

staatsraad advocaat-generaal Widdershoven behorend bij de uitspraak inzake *Speelautomatenhal Vlaardingen* (ABRvS 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel) volgt dat op voormelde rechtsnorm in de context van schaarse vergunningen wel uitzonderingen mogelijk zijn, hetgeen inmiddels ook uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt (zie ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel). Het ligt voor de hand dat in de context van schaarse subsidie-middelen vergelijkbare uitzonderingen kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer vaststaat dat slechts één subsidieontvanger aan de wettelijke subsidievoorwaarden voldoet.

Een daarmee samenhangende vraag is hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de begrotings- en incidentele subsidies. Voor deze subsidies is het niet nodig dat zij op een algemeen verbindend voorschrift zijn gebaseerd (zie art. 4:23 lid 3 onder c en d Awb). Dit betekent dat er geen subsidieplafond zal zijn vastgesteld in de zin van art. 4:25 lid 1 Awb. Voor begrotingssubsidies geldt doorgaans wel een maximumbedrag dat aan subsidies kan worden verstrekt, namelijk het bedrag dat daarvoor in de begroting is neergelegd. Deze uitspraak geeft – logischerwijs – geen antwoord op de vraag of het beginsel van gelijke kansen ook van toepassing is op de begrotings- en incidentele subsidie die niet wettelijk zijn geregeld. Ik verwacht dat het niet lang zal duren tot ook deze vraag de hoogste bestuursrechter bereikt. Feit is dat de Awb-wetgever de begrotings- en incidentele subsidie zonder wettelijke regeling uitdrukkelijk heeft willen toestaan. Dit hoeft echter niet te betekenen dat het beginsel van gelijke kansen om die reden niet van toepassing is. Zeker bij begrotingssubsidies is strikt genomen ook sprake van schaarse subsidiemiddelen, nu het bestuur is gebonden aan het bedrag dat is neergelegd in de begroting. Jurisprudentie op dit punt moet worden afgewacht. J.E. van den Brink

AB 2019/321

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

13 februari 2019, nr. 201805377/1/A2

(Mrs. B.J. van Ettehoven, J.E.M. Polak, P.B.M.J. van der Beek-Gillessen)

m.nt. W. den Ouden

Art. 1:1 lid 1 onder b, art. 1:3, 4:21, 4:23 Awb

Gst. 2019/86

ECLI:NL:RVS:2019:413

SCE is wel een (buitenwettelijk) bestuursorgaan, maar is niet bevoegd om zonder wettelijke grondslag subsidie te verlenen. Herroepen verleningsbesluit is in strijd met het verbod op reformatio in peius. Gemeenteraad kan bij verordening voorzien in de benodigde wettelijke grondslag.

Openbaar gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Als een daartoe strekkend wettelijk voorschrift ontbreekt, is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel geen bestuursorgaan. Bij organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, kan zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoen, waardoor die organen toch bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb zijn. Deze uitzondering doet zich voor, aldus deze uitspraken van de Afdeling van 17 september 2014, als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan.

SCE voldoet aan het financiële vereiste en het inhoudelijke vereiste, is voor de verlening van subsidies een bestuursorgaan en neemt dus besluiten in de zin van de Awb waartegen in bezwaar en (hoger) beroep kan worden opgekomen.

De vraag naar de bevoegdheid van een bestuursorgaan is van openbare orde. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in haar uitspraak van 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, wordt onder een wettelijk voorschrift als bedoeld in art. 4:23 lid 1 Awb verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent. De Subsidieregeling, op basis waarvan SCE subsidie heeft verleend aan de bibliotheek, is door SCE vastgesteld en is daarmee, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, geen wettelijk voorschrift als bedoeld in art. 4:23 lid 1 Awb. SCE beschikt, als een stichting naar burgerlijk recht, niet over regelgevende bevoegdheid. Ook is aan SCE geen regelgevende bevoegdheid gedelegeerd.

De Afdeling overweegt dat de eis dat er voor de verstrekking van subsidie een wettelijke grondslag

bestaat een belangrijk element van de subsidiëertitel in de Awb vormt, dat daarin door de wetgever welbewust is verankerd en waaraan de (bestuurs) rechter dus niet voorbij kan gaan. Naast rechtsstatelijke overwegingen heeft daarbij de wens een weloverwogen gebruik van het subsidie-instrument te bevorderen een rol gespeeld. Om de met de subsidieverlening beoogde doelen te kunnen bereiken en enerzijds misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies te kunnen tegengaan, anderzijds de subsidieontvangers voldoende rechtszekerheid te verschaffen, dienen rechten, plichten en bevoegdheden van subsidiegevers en subsidieontvangers op heldere wijze te worden afgebakend, een evenwichtig geheel te vormen en goed kenbaar te zijn. Daarvoor is een wettelijke regeling nodig, aldus de memorie van toelichting bij de subsidiëertitel (Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 18).

Nu in het geval van SCE van een wettelijk voorschrift als bedoeld in art. 4:23 lid 1 Awb geen sprake is en vaststaat dat zich geen van de in lid 3 van dat artikel genoemde uitzonderingen voordoet op grond waarvan een subsidie kan worden verstrekt zonder een wettelijk voorschrift, heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat SCE niet bevoegd was subsidie te verlenen.

Uit het voorgaande volgt dat het bezwaar van de bibliotheek weer open ligt en dat daarop door SCE een nieuw besluit moet worden genomen. SCE kan het gebrek in de wettelijke grondslag niet zelf repareren, maar de gemeenteraad kan dat wel bij gemeentelijke verordening, zoals ter zitting aan de orde is geweest.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Het bestuur van de Stichting Cultuur Eindhoven (hierna: SCE),
 2. De Stichting Openbare Bibliotheek Eindhoven, te Eindhoven (hierna: de bibliotheek),
- appellanten, tegen de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant in 17/3023 in het geding tussen: De bibliotheek,
en
SCE.

Procesverloop

Bij besluit van 30 september 2016 heeft SCE aan de bibliotheek voor de periode 2017–2020 een subsidie verleend van maximaal € 12.788.468.

Bij besluit van 26 september 2017 heeft SCE het door de bibliotheek daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard en, onder aanpassing van de motivering, de subsidieverlening van maximaal € 12.788.468 gehandhaafd.

Bij uitspraak van 30 mei 2018 heeft de rechtbank het door de bibliotheek daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 26 september 2017 vernietigd en het besluit van

30 september 2016 – evenals een besluit van 20 april 2017 – herroepen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben SCE en de bibliotheek hoger beroep ingesteld.

