



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Private subsidieverstrekker; buitenwettelijk b-orgaan, maar wettelijke grondslag art. 4:23 Awb ontbreekt (Stichting Cultuur Eindhoven)

Driessen, E.M.M.A.

Citation

Driessen, E. M. M. A. (2019). Private subsidieverstrekker; buitenwettelijk b-orgaan, maar wettelijke grondslag art. 4:23 Awb ontbreekt (Stichting Cultuur Eindhoven). *De Gemeentestem*, 2019(7490). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/83499>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/83499>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Private subsidieverstrekker; buitenwettelijk b-orgaan, maar wettelijke grondslag art. 4:23 Awb ontbreekt (Stichting Cultuur Eindhoven)

ABRVs 13-02-2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, m.nt. E.M.M.A. Driessen

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

13 februari 2019

Magistraten

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

Zaaknummer

201805377/1/A2

Noot

E.M.M.A. Driessen

Annotatorprofiel

Redactie

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS54999:1

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Subsidie

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2019:413, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 13â02â02019

Wetgang

(Art. 1:1 lid 1 sub b Awb, art. 4:23 Awb)

Essentie

Private subsidieverstrekker; buitenwettelijk b-orgaan, maar wettelijke grondslag art. 4:23 Awb ontbreekt (Stichting Cultuur Eindhoven)

Samenvatting

SCE voldoet aan de criteria van een buitenwettelijk b-orgaan. De Subsidieregeling, op basis waarvan SCE subsidie heeft verleend aan de bibliotheek, is door SCE zelf vastgesteld en is daarmee, geen wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb. SCE is een privaatrechtelijke rechtspersoon en heeft daarom geen regelgevende bevoegdheden. Ook is aan SCE geen regelgevende bevoegdheid gedelegeerd. SCE's stelling dat de Subsidieregeling een beleidsregel is, gaat eveneens niet op, aangezien een beleidsregel alleen bestaande bevoegdheden verder uit kan werken. Een beleidsregel kan echter géén nieuwe bevoegdheden in het leven roepen. Dit is voorbehouden aan een algemeen verbindend voorschrift. Hoewel SCE een bestuursorgaan is, is zij dus niet bevoegd om de subsidie te verlenen. 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.

Partij(en)

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. het bestuur van de Stichting Cultuur Eindhoven (hierna: SCE),
 2. de Stichting Openbare Bibliotheek Eindhoven, gevestigd te Eindhoven (hierna: de bibliotheek),
- appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 30 mei 2018 in zaak nr. 17/3023 in het geding tussen:

de bibliotheek
en
SCE.

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 30 september 2016 heeft SCE aan de bibliotheek voor de periode 2017-2020 een subsidie verleend van maximaal € 12.788.468,00.

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 € 12.788.468,00 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.

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 € 14.018.000,00 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 € 12.788.468,00, hetgeen € 1.229.532,00 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 Subsidieregeling 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 overwegende 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:

- a.
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;
 - b.
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;
 - c.
indien de begroting de subsidie-ontvanger en het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld, vermeldt, of
 - d.
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 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, 23 700, nr. 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 en daarmee ook geen wettelijke 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 berusten. 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

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 zaak nr. 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 € 1.002,00 (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 € 508,00 (zegge: vijfhonderdacht euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt;
- VIII. bepaalt dat van het bestuur van Stichting Cultuur Eindhoven een griffierecht van € 508,00 (zegge: vijfhonderdacht euro) wordt geheven.

Noot

Auteur: E.M.M.A. Driessen^[1]

Naschrift

1.

De hierboven afgedrukte uitspraak draait om Stichting Cultuur Eindhoven (SCE); een private subsidieverstrekker. De gemeente Eindhoven is namelijk van mening dat de verdeling van de cultuursubsidies beter kan worden ondergebracht bij een zelfstandige, op afstand van de overheid gezette, private rechtspersoon. Dit omdat een private partij volgens de gemeente beter in staat is om onafhankelijke, niet-politiek gemotiveerde financieringsbeslissingen te nemen, dichterbij de aanvrager staat en beter in staat is om contacten te leggen met potentiële andere financiers. Constructies waarbij subsidieverlening op afstand wordt geplaatst komen de laatste jaren veel voor, maar leiden slechts zelden tot (bestuurs)rechterlijke procedures. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen private subsidieverlening is in de meeste gevallen namelijk niet mogelijk aangezien de geldverstrekkers niet kwalificeren als een bestuursorgaan. Dan rest bij geschillen slechts de gang naar de civiele rechter die, vanwege de hoge drempel, voor de burger in dit soort zaken geen daadwerkelijk alternatief vormt. In het geval van SCE ligt dit anders; bestuursrechtelijke rechtsbescherming blijkt wel degelijk mogelijk. Daarnaast laat deze uitspraak een interessante spanning zien tussen het buitenwettelijk b-orgaan en het vereiste dat een subsidie een wettelijke grondslag dient te hebben (art. 4:23 Awb). Dit naschrift is als volgt opgebouwd. In

