onjuiste informatieverschaffing een *verwijt* moet kunnen worden gemaakt.

Deze eis treft men – mijns inziens terecht – wel aan in AR 10 mei 1979,

tB/S III, blz. 648. Daarin spreekt de AR uit, dat de hier bedoelde intrekking[4] ook mogelijk is indien de regeling daarin niet voorziet. Intrekking is dan niet in strijd met de rechtszekerheid "indien de juiste gegevens, waren zij eerder bekend geweest, zouden hebben geleid tot de afwijzing van de desbetreffende aanvraag en de betrokkene van die onjuiste of onvolledige opgave in redelijkheid een verwijt worden gemaakt".

Een toepassing van dit beginsel lijkt ook in AR 9 december 1986, AB 1987, 451 te hebben plaatsgevonden.[5] Voorts overwoog de AR in deze uitspraak dat de foutieve beslissing niet aan enige onzorgvuldigheid van de overheid viel te verwijten. Of dit een vereiste is voor de mogelijkheid tot intrekking of slechts een versterkend argument, wordt uit deze uitspraak niet duidelijk. Mijns inziens zou van het tweede uitgegaan moeten worden.

Als de subsidieontvanger (a) onjuiste informatie verschaft en (b) moet weten dat dientengevolge de subsidieverlener een andere beslissing neemt dan hij zonder dwaling zou hebben genomen, dient m.i. te geringe zorgvuldigheid van de subsidieverlener niet de bevoegdheid tot intrekking te ontnemen. Indien de subsidieontvanger slechts verwijtbaar onjuiste informatie heeft verschaft en bij hem niet de na (b) bedoelde wetenschap behoefde te bestaan, kan de onzorgvuldigheid van de subsidieverlener al naar gelang van de ernst daarvan hem wel de bevoegdheid tot intrekking ontnemen.

273. Fouten ten voordele van de subsidieontvanger kunnen ook zijn veroorzaakt zonder dat hem terzake enig verwijt valt te maken. Het is slechts de subsidieverlener zelf die (A) niet goed opgelet heeft of (B) een verkeerde taxatie heeft gepleegd.

Ad (A): in een drietal uitspraken achtte de AR intrekking – net als in de in nr. 272 bedoelde gevallen steeds ex tunc – geoorloofd, hoewel de fout kennelijk ontstaan was doordat de overheid niet goed op het aanvraagformulier had gelet, waarop naar mijn indruk wel de juiste gegevens stonden. AR 8 mei 1980, tB/S III, nr. 189; AR 1 februari 1982, tB/S III, nr. 327 en AR 31 juli 1987, nr. R O1.84.2637, NJB 1987, blz. 1325. In beide laatste gevallen achtte de AR bepalend dat appellant uit de door hem bij de indiening van de aanvraag ondertekende verklaring *bekend kon zijn*, dat hij als minderjarige niet voor subsidie in aanmerking kwam resp. dat zijn woning niet voor premie A doch slechts voor premie B in aanmerking kwam.

Ad (B): blijkbaar gaan gemeentebesturen er bij de verlening van subsidie ten onrechte nogal eens van uit dat zij daarvoor wel een rijksbijdrage zullen krijgen. De AR acht het gemeentebestuur dan niet zonder meer onbevoegd de subsidieverlening in te trekken, als achteraf blijkt dat terzake van de subsidie geen rijksbijdrage kan worden verkregen. Maar de rechtszekerheid kan zich daar, zoals in casu, tegen verzetten.[6] AR 3 april 1980, AB 514 m.n. v.d.V. Verweerder had niet een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt dat de verkrijging van een rijksbijdrage voor hem essentieel was en appellant was overeenkomstig de gestelde voorwaarden reeds met zijn verbouwing begonnen en had terzake reeds aanmerkelijke kosten gemaakt. Soort-

gelijk AR 13 oktober 1983, AB 1984, 391 m.n. JHvdV, waarin verweerder wel een voorbehoud terzake van de rijksbijdrage had gemaakt, maar waarin appellant ter voldoening aan de gestelde voorwaarden zijn verbouwing reeds had voltooid.

Conclusie

274. Foutieve beslissingen kunnen derhalve in beginsel ten nadele van de subsidieontvanger ex tunc worden ingetrokken. Dit is slechts geoorloofd:

I. indien de subsidieontvanger zodanig onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt dat de subsidieverlener, indien hem de juiste gegevens bekend waren geweest, een andere beslissing had genomen en indien de subsidieontvanger terzake van die gebrekkige verstrekking tevens een *verwijt* kan worden gemaakt;

II. in overige gevallen waarin de subsidieverlener foutief gehandeld heeft, indien de subsidieontvanger *had behoren te begrijpen* dat de subsidieverlener anders had behoren te beslissen.

275. Ad I: zou hier niet ook de eis moeten worden gesteld – net als bij II – dat de subsidieontvanger had behoren te begrijpen dat het verstrekken van de volledige en juiste informatie zo essentieel voor de subsidieverlener was, dat hij bij een juiste voorstelling van zaken een andere beslissing zou hebben genomen?

Deze eis geldt als ik het goed begrijp wel steeds[7] bij toepassing van artikel 6.5.2.11 NBW (dwaling), welke bepaling ingevolge de schakelbepaling 6.5.1.6 NBW ook van toepassing kan zijn op publiekrechtelijke rechtshandelingen "voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet" (zie nr. 166).

Bij subsidieverhoudingen zal de overheid veelal duidelijk de informatie vragen die zij wenst, in het bijzonder als zij daartoe een – voldoende duidelijk – aanvraagformulier hanteert. Zie ook artikel 4.1.1.4 Voorontwerp-AWB. Daarnaast dient de aanvrager ingevolge artikel 4.1.1.2, tweede lid, Voorontwerp-AWB de gegevens en bescheiden te verschaffen "die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen". Belangrijk daarbij is de bevoegdheid van de overheid, vervat in artikel 4.1.1.5, eerste lid Voorontwerp-AWB, om aanvullende gegevens te eisen en de bevoegdheid vervat in artikel 4.1.1.6 om bij onvoldoende gevolg geven hieraan de aanvraag om subsidie niet in behandeling te nemen.

Hieruit valt af te leiden, dat enerzijds de aanvrager zelf, niet uitputtend maar wel tot op zekere hoogte, behoort na te gaan wat voor de overheid essentieel is voor de beslissing op de aanvraag. Anderzijds mag van hem geëist worden dat hij de uitdrukkelijk gevraagde informatie steeds volledig verschaft. Deze eis *lijkt* op de in artikel 6.5.2.11 NBW vervatte en onder II

(nr. 274) vermelde eis, dat het de aanvrager *duidelijk* moet zijn geweest dat de betreffende informatie *essentieel* was voor de subsidieverlener. Men zou kunnen zeggen dat het een toegespitste uitwerking van deze eis is. Daarom is er m.i. geen reden die eis nog eens afzonderlijk te stellen. Ook de AR lijkt dat blijkens nr. 272 niet te doen.

276. Ad II: De eis dat de subsidieontvanger had behoren te begrijpen dat de subsidieverlener anders had behoren te beslissen, slaat niet alleen op vergissingen van de subsidieverlener, maar eveneens op opzettelijke schendingen van het recht door de subsidieverlener, zoals van de in artikel 93, derde lid, EEG-Verdrag vervatte meldingsplicht.[8]

b. Binnen welke termijn is beëindiging ex tunc geoorloofd?

277. Uit de mij bekende subsidieregelingen en rechtspraak blijkt niet hoe lang na de foutieve beslissing deze nog ongedaan gemaakt kan worden.

De rechtszekerheid, die ook aan bijvoorbeeld het instituut van de verjaringstermijn ten grondslag ligt, vereist dat die bevoegdheid niet uitermate lang blijft bestaan. Dit blijkt ook uit het belastingrecht en het sociaal verzekeringsrecht, waar het herstel van foutieve beslissingen slechts tot maximaal vijf jaar mogelijk is na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan resp. na de dag van betaalbaarstelling.