De bibliotheek heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 25 september 2018, waar SCE, vertegenwoordigd door mr. J. Bootsma en mr. J. Kennis, beiden advocaat te Den Haag, vergezeld door directeur A, en de bibliotheek, vertegenwoordigd door mr. J.A. Mohuddy, advocaat te Amsterdam, vergezeld door directeur B, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding en samenvatting

1. Op 31 mei 2016 heeft de bibliotheek, op grond van de Subsidieregeling Cultuur Eindhoven 2017–2020 (hierna: de Subsidieregeling), voor de periode 2017–2020 een subsidie van € 14.018.000 aangevraagd. Bij besluit van 30 september 2016 heeft SCE deze aanvraag in zoverre gehonoreerd dat aan de bibliotheek voor die periode een subsidie is verleend van maximaal € 12.788.468, hetgeen € 1.229.532 lager is dan aangevraagd. Bij het besluit op bezwaar van 26 september 2017 heeft SCE zijn besluit van 30 september 2016 met een aanvullende motivering gehandhaafd. Tegen dit besluit op bezwaar heeft de bibliotheek beroep ingesteld, omdat zij het met de zogenaamde solidariteitskorting op de door haar aangevraagde subsidie niet eens is. Hierna zal blijken dat de Afdeling aan de inhoudelijke bezwaren tegen de solidariteitskorting van de bibliotheek niet toekomt. Zij moet in deze zaak twee voorvragen van formeel juridische aard beantwoorden, namelijk of SCE een bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en zo ja, of er een wettelijk voorschrift is op grond waarvan SCE subsidie kan verlenen, zoals artikel 4:23 van de Awb vereist. Weliswaar beantwoordt de Afdeling de eerste vraag hierna bevestigend, maar omdat zij de tweede vraag net als de rechtbank ontkennend beantwoordt, kan zij geen inhoudelijk oordeel geven over de vraag of de solidariteitskorting terecht is toegepast. Wel is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank het primaire besluit niet had mogen herroepen. De reden daarvoor is dat de bibliotheek daardoor in een slechtere positie is gekomen dan voordat zij beroep bij de rechtbank instelde. Daarom wordt dat onderdeel van de uitspraak van de rechtbank ongedaan gemaakt. Het gevolg daarvan is dat SCE over 2016 weer recht heeft op het bij besluit van 30 september 2016 toegekende en bij besluit van 20 april 2017 geïndexeerde bedrag.

De aangevallen uitspraak

2. De rechtbank heeft zich ambtshalve voor de vraag gesteld gezien of SCE bevoegd was subsidie te verlenen. In artikel 4:23, eerste lid, van de Awb is bepaald dat een bestuursorgaan slechts subsidie verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. De rechtbank heeft overwogen dat de door SCE vastgestelde Subsidie-regeling niet kan worden aangemerkt als wettelijk voorschrift als bedoeld in die bepaling. SCE heeft als een stichting naar burgerlijk recht niet de bevoegdheid om wettelijke voorschriften vast te stellen. De gemeenteraad heeft SCE evenmin verordenende bevoegdheid gedelegeerd als bedoeld in artikel 149 van de Gemeentewet. Dit nog daargelaten dat het delegeren van die bevoegdheid volgens de rechtbank in strijd zou zijn met artikel 10:15 van de Awb gelezen in samenhang met artikel 156, eerste lid, van de Gemeentewet. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat de Algemene subsidieverordening van de gemeente Eindhoven in dit geval niet als wettelijke grondslag kan dienen, omdat die verordening alleen aan het college van burgemeester en wethouders van die gemeente de bevoegdheid toekent om subsidie te verstrekken. De rechtbank is niet gebleken van een ander wettelijk voorschrift op grond waarvan SCE bevoegd moet worden geacht aan de bibliotheek subsidie te verstrekken. Verder doet één van de in het derde lid van artikel 4:23 van de Awb genoemde uitzonderingen, op grond waarvan de subsidie kan worden verstrekt zonder een wettelijke grondslag, zich volgens de rechtbank niet voor. Voorts kan, anders dan SCE had betoogd, het vereiste van een wettelijke grondslag naar het oordeel van de rechtbank niet worden gepasseerd door de Subsidieregeling te zien als een bekendgemaakte beleidsregel waardoor aan het doel van de eis van een wettelijke grondslag, de rechtszekerheid, is voldaan. De rechtbank heeft de ambtshalve opgeworpen vraag naar de bevoegdheid van SCE daarom ontkennend beantwoord en het besluit van 26 september 2017 vernietigd wegens strijd met artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. Zij heeft vervolgens zelf in de zaak voorzien en het besluit van 30 september 2016 herroepen, evenals een besluit van 20 april 2017 waarbij de verleende subsidie is geïndexeerd.

3. Zoals de rechtbank ook heeft onderkend, is het – door geen van beide partijen gewenste – gevolg van haar uitspraak dat de subsidieverlening aan de bibliotheek over 2017–2020 geheel ongedaan is gemaakt. Zowel SCE als de bibliotheek hebben daarom hoger beroep ingesteld.

Is SCE een bestuursorgaan?

4. Voordat de Afdeling toekomt aan de vraag die door de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep centraal staat, namelijk of de subsidieverlening op een wettelijke grondslag berust, ziet de Afdeling zich eerst – ambtshalve – voor de vraag gesteld of SCE kan worden aangemerkt als een bestuursorgaan. Alleen een bestuursorgaan is bevoegd om een besluit te nemen in de zin van de Awb. De Afdeling heeft partijen bij brief van 17 september 2018 op die vraag gewezen en dit is ter zitting besproken.

4.1. Artikel 1:1, eerste lid, van de Awb luidt:

“Onder bestuursorgaan wordt verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.”

4.2. SCE is, als stichting naar burgerlijk recht, geen a-orgaan. SCE kan echter wel een b-orgaan zijn, voor zover SCE met enig openbaar gezag is bekleed. SCE heeft zich reeds bij de rechtbank op het standpunt gesteld een bestuursorgaan te zijn. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraken van de grote kamer van 17 september 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:3379 en

ECLI:NL:RVS:2014:3394) is bepalend of aan het betrokken orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend. Openbaar gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Als een daartoe strekkend wettelijk voorschrift ontbreekt, is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel geen bestuursorgaan. Bij organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, kan zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoen, waardoor die organen toch bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb zijn. Deze uitzondering doet zich voor, aldus deze uitspraken van de Afdeling van 17 september 2014, als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan.

Het eerste vereiste is dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het inhoudelijke vereiste). Dat bestuursorgaan of die bestuursorganen hoeven geen zeggenschap te hebben over een beslissing over een verstrekking in een individueel geval.

Het tweede vereiste is dat de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegen-

de mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het financiële vereiste).

Verder geldt dat het bestuursorgaan dat of de bestuursorganen die in beslissende mate de criteria bepalen in de zin van het inhoudelijke vereiste, niet noodzakelijkerwijs dezelfde hoeven te zijn als het bestuursorgaan dat of de bestuursorganen die de verstrekking in overwegende mate financieren in de zin van het financiële vereiste.

