

Vergaderjaar 1993–1994

23 700

Aanvulling van de Algemene Wet Bestuursrecht (Derde tranche algemene wet bestuursrecht)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

INHOUDSOPGAVE

	blz.		blz.
1. Algemeen	2	– Afdeling 4.2.5 De subsidievaststelling	69
– De Algemene wet bestuursrecht als aanbouwwet	2	– Afdeling 4.2.6 Intrekking en wijziging	75
– Inhoud van de derde tranche	2	– Afdeling 4.2.7 Betaling en terugvordering	82
– De indeling van de Algemene wet bestuursrecht	5	– Afdeling 4.2.8 Per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen	85
– Gevolgen voor bestaande wetgeving	5		
– Dereguleringsaspecten	6	5. Beleidsregels (titel 4.4)	101
– Invoeringsbegeleiding	7	– Inleiding	101
– Voorbereiding van dit wetsvoorstel	8	– Voorgeschiedenis	102
– Indeling van dit wetsvoorstel	8	– Het onderscheid met algemeen verbindende voorschriften	102
– Opbouw van deze toelichting	9	– De inhoud van titel 4.4	105
Overzicht adviezen en commentaren	10	– Titel 4.4	114
Overzicht literatuur	10		
2. Bekendmaking (aanvulling afdeling 3.6)	13	6. Handhaving (hoofdstuk 5)	128
– Algemeen	13	– Algemeen	128
3. Motivering (afdeling 3.7)	15	– Afdeling 5.1 Toezicht	136
– Algemeen	15	– Afdeling 5.2 Bestuursdwang	148
– Afdeling 3.7	16	– Afdeling 5.3 Dwangsom	160
– Afdeling 4.1.4	17		
4. Subsidies (titel 4.2)	18	7. Mandaat en delegatie (titel 10.1)	165
– Inleiding	18	– Algemeen	165
– Karakter van de regeling in de Algemene wet bestuursrecht	20	– Afdeling 10.1.1 Mandaat	165
– Het proces van subsidiëring	21	– Afdeling 10.1.2 Delegatie	177
– Driehoeksverhoudingen	23		
– De rechtsvorm van de subsidie	25	8. Toezicht op bestuursorganen (titel 10.2)	183
– Handhaving	27	– Algemeen	183
– Verhouding tot het gemeenschapsrecht	28	– Afdeling 10.2.1 Goedkeuring	184
– Afdeling 4.2.1 Inleidende bepalingen	29	– Afdeling 10.2.2 Vernietiging	193
– Afdeling 4.2.2 Het subsidieplafond	45	– Afdeling 10.2.3 Schorsing	197
– Afdeling 4.2.3 De subsidieverlening	50		
– Afdeling 4.2.4 Verplichtingen van de subsidieontvanger	61	9. Overgangs- en slotbepalingen	199
		Bijlage: inventarisatie toezichtsbevoegdheden Registers	202 204

1. ALGEMEEN

De Algemene wet bestuursrecht als aanbouwwet

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het eerste deel van de Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3) is uiteengezet dat de grondwettelijke opdracht tot het stellen van algemene regels van bestuursrecht (vgl. artikel 107, tweede lid, Grondwet) niet in één keer zal worden uitgevoerd. Doordat gekozen is voor een systeem van aanbouwwetgeving zullen de onderdelen van de nieuwe wet in verschillende gedeelten («tranches») tot stand worden gebracht. De eerste en de tweede tranche zijn op 1 januari 1994 in werking getreden (Stb. 1994, 1). Daarnaast is inmiddels bij de Staten-Generaal aanhangig een wetsvoorstel strekkende tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over het gebruik van de Nederlandse en de Friese taal in het bestuurlijk verkeer (Kamerstukken II 1993/94, 23 543, nrs. 1-3).

Inhoud van de derde tranche

Dit wetsvoorstel bevat de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Het omvat een zestal nieuwe onderwerpen, grotendeels in overeenstemming met de aankondiging in het tweede voortgangsrapport van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht. Deze onderwerpen zijn:

- mandaat en delegatie;
- toezicht op bestuursorganen (goedkeuring, vernietiging en schorsing van besluiten);
- subsidies;
- beleidsregels;
- toezicht op de naleving;
- bestuursdwang en dwangsom.

Met de thans voorgestelde titel over subsidies wordt tevens uitvoering gegeven aan toezegging van het kabinet, gedaan bij de Tussenbalans 1991, om een algemene wettelijke regeling voor subsidieverstreking tot stand te brengen en op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II 1990/91, 21 998, nr. 2, bijlage 3, blz. 22, alsmede Kamerstukken II 1990/91, 22 150, nrs. 1-2, blz. 12-13 en Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5). Daarmee levert dit wetsvoorstel tevens een bijdrage aan het geïntegreerd subsidiebeleid van de rijksoverheid.

