



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Financiële overheidsinstrumenten: vrijheid, blijheid?**

Ouden, W. den

### **Citation**

Ouden, W. den. (2022). Financiële overheidsinstrumenten: vrijheid, blijheid? *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2022(9), 527-528. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514211>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514211>

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

# Financiële overheidsinstrumenten: vrijheid, blijheid?

NTB 2022/303

Redactioneel

Op het moment dat deze NTB op de deurmat ploft (of in de digitale systemen opduikt), is het bijna 25 jaar geleden dat de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in werking trad. Op 1 januari 1998 was het zover: de algemene regels over (onder andere) subsidies, beleidsregels, handhaving en bestuurlijk toezicht traden in werking. Het vijftienvijftigjarige bestaan van deze regels zal vast niet onopgemerkt voorbijgaan in 2023. Bestuursrechtjuristen hebben nu eenmaal de onbedwingbare neiging om verjaardagen van (delen van) de Awb te vieren. Dan worden er mooie bundels of speciale afleveringen van tijdschriften gemaakt waarin wordt teruggekeken op de ontwikkelingen in de jaren die voorbijgingen en wordt vooruitgekeken naar wat er volgens de auteurs nog moet gebeuren.<sup>2</sup>

Wat zullen de auteurs over de subsidietitel (titel 4.2) van de Awb naar voren brengen? Terugblikkend zullen zij waarschijnlijk constateren dat het goed is dat de principiële keuze is gemaakt dat het verstrekken van subsidies moet berusten op een wettelijke grondslag. De oude gedachte dat daar waar de overheid begunstigend optreedt door financiële middelen te verstrekken dat eigenlijk niet nodig is, kan sinds de kinderopvangtoeslagaffaire definitief naar de vuilnisbak worden verwezen. Heel duidelijk is geworden dat de overheid zeer diep kan ingrijpen in de levens van burgers met financiële instrumenten als subsidies, toeslagen en compensaties.

Goed dus dat het rechtsstatelijke karakter van de subsidie is versterkt! De rechtszekerheid van burgers en bedrijven die subsidies aanvragen en hun rechtsbeschermingsmogelijkheden zijn toegenomen. Maar niet te ontkennen valt dat subsidieverhoudingen ook sterk zijn gejuridiseerd. Van de situatie waarin subsidies als uitgaven uit de openbare kas vooral als een interne aangelegenheid van de overheid werd beschouwd, zijn we overgegaan naar een uitgebreide subsidieregeling in de Awb. De daarin opgenomen algemene regels worden verder verfijnd en uitgebreid in bijzondere subsidieregelingen en via de rechtspraak. Steeds gedetailleerdere regels moeten waarborgen dat alle gegadigden aanspraak kunnen maken op de beschikbare budgetten, dat hun aanvragen zorgvuldig worden beoordeeld en dat de middelen via transparante procedures worden verdeeld.

Dat er strenge regels gelden voor de verdeling van publieke gelden is op zich een groot goed, maar dat goed kan alleen tot zijn recht komen wanneer overheden niet zelf kunnen kiezen of zij zich aan die regels willen houden. Dat lijkt logisch, maar de ontwikkelingen in de afgelopen jaren laten zien dat dit niet het geval is. In de praktijk werden op grote schaal 'subsidies nieuwe stijl' ontwikkeld. Revolverende fondsen, investeringen, matchfunding, sponsoring, social impact bonds, bewoners- en wijkbudgetten, vouchers en publieke prijsvragen zijn zo maar wat voorbeelden van financiële instrumenten die overheden gebruiken om de klassieke subsidie te vervangen. Daarbij wordt doorgaans gesteld dat het niet (langer) gaat om subsidies, maar om een ander financieel instrument waarvoor het

1 Prof. mr. drs. W. den Ouden is staatsraad en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van het NTB.

2 Zie o.a. F.A.M. Stroink e.a. (red.), Vijf jaar JB en Awb, Den Haag: Sdu 1999; F.A.M. Stroink e.a. (red.), Tien jaar JB en Awb, Den Haag: Sdu 2004; T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, [www.nall.nl/pagina/bibliotheek](http://www.nall.nl/pagina/bibliotheek), NALL special: 15 jaar derde tranche Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, [https://assets.budh.nl/open\\_access/nall/nall\\_special.pdf](https://assets.budh.nl/open_access/nall/nall_special.pdf) en T. Barkhuysen e.a. (red.), 25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

subsidie recht niet geldt. Daardoor is er veel onzekerheid over het daarbij toepasselijke wettelijke regime, zeker wanneer deze nieuwe vormen van financiering op privaatrechtelijke leest worden geschoeid.