Het financiële vereiste

4.3. Vast staat dat de door SCE op grond van de Subsidieregeling verstrekte subsidies in overwegende mate worden gefinancierd door de gemeente Eindhoven. De gemeenteraad stelt steeds voor een periode van vier jaar een jaarlijks bedrag beschikbaar aan SCE voor de cultuursubsidies, welk bedrag door het college van burgemeester en wethouders aan SCE als subsidie wordt verstrekt. Daarmee worden de cultuursubsidies die SCE verstrekt gefinancierd. Aan het financiële vereiste is derhalve voldaan.

Het inhoudelijke vereiste

4.4. Indien de criteria die SCE toepast bij het verstrekken van subsidies aan instellingen binnen de zogenoemde basisinfrastructuur, waaronder ook de bibliotheek valt, in beslissende mate door de gemeenteraad en/of het college worden bepaald, is SCE voor die verstrekking een b-orgaan.

4.4.1. SCE heeft toegelicht dat de gemeente Eindhoven er voor heeft gekozen om de uitvoering van de beleidskaders voor cultuur en de verdeling van de door de gemeenteraad beschikbaar gestelde cultuursubsidiebudgetten in Eindhoven door een zelfstandige privaatrechtelijke rechtspersoon op afstand van de gemeente te laten verrichten. De belangrijkste redenen daarvoor zijn geweest dat een onafhankelijke stichting objectieve, niet-politieke keuzes kan maken, dichter bij en in het culturele veld staat en mogelijk makkelijker contacten kan leggen met andere financiers voor cultuuractiviteiten in Eindhoven. De beleidskaders voor cultuur waarbinnen het budget door SCE moet worden verdeeld zijn echter wel door de gemeenteraad vastgesteld. Deze beleidskaders zijn neergelegd in de Cultuurbrief 2017–2018, die weliswaar in concept is opgesteld door SCE zelf maar is besproken in een raadscommissie en, na aanpassing, door het college is voorgelegd aan de gemeenteraad. De gemeenteraad heeft de Cultuurbrief op 26 januari 2016 vastgesteld. SCE dient, zoals ter zitting is toegelicht, binnen de beleidskaders van de Cultuurbrief te opereren. Dat is vastgelegd in de opdrachtovereenkomst van

29 november 2016 die de gemeente met SCE heeft gesloten en is ook als verplichting verbonden aan de subsidie die aan SCE is verleend en die voor SCE het budget vormt waaruit de te verlenen subsidies worden gefinancierd. De criteria uit de Cultuurbrief zijn verwerkt in de door SCE opgestelde en toegepaste Subsidieregeling van 24 februari 2016. In artikel 2 van de Subsidieregeling is bepaald dat de subsidies moeten passen binnen de door de gemeenteraad vastgestelde cultuurbrief en de subsidievereisten voor de culturele basisinfrastructuur die in artikel 10 zijn opgenomen, zijn ontleend aan de Cultuurbrief 2017–2018. Voorts is in de Cultuurbrief opgenomen dat de besluiten van SCE die betrekking hebben op de basisinfrastructuur vooraf ter instemming worden voorgelegd aan het college, waarbij wordt getoetst of aan de opdracht om het gemeentelijke cultuurbeleid uit te voeren is voldaan en het proces naar behoren is verlopen. Onder deze omstandigheden worden naar het oordeel van de Afdeling de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van de cultuursubsidies door SCE in beslissende mate bepaald door een of meer bestuursorganen van de gemeente waardoor is voldaan aan het inhoudelijke vereiste.

4.4.2. SCE is dus voor de verlening van subsidies een bestuursorgaan en neemt dus besluiten in de zin van de Awb waartegen in bezwaar en (hoger) beroep kan worden opgekomen. De Afdeling komt nu toe aan de vraag naar de wettelijke grondslag van de subsidieverlening.

Wettelijke grondslag van de subsidieverlening

5. De rechtbank heeft ambtshalve getoetst of de subsidie is verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank dit terecht heeft gedaan omdat dit de vraag betreft of SCE bevoegd was een besluit te nemen over subsidieverstrekking aan de bibliotheek. De vraag naar de bevoegdheid van een bestuursorgaan is van openbare orde. Voor zover de bibliotheek in hoger beroep heeft betoogd dat de rechtbank buiten de omvang van het geding is getreden omdat slechts beroep was ingesteld tegen het besluit van 26 september 2017 voor zover daarin is geweigerd de aangevraagde subsidie te verlenen en niet is opgekomen tegen de verlening van een gedeelte van de aangevraagde subsidie, kan dit niet slagen. De vraag naar de wettelijke grondslag van het subsidiebesluit ziet op het besluit als geheel, zowel de toekenning als de toegepaste solidariteitskorting.

6. Artikel 4:23 van de Awb luidt als volgt:

“1. Een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.

2. Indien een zodanig wettelijk voorschrift is opgenomen in een niet op een wet berustende algemene maatregel van bestuur, vervalt dat voorschrift vier jaren nadat het in werking is getreden, tenzij voor dat tijdstip een voorstel van wet bij de Staten-Generaal is ingediend waarin de subsidie wordt geregeld.
3. Het eerste lid is niet van toepassing:
- in afwachting van de totstandkoming van een wettelijk voorschrift gedurende ten hoogste een jaar of totdat een binnen dat jaar bij de Staten-Generaal ingediend wetsvoorstel is verworpen of tot wet is verheven en in werking is getreden;
 - indien de subsidie rechtstreeks op grond van een door de Raad van de Europese Unie, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Europese Commissie vastgesteld programma wordt verstrekt;
 - indien de begroting de subsidie-ontvanger en het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld, vermeldt, of
 - in incidentele gevallen, mits de subsidie voor ten hoogste vier jaren wordt verstrekt.
4. Het bestuursorgaan publiceert jaarlijks een verslag van de verstrekking van subsidies met toepassing van het derde lid, onderdelen a en d.”
7. Het hoger beroep van SCE is gericht tegen het oordeel van de rechtbank over de wettelijke grondslag. SCE betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat SCE niet bevoegd is subsidie te verlenen vanwege het niet bestaan van een wettelijk voorschrift dat daartoe de grondslag verschaft.
- 7.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in haar uitspraak van 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, wordt onder een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent. De Subsidieregeling, op basis waarvan SCE subsidie heeft verleend aan de bibliotheek, is door SCE vastgesteld en is daarmee, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, geen wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. SCE beschikt, als een stichting naar burgerlijk recht, niet over regelgevende bevoegdheid. Ook is aan SCE geen regelgevende bevoegdheid gedelegeerd. Dit wordt door SCE ook niet bestreden.
- 7.2. SCE stelt dat op andere wijze aan de eis van de wettelijke grondslag is voldaan. Zij wijst op de statuten en de met de gemeente Eindhoven gesloten opdrachtovereenkomst, waarbij de bevoegdheid is toegekend subsidies te verstrekken ten behoeve van kunst en cultuur in de gemeente Eindhoven. Door de Cultuurbrief is er in dit geval