Naast deze zes nieuwe onderwerpen worden op twee punten wijzigingen van het eerste gedeelte van de Algemene wet bestuursrecht voorgesteld die niet rechtstreeks samenhangen met de nieuwe onderwerpen. Zij houden daar echter toch verband mee, omdat bij de voorbereiding van de zes genoemde onderwerpen bleek dat wijzigingen die in bepaalde artikelen van de eerste tranche voor die onderwerpen gewenst waren, beter een algemeen karakter konden krijgen. Veruit de belangrijkste van deze twee wijzigingen betreft de bepalingen inzake motivering. Deze bepalingen gelden thans alleen voor beschikkingen en zijn daarom opgenomen in hoofdstuk 4. Gebleken is dat zij voor besluiten in het algemeen behoren te gelden en daarom naar hoofdstuk 3 moeten worden overgebracht.

De tweede wijziging betreft een tweetal kleinere aanvullingen van afdeling 3.6 (bekendmaking), waarvan de wenselijkheid bij de voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel is gebleken.

Bij de keuze van de zes nieuwe onderwerpen hebben soortgelijke overwegingen een rol gespeeld als bij de keuze van onderwerpen in de voorgaande tranches: de behoefte aan harmonisatie en codificatie van het

onderwerp, het praktische belang van een uniforme regeling en de vraag of de stand van de wetgeving, jurisprudentie en doctrine een goed uitzicht op een bevredigende regeling biedt. Met de keuze voor de beide eerstgenoemde onderwerpen wordt bovendien uitwerking gegeven aan het voornemen – uitgesproken in de memorie van toelichting bij de eerste tranche (Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 20) – ook bepalingen op te nemen over de verhouding tussen bestuursorganen onderling.

Voor elk van deze onderwerpen wordt een en ander kort toegelicht.

Mandaat en delegatie

Mandaat en delegatie zijn rechtsfiguren die veelvuldig worden gebruikt. Beide onderwerpen hebben tot een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie geleid, waarbij met name de mandaatsfiguur aan de orde is geweest. Zij komt ook zo veelvuldig voor, dat onzekerheid over de rechtsgevolgen ervan in een modern bestuursrecht niet meer te aanvaarden is.

Weliswaar zijn door de jurisprudentie en de doctrine een aantal vraagpunten opgelost, maar bij andere blijft verschil van inzicht overheersen. In deze omstandigheden is een regeling in de Algemene wet bestuursrecht aangewezen.

Zowel bij mandaat als bij delegatie van bevoegdheid is het uitgangspunt dat er reeds een bevoegdheid bestaat bij degene die tot mandaat of delegatie besluit. Toedeling (attributie) van bevoegdheid gaat dus aan mandaat of delegatie vooraf. Deze toedeling pleegt door de bijzondere wetgever te geschieden. In een later stadium kan worden bezien of algemene aspecten van attributie voor een regeling in de Awb in aanmerking komen, zoals de gevolgen van attributie aan een ambtenaar die aan een bestuursorgaan (minister) ondergeschikt is.

Toezicht op bestuursorganen

Het is vooral de centrale overheid die op vele andere bestuursorganen toezicht uitoefent doordat besluiten aan een goedkeuringsrecht onderworpen zijn of vatbaar zijn voor schorsing en vernietiging. Het meest bekend zijn in dit opzicht de regeling in de Gemeentewet en de Provinciewet, maar tal van andere wetten kennen deze toezichtsinstrumenten ten aanzien van bijvoorbeeld waterschappen, ziekenfondsen en vele andere organen.

De bepalingen in de bijzondere wetgeving hebben vaak een beperkt karakter en zijn soms verouderd. Teneinde de doorzichtigheid van het bestuurssysteem te vergroten is het gewenst dat de genoemde toezichtsinstrumenten duidelijk en uniform worden geregeld.

Subsidies

De behoefte aan een algemene wettelijke regeling van de subsidie is in de afgelopen jaren gebleken. Hoewel bestuursorganen subsidies tot grote bedragen verstrekken, berusten vele daarvan niet op enige grondslag in de wet. Bij verschillende gelegenheden is de onwenselijkheid van deze situatie uitdrukkelijk geconstateerd, zoals in verband met de parlementaire enquête bouwsubsidies (Kamerstukken II 1988/89, 19 623, nrs. 30 en 42) en bij de behandeling van het rapport «Orde in de regelgeving» van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (Zie Kamerstukken II 1985/86, 20 038, nr. 2).

Invia heeft de regering toegezegd met een algemene regeling van de subsidies in de Algemene wet bestuursrecht te komen (Kamerstukken II 1990/91, 21 998, nr. 2, bijlage 3, blz. 22; Kamerstukken II 1990/91, 22 150, nrs. 1–2, blz. 12–13, Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5). Uit het gezichtspunt van harmonisatie heeft dit grote voordelen boven het

ontwerpen van wetgeving per beleidsterrein, omdat de laatste benadering tot nodeloos uiteenlopende regelingen zou leiden. Bovendien is inmiddels wegens het veelvuldig ontbreken van een wettelijke regeling bij subsidies een aanzienlijke jurisprudentie op dit terrein tot stand gekomen. Onder deze omstandigheden is een algemene regeling van het onderwerp vanuit wetgevingsoogpunt gewenst en ook te realiseren, gezien de stand van het huidige recht over het onderwerp.