In het sociaal verzekeringsrecht wordt daarbij een onderscheid gemaakt dat verwant is aan de gevallen I en II van nr. 274.

Wanneer ten onrechte of teveel is uitbetaald als gevolg van het verstrekken van onjuiste inlichtingen of van het niet nakomen van een informatieplicht, dan kan gedurende vijf jaar worden teruggevorderd: artikel 14 Algemene Ouderdomswet en artikel 35 Algemene Weduwen- en Wezenwet. In artikel 36 van de nieuwe Werkloosheidswet (Stb. 1986, 566) heet dit simpel: indien de bedrijfsvereniging door toedoen van de werknemer onverschuldigd heeft betaald.

In de gevallen daarbuiten is de termijn ingevolge de zojuist bedoelde wetsartikelen twee jaar, mits het de betrokkene redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat de uitbetaling ten onrechte of tot een te hoog bedrag heeft plaatsgevonden.

Het verdient aanbeveling op subsidieterrein hierbij aan te sluiten en de toepassing van de in nr. 274 onder *a.* resp. *b.* bedoelde gevallen te binden aan een maximale termijn van vijf resp. twee jaar.

c. Gevolg van de intrekking ex tunc

278. Bij een vergelijking met de regeling van dwaling in het privaatrecht, valt op dat daar de ongedaanmaking van de overeenkomst beide partijen verplicht tot *teruggave* van hetgeen zij achteraf bezien ten onrechte *van elkaar* hebben ontvangen (artikel 6.4.2.1 NBW).[9] Dit lijkt een essentieel ver-

schil met de beëindiging van de subsidieverhouding wegens dwaling van de overheid.

Hier komt een wezenlijk kenmerk van subsidiëring pregnant naar voren. Hoewel er door subsidieverlening een rechtsverhouding met elementen van wederkerigheid ontstaat, is het – in het algemeen – *niet* zo dat bij de in deze paragraaf bedoelde intrekking ex tunc de overheid de subsidieontvanger alsnog moet vergoeden voor de eventueel reeds verrichte prestatie (vergelijk artikel 3.2.17b, tweede lid NBW). Immers de subsidieontvanger presteert primair voor *zichzelf*. De overheid is bereid, gezien het belang dat zij aan die prestatie hecht, de kosten van de prestatie gedeeltelijk of zelfs geheel te vergoeden (zie hoofdstuk 2). Indien de intrekking ex tunc, mede gelet op de belangen van de subsidieontvanger gerechtvaardigd is, zal er in het algemeen geen vergoedingsplicht voor de overheid bestaan omdat er *niet jegens haar* gepresteerd is.

Er valt echter niet uit te sluiten dat onder omstandigheden het veroorzaakt nadeel niet of niet geheel voor rekening van de subsidieontvanger behoort te blijven, zodat er een verplichting tot gehele of gedeeltelijke compensatie van de gemaakte kosten zou *kunnen* bestaan. Daarbij valt te denken aan gevallen van volledige subsidiëring of waarin de gesubsidieerde activiteiten op duidelijke aandrang van de overheid tot stand zijn gekomen. In zo'n geval, waarin de wederkerigheid sterk aanwezig is, komt men dus toch weer dicht uit bij het beginsel van artikel 3.2.17b, tweede lid, NBW. Ik laat het bij deze vingerwijzingen. Op dit punt is meer nadenken vereist.

d. Intrekking ex nunc

279. "Voor de praktijk even belangrijk als het ten nadele terugkomen met werking ex tunc, is het ten nadele terugkomen met werking voor de toekomst", aldus N.J. Haverkamp in een standaardwerk over het sociaal verzekeringsrecht[10]. Terugvordering over het verleden van een in strijd met de wet verstrekte uitkering is op dat terrein maar beperkt mogelijk (zie nr. 277).

Maar dat betekent nog niet dat deze uitkering ook in de toekomst, tot in lengte van jaren moet worden voortgezet. Dit brengt schrijvers en de CRvB ertoe bij gebreken op het terrein van het sociaal verzekeringsrecht intrekking ex nunc eerder mogelijk te achten dan intrekking ex tunc. Maar ook de intrekking ex nunc mag niet lichtvaardig plaatsvinden. Niet bijvoorbeeld indien het bestuursorgaan een andere betekenis is gaan hechten aan eertijds bekende feiten. Wel bijvoorbeeld als de herstelbeslissing binnnen een redelijke termijn na de fout wordt genomen.[11] De wetgever heeft hieromtrent geen regeling getroffen.

Deze jurisprudentiële lijn lijkt mij op subsidieterrein het volgen waard. Of zij tevens in wetgeving neergelegd zou moeten worden, ware nog nader te bezien. Zij zal vooral van betekenis zijn voor "duursubsidies".[12] Subsidiejurisprudentie over deze categorie van beëindiging is mij niet bekend.

10.2.3 Gebreken in de overheidshandeling ten nadele van de subsidieontvanger

280. De overheid kan ook een fout ten nadele van de subsidieontvanger gemaakt hebben. De subsidie is ten onrechte geweigerd of tot een te hoog bedrag verleend. Of er zijn ten onrechte bepaalde voorwaarden aan de subsidieverlening of subsidievaststeling verbonden.

Er lijkt dan duidelijk alle reden de overheid te allen tijde verplicht te achten de fout te herstellen door wijziging of intrekking van de foutieve subsidiebeslissing.

Doch zo simpel ligt het niet. In de rechtspraak wordt er van uitgegaan dat de aanvrager tegen een door hem onjuist geachte beschikking bezwaar of beroep kan instellen en dat na een niet succesvol bezwaar of beroep dan wel na het ongebruikt verstrijken van de bezwaar- of beroepstermijn de beschikking "rechtens onaantastbaar" is geworden. De daaraan ten grondslag liggende gedachte is dat ook het bestuur op een gegeven moment moet weten waar het aan toe is. Tevens dat de noodzaak herhaalde verzoeken om herstel van fouten steeds weer zorgvuldig te bezien, het bestuur wel erg veel tijd zou kunnen gaan kosten.

Het juiste evenwicht wordt gevonden, indien de verplichting om herstel in – uiteraard zorgvuldige – overweging te nemen nadat de beschikking rechtens onaantastbaar is geworden, alleen wordt aangenomen, indien de aanvrager "nieuw gebleken feiten of omstandigheden vermeldt" (artikel 4.1.1.7 Voorontwerp-AWB).[13]

10.2.4 Gebreken bij de aanvaarding door de subsidieontvanger

281. Men kan zich nog de vraag stellen of ook deze gebreken tot beëindiging of wijziging van de subsidieverhouding kunnen leiden en wat voor regels dan daarvoor gelden of behoren te gelden.

Die vraag lijkt mij alleen relevant in die gevallen waarin de subsidieontvanger verplicht is de subsidiabel gestelde activiteiten te verrichten in die zin dat de nakoming daarvan afgedwongen kan worden (zie par. 10.4). In dat geval kan niet iedere fout het ongedaan maken van zijn aanvaarding rechtvaardigen. Mij dunkt dat op deze situatie de normale regeling van de wilsgebreken in het privaatrecht van toepassing is, dus bijvoorbeeld artikel 6.5.2.11 NBW inzake dwaling.

Dat geldt ook voor de mate van terugwerkende kracht die deze beëindiging zal hebben en de verplichting tot teruggave van de ontvangen subsidiegelden (artikel 3.2.17b, tweede lid, NBW). Indien de subsidieontvanger tot het tijdstip van beëindiging zich volledig gehouden heeft aan de bij de subsidieverlening gestelde voorwaarden, zal het veelal redelijk zijn dat hij de daarvoor ontvangen subsidiebetalingen niet behoeft terug te betalen. Maar dat hangt mede af van het nadeel dat de overheid door de beëindiging lijdt. Het zojuist vermelde artikellid biedt voldoende ruimte voor dergelijke nuanceringen.