sprake van democratische legitimatie. SCE voert, evenals in beroep, aan bevoegd te zijn beleidsregels als bedoeld in artikel 4:81 van de Awb op te stellen, ter invulling van de toegekende bevoegdheid. Dit heeft geleid tot de Subsidieregeling. Met de publicatie van de Subsidieregeling is, volgens SCE, voldaan aan het vereiste van een wettelijke grondslag als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. Op deze wijze wordt zowel recht gedaan aan de zelfstandige bevoegdheid van SCE, de notie dat een dergelijke rechtspersoon geen wetgevende bevoegdheid heeft, als aan de ratio van artikel 4:23 van de Awb, namelijk de rechtszekerheid in die zin dat potentiële subsidieontvangers op voorhand op de hoogte moeten kunnen zijn van de wijze van subsidieverstrekking. Dit past bij de strategische benadering van het begrip bestuursorgaan waarbij SCE als b-orgaan is aangemerkt. Ook in de rechtspraak lijkt volgens SCE te zijn aanvaard dat met het vaststellen van beleidsregels wordt voldaan aan artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. In dit verband wijst SCE, evenals in beroep, op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 16 september 2004 (ECLI:NL:CRVB:2004:AR2280) en de uitspraak van de Afdeling van 30 november 1995 (ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850). De wenselijk geachte mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden om op te komen tegen besluiten van privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke gelden verstrekken wordt doorkruist als het vereiste van een wettelijk voorschrift strikt wordt uitgelegd. De verstrekking van subsidiegelden door daartoe bevoegde b-organen als SCE zal zich bij een strikte uitleg aan de rechtsbescherming van de bestuursrechter onttrekken omdat die dan geen inhoudelijk oordeel kan geven. Dat heeft grote gevolgen voor de rechtspraktijk, waarin op steeds grotere schaal privaatrechtelijke rechtspersonen worden ingericht met publieke middelen, waaruit vervolgens subsidies worden verstrekt aan aanvragers, aldus SCE.

7.3. De Afdeling overweegt hierover dat de eis dat er voor de verstrekking van subsidie een wettelijke grondslag bestaat een belangrijk element van de subsidietitel in de Awb vormt, dat daarin door de wetgever welbewust is verankerd en waaraan de (bestuurs)rechter dus niet voorbij kan gaan. Naast rechtsstatelijke overwegingen heeft daarbij de wens een weloverwogen gebruik van het subsidie-instrument te bevorderen een rol gespeeld. Om de met de subsidieverlening beoogde doelen te kunnen bereiken en enerzijds misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies te kunnen tegengaan, anderzijds de subsidieontvangers voldoende rechtszekerheid te verschaffen, dienen rechten, plichten en bevoegdheden van subsidiegevers en subsidieontvangers op heldere wijze te worden afgebakend, een evenwicht-

tig geheel te vormen en goed kenbaar te zijn. Daarvoor is een wettelijke regeling nodig, aldus de memorie van toelichting bij de subsidietitel (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 18*).

7.3.1. Beleidsregels dienen te worden onderscheiden van wettelijke voorschriften. Op grond van artikel 4:81, eerste lid, van de Awb kan een bestuursorgaan beleidsregels vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid. Uit de definitie van beleidsregel in artikel 1:3, vierde lid, van de Awb volgt dat het gaat om een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift. Algemeen verbindende voorschriften zijn juist wel wettelijke voorschriften. Beleidsregels zijn gelet op artikel 1:3, vierde lid, dus geen algemeen verbindende voorschriften. Een beleidsregel kan bestaande bevoegdheden nader uitwerken, maar kan geen nieuwe bevoegdheden voor bestuursorganen dan wel verplichtingen voor burgers in het leven roepen. Zelfs als de stelling van SCE kan worden gevolgd dat de Subsidieregeling aangemerkt moet worden als beleidsregel, is daarmee dus niet voldaan aan het vereiste van artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. Een beleidsregel kan geen regelgevende bevoegdheid voor een bestuursorgaan in het leven roepen. Daarvoor is een wet in formele zin of een algemeen verbindend voorschrift als een gemeentelijke verordening vereist.

7.3.2. De uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling, waarnaar SCE in dit verband heeft verwezen, bieden, zoals de rechtbank ook al heeft overwogen, geen aanknopingspunten om hiervan af te wijken, reeds omdat het daarbij niet om de verlening van subsidie ging. In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep ging het om een eenmalige uitkering voor oorlogsgetroffenen en hun nabestaanden (de Maror-gelden) en in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling, die bovendien dateert van vóór de inwerkingtreding van de subsidietitel van de Awb, ging het om een eenmalige uitkering voor slachtoffers van silicose onder oud-mijnwerkers. Die uitspraken waren wel van belang voor het begrip bestuursorgaan, maar niet voor de uitleg van het vereiste dat subsidieverlening op een wettelijk voorschrift moet beruilen. Nu in het geval van SCE van een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb geen sprake is en vast staat dat zich geen van de in het derde lid van dat artikel genoemde uitzonderingen voordoet op grond waarvan een subsidie kan worden verstrekt zonder een wettelijk voorschrift, heeft de rechtbank

terecht geoordeeld dat SCE niet bevoegd was subsidie te verlenen.

7.4. Het betoog faalt.

Reformatio in peius

8. De bibliotheek betoogt in hoger beroep dat de uitspraak van de rechtbank leidt tot een ontoelaatbare schending van het zogenoemde verbod op "reformatio in peius", dat inhoudt dat degene die beroep heeft ingesteld als gevolg daarvan in beginsel niet in een nadeliger positie mag komen te verkeren dan in de situatie waarin hij geen rechtsmiddel zou hebben aangewend.

8.1. Door de herroeping van het subsidieverleningsbesluit van 30 september 2016, en ook van het indexatiebesluit van 20 april 2017, heeft de bibliotheek geen recht op subsidie en ook geen aanspraak op de in het kader van de subsidieverlening reeds verstrekte voorschotten en zijn de voorschotten onverschuldigd betaald. Daarmee is de bibliotheek in een nadeliger positie komen te verkeren dan wanneer zij tegen het besluit op bezwaar van 26 september 2017 geen beroep had ingesteld. Het betoog van de bibliotheek dat de aangevallen uitspraak in strijd is met het verbod van reformatio in peius slaagt derhalve. Om te voorkomen dat de bibliotheek er door het instellen van beroep op achteruit zou gaan, had de rechtbank af moeten zien van herroeping van de besluiten van 30 september 2016 en 20 april 2017. Daar komt nog bij dat niet kan worden uitgesloten dat het bevoegdheidsgebrek alsnog wordt gerepareerd. De Afdeling zal daarom die herroeping ongedaan maken.