Beleidsregels

Beleidsregels zijn in de laatste twee decennia in het bestuursrecht van enorme betekenis geworden. Het is hier de jurisprudentie die de ware betekenis van deze rechtsfiguur tot nu toe bepaalt. In de indeling van de Algemene wet bestuursrecht, zoals die in de toelichting bij de eerste tranche werd gepresenteerd, was echter reeds voorzien in een titel over beleidsregels. De wenselijkheid daarvan vloeit voort uit het feit dat het onderwerp van te groot belang is om in de wetgeving geheel ongeregeld te blijven, terwijl er bovendien een aantal kernpunten is, ten aanzien waarvan de wetgever een positie moet kiezen.

Toezicht op de naleving

In het systeem van de Algemene wet bestuursrecht is vanaf de aanvang een hoofdstuk gereserveerd voor de handhaving van het bestuursrecht door bestuursorganen. Dit onderwerp vormt een belangrijk sluitstuk van bijna alle wetgeving.

Het onderwerp heeft de afgelopen jaren zeker aan belang gewonnen. Het inzicht dat goede wetgeving alleen niet voldoende is voor het bereiken van een bepaalde doelstelling, maar dat een goede handhaving een noodzakelijke voorwaarde voor succes is, heeft geleid tot een grotere aandacht van wetgever en bestuur.

In de sfeer van de handhaving speelt ook het toezicht dat bestuursorganen moeten houden op de naleving van wetgeving. Tal van wetten kennen met dit doel bevoegdheden tot controle of inspectie toe aan ambtenaren die met het toezicht op een bepaald terrein zijn belast. Teneinde nodeloze verschillen te vermijden, en ook om onduidelijkheid in de rechtspositie van de burger te voorkomen – deze is zich van de omvang van de bevoegdheden van de vele toezichthoudende ambtenaren meestal niet bewust – wordt al geruime tijd naar een algemene wet op dit terrein gestreefd, mogelijk te combineren met de regeling van de opsporing.

Het verdient echter de voorkeur niet naast de Algemene wet bestuursrecht nog nieuwe algemene wetten op het terrein van het bestuursrecht te ontwerpen. De met de Algemene wet bestuursrecht beoogde doelstelling van het systematiseren en daardoor vereenvoudigen van het bestuursrecht indertijd als tweede doelstelling genoemd – kan alleen bereikt worden indien de onderwerpen die zich voor een algemene regeling lenen, ook inderdaad in de Algemene wet bestuursrecht worden opgenomen: alleen dan dwingt het wettelijke kader tot eenheid van benadering en tot een goede systematiek.

Bestuursdwang en dwangsom

Bestuursdwang is vanouds een belangrijk bestuurlijk handhavingsinstrument. De bestuurlijke dwangsom, als alternatief voor bestuursdwang, is al enige tijd sterk in opkomst. De sterk toegenomen aandacht voor handhaving heeft hier mede geleid tot vernieuwingen in de wetgeving met betrekking tot deze beide instrumenten. Zo is de regeling van de bestuursdwang in de nieuwe Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet herzien, en wordt in vele andere wetten een regeling van

dit onderwerp opgenomen. Ook de door het bestuur op te leggen last onder dwangsom heeft in verschillende wetten zijn intrede gedaan.

Harmonisatie is hier van belang en ook zonder grote moeite te bereiken omdat de verschillen tussen de thans bestaande wetten niet van principiële betekenis zijn.

De indeling van de Algemene wet bestuursrecht

Als gevolg van de keuze voor een aanbouwwet is bij de eerste tranche reeds een indeling van de Algemene wet bestuursrecht gemaakt die rekening houdt met het feit dat nieuwe onderwerpen in de wet zouden worden ingevoegd. De onderwerpen die onderdeel uitmaken van dit ontwerp passen in het algemeen goed in die indeling.

Zo behoren de regeling van de subsidies en die van de beleidsregels in hoofdstuk 4 te worden opgenomen aangezien dat hoofdstuk bedoeld is voor regels die betrekking hebben op een bepaald type besluit. De titel over subsidies, die als een regeling van een bepaald soort beschikking is opgezet, kan het beste direct na de titel over beschikkingen worden geplaatst. Weliswaar was deze titel (titel 4.2) oorspronkelijk gereserveerd voor bestuursovereenkomsten, maar dat onderwerp kan te zijner tijd zonder enig systematisch bezwaar elders in hoofdstuk 4 een plaats vinden. Beleidsregels vormen overeenkomstig de oorspronkelijke opzet titel 4.4.

Voor de handhaving was hoofdstuk 5 gereserveerd. Daarin passen de nu voorgestelde afdelingen over bestuursdwang, over de dwangsom en over het toezicht van bestuursorganen. Aangezien het toezicht vooraf pleegt te gaan aan het toepassen van sancties, wordt die afdeling als eerste in het hoofdstuk geplaatst, gevolgd door respectievelijk de afdelingen over bestuursdwang en over dwangsom.

De Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht heeft voorgesteld de bepalingen over mandaat en delegatie en toezicht op bestuursorganen op te nemen in een nieuw hoofdstuk 1A met het opschrift «Bepalingen over bestuursorganen». In het wetsvoorstel zoals dit aan de Raad van State is voorgelegd, waren deze bepalingen ondergebracht in hoofdstuk 1, om hoofdstukken met a-nummers te vermijden. Bij nader inzien kan deze doelstelling beter worden gerealiseerd door de bewuste bepalingen wel in een afzonderlijk hoofdstuk onder te brengen, maar dit hoofdstuk na de bestaande hoofdstukken te plaatsen. Aldus worden de bepalingen die primair de verhoudingen binnen het openbaar bestuur betreffen, geplaatst na de bepalingen die vooral gaan over de verhouding tussen bestuur en burger en de bescherming van de burger tegen het bestuur.