10.3 Beëindiging wegens nakoming

282. De subsidieverhouding zal in beginsel beëindigd worden, indien beide partijen de vereiste prestatie volledig verricht hebben. De overheid dient volledig uitbetaald te hebben. De subsidieontvanger dient de subsidiabele activiteiten op de bij de subsidieverlening bepaalde wijze te hebben verricht en ingeval van kredietverlening de hoofdsom te hebben afgelost en de verschuldigde rente te hebben betaald. In beginsel wordt daardoor de subsidieverhouding beëindigd. Er kan nog een bevoegdheid voor de overheid blijven bestaan om in geval van bijvoorbeeld onjuiste informatieverschaffing of vergissingen op de subsidieverlening of subsidievaststelling terug te komen. Zie daartoe paragraaf 10.2.

10.4 Beëindiging of wijziging wegens niet-nakoming

10.4.1 Niet-nakoming door de overheid

283. Indien de overheid haar verplichting tot betaling niet of niet tijdig nakomt, kan zij uiteraard tot betaling gedwongen worden met behulp van de burgerlijke rechter. Ik laat hier buiten beschouwing of de subsidieontvanger zich daaraan voorafgaand tot de administratieve rechter moet wenden, opdat deze kan vaststellen of de weigering om uit te betalen terecht is.

In kader van dit hoofdstuk is relevant of niet-nakoming tot beëindiging van de subsidieverhouding kan leiden. Indien de subsidieontvanger zelf gehouden is tot nakoming (zie nader paragraaf 10.4.2), dan zal hij ingevolge de artikelen 6.5.4.2 tot en met 6.5.4.6 NBW bevoegd zijn de nakoming van zijn prestatieplicht op te schorten of te beëindigen. In subsidieverhoudingen zal hiervan lang niet altijd gebruik gemaakt worden, zeker als de subsidie slechts een bescheiden deel van de kosten van de subsidieontvanger bestrijkt. De subsidieontvanger zal er dan vaak te veel eigen belang bij hebben om zijn – aanvankelijk gesubsidieerde – activiteiten voort te zetten.

10.4.2 Niet-nakoming door de subsidieontvanger

284. Intrigerend is de vraag of de subsidieontvanger er simpelweg het bijltje bij neer kan gooien – uiteraard onder de vereiste terugbetaling van de voorschotten of een deel daarvan. Door het stopzetten van de subsidiabele activiteiten en de terugbetaling heeft hij dan de subsidieverhouding beëindigd. Of kan de overheid nakoming – het verrichten van de subsidiabel gestelde activiteiten – verlangen?

Men zou kunnen menen dat dit niet kan. Is de student gehouden zijn studie af te maken – althans voor het betreffende jaar – omdat hem studiefinanciering is verleend? Ben ik gehouden de isolatie of renovatie van mijn

woning te voltooien, omdat mij daarvoor subsidie is verleend? Het valt niet aan te nemen.

285. Maar er zijn situaties, zoals in de nrs. 170a-171 is overwogen, waarin de overheid zozeer belang heeft bij de prestatie door de subsidieontvanger, dat deze zijn subsidiabel gestelde activiteiten niet of slechts op termijn kan beëindigen. Zie de voorbeelden genoemd in nr. 171.

In zo'n geval zal, indien de subsidieontvanger zijn activiteiten toch staakt, de overheid nakoming en eventueel – bovendien of in de plaats daarvan – schadevergoeding kunnen eisen. De zorgvuldigheid die de subsidieontvanger, ook in publiekrechtelijke verhoudingen, in acht heeft te nemen, zal hem tot die nakoming en/of schadevergoeding verplichten. Voor het aannemen van dergelijke verplichtingen lijkt het niet nodig dat de subsidieverlening of bepaalde daaraan verbonden essentiële voorwaarden bij een – als zodanig kenbare – overeenkomst zijn vastgelegd.[14]

286. Het is duidelijk dat deze kwestie nadere aandacht behoeft. Maar het leek goed haar te signaleren. Zowel omdat het min of meer wederkerige karakter van de subsidieverhouding deze vraag principieel oproept. Alsmede omdat in de praktijk de – soms gerechtvaardigde – behoefte bestaat aan een dergelijke beperking van de eenzijdige mogelijkheid van beëindiging door de subsidieontvanger.

287. Indien de subsidieontvanger aan de subsidieverlening verbonden voorwaarden niet nakomt, kan de subsidieverlener of uitvoeringsinstantie – wie maar bevoegd is – de subsidieverlening in beginsel intrekken. Veelal vindt dit niet plaats, omdat dezelfde omstandigheden reden kunnen zijn bij de subsidie*vaststelling* een vermindering – eventueel tot nihil – toe te passen. Zie paragraaf 9.2 en 9.3. Dit kan uiteraard alleen als bij de subsidieverlening een bevoegdheid tot subsidievaststelling is voorbehouden.

Op de regels die de overheid bij de beëindiging of wijziging van de subsidieverhouding op deze grond in acht moet nemen, is reeds ingegaan in nr. 239 en nr. 243. Daar is o.m. geconcludeerd dat er geen reden is verschil te maken tussen voorwaarden aangaande de subsidiabele activiteiten en bijkomende voorwaarden. Bepalend is wel de ernst van de niet-nakoming.

Immers de aard en omvang van de sanctie dienen evenredig te zijn aan de ernst van de niet-nakoming. (Zie nr. 239.) Aldus ook VzAR 27 juni 1983, AB 1984, 39 m.n. I.C.v.d.Vlies, waarin de intrekking ex tunc geruime tijd na afloop van de subsidieperiode gezien de aard van het gedrag van appellant te ingrijpend werd geacht. Voorts VzAR 2 mei 1979, tB/S VII, nr. 67: opzettelijke overtreding van een voorwaarde, inhoudend het opzettelijk te hoge retributies aan de cliënten in rekening brengen, rechtvaardigt intrekking ex tunc.

288. Een rol speelt hierbij ook de zorgvuldigheid van de overheid: is de subsidieontvanger een reële gelegenheid geboden alsnog aan de voorwaarden te voldoen?

Die vraag werd bevestigend beantwoord in laatstgenoemde uitspraak, ontkennend in de daaraan voorafgaande uitspraak VzAR 20 december 1978, tB/S III, nr. 107, AB 1979, 234 en bevestigend in VzAR 26 mei 1977, tB/S VII nr. 36.

Uiteraard kan een gedeeltelijke beëindiging, eventueel ex nunc, een adequate sanctie zijn. Dat deed zich voor in de zaak beslist bij laatstgenoemde uitspraak, waar de overheid aankondigde de subsidiëring van een bepaalde formatieplaats te zullen beëindigen, omdat deze niet op de juiste wijze organisatorisch was ondergebracht.

De zorgvuldigheid die de overheid moet betrachten, brengt ook met zich mee dat zij op de belangen van de cliënten en de werknemers van de subsidieontvanger acht moet slaan. Dit blijkt uit de zojuist geciteerde uitspraken VzAR 2 mei 1979 en 20 december 1978.

289. Veel aandacht heeft – al weer 10 jaar geleden – de AR-uitspraak inzake het operagezelschap Forum getrokken: AR 7 oktober 1977, tB/S III, nr. 35, blz. 151. Nu de gemeente Groningen al sedert 1956 een van de voornaamste subsidiënten was en een vertegenwoordiger in het bestuur van Forum had, gold:

"dat in een geval van een zo langdurige periode van subsidieverlening en betrokkenheid bij het bestuur van een subsidieverkrijgende instelling (. . .) de subsidiëring weliswaar in beginsel kan worden beëindigd, doch dat dat alsdan slechts zal kunnen geschieden op grond van zwaarwegende redenen en met inachtneming van een redelijke overgangsperiode".