Conclusie

9. Het hoger beroep van SCE is ongegrond. Het hoger beroep van de bibliotheek is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd voor zover de rechtbank de besluiten van 30 september 2016 en 20 april 2017 heeft herroepen.

Hoe nu verder na deze uitspraak?

10. Uit het voorgaande volgt dat het bezwaar van de bibliotheek weer open ligt en dat daarop door SCE een nieuw besluit moet worden genomen. SCE kan het gebrek in de wettelijke grondslag niet zelf repareren, maar de gemeenteraad kan dat wel bij gemeentelijke verordening, zoals ter zitting aan de orde is geweest. De Afdeling zal voor het nemen van het nieuwe besluit op bezwaar geen termijn stellen. Daarbij is van belang dat aan eventuele reparatie van het bevoegdheidsgebrek niet alleen een juridische maar ook een politieke keuze ten grondslag ligt, die verband houdt met het onder 4.4.1 geschetste uitgangspunt van de gemeente Eindhoven om de uitvoering van de beleidskaders voor cultuur en

de verdeling van de door de gemeenteraad beschikbaar gestelde cultuursubsidiebudgetten in Eindhoven door een zelfstandige privaatrechtelijke rechtspersoon op een bepaalde afstand van de gemeente te laten verrichten. In verband met een en ander kan de Afdeling nu niet tot definitieve beslechting van het geschil overgaan. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling wel aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het te nemen nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

Proceskostenveroordeling

11. SCE dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep van het bestuur van Stichting Cultuur Eindhoven ongegrond;
- II. verklaart het hoger beroep van de bibliotheek gegrond;
- III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 30 mei 2018 in 17/3023, voor zover de rechtbank de besluiten van 30 september 2016 en 20 april 2017 heeft herroepen;
- IV. draagt het bestuur van Stichting Cultuur Eindhoven op om met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen een nieuw besluit op bezwaar te nemen;
- V. bepaalt dat tegen het te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;
- VI. veroordeelt het bestuur van Stichting Cultuur Eindhoven tot vergoeding van bij de bibliotheek in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.002 (zegge: duizendtwee euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat het bestuur van Stichting Cultuur Eindhoven aan de bibliotheek het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 508 (zegge: vijfhonderdacht euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt;
- VIII. bepaalt dat van het bestuur van Stichting Cultuur Eindhoven een griffierecht van € 508 (zegge: vijfhonderdacht euro) wordt geheven.

Noot

1. Deze uitspraak is een belangrijke nieuwe loot aan de stam van de b-bestuursorgaan doctri-

ne, die er ondanks recente jurisprudentiële pogingen daartoe, maar niet eenvoudiger op wil worden. Duidelijk wordt dat de Afdeling bestuursrechtspraak weliswaar strategisch wil omgaan met het bestuursorgaanbegrip om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te kunnen bieden tegen beslissingen van private rechtspersonen die publiek geld verstrekken, maar dat zij het strategisch omgaan met de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstreking (art. 4:23 Awb) een stap te ver vindt gaan. Alle reden dus voor een bespreking van deze uitspraak in de AB.

2. De zaak kwam aan het rollen door een besluit van het bestuur van de Stichting Cultuur Eindhoven (SCE), om op grond van de door haarzelf opgestelde Subsidieregeling Cultuur Eindhoven 2017–2020 aan de Stichting Openbare Bibliotheek Eindhoven (hierna: de bibliotheek) voor de periode 2017–2020 niet de aangevraagde € 14.018.000 te verlenen, maar daarop een ‘solidariteitskorting’ toe te passen. Het maximale subsidiebedrag werd bepaald op € 12.788.468. De bibliotheek kreeg daardoor € 1.229.532 minder subsidie verleend dan aangevraagd en besloot het er niet bij te laten zitten. In bezwaar blijft SCE bij haar besluit, dus volgt beroep bij de rechtbank. Daar gebeurt iets wat beide partijen niet hadden verwacht. In plaats van te oordelen over de gewraakte solidariteitskorting, constateert de rechtbank ambtshalve dat een wettelijke grondslag voor subsidieverstreking, die door art. 4:23 Awb wordt vereist, in dit geval ontbreekt. De door SCE zelf vastgestelde Subsidieregeling kan volgens haar niet worden aangemerkt als wettelijk voorschrift als vereist in art. 4:23 Awb. SCE heeft als stichting namelijk niet de bevoegdheid om wettelijke voorschriften vast te stellen. Nu er ook geen ander wettelijk voorschrift voor handen is op grond waarvan SCE bevoegd moet worden geacht aan de bibliotheek subsidie te verstrekken, is het subsidieverleningsbesluit genomen in strijd met de wet. De rechtbank vernietigt daarom de beslissing op bezwaar en herroept het primaire besluit, met het door geen van de partijen gewenste gevolg dat de bibliotheek geheel zonder subsidieaanspraak achterblijft.

3. In hoger beroep beoordeelt de ABRvS eerst, ambtshalve, of SCE wel een bestuursorgaan is omdat, zoals zij overweegt, alleen een bestuursorgaan een besluit kan nemen in de zin van de Awb. Zij toetst daarbij aan de inmiddels vertrouwde kaders die de Afdeling, na conclusie te hebben gevraagd aan Staatsraad A-G Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2014:2260), heeft neergelegd in de bekende uitspraken van de grote kamer van 17 september 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters en

ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters) over de invulling van het b-bestuursorgaanbegrip (art. 1:1 lid 1 onder b Awb). Kern van dat kader is dat privaatrechtelijke rechtspersonen slechts appellabele besluiten kunnen nemen als zij met openbaar gezag zijn bekleed en dat gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Als zo'n wettelijk voorschrift ontbreekt, is er dus in beginsel ook geen (b-) bestuursorgaan. Een uitzondering geldt voor privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken; zij kunnen ook zonder dat zij bij wettelijk voorschrift zijn bekleed kwalificeren als b-bestuursorgaan en dus besluiten nemen. Voordat een dergelijk buitenwettelijk b-bestuursorgaan kan worden aangenomen moet aan twee cumulatieve vereisten zijn voldaan. Ten eerste geldt het financiële vereiste, dat inhoudt dat de verstrekking van de genoemde uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate (voor twee derden of meer) wordt gefinancierd door een of meer a-bestuursorganen. Ten tweede geldt het inhoudelijke vereiste, dat inhoudt dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van de geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer a-bestuursorganen.