paragraaf 2 worden de feiten en de kwalificatie van SCE als bestuursorgaan aan de orde. In paragraaf 3 wordt stilgestaan bij het vereiste dat subsidies volgens art. 4:23 Awb dienen te berusten op een wettelijk voorschrift. In paragraaf 4 tot en met 6 komen de mogelijke oplossingsrichtingen die de gemeente Eindhoven kan aanwenden en de bijbehorende consequenties aan bod.

2.

De Stichting Openbare Bibliotheek Eindhoven heeft in mei 2016 bij SCE een subsidie van € 14.018.000 aangevraagd voor bibliotheekwerk. SCE honoreert deze aanvraag tot een bedrag van € 12.788.468 en wijst deze voor het overige af. Wat betreft de hoogte van de subsidie haalt het bezwaar van de bibliotheek niets uit. In beroep en later hoger beroep is de eerste vraag of SCE een bestuursorgaan is. De Afdeling verwijst hierbij – uiteraard – naar de bekende *17 september-uitspraken* (ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, *JB* 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, *JB* 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans; zie ook meer recent de uitspraken CBb 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak en CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak). Het financiële vereiste is – zoals bij de meeste buitenwettelijke private subsidieverstrekkers – geen enkel probleem. De financiering is volledig afkomstig van de Eindhovense raad. Wanneer wordt gekozen om subsidieverlening op afstand te zetten, is het inhoudelijke vereiste vaak het grote struikelblok. Wie kijkt naar de criteria op basis waarvan deze partijen gelden verstrekken, zal vaak een kader vinden dat veel ruimte laat voor de eigen interpretatie en afweging van de private rechtspersoon waarbij de subsidieverlening is ondergebracht. Sterker nog, dit is vaak juist de bedoeling van het a-bestuursorgaan. Zo niet bij SCE. De Subsidieregeling Cultuur Eindhoven 2017-2020 (de Subsidieregeling) is in nauwe samenwerking tussen SCE, de raad en het college tot stand gekomen en gebaseerd op beleidskaders uit de Cultuurbrief 2017-2018 die is vastgesteld door de raad. Onder deze omstandigheden komt de Afdeling tot de conclusie dat ook aan het inhoudelijke vereiste is voldaan en SCE daarmee een bestuursorgaan is. Voor SCE komt deze conclusie overigens niet tot een verrassing; zij ging er zelf ook vanuit een b-orgaan te zijn.

3.

Zoals ik hiervoor schetste komt het vanwege het inhoudelijke vereiste niet snel voor dat een private subsidieverstrekker daadwerkelijk als bestuursorgaan wordt aangemerkt, nog interessanter wordt het wanneer de Afdeling toekomt aan de toetsing aan art. 4:23 Awb. Op basis van dit artikel dienen subsidies te berusten op een wettelijke grondslag waarin is opgenomen waarvoor subsidie kan worden verleend en wie hiertoe bevoegd is. In de Subsidieregeling is opgenomen waarvoor en onder welke omstandigheden subsidie kan worden verleend (art. 7 e.v.) en dat SCE hiertoe bevoegd is. Maar bij dat tweede punt gaat het mis. De Subsidieregeling is dan wel gebaseerd op een beleidskader dat in samenwerking tussen SCE, de raad en het college tot stand is gekomen, maar zij is door SCE zelf vastgesteld. Art. 4:23 Awb vereist echter een *wettelijk* voorschrift, oftewel een algemeen verbindend voorschrift (avv). Avv's kunnen niet worden vastgesteld door private partijen als SCE, omdat zij geen regelgevende bevoegdheid hebben (zie r.o. 7.1 en vergelijk ook art. 147 lid 1 Gemeentewet). De conclusie is dan ook dat SCE onbevoegd is om subsidies te verstrekken. SCE probeert aan dit gebrek nog een mouw te passen door te stellen dat zij waarschijnlijk niet naar de letter heeft voldaan aan art. 4:23 Awb, maar wel aan de ratio van het artikel. De Subsidieregeling is namelijk een beleidsregel waarmee de rechtszekerheid is gediend en dit is de bedoeling van art. 4:23 Awb. De Afdeling gaat hierin niet mee, maar laat in het midden of de Subsidieregeling überhaupt als beleidsregel aangemerkt kan worden. Mijns inziens had de Afdeling hier eenvoudig kunnen oordelen dat SCE ook niet bevoegd was om over subsidieverstrekking een beleidsregel vast te stellen. Zoals ook staat opgenomen in art. 1:3 lid 4 Awb en art. 4:81 Awb kunnen beleidsregels alleen worden vastgesteld met betrekking tot een *bestuursbevoegdheid* en aan juist dié bevoegdheid ontbreekt het SCE.