Voorts gold dat aan een van beide voorwaarden inmiddels enigermate was voldaan en dat het gemeentebestuur "was tekortgeschoten in de redelijkerwijze van hem te verwachten en te verlangen inspanningen om vervulling van de tweede voorwaarde te bewerkstelligen". Tenslotte bracht het besluit van 9 augustus 1976 tot beëindiging per 15 augustus 1977 "appellante voorzienbaar in een bijzonder moeilijke positie (. . .) zonder op enige wijze een regeling te treffen om de bezwaarlijke gevolgen" te ondervangen of te verzachten.

290. Terzijde maak ik hier nog melding van *andere middelen* die de overheid wellicht kan aanwenden bij niet-nakoming van de subsidievoorwaarden. J. van Viegen heeft enkele jaren geleden gesteld dat in zo'n geval *politiedwang* mogelijk moet worden geacht.[15] Hij wees op een gemeentelijke subsidieverordening, die eist (a) dat gesubsidieerde culturele gebouwen voor gehandicapten toegankelijk zijn resp. (b) dat gesubsidieerde jeugdgebouwen tegen brandschade verzekerd zijn. Als een instelling weigert aan

dergelijke voorwaarden te voldoen, is intrekking van de subsidie een al te zware reactie. In het tweede geval zou door intrekking "een respectabel stuk jeugdwerk op zijn rug komen te liggen".

Hij acht het een adequaat middel indien in zo'n geval het gemeentebestuur politiedwang toepast door zelf de bouwkundige voorziening aan te brengen resp. de verzekering af te sluiten en de kosten daarvan op de subsidie in mindering te brengen.

Ik wil deze gedachte graag onder de aandacht van de leden van de VAR brengen. Naar mijn oordeel is het geen passend middel. Een middel als de – toch wel erg eenzijdige – politiedwang past niet bij de nogal horizontale verhoudingen waar Van Viegen over schrijft. In zo'n geval is wel denkbaar dat met succes een actie tot nakoming bij de burgerlijke rechter kan worden ingesteld. (Zie nr. 285.) Dat lijkt een passender middel, hoe ongemakkelijk dit wellicht ook voor de subsidieverlener of de uitvoeringsinstantie is.

10.5 Beëindiging of wijziging wegens veranderde omstandigheden

10.5.1 Inleiding

291. Subsidiëring geschiedt ter bereiking van beleidsdoelstellingen van de overheid. Zowel uit een oogpunt van effectiviteit als rechtszekerheid is het noodzakelijk dat de subsidieverlening vastheid verschaft en niet zo maar gewijzigd of beëindigd kan worden.

De effectiviteit van het beleid kan ook vereisen, dat wegens gewijzigde omstandigheden de subsidieverhouding juist wel beëindigd of gewijzigd wordt. De vraag is of alleen gewijzigde inzichten hiervoor voldoende zijn. Het is goed daarbij de waarschuwing van Donner voor ogen te houden: "Het gaat niet in de eerste plaats om wat in de hoofden van de beleidsmakers omgaat, maar om wat er in de wereld zelf gebeurt".[16]

De rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zullen zich tegen lichtvaardige, onzorgvuldige wijzigingen van de subsidieverhoudingen verzetten.

292. Subsidievermindering wegens gewijzigde omstandigheden heeft zeer veel aandacht getrokken en een stroom van jurisprudentie opgeleverd. Mijn behandeling is beknopt (paragraaf 10.5.3).

Het lijkt goed daaraan voorafgaand kort aandacht te besteden aan wijziging van de subsidieverhouding in voor de subsidieaanvrager gunstige zin (paragraaf 10.5.2).

10.5.2 Wijziging in voor de subsidieontvanger gunstige zin

293. Deze vorm van wijziging van de subsidieverhouding pleegt in algemene beschouwingen weinig aandacht te trekken. Zij is zowel principieel als in de praktijk niet minder belangrijk dan wijziging in ongunstige zin voor de subsidieontvanger.

Te denken valt aan een verhoging van het bij de subsidieverlening gemaximeerde subsidiebedrag, het meenemen van extra kostenposten, het instemmen met vertraging bij of wijziging van de subsidiabel gestelde activiteiten en het instemmen met een wijziging of beperkte ontheffing van een bijkomende voorwaarde.

Sommige subsidieregelingen voorzien uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot een of meer van die wijzigingen.[17] Dat lijkt ook redelijk. Omstandigheden die door een van beide partijen of beide partijen bij het aangaan van de subsidieverhouding niet waren voorzien, zouden soms een dergelijke gunstige wijziging voor de subsidieontvanger kunnen rechtvaardigen.

Dit roept echter wel enige vragen op (nr. 294 e.v., resp. 297 e.v.).

294. Ten eerste, gesteld dat de betreffende subsidieregeling, beslissing tot of contract omtrent subsidieverlening *uitdrukkelijk* in zo'n wijzigingsmogelijkheid voorziet, welke omstandigheden dwingen dan tot c.q. rechtvaardigen zo'n gunstige wijziging? Al te gemakkelijk in gunstige zin wijzigen zou kunnen neerkomen op willekeur, onder omstandigheden ook op een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Verhogen van het maximale subsidiebedrag kan in strijd komen met het waarlijk niet geringe belang van de beheersing van de overheidsuitgaven. Versoepeling van voorwaarden, bijvoorbeeld als een activiteit niet bevredigend verloopt, kan de overheid op een hellend vlak brengen. Die versoepeling moet er niet toe leiden dat het beleid te weinig doeltreffend wordt, mede vanwege de precedentwerking van die soepele houding.

Kortom de belangen die een maximering van het subsidiebedrag en het stellen van voorwaarden bij de subsidieverlening vergden, zullen zich verzetten tegen een lichtvaardige versoepeling. Zij zou mijn inziens dan ook, zelfs als de regeling of subsidiebeslissing de wijzigingsmogelijkheid daartoe *niet uitdrukkelijk beperkt*, uiteraard beperkt moeten worden tot – voldoende zwaarwegende – onvoorziene omstandigheden.

295. Aldus ontvouwt zich naast de eis van onvoorziene omstandigheden een extra norm die een tegenhanger vormt van de in artikel 3.2.3, tweede lid Voorontwerp-AWB vervatte:

"de nadelige gevolgen voor de met de subsidieverlening gediende doelen mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de voordelige gevolgen van de versoepeling voor een of meer belanghebbenden".

Een meer concrete norm zie ik niet direct voorhanden. Men zou nog inspiratie kunnen ontlenen aan het criterium van artikel 6.5.3.11 NBW:[18] de rechter kan een overeenkomst wijzigen of geheel of gedeeltelijk ontbinden "op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten". De terug-

houdende formulering spreekt aan, maar de criteria "redelijkheid en billijkheid" zijn te weinig publiekrechtelijk gekleurd. Dat de overheid algemene belangen heeft te dienen, zou bij rechtstreeks gebruik van die woorden in publiekrechtelijke verhoudingen te weinig nadrukkelijk tot uiting komen.

296. Het spreekt voor zich dat zij wier belangen door de handhaving van bepaalde voorwaarden gediend worden, door de gunstige wijziging van de subsidieverhouding geschaad zullen kunnen worden. Zie b.v. HR 20 november 1987, RvdW no. 218. Uiteraard dient de overheid dat bij haar afweging te betrekken.

297. Een tweede vraag die rijst, is of een dergelijke gunstige wijziging bij onvoorziene omstandigheden ook geoorloofd is – en dus zelfs verplicht kan zijn – indien de subsidieregeling of de beslissing tot of overeenkomst omtrent subsidieverlening *niet in wijziging voorziet*.