4. Deze uitspraken worden beschouwd als een vernieuwde lijn in de zogenaamde publieke-taakjurisprudentie. Daarover is veel gezegd en geschreven in de laatste jaren (zie bijvoorbeeld J.A.F. Peters, 'Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio. Besluit en bestuursorgaan', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 63-686 en N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt', *JBplus* 2015, p. 75-95). Hier wil ik slechts in herinnering roepen dat deze jurisprudentie van oudsher ziet op situaties waarin de overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke vehikels voor publieke geldverstrekking aan particulieren, *zonder* dat die bevoegdheid in een wettelijk voorschrift wordt geregeld. In beginsel zijn die private organisaties dus niet met openbaar gezag bekleed, zijn zij geen bestuursorgaan en kunnen zij dus geen besluiten nemen. Maar dat betekent dat de normering van hun handelen een grijs gebied is en dat tegen hun beslissingen geen rechtsbescherming openstaat bij de bestuursrechter. Om dat te voorkomen neemt de bestuursrechter al sinds lang (zie bijvoorbeeld ABRvS 16 mei 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AM9085 (*Metroschade Rotterdam*) en ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850 (*Stichting Silicose*)) aan dat de publiekrechtelijke aard van geldelijke verstrekkingen in dergelijke gevallen ook kan volgen uit het feit dat zij (hoofdzakelijk) worden bekostigd uit belastinggeld. Dat werd (en wordt) gezien als een belangrijke aanwijzing dat het gaat om

de uitvoering van een publieke taak, al is deze dan uitbesteed. Beslissingen over deze verstrekkingen werden om die reden gekwalificeerd als beschikkingen waartegen (laagdrempelige) bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond, althans voor zover er ook overigens voldoende verband was tussen de overheid en de private organisatie. De bestuursrechter hanteert aldus sinds lang een strategisch b-bestuursorgaanbegrip. Omdat er steeds weer discussie ontstond over de vraag wanneer er nu precies sprake was van een dergelijk buitenwettelijk b-bestuursorgaan, werd de Staatsraad A-G gevraagd conclusie te nemen en werden de hierboven beschreven vereisten neergelegd in de uitspraken van 17 september 2014. Daarin hield de Afdeling vast aan het strategische b-bestuursorgaanbegrip, dat evenwel duidelijker en strakker werd omlind.

5. In de literatuur is beschreven dat deze strakkere omlijning voor- en nadelen heeft. Voordeel is dat beter voorspelbaar is of een privaatrechtelijke rechtspersoon zal kwalificeren als buitenwettelijk b-bestuursorgaan en dat is goed voor de rechtszekerheid. Nadeel is dat aan de hand van deze duidelijke criteria door bestuursorganen heel gemakkelijk een situatie kan worden gecreëerd waarin *geen* sprake is van een buitenwettelijk b-bestuursorgaan. Door verduidelijking van de criteria heeft de ABRvS het makkelijker gemaakt om aan haar strategisch bestuursorgaanbegrip te ontsnappen. Van die mogelijkheid wordt in de praktijk ook volop gebruik gemaakt (zie daarover J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897 en J.E. van den Brink, *Realistisch revolutioneren. Het revolverend fonds met een Europese touch*, Deventer: Kluwer 2018.) Begrijpelijk want publiek geld verstrekken buiten de bestuursrechtelijke kaders kan aantrekkelijk zijn voor bestuursorganen. Door de gelden te laten verstrekken door een private organisatie die niet kwalificeert als bestuursorgaan, verliezen allerlei publiekrechtelijke regels hun toepasbaarheid, zoals de subsidietitel van de Awb, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het transparantiebeginsel) en de Wob. Bovendien is er voor afgewezen aanvragers, noch voor de ontvangers van de gelden laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de financieringsbeslissingen beschikbaar.

6. In de hier te bespreken SCE-casus was van dergelijk ontsnapingsgedrag echter geen sprake; SCE ging er vanuit aan het financiële en inhoudelijke vereiste te voldoen en handelde het bezwaar van de bibliotheek dus af langs de bestuursprocesrechtelijke lijnen. Terecht, zo blijkt uit deze uitspraak. De Afdeling lijkt het evident te vinden dat in casu geen openbaar gezag aan SCE is toegekend bij wettelijk voorschrift, zij stoot in

haar toetsing namelijk direct door naar de uitzonderingssituatie van het buitenwettelijke b-bestuursorgaan. In dat kader stelt zij eerst vast dat de door SCE op grond van de door haar zelf opgestelde subsidieregeling verstrekte subsidies in overwegende mate worden gefinancierd vanuit een subsidie verstrekt door het College van burgemeester en wethouders van de gemeente Eindhoven (dus door een a-orgaan). In de r.o. 4.4 en verder gaat de Afdeling uitgebreid in op de vraag of er ook inhoudelijke sturing is gegeven door het college en de gemeenteraad van Eindhoven op de subsidieverstrekking door SCE. Deze overwegingen geven een mooi inkijkje in de redenen die bestuursorganen kunnen leiden tot een keuze voor een privaatrechtelijke constructie:

“de gemeente Eindhoven heeft er voor gekozen om de uitvoering van de beleidskaders voor cultuur en de verdeling van de door de gemeenteraad beschikbaar gestelde cultuursubsidiebudgetten in Eindhoven door een zelfstandige privaatrechtelijke rechtspersoon op afstand van de gemeente te laten verrichten. De belangrijkste redenen daarvoor zijn geweest dat een onafhankelijke stichting objectieve, niet-politieke keuzes kan maken, dichter bij en in het culturele veld staat en mogelijk makkelijker contacten kan leggen met andere financiers voor cultuuractiviteiten in Eindhoven.”

Uit deze rechtsoverwegingen blijkt ook dat de gewenste afstand in de praktijk beperkt is. Eindhoven heeft namelijk een flinke vinger in de pap bij de verstrekking van cultuursubsidies via o.a. een beleidskader en een zogenaamde ‘cultuurbrief’, waaraan SCE via de aan haar gerichte subsidiebeschikking is gebonden en die zij heeft verwerkt in de door haar opgestelde subsidieregeling. Al met al vindt de Afdeling dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van de cultuursubsidies door SCE daarmee in beslissende mate zijn bepaald door bestuursorganen van de gemeente Eindhoven, waardoor ook is voldaan aan het inhoudelijke vereiste.

7. SCE is dus een buitenwettelijk b-bestuursorgaan, zoals het zelf al dacht. Maar dat wil niet zeggen dat zij dus ook subsidiebesluiten mag nemen. Immers, in art. 4:23 lid 1 Awb is bepaald dat subsidies slechts op basis van een wettelijk voorschrift mogen worden verstrekt. Dat is bij buitenwettelijke bestuursorganen al snel een probleem. Kenmerkend voor hun situatie is nu eenmaal dat hun bevoegdheden juist *niet* in een wettelijk voorschrift zijn geregeld. Vanuit dat perspectief is het niet vreemd dat SCE in hoger beroep betoogt dat de door haar opgestelde subsidieregeling ook voldoet aan de eis van art. 4:23 Awb, althans aan de ratio van die bepaling. Door het beleidskader en de cultuurbrief is er democratische legitimatie voor de subsidieregeling die SCE heeft opgesteld en die

regeling zorgt bovendien voor voldoende rechtszekerheid en transparantie voor aanvragers. De wenselijk geachte bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden om op te komen tegen besluiten van privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke gelden verstrekken zou bovendien worden doorkruist als het vereiste van een wettelijk voorschrift strikt wordt uitgelegd, aldus SCE. Daar zit wat in: het strategische b-bestuursorgaanbegrip is ‘uitgevonden’ om juist in dit soort gevallen bestuursrechtelijke rechtsbescherming te kunnen bieden en daar komt de bestuursrechter niet echt aan toe als hij de betreffende buitenwettelijke b-bestuursorganen vervolgens onbevoegd verklaart wegen het gebrek aan een wettelijke grondslag.