Wij hebben er voor gekozen het nieuwe hoofdstuk «Bepalingen over bestuursorganen» het nummer 10 te geven – onder vernummering van het bestaande hoofdstuk 9 (slotbepalingen) tot hoofdstuk 11 –, opdat in een nieuw hoofdstuk 9 te zijner tijd een regeling inzake klachtprocedures in het openbaar bestuur kan worden ondergebracht. Zo een regeling kan uit systematisch oogpunt het beste onmiddellijk na hoofdstuk 8 worden geplaatst, omdat zij evenals de hoofdstukken 6 tot en met 8 de bescherming van de burger tegen het bestuur betreft.

Gevolgen voor bestaande wetgeving

De aanpassing van de bestaande wetgeving aan de nu voorgestelde regelingen zal eenvoudiger kunnen zijn dan bij de eerste en de tweede tranche het geval was. Hoewel van belang, dragen de onderwerpen in de wetgeving een wat meer geïsoleerd karakter. De aanpassingsarbeid is daardoor eenvoudiger, en zal veelal ook tot het eenvoudig schrappen van bestaande artikelen beperkt kunnen blijven.

Het bovenstaande geldt vooral voor de onderwerpen bestuursdwang,

dwangsom, toezicht op de naleving en goedkeuring, schorsing en vernietiging. Aangezien wettelijke bepalingen over mandaat en delegatie beperkt in aantal zijn, zal de aanpassingsoperatie bij dit onderwerp beperkt kunnen zijn. Dit geldt in nog sterkere mate voor het onderwerp beleidsregels: bepalingen daarover komen in de wetgeving zo goed als niet voor.

Voor subsidies ligt dit anders. Voor een deel zijn subsidies reeds in de wetgeving geregeld. Die wetgeving moet aan de nieuwe titel over dit onderwerp worden aangepast. Voor een deel berusten subsidies niet op een wettelijke grondslag. Dit betekent echter niet dat er ten aanzien van die subsidies niets hoeft te gebeuren. Het in dit ontwerp voorgestelde beginsel dat subsidieverlening op een wettelijke grondslag moet berusten zal immers moeten leiden tot de vraag of de niet wettelijk geregelde subsidies moeten worden afgeschaft, en – zo dit niet gewenst is – tot het ontwerpen van wetgeving die dan wel als grondslag voor subsidieverlening kan dienen. Te verwachten valt derhalve dat dit onderwerp tot meer inspanningen op het punt van wetgeving aanleiding zal geven dan de eerder genoemde.

Dereguleringsaspecten

Uit hetgeen hierboven is gezegd vloeit voort dat de onderwerpen bestuursdwang, dwangsom, toezicht op de naleving en goedkeuring, schorsing en vernietiging zullen leiden tot het schrappen van bepalingen in bijzondere wetten. Dit leidt tot een uit dereguleringsoogpunt aantrekkelijke vermindering en vereenvoudiging van regelgeving. De regeling zal voor bestuursorganen ook gemakkelijker te hanteren zijn, terwijl er overigens op het punt van bestuurslasten geen specifieke effecten te verwachten zijn. De Algemene wet bestuursrecht sluit immers nauw aan bij het geldende recht.

De regeling van het mandaat en de delegatie is in hoofdzaak een codificatie, en brengt voor het overige eerder verduidelijking dan verandering in hetgeen thans geldt. Effecten op het punt van specifieke bestuurslasten zijn niet te verwachten.

Voor de beleidsregels geldt grotendeels hetzelfde. Bestuursorganen stellen thans reeds veelvuldig beleidsregels vast, zowel terwille van de rechtszekerheid van burgers als om kansloze aanvragen van burgers af te schrikken. Artikel 4.4.3 moedigt aan om dat nog vaker te doen, door te bepalen dat een bestuursorgaan na het vaststellen van een beleidsregel ter motivering van een besluit naar die regel kan verwijzen, hetgeen een verlichting van de motiveringsplicht inhoudt. Aangezien de motiveringsplicht bij iedere beschikking of ander besluit terugkeert, en het vaststellen van een beleidsregel een eenmalige inspanning vergt, kan verwacht worden dat de regeling niet tot een verzwaring, maar juist tot een verlichting van bestuurslasten leidt.

Ten aanzien van de subsidies moet worden opgemerkt dat de regeling van titel 4.2 een belangrijke vereenvoudiging van bestaande subsidie-regelgeving betekent. Voor een groot aantal aspecten van subsidieverhoudingen, die thans telkens opnieuw, en vaak op uiteenlopende wijze, geregeld worden, wordt thans een algemene regeling getroffen. Een groot aantal bepalingen uit bijzondere subsidieregelingen zal kunnen vervallen. Dit draagt in belangrijke mate bij aan de eenvoud, duidelijkheid en kenbaarheid van de subsidieregelgeving.