Indien de betreffende subsidieregeling, zeker als dit een algemeen verbindend voorschrift is, zich uitdrukkelijk tegen een dergelijke wijziging zou verzetten, zal de bevoegdheid tot en geoorloofdheid van een dergelijk – tegenwettelijk – handelen alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen worden aangenomen. Het is overigens weinig waarschijnlijk dat een dergelijk voorschrift in de praktijk voorkomt.

Verwant evenwel is het geval waarin het *resultaat* van de beoogde wijziging in strijd zou komen met de eisen die de subsidieregeling omtrent subsidieverlening stelt. Ook dan zal de wijziging slechts in uitzonderlijke gevallen geoorloofd c.q. verplicht zijn.

298. Wat nu indien de subsidieregeling zich *niet* tegen het resultaat van een dergelijke wijziging *verzet*? Men kan er over twisten of er dan een bevoegdheid c.q. verplichting tot een voor de subsidieontvanger gunstige wijziging van de subsidieverhouding kan bestaan. Naar mijn oordeel moet zelfs een verplichting soms wel worden aangenomen, te weten als de belangen van de subsidieontvanger onevenredig geschaad zouden worden in verhouding tot de doelen die door handhaving van de subsidieverhouding gediend worden. Kortom: de norm van meergenoemd artikel 3.2.3, tweede lid, Voorontwerp-AWB.

Let wel, het betreft hier steeds de vraag naar de mogelijkheid van wijziging in geval van *onvoorziene* omstandigheden. Het ligt wel erg weinig voor de hand dat de bevoegdheid of verplichting tot zo'n gunstige wijziging ook zou bestaan in geval van voorziene omstandigheden. Juridisch – de rechtszekerheid in het algemeen en die van het bestuur – en uit een oogpunt van goed beleid zou dat mijns inziens overwegende bezwaren ontmoeten.

299. Men kan zich nog afvragen of alleen de overheid over de bevoegdheid moet beschikken bij onvoorziene omstandigheden de subsidieverhouding te wijzigen. Moet ook de *subsidieontvanger* niet de bevoegdheid hebben, al dan niet met inschakeling van de rechter?

Terecht immers merkt Meijknecht[20] op dat ook de subsidieontvanger met het probleem zit, dat de subsidieverlening soms een vrij lange toekomstige periode bestrijkt en dat zijn aanvaarding van de subsidieverlening – Meijknecht spreekt zelf van "beleidsovereenkomsten" – mede geënt is "op ook voor hem uit de aard der zaak onzekere maatschappelijk-economische ontwikkelingen". Voor beide partijen moet daarom z.i. gelden dat er een verplichting bestaat tot overleg gericht op periodieke bijstelling, voor zover – zo begrijp ik hem – zich gewijzigde omstandigheden voordoen.

Met hem meen ik dat artikel 6.5.3.11 NBW hiervoor in beginsel voldoende mogelijkheden biedt. Dat het artikel spreekt van wijziging of ontbinding door de rechter, lijkt geen bezwaar. Met die mogelijkheid op de achtergrond zal de subsidieontvanger de overheid veelal wel bereid vinden om tot aanpassing overeenkomstig de criteria van artikel 6.5.3.11 over te gaan.

10.5.3 Wijziging in voor de subsidieontvanger ongunstige zin

300. Indien de overheid de subsidieverhouding wegens gewijzigde omstandigheden in voor de subsidieontvanger ongunstige zin wil wijzigen of wil beëindigen, dient zij daarbij in beginsel aan zwaardere eisen te voldoen dan in geval de subsidieverlening gebrekkig was of de subsidieontvanger de voorwaarden niet is nagekomen.

In beginsel. Want de omstandigheid dat de belangen van de subsidieontvanger of degenen die van hem afhankelijk zijn, sterk geraakt worden door enige subsidievermindering of subsidiebeëindiging, brengt zoals in paragraaf 10.2 en 10.4 bleek, mee dat de overheid ook in die gevallen bij vermindering of beëindiging zware zorgvuldigheidseisen in acht moet nemen. Er valt daarom niet in eenvoudig zwart-wit aan te geven wat het voor de regels omtrent wijziging of beëindiging precies uitmaakt op welke van de drie in paragraaf 10.2, 10.4 en in deze paragraaf vermelde gronden zij plaatsvindt.

301. Er valt wel enig verschil met de beide andere gevallen aan te geven. In het in deze subparagraaf bedoelde geval dient de overheid blijkens de jurisprudentie de wijziging of beëindiging tijdig aan te kondigen en zonodig overgangsmaatregelen te treffen. Ten aanzien van de beide in paragraaf 10.2 en 10.4 beschreven gevallen ben ik dergelijke eisen in de jurisprudentie niet tegengekomen. Dat is ook niet zo verrassend. Want in die beide gevallen was de subsidieontvanger in gebreke of kon hij bevroeden dat er een fout was gemaakt. Dan dient wel de ingrijpendheid van het herstel of van de sanctie in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel.

Maar daaruit zal niet snel voortvloeien dat de subsidieverlener overgangsmaatregelen moet treffen.

Dit alles neemt niet weg, dat ook in het in deze subparagraaf beschreven geval op de subsidieontvanger zelf de verplichting rust zorgvuldig te handelen teneinde de gevolgen voor zijn cliënten en werknemers en de overheid zo veel mogelijk te beperken (zie nr. 311).

Tenslotte rijst nog de vraag of het verschil maakt of het om een in beginsel aflopende subsidie gaat dan wel om een in beginsel duurzame subsidie. Dat komt in nr. 312-315 aan de orde.

a. De eis van zwaarwegende redenen bij kortlopende subsidies

302. Tegenover elkaar staan de noodzaak van een doeltreffendheid en slagvaardig beleid enerzijds en het in acht nemen van de rechtszekerheid en zorgvuldigheid anderzijds. Het is vaak niet eenvoudig beide grootheden goed af te wegen.

Men zou kunnen menen dat bij subsidie voor een kortlopende subsidiabele activiteit de afweging moeilijk zo kan uitvallen, dat een dergelijke subsidie überhaupt op grond van gewijzigde omstandigheden kan worden beëindigd, terwijl bij een langdurige subsidie het altijd mogelijk zou moeten zijn met de vereiste overgangsperiode de subsidie te beëindigen. Immers hoe kunnen bij een kortdurende subsidie onvoorziene omstandigheden in redelijkheid een rol spelen?

303. Toch lijkt dat wel denkbaar. Geelhoed[21] wijst op het geval van een investeringspremie voor de vestiging van een bedrijf in Oost-Groningen. Denkbaar is dan dat de vraag sterk bij de prognoses achterblijft, bijvoorbeeld omdat buitenlandse producenten plotseling veel goedkoper blijken te kunnen leveren. Het is duidelijk dat, als daardoor het bedrijf niet van de grond komt of al snel gesloten moet worden, het doel van de premie in het geheel niet gerealiseerd wordt. Het is weggegooid geld. Dit zijn echter niet omstandigheden aan de zijde van de overheid. Men zou daarom kunnen menen dat deze omstandigheden typisch voor risico van de ondernemer komen. Het zijn immers wijzigingen in de marktverhoudingen.

Geelhoed stelt echter dat in dit geval terugvorderen van de reeds betaalde premie niet redelijk zou zijn: "De overheid draagt, tot de omvang van de verleende subsidie, mede het marktrisico van de gesubsidieerde onderneming". Ik ben het in beginsel met hem eens. Of de markt zich spoedig zal wijzigen, zal vaak niet goed voorzienbaar zijn. Anders was de subsidie uiteraard niet verleend. De overheid neemt derhalve ondanks de uiteraard bestaande onzekerheid het risico dat de markt zich spoedig wijzigt. Dat risico zal zij zeker niet in die zin op de ondernemer mogen afwentelen, dat zij premie terugvordert.