Dat overheden kunnen 'kiezen' of zij aan publiekrechtelijke normen willen voldoen bij de verstrekking van publiek geld werd onlangs ook weer duidelijk toen allerlei overheden op grote schaal financiële verstrekkingen deden aan burgers en bedrijven om allerlei coronaleed te compenseren. Dat bleek prima te organiseren langs de band van het subsidie recht. De duurste regelingen (waarmee de grootste bedragen zijn uitgekeerd), de NOW en de TVL, inmiddels samen goed voor een kleine 40 miljard euro,<sup>3</sup> werden als subsidieregelingen vormgegeven. Daarnaast werden ook andere publiekrechtelijke grondslagen gekozen voor de steunpakketten zoals onverplichte tegemoetkomingsregelingen, inkomensvoorzieningsregelingen en nadeelcompensatieregelingen.<sup>4</sup> Ook in die gevallen werden de gelden dus per besluit aan burgers en bedrijven verstrekt waardoor de bestuursrechter bevoegd was om over geschillen te oordelen op basis van publiekrechtelijke normen. Die rechter is ook veelvuldig opgezocht, zo valt na te gaan op rechtspraak.nl. Wie daar de zoektermen NOW en TVL invoert krijgt duizenden hits te zien. Wel moet worden opgemerkt dat in gevallen waarin de overheid koos voor financiële verstrekkingen op basis van een buitenwettelijke begunstigende beleidsregels dat weliswaar een besluit opleverde, maar wel een besluit dat de bestuursrechter volgens vaste jurisprudentie uiterst terughoudend toetst.<sup>5</sup>

Dat de overheid voor dat laatste kan kiezen en zo aan de normale, steeds indringender toetsing van ook begunstigende besluiten door de bestuursrechter kan ontkomen, roept al vragen op. Die vragen zijn nog dringender bij de coronasteunmaatregelen waarbij de overheid koos voor een privaatrechtelijke constructie. Zo zijn de regionale ontwikkelingsmaatschappijen (ondernemingen met publieke aandeelhouders, zoals InnovationQuarter) belast met de verstrekking van publiek gefinancierde coronasteun. Het gaat om kleinere bedragen dan bij de NOW en de TVL, maar desalniettemin wel om honderden miljoenen. Dan is het toch bepaald opvallend te noemen dat over die verstrekkingen nauwelijks geschillen zijn terug te vinden op rechtspraak.nl. Uit recent scriptieonderzoek blijkt dat, anders dan over de publiekrechtelijk vormgegeven steunmaatregelen, over de privaatrechtelijk vormgegeven steunmaatregelen ook niet wordt geklaagd bij de Ombudsman.<sup>6</sup> Yacinta Habicht concludeert in haar scriptie dat de burgerlijke rechter in de praktijk in dit soort gevallen geen effectieve rechtsbescherming biedt aan aanvragers van deze steunmaatregelen.

En dat geeft toch te denken. Begunstigend financieel optreden door de overheid richting burgers en bedrijven zal aan de orde van de dag blijven. De compensaties voor energiearmoede en leed veroorzaakt door de toeslagen bieden daarvan veelbesproken actuele illustraties. Welke burgers en bedrijven voor financiële uitkeringen van overheidswege in aanmerking komen en hoe *ruimhartig* die bijdragen zijn zal altijd vooral een politieke keuze blijven.<sup>7</sup> Maar dat overheden daarbij kunnen kiezen voor een wettelijke regeling met bijbehorende normering en rechtsbescherming of, als dat op dat moment even beter uitkomt, voor de vrijheid blijheid aanpak van buitenwettelijk begunstigend beleid of het wegzetten van gelden via privaatrechtelijke doorgeefluiken, dat is iets waar de wetgever nog eens goed over na zou moeten denken.

3 <https://coronarekening.rekenkamer.nl/coronarekening/>.

4 J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: J.P. Loof e.a., *Bestuursrecht in crisistijd*, (VAR reeks 166), Den Haag: Bju 2021, p. 145-146.

5 Zie bijv. CRvB 16 april 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:964, CbB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992 en ABRvS 21 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:465.

6 Y. Habicht, *De Nationale ombudsman & rechtsbeschermingsproblematiek rond ontstatelijking. Een onderzoek naar privaatrechtelijk vormgegeven coronasteun*, binnenkort te lezen als topscriptie op de website van het NJB.

7 Uitgebreider daarover: T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Inleiding: coulant compenseren?', in: Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012.