8. Deze argumenten overtuigen de Afdeling echter niet. Zij stelt, kort gezegd, vast dat art. 4:23 Awb in beginsel een wettelijk voorschrift vereist voor de bevoegdheid tot subsidieverstrekking, dat een dergelijk voorschrift in casu ontbreekt en dat geen van de uitzonderingen die art. 4:23 Awb in lid 3 formuleert voor de eis van een wettelijke grondslag zich in deze casus voordoen. De Afdeling benadrukt vervolgens dat zij als bestuursrechter de eis van art. 4:23 Awb niet kan negeren of soepel kan interpreteren door te overwegen dat ‘de eis dat er voor de verstrekking van subsidie een wettelijke grondslag bestaat een belangrijk element van de subsidietitel in de Awb vormt, dat daarin door de wetgever welbewust is verankerd en waaraan de (bestuurs)rechter dus niet voorbij kan gaan. Naast rechtsstatelijke overwegingen heeft daarbij de wens een weloverwogen gebruik van het subsidie-instrument te bevorderen een rol gespeeld. Om de met de subsidieverlening beoogde doelen te kunnen bereiken en enerzijds misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies te kunnen tegengaan, anderzijds de subsidieontvangers voldoende rechtszekerheid te verschaffen, dienen rechten, plichten en bevoegdheden van subsidiegevers en subsidieontvangers op heldere wijze te worden afgebakend, een evenwichtig geheel te vormen en goed kenbaar te zijn. Daarvoor is een wettelijke regeling nodig, aldus de memorie van toelichting bij de subsidietitel (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 18*)’.

Geen soepele of strategische interpretatie dus van de eis van een wettelijke grondslag van art. 4:23 Awb, ook niet in het geval van subsidieverstrekken-de buitenwettelijke b-bestuursorganen, die niet aan deze eis zullen kunnen voldoen, het zijn immers *buitenwettelijke* b-organen. Dat betekent dat zij wanneer hun subsidiebesluiten worden aangevochten, zullen worden geconfronteerd met het lot dat SCE hier treft. Zij is weliswaar een buitenwettelijk bestuursorgaan, maar is *niet* bevoegd om subsidiebesluiten te nemen. Haar beslissing op het bezwaar

van de Bibliotheek werd daarom terecht vernietigd door de bestuursrechter, aldus de Afdeling. Herroeping van de primaire subsidieverleningsbesluiten zelf door de bestuursrechter, zoals de rechtbank in casu had gedaan, gaat de Afdeling echter te ver wegens het verbod op reformatio in peius. Door de herroeping is er voor de bibliotheek immers geen aanspraak meer op subsidiegelden en zijn eerder verstrekte voorschotten onverschuldigd uitbetaald. Daarmee is de bibliotheek in een nadeliger positie komen te verkeren dan wanneer zij geen bezwaar had gemaakt tegen de gewraakte solidariteitskorting. Daarom maakt de Afdeling die herroeping, in lijn met eerdere jurisprudentie (zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006/296, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden en ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6426), ongedaan. Dat geen sprake is van reformatio in peius indien een verslechtering van de rechtspositie van appellants optreedt als gevolg van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter (in die zin Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (HSB)*, 2019/762 en Timmermans in zijn noot onder deze uitspraak JB 2019/52, onder punt 3 met verdere literatuurverwijzingen), is dus een stelling die op zijn minst moet worden gerelativeerd.

9. Deze uitspraak maakt duidelijk dat buitenwettelijke b-bestuursorganen slechts subsidie kunnen verstrekken in gevallen waarin art. 4:23 Awb geen wettelijke grondslag vereist, maar die zullen niet veel voorkomen. De relevante uitzonderingen van art. 4:23 Awb betreffen de zogenaamde incidentele- en de begrotingssubsidie. Incidentele subsidies mogen blijkens de wet slechts tijdelijk en maar in enkele gevallen worden verstrekt; het lijkt weinig efficiënt daar een privaatrechtelijke constructie voor op te tuigen. Begrotingssubsidies moeten met bedrag en naam van de ontvanger op de begroting van de publiekrechtelijke rechtspersoon worden vermeld, dan blijft er voor een privaatrechtelijke verstrekker weinig zelfstandige taak over. Buitenwettelijke b-bestuursorganen worden in de praktijk vooral gebruikt voor de verstrekking van structurele subsidies op afstand en daar geldt de eis van een wettelijke grondslag van art. 4:23 Awb onverkort.

10. De Afdeling gaat onder het instructieve kopje 'Hoe nu verder na deze uitspraak?' in op wat er nu moet gebeuren. Door de vernietiging van de beslissing op bezwaar ligt het bezwaar van de bibliotheek weer open en daarop zal door SCE een nieuw besluit moeten worden genomen. SCE kan het gebrek aan een wettelijke bevoegdheid niet zelf repareren. Dat betekent dat zij zelf tot haar eigen onbevoegdheid zal moeten concluderen of dat de gemeenteraad het bevoegdheidsgebrek zal moeten repareren bij gemeentelijke

verordening, een optie die volgens de uitspraak 'ter zitting aan de orde is geweest'. Dat maakt nieuwsgierig naar wat daar dan is besproken: in het algemeen wordt aangenomen dat de Gemeentewet een gesloten systeem van bevoegdheidstoedeling bevat (zie daarover S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 243–246, zie ook *Kamerstukken II 1994/95*, 23700, 5, p. 121, inzake art. 10:15 Awb) en daar was de rechtbank in eerste aanleg ook vanuit gegaan. In dat geval zou het alleen mogelijk zijn om bevoegdheden te delegeren aan organen als bedoeld in art. 156 lid 1 Gemw en dus niet aan SEC. Maar zelfs als de Afdeling bestuursrecht spraak aanneemt dat de Gemeentewet niet in de weg staat aan een gemeentelijke verordening die regelgevende bevoegdheid of een subsidiebevoegdheid aan SCE toekent, is die weg nog niet eenvoudig. Dat vraagt om een politieke keuze, zoals de ABRvS terecht stelt, een keuze die bovendien ingaat tegen eerdere keuzes. De gemeente Eindhoven wilde de verdeling van de door de gemeenteraad beschikbaar gestelde cultuursubsidiebudgetten nu juist door een zelfstandige privaatrechtelijke rechtspersoon op een bepaalde afstand van de gemeente laten uitvoeren. Met het maken van een gemeentelijke verordening op de taken van SCE wordt die afstand niet bepaald groter. Of SCE een wettelijk b-bestuursorgaan kan en zal worden valt dus nog te bezien.