4.

Hoe moet SCE nu verder? Duidelijk is dat het gebrek aan een wettelijk grondslag niet door SCE zelf kan worden geheeld. Het zijn de gemeenteraad en het college van Eindhoven die nu aan zet zijn. Uit de lokale pers blijkt inmiddels wel dat de hele zaak rondom SCE voor de nodige consternatie op het gemeentehuis heeft gezorgd. Lokale politici vragen zich in het Eindhovens Dagblad hardop af 'of ze niet te ver zijn doorgeschoten' en of de hele constructie met SCE als private subsidieverstrekker niet dient te worden heroverwogen (Zie: Vermeeren, 'Juridische misser in opzet Stichting Cultuur Eindhoven?', *Eindhovens Dagblad*, 1 juni 2018). Als de raad toch door wil gaan op de ingeslagen weg, dus met SCE als private subsidieverstrekker, welke opties heeft hij dan om het gebrek aan wettelijke grondslag te repareren? Ik zal hierna drie opties geven. De snelste en meest simpele manier zou zijn om SCE in mandaat op de cultuursubsidies te laten beslissen. Voor mandaat is geen wettelijk voorschrift nodig en in het onderhavige geval verzet de bevoegdheid zich niet tegen mandaatverlening (art. 10:3 Awb), mits SCE als niet-ondergeschikte geen bezwaar heeft tegen de mandatering (art. 10:4 Awb). Om op korte termijn het gebrek te helen is tijdelijk voor deze route gekozen, zo blijkt uit het Eindhovens Dagblad. (H. Vermeeren, 'Tijdelijk mandaat voor Stichting Cultuur Eindhoven', *Eindhovens Dagblad* 19 april 2019). Of de mandaatconstructie zal blijven bestaan is nog maar de vraag. Hoewel SCE waarschijnlijk geen bezwaar zal hebben tegen

de mandaatverlening – zij wil immers de subsidies verstrekken – druist deze constructie wel in tegen de oorspronkelijke oprichtingsgedachte van SCE, namelijk om de verdeling van cultuursubsidies op *afstand* van de gemeente zetten. Bij mandaatverlening blijft de bevoegdheid immers bij de mandaatverlener en gaat deze niet over op SCE (art. 10:2 Awb). Dat lijkt dus geen logische keuze.