Anderzijds zal het voorschrift dat subsidies in beginsel slechts krachtens wettelijk voorschrift kunnen worden verstrekt gedurende enige tijd een niet onbelangrijke werklast voor de onderscheiden wetgevers met zich brengen. Voor subsidies die niet als incidenteel kunnen worden aange-merkt en die thans niet op een wettelijk voorschrift berusten, zal alsnog een wettelijke regeling moeten worden getroffen. Het wetsvoorstel biedt daarvoor overigens een ruime overgangperiode (art. III).

De omvang van de daarmee gemoeide bestuurslasten zal per subsidie verschillen. In veel gevallen zal volstaan kunnen worden met het omzetten van bestaande beleidsregels in wettelijke voorschriften. In een aantal gevallen zullen ook geheel nieuwe regelingen moeten worden opgesteld. Ook gemeenten en provincies zullen hun subsidieverordeningen moeten aanvullen, zij het dat de daarmee gemoeide bestuurslasten gedeeld zullen kunnen worden doordat modelverordeningen zullen worden opgesteld.

Het bij wettelijk voorschrift regelen van de subsidieverlening betekent echter ook een vermindering van de bestuurslasten. Voor een aantal zaken, die thans bij iedere subsidiebeschikking opnieuw moeten worden geregeld, zal straks naar het wettelijk voorschrift kunnen worden verwezen. Ook het toereikend motiveren van subsidiebeschikkingen zal in een aantal gevallen voor het bestuur minder werk meebrengen. Voorts is de verwachting gerechtvaardigd, dat een duidelijke wettelijke regeling zal leiden tot een vermindering van het aantal bezwaar- en beroepsprocedures doordat de burger beter in staat is de juistheid van een subsidiebeschikking te beoordelen.

Tenslotte is de verwachting gerechtvaardigd, dat de noodzaak een wettelijk voorschrift tot stand te brengen zal leiden tot een bewuster en meer terughoudend gebruik van het subsidie-instrument. Dat is één van de redenen waarom het huidige kabinet zich reeds voorstander heeft getoond van het vereiste van een wettelijke grondslag voor subsidies, en voor dat standpunt de vrijwel unanieme steun heeft gekregen van de Vaste Commissie voor de Rijksuitgaven van de Tweede Kamer (UCV Subsidiebeleid 2 september 1991, Handelingen UCV 1990/91, nr. 57). Langs deze weg kan het vereiste van een wettelijke grondslag immers bijdragen aan een betere beheersing van subsidie-uitgaven.

Per saldo zal het onderhavige voorstel, voor wat betreft het onderdeel subsidies, vermoedelijk in de overgangsfase, waarin ook het bestendig subsidiebeleid nog niet wettelijk is geregeld, niet meer dan een tijdelijke, eenmalige toename van bestuurslasten betekenen. Op iets langere termijn staan daar belangrijke positieve effecten tegenover, zowel in de sfeer van de bestuurslasten als in de sfeer van de subsidie-uitgaven.

Derhalve mag verwacht worden dat de invoering van dit wetsvoorstel voor het grootste deel budgettair neutraal zal kunnen geschieden en op de middellange termijn zelfs besparingen zal opleveren. De invoering van het onderdeel subsidies zal enige incidentele kosten meebrengen, waar echter op wat langere termijn structurele besparingen tegenover staan. Gelet hierop is er van afgezien laatstgenoemde kosten en baten per afzonderlijk bestuursorgaan te kwantificeren; zulks zou, zo al mogelijk, een onevenredige inspanning vergen. Maatregelen ter compensatie van deze kosten en baten liggen daarom evenmin voor de hand. Zoals de vooral op iets langere termijn te verwachten baten ten goede zullen komen aan de afzonderlijke bestuursorganen, zullen ook de – naar verwachting beperkte – incidentele kosten daar gedragen moeten worden. Een en ander is overigens in overeenstemming met de bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht gevolgde gedragslijn.

Invoeringsbegeleiding

Bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht is, om een goede, tijdige en soepele invoering van de nieuwe wetgeving in de bestuurspraktijk te verzekeren, een project invoeringsbegeleiding opgezet. Dat project bestaat uit verschillende onderdelen. Er is vanuit de ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken medewerking verleend aan diverse publikaties over de wet en aan een gevarieerd aanbod aan cursussen om alle betrokkenen in het nieuwe recht te scholen. Daarnaast is een informatiepunt voor bestuursorganen ingesteld en heeft een voorlichtingscampagne plaatsgevonden. Zeker niet het minst belangrijk is het zogenaamde «proeftuinproject»: bij een zestal (onderdelen) van

bestuursorganen is de nieuwe wet reeds zoveel mogelijk in praktijk gebracht. Zo wordt duidelijk welke aanpassingen in de organisatie en werkwijze van bestuursorganen nodig zijn voor een goede invoering van de wet. De aldus opgedane ervaringen en gevonden oplossingen worden neergelegd in brochures, die op zeer ruime schaal worden verspreid, zodat andere bestuursorganen daarvan kunnen profiteren.