Maar zou zij in dit geval niet toekomstige premiebetalingen mogen staken? Dat hangt er mijns inziens vanaf hoe goed een dergelijk project zon-

der onevenredig nadeel valt te stoppen of op bescheidener schaal valt uit te voeren.

304. Ook aan de zijde van de overheid, zelfs bij subsidie voor kortlopende activiteiten, kunnen zich zwaarwegende onvoorziene omstandigheden voordoen, die soms ook de rechter tot het oordeel brengen dat op die grond beëindiging van de subsidie mogelijk is.

Het bekende voorbeeld is VzAR 3 januari 1980, tB/S VII nr. 91 m.n. M.C.B., AB 353 m.n. J.E. Goldschmidt inzake de steun aan de Paralympics, waarbij de VzAR een afwijkend oordeel van de Tweede Kamer een voldoende rechtvaardigingsgrond achtte. Daarbij speelden zoals zo vaak de specifieke omstandigheden van het geval een rol: de aard van de bezwaren van de Tweede Kamer (internationale politiek) en de omstandigheid dat de subsidieontvanger vanwege het gevoelig karakter van de aangelegenheid zelf om heroverweging van de beslissing tot subsidieverlening had gevraagd.

Men mag dan ook aannemen, dat deze uitspraak een uitzondering zal blijven. Uit een latere uitspraak van de VzAR blijkt wel dat een kameruitspraak op zichzelf niet van betekenis is "indien niet blijkt van omstandigheden, ontstaan of aan het licht getreden" na het besluit tot subsidieverlening (VzAR 16 oktober 1984, tB/S VII nr. 252). Zie voorts AR 27 september 1982, AB 1983, 178 m.n. JHvdV, waarin het terugkomen – wegens veranderde prioriteitenstelling – op een beslissing tot subsidieverlening voor de verbouwing van een sporthal in strijd met de rechtszekerheid werd bevonden.

b. De eis van zwaarwegende redenen bij langlopende subsidies

305. Het spreekt vanzelf dat juist bij langlopende subsidiëring zich onvoorziene omstandigheden aan de zijde van de subsidieontvanger of aan de zijde van de overheid kunnen voordoen, die vermindering of beëindiging van de subsidiëring kunnen rechtvaardigen. Uiteraard niet met terugwerkende kracht.

Het kan zijn dat de subsidieontvanger (a) door sterk verbeterde omstandigheden geen subsidie meer nodig heeft, of (b) dat door sterk verslechterde omstandigheden van de subsidieontvanger verdere subsidiëring zinloos is geworden, dan wel (c) dat er geen of niet voldoende behoefte meer bestaat aan de door de subsidieontvanger verrichte activiteiten.

Voorbeelden van (a) en (b) treft men aan in artikel 20, eerste lid, onder c, van de Regeling herstelfinanciering (Stcrt. 1984, 60). Daaruit blijkt uitdrukkelijk dat de Minister van Economische Zaken de uitbetaling van het verleende krediet kan opschorten, het krediet kan beëindigen en de reeds uitbetaalde bedragen kan terugvorderen, indien "het continuïteits- en rendementsperspectief van de onderneming zodanig is geworden dat de herstelfinanciering niet meer noodzakelijk is of niet meer het beoogde effect heeft".

Een voorbeeld van (b) biedt ook VzAR 17 juni 1986, AB 1987, 432, waarin opzegging van krediet verleend op grond van de Kredietbeschikking midden- en kleinbedrijf 1976 plaatsvond. De Vz achtte de afwijzing door de minister van het beroep tegen de opzegging aanvaardbaar "bij afweging van het belang dat verzoeksters bij voorlopige handhaving van het krediet hebben tegen het belang dat de Staat er bij heeft om geen te grote risico's te lopen bij garantstelling" voor het verleende krediet.

306. Ad (c): de conclusie dat er geen of niet voldoende behoefte meer bestaat aan de gesubsidieerde activiteit, brengt de overheid op glad ijs. Het zal altijd discutabel zijn waaraan behoefte bestaat in de samenleving en zeker waaraan bij afweging de meeste behoefte bestaat.

Maar de overheid moet die beleidsruimte hebben. Ook voor zover het niet gaat om gewijzigde omstandigheden van de subsidieontvanger, maar om gewijzigde beleidsuitgangspunten. De overheid moet haar prioriteiten bij de besteding van overheidsgelden kunnen verleggen, mits dit op zorgvuldige wijze gebeurt (zie onder nr. 309-10).

307. De rechtspraak lijkt dit standpunt te delen.

AR 28 maart 1985, AB 600 m.n. PJJvB: "een verwijzing naar de slechte financiële positie van de gemeente (kan) in beginsel (. . .) gelden als een doorslaggevende reden voor beëindiging van subsidie". Toch vond vernietiging plaats omdat de door de subsidieontvanger aangevoerde bezwaren niet concreet afgewogen waren.

AR 14 december 1984, tB/S III, nr. 578: in verband met de huidige budgettaire situatie en de daaruit voortvloeiende noodzaak tot bezuinigen is het aanvaardbaar subsidies te verminderen of te beëindigen. Verweerder mag daarbij prioriteiten stellen, hetgeen ook – aldus AR 5 januari 1982, tB/S III, nr. 318 – mag inhouden dat geen evenredige vermindering plaatsvindt van de subsidiëring van alle volkshogescholen doch beëindiging van de subsidiëring van een of meer van deze scholen.

Tenslotte Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 november 1987 K.G. 512, betreffende een rijksbijdrage aan een publiekrechtelijk samenwerkingsverband in het kader van het experiment "kaderwet specifiek welzijn". Deze was bij "bestuursovereenkomst" verleend,aldus de president. De noodzaak tot bezuinigen bevrijdt de Staat niet van zijn verplichtingen uit deze overeenkomst als het gewone overeenkomstenrecht daarin niet voorziet, vervolgt hij. Gelet op de in de overeenkomst vervatte voorbehouden kon z.i. "de noodzaak tot bezuinigen onder omstandigheden een beroep op onvoorziene omstandigheden (. . .) rechtvaardigen". De goede trouw eiste dat de minister vooraf in overleg was getreden over een regeling van de verstrekkende gevolgen van de intrekking. In casu was dit niet gebeurd en werd de Staat daartoe alsnog veroordeeld.

308. Wat voldoende zwaarwegende redenen zijn, hangt uiteraard van de omstandigheden van het concrete geval af. De belangen van de subsidieontvanger kunnen, mede in verband met de kracht van de gewekte verwachtingen, zo zwaar wegen in verhouding tot die van de overheid, dat beëindiging niet mogelijk is. Het verbaast niet, dat het in onderstaande voorbeelden gaat om subsidiëring voor een *bepaalde*[22] *tijd* – zij het voor een duur van jaren.

Het bekende voorbeeld is AR 23 oktober 1979, tB/S III, nr. 146, AB 1980, 198 m.n. v.d.V. inzake de restauratie van de St. Bavo te Haarlem. Bepalend voor de AR was dat de verwachtingen van de kerkvoogdij niet hun grond vonden in het beleid dat in het verleden gevoerd was – dat moet gewijzigd kunnen worden – maar in "een concrete toezegging". Ik veronderstel dat mede van belang was dat het wel heel bezwaarlijk was dit project voortijdig te beëindigen. Vermoedelijk was een tussenoplossing ook niet goed denkbaar.

De kracht van de verwachtingen gewekt door herhaalde mededelingen van het gemeentebestuur, was eveneens in AR 16 oktober 1984, tB/S III, nr. 564 reden een voortijdige beëindiging van subsidiëring in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel te achten.

c. *De overheid dient zorgvuldigheid te betrachten*

309. De overheid zal de vermindering of beëindiging zo tijdig moeten aankondigen, dat de subsidieontvanger gelegenheid heeft in te spelen op de gevolgen, die de wijziging voor de ontvanger zelf en voor zijn cliënten en werknemers heeft. Aldus de VzAR 1 december 1987, NJB 1988, blz. 128 aangaande 17 herstellingsoorden.