Een andere route om SCE alsnog bevoegd te maken, zou zijn door de subsidiebevoegdheden aan haar te delegeren. De Gemeentewet biedt hiertoe de mogelijkheid in art. 156, maar hierbij moeten wel direct twee kanttekeningen worden gemaakt. Allereerst dient de aard van de bevoegdheid zich niet tegen delegatie te verzetten. Dat lijkt mij hier geen probleem. Belangrijker is het tweede punt; delegatie is alleen mogelijk binnen de gemeentelijke context. Dat wil zeggen dat taken gedelegeerd kunnen worden aan bestuursorganen binnen de gemeente (bijvoorbeeld de raad aan het college) óf aan een bestuurscommissie. Dat zou dus betekenen dat SCE een bestuurscommissie moet worden gemaakt en dat is gezien de oprichtingsgedachte eveneens geen logische keuze. Bij het instellen van een bestuurscommissie dient niet alleen aangegeven te worden welke bevoegdheden worden overgedragen en hoe de samenstelling en werkwijze van de commissie zal zijn (art. 83 Gemw), maar ook hoe inlichtingen en verantwoording worden afgelegd (art. 85 Gemw). Als bestuurscommissie zou SCE met andere woorden de gemeente worden binnengezogen en hoewel dat niet direct nauwgezet en intensieve verantwoording met zich hoeft te brengen – er zouden immers ook beperkte verantwoordingsverplichtingen kunnen worden opgenomen – staat dit zoals gezegd ver af van SCE's oprichtingsgedachte. De derde en laatste optie is dat is SCE zodanig wordt ingericht dat zij niet langer voldoet aan het inhoudelijke vereiste en niet meer als bestuursorgaan kwalificeert. In dat geval is de Awb niet meer van toepassing en hoeft dus ook niet aan de eisen van art. 4:23 Awb te worden voldaan. Dat betekent echter ook dat SCE niet meer aan bestuursrechtelijke normen hoeft te voldoen en dat tegen haar beslissingen niet meer de laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Ook dit lijkt echter niet de bedoeling van zowel de gemeente Eindhoven als SCE te zijn geweest bij de oprichting.

5.

Het is duidelijk dat de SCE-uitspraak een spanning tussen het buitenwettelijk b-orgaan en art. 4:23 Awb aan het licht brengt. Het uitgangspunt bij b-organen is steeds *wettelijk* openbaar gezag. Het uitgangspunt bij subsidieverstrekking is eveneens dat zij gebaseerd dienen te zijn op een *wettelijk* voorschrift (art. 4:23 Awb). Het lijkt erop dat de Afdeling van private subsidieverstrekkingen verlangt dat zij aan beide vereisten voldoen, terwijl deze eisen bij buitenwettelijke private subsidieverstrekkingen niet hand in hand kunnen gaan. Voor zover de gelden die deze private partijen verdelen als subsidie kwalificeren – dus een *doelgebonden* financiële verstrekking, afkomstig van een bestuursorgaan, anders dan als betaling voor geleverde goederen of diensten zijn (art. 4:21 Awb) – dient er op basis van art. 4:23 Awb eveneens een wettelijk voorschrift voor handen te zijn met daarin onder andere opgenomen wie tot subsidieverlening bevoegd is. Een dergelijk wettelijk voorschrift zou de private organisatie echter met *wettelijk* openbaar gezag bekleden waardoor wordt voldaan aan de hoofdregel van het b-orgaan begrip en de uitzondering van het *buitenwettelijk* b-orgaan niet nodig is. Zou dat dan betekenen dat de SCE-uitspraak principiëler moeten worden gelezen? Heeft de Afdeling een einde willen maken aan op afstand gezette *subsidieverlening* door buitenwettelijke bestuursorganen? Zouden buitenwettelijke bestuursorganen alleen nog maar geldverstrekkingen niet zijnde subsidies mogen verstrekken? Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een eenmalige uitkering die niet voldoet aan de vereisten van art. 4:21 Awb omdat het niet wordt verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager. Dit lijkt mij de onontkoombare consequentie van deze uitspraak die daarmee grote gevolgen kan hebben voor de praktijk.

6.

Hoe nu definitief verder is de vraag. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat voor alle private subsidieverstrekkingen een wettelijke grondslag moet worden gecreëerd, hetgeen tot gevolg heeft dat al deze verstrekkingen alsnog zullen kwalificeren als bestuursorgaan. Ik vrees echter dat door deze uitspraak de animo om te werken met privaatrechtelijke subsidieverstrekkingen *bestuursorganen* nog verder zal afnemen. Het gevolg daarvan zou zijn dat deze private entiteiten nu voorgoed onder de Awb-radar verdwijnen en er ook geen democratische controle en laagdrempelige rechtsbescherming meer mogelijk is (zie over deze problematiek ook W. den Ouden & J.E. van den Brink, 'De subsidie nieuwe stijl', *NJB* 2016/2000). Wat verder ook zij van de fouten in de juridische constructie van SCE, zij en de gemeente Eindhoven hadden wel degelijk de – mijns inziens goede – bedoeling om SCE bestuursrechtelijk te normeren.

Voetnoten

[1]

Esmée Driessen is als promovenda verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.