De ervaringen met het project invoeringsbegeleiding zijn tot dusver zonder meer goed te noemen. De eind 1992 verschenen eerste brochure met ervaringen van de proeftuinen vindt gretig aftrek, van het informatiepunt wordt druk gebruik gemaakt en op diverse plaatsen hebben bestuursorganen ook buiten het project om spontaan proeftuinen gestart. Het ligt dan ook in ons voornemen om te zijner tijd ook voor de invoering van de derde tranche een project invoeringsbegeleiding op te zetten; binnen de begrotingen van Justitie en Binnenlandse Zaken zullen daarvoor middelen worden vrijgemaakt. Het project invoeringsbegeleiding derde tranche zal overigens kleinschaliger kunnen zijn dan dat voor de eerste tranche, omdat de invoering van de derde tranche naar verwachting voor bestuursorganen aanzienlijk minder ingrijpend zal zijn dan die van de eerste tranche. Ook in dit verband is het vooral het onderdeel subsidies van het onderhavige wetsvoorstel dat de aandacht zal vragen.

Vorbereiding van dit wetsvoorstel

Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel is in grote lijnen dezelfde procedure gevolgd als bij de voorbereiding van de eerste tranche. De Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht heeft op 5 december 1991 een voorontwerp voor de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht aan ons aangeboden. Dit voorontwerp is voor wat betreft het onderdeel subsidies opgesteld door een daartoe ingestelde subcommissie.

Het voorontwerp is via de SDU Uitgeverij gepubliceerd en op ruime schaal verspreid. Wij hebben vervolgens aan een aantal adviesorganen en andere instanties commentaar gevraagd, en voorts in ruimere kring de gelegenheid geboden tot het maken van opmerkingen. Tenslotte heeft ook dit voorontwerp weer ruime aandacht gekregen in de rechts-wetenschappelijke literatuur. Een overzicht van de ontvangen commentaren en adviezen, alsmede van de bijdragen in de literatuur, is aan het slot van dit hoofdstuk opgenomen.

De teneur van de reacties was op hoofdlijnen positief. De noodzaak van verdere uitbreiding van de Algemene wet bestuursrecht, de keuze van de in deze tranche te regelen onderwerpen en de hoofdlijnen van de voorstellen worden in brede kring onderschreven. Dit neemt niet weg dat op concrete bepalingen kritiek is geleverd. Met name, maar niet uitsluitend, ten aanzien van het meest omvangrijke onderdeel van het voorontwerp – titel 4.2 inzake subsidies – zijn vele nuttige voorstellen tot verbetering gedaan.

Wij zijn, mede op grond van de ontvangen adviezen en commentaren, van oordeel dat het voorontwerp een goede grondslag biedt voor de verdere uitvoering van de opdracht van de grondwetgever om algemene regels van bestuursrecht vast te stellen. Dit wetsvoorstel is dan ook op het voorontwerp gebaseerd. Met de gemaakte opmerkingen is waar mogelijk rekening gehouden. Elders in deze toelichting wordt op een groot aantal van deze opmerkingen nader ingegaan.

Indeling van dit wetsvoorstel

Evenals in het wetsvoorstel voor de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht het geval was, is ook in dit wetsvoorstel de artikel-nummering aangehouden van het aan het wetsvoorstel ten grondslag

liggende voorontwerp. Hierdoor wordt bewerkstelligd dat de wetsgeschiedenis (van voorontwerp tot en met parlementaire behandeling) per artikel gemakkelijker toegankelijk wordt. Men hoeft immers geen rekening te houden met tussentijdse vernummeringen. Slechts in het laatste stadium, tussen het tijdstip van bekrachtiging en de plaatsing in het Staatsblad, zal een vernummering plaatsvinden. In deze definitieve nummering wordt voorzien door artikel V.

Opbouw van deze toelichting

De opbouw van deze memorie van toelichting wijkt iets af van het gebruikelijke patroon. De normale opzet, één algemeen deel gevolgd door een artikelsgewijze toelichting, zou in dit geval betekenen dat de algemene beschouwingen over elk van de acht hiervoor genoemde onderwerpen zouden worden gescheiden van de toelichting op de bijbehorende artikelen. Dit zou de overzichtelijkheid niet ten goede komen. In plaats daarvan is ervoor gekozen per onderwerp een apart hoofdstuk in de toelichting op te nemen. Dat zijn de hoofdstukken 2 tot en met 8, gerangschikt in de volgorde waarin de onderwerpen in de Algemene wet bestuursrecht zullen worden opgenomen. Elk van die hoofdstukken bevat zowel de algemene beschouwingen als de artikelsgewijze toelichting met betrekking tot het desbetreffende onderwerp. Om de toegankelijkheid te vergroten is deze toelichting tevens voorzien van een register op zowel de voorgestelde nieuwe artikelen van de Algemene wet bestuursrecht als de artikelen en onderdelen daarvan van dit wijzigingsvoorstel.

Naast deze hoofdstukken over de acht onderwerpen bevat deze toelichting nog twee hoofdstukken. Het onderhavige eerste hoofdstuk bevat de beschouwingen die betrekking hebben op het wetsvoorstel als geheel. Hoofdstuk 9 tenslotte bevat de toelichting op de overgangs- en slotbepalingen van het onderhavige wetsvoorstel.