11. Voor de subsidiepraktijk betekent deze uitspraak ten eerste dat de vele buitenwettelijke b-bestuursorganen die nu subsidie verstrekken en hun financierende bestuursorganen het gesprek zullen moeten aangaan. Deze uitspraak markeert namelijk het principiële einde van buitenwettelijke b-bestuursorganen die met een structurele subsidietaak zijn belast. Er zal een keuze moeten worden gemaakt. Deze b-bestuursorganen kunnen (voor zover andere wettelijke voorschriften daaraan niet in de weg staan) alsnog bij wettelijk voorschrift met hun subsidietaak worden belast en daarmee transformeren in een wettelijk b-bestuursorgaan. Een tweede mogelijkheid is dat de samenwerking tussen bestuur en privaatrechtelijke organisatie zo wordt vormgegeven dat er (zeker) geen sprake meer is van een buitenwettelijk b-bestuursorgaan, maar 'gewoon' van een privaatrechtelijke organisatie die publiek geld allocceert. Dat kan, zo blijkt uit de hiervoor besproken '17 september uitspraken' uit 2014 van de ABRvS, bijvoorbeeld door het publieke geld niet rechtstreeks door a-bestuursorganen te laten verstrekken, maar daarvoor een privaatrechtelijk tussenstation te gebruiken (zie daarover uitgebreider W. den Ouden & H. van Amerongen, 'Het bestuursorgaan-begrip voorbij?', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*,

Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak, Nijmegen; *Ars Aequi Libri* 2017). Als er geen sprake is van een buitenwettelijk b-bestuursorgaan, dan kan het verstrekte geld ook geen subsidie zijn in de zin van art. 4:21 Awb. In dat artikel wordt een subsidie namelijk gedefinieerd als een door een *bestuursorgaan* verstrekte aanspraak op financiële middelen. Als publieke middelen niet worden toegeedeeld door een bestuursorgaan betekent dat dus automatisch dat er geen sprake is van subsidieverstrekking. Dan kom je aan de eis van een wettelijke grondslag van art. 4:23 Awb helemaal niet toe. De allocatiebeslissingen van dergelijke privaatrechtelijke rechtspersonen zijn in dat geval geen besluiten, geschillen daarover vallen onder de rechtsmacht van de burgerlijke rechter, die deze zal afhandelen conform de bepalingen van het burgerlijk recht.

12. Ik vermoed dat deze uitspraak in de praktijk vaak zal leiden tot een keuze voor optie 2 en daar wringt iets. Deze principiële uitspraak, die ontegenzeggelijk aansluit bij de wil van de wetgever, zal er waarschijnlijk toe leiden dat de allocatie van publieke gelden door privaatrechtelijke rechtspersonen vaker buiten de reikwijdte van het buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip zal worden georganiseerd. Daarmee zal feitelijk meer verstrekking van publiek geld buiten de kaders van de Awb en haar subsidiëtitel, andere bestuursrechtelijke normen en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming komen te vallen. Dat is dan weer moeilijk te rijmen met de door de Afdeling benadrukte rechtsstatelijke overwegingen van de Awb-wetgever en de wens om subsidieontvangers rechtszekerheid en rechtsbescherming te bieden. Maar dat probleem wordt in de kern niet veroorzaakt door deze heldere uitspraak, maar door de eerder gekozen afbakening van het buitenwettelijke b-bestuursorgaanbegrip, waaraan men gemakkelijk kan ontsnappen.

13. Tot slot is nog relevant de vraag wat deze uitspraak betekent voor buitenwettelijke b-bestuursorganen die geen subsidies verdelen, maar andersoortige financiële verstrekkingen doen. Lees ik r.o. 7.3.2. goed, dan verandert er voor hen niets. Voor schadevergoedingen, compensaties en coulancebetalings geldt immers geen eis van een wettelijke grondslag zoals vastgelegd voor subsidies in art. 4:23 Awb.

W. den Ouden

AB 2019/322

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

12 juni 2019, nr. 201803925/1/A2

(Mrs. J.A.W. Scholten-Hinloopen, H.C.P. Venema, A.J.C. de Moor-van Vugt)
m.nt. A.C. Hendriks

Art. 631 WVV 1994; art. 7:12, 8:113 Awb;
art. 7:464 BW; art. 6 EVRM

ECLI:NL:RVS:2019:1893

CBR is niet bevoegd op basis van het rapport van de door hem ingeschakelde psychiater het rijbewijs van appellant ongeldig te verklaren wegens alcoholmisbruik.

Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het CBR, op grond van het rapport van Van Loenen, niet tot de conclusie kon komen dat appellant ongeschikt was om een motorrijtuig te besturen wegens alcoholmisbruik in ruime zin. Daartoe wordt vooropgesteld dat een aanhouding in verband met rijden onder invloed, nadat eerder een EMA-cursus is opgelegd, op zichzelf onvoldoende grond vormt voor de conclusie dat sprake is van misbruik van alcohol. Deze conclusie kan evenmin worden gedragen door de, in aanvulling op de geconstateerde recidive, in het rapport in aanmerking genomen hoogte van het gemeten ademalcoholgehalte en de omstandigheid dat appellant voorafgaand aan de aanhouding met dat verhoogde alcoholgehalte een afstand van drie kilometer heeft gereden. In het onderzoeksrapport is niet inzichtelijk gemaakt waarom een gemeten ademalcoholgehalte van 510 µg/l op zichzelf grond vormt voor de conclusie alcoholmisbruik. Ook is niet nader onderbouwd waarom het onder invloed van dat alcoholgehalte afleggen van een afstand van drie kilometer een indicatie vormt van alcoholtolerantie. Daarbij is van belang dat uit het laboratoriumonderzoek geen alcoholmisbruik in ruime zin is te herleiden. Verder is in het onderzoeksrapport vermeld dat appellant zich voorafgaand aan zijn aanhouding op 18 december 2016 niet in staat voelde om te rijden en dat hij zich tijdens het rijden onder invloed van alcohol voelde. Bovendien heeft het CBR ter zitting toegelicht dat alcoholtolerantie slechts wordt aangenomen in het geval een minimale afstand van drie kilometer onder invloed is afgelegd. Wat betreft de afgelegde afstand is in dit geval derhalve sprake van een grensgeval.

De opsteller van het onderzoeksrapport heeft de diagnose alcoholmisbruik in ruime zin verder doen steunen op door hem aangenomen onderrapportage van zowel het alcoholgebruik ten tijde van de aanhouding op 18 december 2016 als het normale