Van belang is dat in deze uitspraak de *minister* werd verweten, dat hij onvoldoende had aangegeven hoe de *potentiële cliënten* – aan wie de instellingen reeds opname hadden toegezegd – na 1 januari 1988 de noodzakelijke opvang zouden krijgen.

Tijdige aankondiging is uiteraard essentieel. Dat is een minimumeis van rechtszekerheid. Voor de subsidiërende instanties is dit bij hun – op zichzelf te rechtvaardigen – streven naar snelle doorvoering van bezuinigingen veelal uitermate hinderlijk. De ergernis is wel begrijpelijk, maar niet terecht. Het is de subsidiërende overheid zelf die subsidiebanden heeft menen te moeten aangaan en deze veelal lang in stand heeft gehouden. Zij zal dan ook de consequenties hiervan, bij de invoering van op zichzelf mogelijk zeer gerechtvaardigde nieuwe beleidskeuzes, moeten dragen.

310. Het is juist de *langdurige betrokkenheid* van de overheid die haar verplicht tot extra zorgvuldigheid. Aldus terecht diverse rechterlijke uitspraken. Daarin wordt een vroegtijdige bekendmaking en het treffen van een overgangs- en afbouwregeling of althans de principiële bereidverklaring daartoe geëist. Zie o.m. AR 16 april 1979, tB/S III, nr. 123, AB 520 m.n. v.d.V.; AR 6 februari 1981, AB 1982, 205; AR 23 juli 1981, tB/S VI, nr. 13; VzAR 2 juni 1983, tB/S XI, nr. 80; AR 12 december 1985, AB 1986, 346 m.n. IC v.d.Vlies.

d. *De subsidieontvanger dient zorgvuldigheid te betrachten*

311. Zorgvuldigheid wordt niet alleen van de overheid geëist. Ook de subsidieontvanger moet zich inspannen om de nadelige gevolgen van de subsidievermindering zoveel mogelijk te beperken AR 14 december 1984,

tB/S III, nr. 578. Hij moet ook zelf actief zoeken naar andere mogelijkheden om zijn activiteiten te kunnen voortzetten, aldus VzAR 28 december 1983, tB/S V, nr. 323 m.n. tB. De annotator bij de laatste uitspraak veronderstelt dat er mogelijk een ontwikkeling plaatsvindt, waarin deze verplichting van de subsidieaanvrager een rechtsplicht wordt, die ook in subsidieregelingen zou kunnen worden vastgelegd.

Uit de uitspraak van de VzAR haal ik niet *wat* voor activiteiten de subsidieontvanger redelijkerwijze had moeten ontplooien. Wellicht heeft ook meegespeeld dat het slechts om een beperkt subsidiebedrag leek te gaan, zodat de subsidieontvanger daarvan wellicht niet zo afhankelijk was.

Hoe dan ook, principieel zijn de aangehaalde uitspraken geheel juist. Het past bij de aard van de subsidieverhouding dat *ook de subsidieontvanger* zich actief inspant om de nadelige gevolgen van de subsidievermindering te beperken.

e. Verschil tussen duurzame en aflopende subsidie?

312. Men zou kunnen menen, dat de wijziging of beëindiging – wegens veranderde omstandigheden – van een aflopende subsidie aan zwaardere eisen moet voldoen dan de wijziging of beëindiging van een duurzame subsidie. Dat lijkt wel enige steun in de rechtspraak te vinden; zie nr. 308.

313. Daarnaast zou men nog kunnen menen dat het uitmaakt of een duurzame subsidie voor onbepaalde tijd is verleend of steeds *van jaar tot jaar* op verzoek "opnieuw" wordt verleend.

De AR-uitspraak van 21 maart 1985, tB/S III, nr. 605 inzake stopzetting van de rijkssubsidie voor de Nieuwe Komedie lijkt in die richting te wijzen. De AR overwoog:

"Anders dan appellante meent, moet worden geoordeeld dat in het onderhavige geval het beginsel dat gewekte verwachtingen moeten worden geëerbiedigd, niet zover strekt, dat beëindiging van de subsidieverlening uitsluitend gerechtvaardigd is te achten op grond van niet voorzienbare, zwaarwegende wijzigingen in de ter zake dienende omstandigheden. Immers, verweerder heeft weliswaar met betrekking tot de subsidiëring van appellante gedurende een aantal jaren een vaste gedragslijn gevolgd, doch verweerder heeft nimmer toezeggingen gedaan inzake subsidieverlening in de toekomst. Zoals uit het vorenstaande blijkt, heeft verweerder telkenmale bij de jaarlijkse subsidieverlening te kennen gegeven dat daaraan geen aanspraak kan worden ontleend op subsidieverlening voor de volgende seizoenen."

Ook de AR-uitspraak van 25 oktober 1979 inzake de St. Bavo (zie nr. 308) bevat een hint in die richting.

314. Deze benadering lijkt in eerste instantie merkwaardig. Hebben de AR en haar Voorzitter niet immers meermalen overwogen hoezeer de langdurige betrokkenheid van de subsidieverlener hem beperkingen oplegt bij

de subsidiebeëindiging of subsidievermindering? Maakt het uit of die betrokkenheid voortspruit uit subsidieverlening voor onbepaalde tijd of uit een serie jaarlijkse subsidieverleningen?

Als het vast beleid is steeds betrekkelijk automatisch de subsidie te verlengen, lijkt het gerechtvaardigde verwachtingspatroon en daarmee de juridische positie van de subsidieontvanger in beide gevallen even sterk te moeten zijn. Dat geldt wellicht zelfs als de periodieke beslissing tot subsidieverlening de veel gebruikte clausule bevat: "Deze beslissing geeft geen aanspraak op subsidie voor volgende jaren".

Maar in het geval van de Nieuwe Komedie was de overheid juist zeer weloverwogen, op basis van deskundige advisering, tot een ander beleid inzake de subsidiëring van toneelgezelschappen overgegaan. Te weten in plaats van de "gegroeide vanzelfsprekendheid van continuëring van subsidieverlening . . . (naar) een praktijk waarbij sprake is van regelmatige beoordelingen en afwegingen die kunnen leiden tot zonodig opeenvolgende, doch telkens in de tijd beperkte subsidieverstrekkingen".

Deze situatie is een heel andere dan de praktijk van een min of meer automatische jaarlijkse verlenging. Het verlengingsbeleid zelf is dus bepalend voor de inhoud van de rechtspositie van de subsidieontvanger. Daarmee is tevens het verschil aangegeven met de rechtspositie van degene aan wie voor onbepaalde tijd subsidie is verleend. De laatste is niet afhankelijk van het verlengingsbeleid. Wel kan ook zijn subsidie worden beëindigd; maar slechts om zwaarwegende, niet voorzienbare redenen.

315. Daarmee heb ik nog geen voorkeur uitgesproken voor subsidieverlening voor onbepaalde tijd boven periodieke subsidieverlening. Het laatste zal vanwege de flexibiliteit die het de overheid biedt, nog al eens de voorkeur verdienen. Maar dat hangt af van met name de aard van de voorziening. Wellicht is die flexibiliteit eerder aanvaardbaar bij de subsidiëring van toneelgezelschappen dan bij de subsidiëring van herstellingsoorden. Maar ook dat blijft een lastige afweging! Wellicht biedt het door Hirsch Ballin in hoofdstuk 3 van zijn preadvies ontwikkelde toetsingskader daarbij houvast

10.6 Conclusies en aanbeveling

316. Het lijkt aanzienlijk eenvoudiger om de *aanvang* van de subsidieverhouding goed te regelen dan de *beëindiging* daarvan. Dat geldt zeker niet alleen voor een algemene regeling, maar ook voor specifieke subsidieregelingen. Deze plegen geen of nauwelijks bepalingen te bevatten over de *mogelijkheden* tot en *modaliteiten* van beëindiging of wijziging van de subsidieverhouding.