Overzicht adviezen en commentaren¹

- Algemene Rekenkamer, brieven van 11 mei 1992, nr. 551 R en 14 januari 1993, nr. 48 R
- Arboraad, brief van 23 april 1992, nr. R-2581/vZ/lm
- Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg, brief van 15 april 1992, nr. PB/mvd/A/92/039
- College van Beroep voor het bedrijfsleven, brief van 12 maart 1992, nr. kab/V/8
- Coördinerend Politie Beraad, brief van 31 januari 1992, nr. DIR/0089/PB
- Nationale Raad voor de Volksgezondheid, advies van mei 1992, nr. 4197-8, Publikatie 17/'92
- Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, brief van 2 april 1992, nr. 30 083/SB/Wi
- Nederlandse Orde van Advocaten, brief van 21 april 1992, nr. 4.13.07. akt/lb
- Nederlandse Vereniging van Rechtspraak, advies toegezonden bij brief van 21 mei 1992, nr. 7.19
- Onderwijsraad, brief van 25 maart 1992, nr. OR 92000023/Alg. vH/CR
- Raad van advies voor de ruimtelijke ordening, advies van 10 april 1992, toegezonden bij brief van 10 april 1992, nr. vB/128
- Raad voor de gemeentefinanciën, brief van 30 maart 1992, nr. 112 752 Rgf 178/294
- Raad voor het Binnenlands bestuur, advies van mei 1992, nr. 92/128
- Raad voor het Jeugdbeleid, brief van 28 april 1992, nr. 501-57/1744P
- Sociaal-Economische Raad (Organisatiecommissie), advies van 27 mei 1992, toegezonden bij brief van 27 mei 1992, nr. 92 11416/JvB/203
- Staatstoezicht op de Volksgezondheid, brief van 22 april 1992, nr. 92471/GHI/OBA/J/ao
- Vereniging van Nederlandse Gemeenten, brief van 18 mei 1992, nr. AJZ/204598 BESTUUR 92/109
- Voorlopige Raad voor het Ouderenbeleid, brief van 26 maart 1992, nr. RO-92 195/30.36
- Ziekenfondsraad, brief van 31 maart 1992, nr. JA/3804/92

Overzicht literatuur

- Addink, G.H., en M.J. Sluijs, De Algemene wet bestuursrecht op scherp: Kanttekeningen bij het hoofdstuk Handhaving, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (1992) 2, blz. 33-45
- Bakker, R.E., Beleidsregels, «even the British do it better», Nederlands Juristenblad (1992) 33, blz. 1065-1067; reactie: Verheij, N., Beleidsregels: een goede zaak, Nederlands Juristenblad (1992) 42, blz. 1427
- Ballegooij, G.A.C.M. van, en M. Gongrijp-van Mourik, De subsidie-regeling in de Algemene wet bestuursrecht, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (1992) 7, blz. 210-220
- Brederveld, E., De Algemene wet bestuursrecht weer een stap verder. Het voorontwerp voor de derde tranche, de Gemeentestem (1992) 6947, blz. 369-371
- Bruil, D.W., en A.E. Schilder, Toezicht in de derde tranche van de Awb, Bestuurswetenschappen (1992) 3, blz. 277-287
- Burg, F.H. van der, Mandaat en delegatie, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (1992) 8, blz. 268-275
- Derks, A(nnemie), Anne van Nus, Henk Simon, Het toezicht op burgers in de Algemene wet bestuursrecht, Nederlands Juristenblad, afl. 43, 2 december 1993, blz. 1544-1553
- Eijlander, Ph., Wetmatig subsidiebeleid?, in: T. Hoogenboom. L.J.A. Damen, In de sfeer van administratief recht (Liber amicorum W. Konijnenbelt), Utrecht 1994, blz. 83-94

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling
Parlementaire Documentatie.