Toch – ja, juist daarom – is een goede regeling gewenst. De belangen

die in het geding zijn, zijn te groot en te tegenstrijdig om dit maar bij voorbaat aan de bestuurspraktijk en de rechtspraak over te laten.

317. Een algemene wettelijke regeling verdient zeker overweging. Immers de problematiek is – ook juridisch – gecompliceerd. Het zou dan niet alleen bijzonder lastig zijn dit per regeling of beleidsterrein steeds opnieuw te regelen, maar ook zou uiteraard het gevaar bestaan van een onnodig grote diversiteit van oplossingen.

Dat neemt niet weg dat dit een uiterst weerbarstige materie is, die niet eenvoudig zowel adequaat als heel concreet valt te regelen.

Het ligt voor de hand in de wettelijke regeling onderscheid te maken tussen beëindiging of wijziging van de subsidieverhouding door de overheid wegens (1) gebreken bij het aangaan of verder ontwikkelen van de subsidieverhouding (2) niet-nakoming van de subsidievoorwaarden en (3) gewijzigde omstandigheden. Voorts dient bij wijziging van de subsidieverhouding uiteraard verschil te worden gemaakt tussen een wijziging die ten gunste resp. ten nadele van de subsidieontvanger is. Tenslotte lijkt er geen aanleiding voor de beëindiging door de subsidieontvanger te voorzien in een van het NBW afwijkende regeling.

Nog gecompliceerder is de beëindiging van de driehoeksverhouding die ontstaat door garantieverlening met betrekking tot een financiering die door een financieringsinstelling aan de aanvrager verstrekt wordt. Die aangelegenheid behoeft meer aandacht dan er in dit preadvies aan besteed kon worden.

Zo blijkt wel hoe lastig het is de juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen – in tweëerlei opzicht – tot een goed einde te brengen!

Noten

1. Derden zijn slechts ontvankelijk als zij rechtstreeks in hun belang getroffen zijn. Dat is b.v. het geval indien de subsidiebeslissing "van invloed is op de markt binnen de betrokken bedrijfstak en de concurrentieverhoudingen" tussen de daarin werkzame ondernemers raakt: AR 17 oktober 1985, AB 1986, 305 m.n. I.C. van der Vlies (Stichting Schipsters Kollectief Vrouwen Leren Vrouwen Werken in de Binnenvaart).
   Werknemers zullen niet spoedig door een subsidiebeslissing rechtstreeks in hun belang getroffen worden geacht: VzAR 1 februari 1985, AB 1986, 132 en HR 20 november 1987, RvdW no. 218.
2. De rechtsverwerking in het administratieve recht, M. Scheltema en W. Konijnenbelt, Geschriften VAR LXXIV.
3. Artikel 15, aanhef en onder d Investeringspremieregeling regionale projecten 1986 (Stcrt. 33). Zie voor een meer gedifferentieerde regeling bijvoorbeeld artikel 71 Wet op de studiefinanciering.
4. Het in noot 3 genoemde artikel uit de IPR spreekt ten onrechte alleen van terugvordering. Zuiverder is het te spreken van intrekking (en terugvordering).
5. Zie ook AR 3 maart 1983, AB 487.

6. Aldus ook VzAR 8 november 1983, G.S. 6765, nr. 3.
7. Verg. Asser-Rutten-Hartkamp II, blz. 150.
8. Zie b.v. T.R. Ottervanger, Steunverlening en rechtsbescherming: de problematiek rond onrechtmatig toegekende steun in de EEG, *SEW* 1985, blz. 2-27.
9. Verg. Asser-Rutten-Hartkamp II, blz. 419 e.v.
10. In: *Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet,* E.P. de Jong e.a., Lelystad 1984, blz. 243.
11. Zie noot 10, blz. 243-245.
12. Verg. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel,* 5e druk, Alphen aan den Rijn 1987, blz. 230 e.v. Idem Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van Administratief Recht, 5e druk, Den Haag 1984, blz. 209.
13. Aldus ook Donner t.a.p. (noot 12) blz. 263. Uitgebreider N.J. Haverkamp t.a.p. (noot 10), blz. 245-250.
14. Zie W. Snijders, themamiddag KUB (zie noot 5 bij hoofdstuk 6).
15. J. van Viegen, Bestuursrechtelijke handhaving van subsidievoorwaarden, in: *Recht op scherp. Beschouwingen over handhaving van publiekrecht* (Duk-bundel), 1984, blz. 434-435.
16. A.w. (zie noot 12), blz. 266.
17. Bijvoorbeeld artikel 21 Regeling herstelfinanciering 1984 (gehele of gedeeltelijke kwijtschelding), artikel 11, vierde en vijfde lid Investeringsregeling regionale projecten 1986.
18. Dat die bepaling bij rechtstreekse toepassing tussenkomst van de rechter vereist, behoeft uiteraard niet te beletten aan het inhoudelijke criterium inspiratie te ontlenen.
19. De betrokken werknemers werden echter geacht niet rechtstreeks in hun belang getroffen – in de zin van art. 7 Wet Arob – te zijn.
20. P.A.M. Meijknecht, *Planverbintenissen,* diss. VU, Zwolle 1979, 211.
21. L.A. Geelhoed, Economische steunmaatregelen: enkele juridische aspecten (II), *TVVS* 1983 nr. 85/5, 116.
22. Anders kennelijk Rb Leeuwarden 12 september 1985, NJ 1987, 13 (zeewerende waterschappen/provincie Friesland).

Slotopmerking

Via dit preadvies hoop ik aannemelijk te hebben gemaakt dat er goede mogelijkheden zijn om ons te gebrekkig subsidierecht te verbeteren en aldus tot een goed begin en een goed einde van subsidieverhoudingen te komen.

De verwezenlijking ligt in handen van de diverse regelgevers, bestuurders en rechters, gesteund door wetenschapsbeoefenaren. Zij allen zullen, in goede wisselwerking tussen theorie en praktijk, verder moeten werken aan de juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen.

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J. H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J. V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L. J. M. Beel mr. G. J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H. E. R. E. A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J. M. Kan mr. W. G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G. A. van Poelje mr. A. M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S. O. van Poelje mr. C. H. F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A. J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G. J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J. W. Noteboom mr. L. R. J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W. F. Prins mr. H. D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F. E. de Visschere mr. S. F. L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)

LXIX	mr. A. M. Donner mr. P. J. Boukema mr. H. J. M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L. J. M. de Leede mr. J. P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E. L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S. V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A. G. van Galen mr. H. Th. J. F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht*	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C. J. G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F. W. ter Spill mr. A. Q. C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P. J. J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming*	(1982)
XC	mr. F. J. P. M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F. P. C. L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling*	(1984)
XCIII	mr. D. W. P. Ruiter drs. C. J. N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht*	(1985)
XCIV	mr. D. A. Lubach mr. W. A. M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*	(1986)
XCVI	mr. H. Ph. J. A. M. Hennekens mr. J. W. Ilsink	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*	(1987)

XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A. D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L. G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A. M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R. A. V. Baron van Haersolte dr. H. A. Brasz mr. J. G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W. F. Leemans mr. W. M. J. C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E. H. s'Jacob mr. J. C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H. J. M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J. M. Kan mr. N. H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L. J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A. D. Peiffer mr. W. M. J. C. Phaf prof. mr. S. O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O. A. C. Verpalen mr. F. J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F. H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J. A. M. van Angeren mr. Th. J. C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)