- Goorden, C.P.J., Beleidsregels bij mandaat en delegatie, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (1992) 5, blz. 163-168
- Goorden, C.P.J., Handhaving onder het regime van de Awb, de Gemeentestem, (1993) 6957, blz. 57-66
- Groot, G.R.J. de, A.A. van Rossum, Mandaat en volmacht, Rechtsgeleerd magazijn Themis, nr. 3, maart 1993, blz. 127-141
- Hennekens, H.Ph.J.A.M., Delegatie en mandaat in het licht van het voorontwerp voor de Algemene wet bestuursrecht, de Gemeentestem (1992) 6955 en 6956, blz. 609-616 en 641-647
- Kan, J.M., Toezicht op bestuursorganen. Titel 1A.2 Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, de Gemeentestem (1992) 6947, blz. 371-374
- Kleijn, G.P., Beleidsregels in de derde tranche van de Awb, Bestuurswetenschappen (1992) 3, blz. 296-303
- Konijnenbelt, W., Een koekoeksei in de Awb?, RegelMaat (1992) 3, blz. 65
- Konijnenbelt, W., (red.), De derde tranche, commentaar op het voorontwerp voor de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn 1992, waarin:
 - hoofdstuk 1, De derde tranche onder de loep (W. Konijnenbelt)
 - hoofdstuk 2, Attributie, delegatie en mandaat in de Algemene wet bestuursrecht (W. Konijnenbelt)
 - hoofdstuk 3, Toezicht op bestuursorganen (L.J.A. Damen)
 - hoofdstuk 4, § 1, De subsidiebeschikking (I.C. van der Vlies)
 - hoofdstuk 4, § 2, Het subsidieplafond (L.J.A. Damen)
 - hoofdstuk 4, § 3, Intrekking, wijziging en beëindiging (P. Hazewindus)
 - hoofdstuk 5, Beleidsregels (P. Nicolai)
 - hoofdstuk 6, § 1, Handhaving in de Awb (N.S.J. Koeman)
 - hoofdstuk 6, § 2, Toezicht (S. Pront-van Bommel)
 - hoofdstuk 6, § 3, Bestuursdwang (B.K. Olivier, H. Troostwijk)
 - hoofdstuk 6, § 4, Dwangsom (N.S.J. Koeman)
- Langbroek, P.M., e.a., Bouwen aan de Algemene wet bestuursrecht. Het voorontwerp derde tranche verkend, Nederlands Juristenblad (1992) 15, blz. 473-477
- Michiels, F.C.M.A., Beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht, Gemeentestem, nr. 6967, 18 juni 1993, blz. 309-314
- Oudshoorn, J.C., Delegatie en mandaat in de derde tranche, Bestuurswetenschappen (1992) 3, blz. 271-276
- Poel, J.W.E. van de, «Handhaving» in de derde tranche van de Awb, Bestuurswetenschappen (1992) 3, blz. 304-309
- Schuiling, K.F., Handhaving, opsporing en toezicht; Staats- en bestuursrechtelijke kroniek, Bestuurswetenschappen (1992) 4, blz. 365-368
- Sectie Bestuursrecht Rijksuniversiteit Limburg, Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van Bestuursbevoegdheid, Regelmaat, afl. 2, 1993, blz. 54-60
- Sectie Staats- en bestuursrecht KUB, Beleidsregels geregeld?, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (1992) 8, blz. 253-267
- Sluijs, M.J., Lastige bestuurssancties, de Gemeentestem (1994) 6984, blz. 141-149
- Sniijders, W., Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb), Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie (1992) 6074, blz. 999-1003
- Stroink, F.A.M., Regeling delegatie in derde tranche Algemene wet bestuursrecht ondoordacht, Nederlands Juristenblad (1992) 15, blz. 478-479
- Viegen, C. van, Subsidies en de derde tranche van de Awb, Bestuurswetenschappen (1992) 3, blz. 288-295
- Vlies, I.C. van der, Regulering van subsidie, Nederlands Juristenblad (1992) 26, blz. 819-823
- Vlies, I.C. van der, Delegatie, mandaat en de rechtsstaat, in: T.

Hoogenboom. L.J.A. Damen, In de sfeer van administratief recht (Liber amicorum W. Konijnenbelt), Utrecht 1994, blz. 409–428
– Vucsán, R.L. Kroniek bestuursrecht, AAe Katern (1992) 43, blz. 1959–1960

2. BEKENDMAKING (AANVULLING AFDELING 3.6)

Algemeen

Bij het opstellen van het voorontwerp bleek het wenselijk afdeling 3.6, inzake de bekendmaking van besluiten, op een tweetal punten aan te vullen. Het betreft hier aanvullingen die weliswaar samenhangen met respectievelijk afdeling 5.2, inzake bestuursdwang, en titel 4.4, inzake beleidsregels, maar die op zichzelf een algemenere betekenis hebben. Om die reden worden zij hieronder afzonderlijk toegelicht.

Artikel 3:41

Bij het ontwerpen van afdeling 5.2 inzake bestuursdwang bleek dat het wenselijk is artikel 3:41 aan te vullen met een tweede lid. Bekendmaking op de voet van artikel 3:41, eerste lid, van een beschikking inhoudende de beslissing dat bestuursdwang zal worden toegepast, is niet altijd praktisch mogelijk. Zo moet in die situaties rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de overtreder aan het bestuursorgaan onbekend is. Goed voorstelbaar is ook dat de identiteit van een overtreder of een andere belanghebbende wel bekend is, maar dat het bestuur niet over een correct adres van betrokkene beschikt. De bevoegdheid om met bestuursdwang op te treden mag van zulke omstandigheden niet afhankelijk worden gesteld.

Het gaat hier in feite om een algemeen probleem, dat zich ook bij de bekendmaking van andere besluiten kan voordoen. Daarom is in dit wetsvoorstel een aanvulling in de vorm van een nieuw tweede lid van artikel 3:41 opgenomen, volgens welke aanvulling in het geval dat de hoofdregel van artikel 3:41, eerste lid, niet kan worden gevolgd, de bekendmaking geschiedt op een andere geschikte wijze. Als andere geschikte wijzen kunnen afhankelijk van de omstandigheden in het algemeen onder meer worden beschouwd publicatie in een dag- of nieuwsblad, aanplakking op het gemeentelijk publicatiebord of aanplakking ter plekke. Soms zal redelijkerwijze kunnen worden volstaan met het op het kantoor van het bestuursorgaan ter inzage leggen van de beschikking.

Artikel 3:42

Het beginsel, dat besluiten van bestuursorganen de burger niet kunnen worden tegengeworpen dan nadat zij behoorlijk zijn bekendgemaakt, geldt ook voor beleidsregels.

Omdat het vaststellen van een beleidsregel een besluit is dat niet tot één of meer belanghebbenden is gericht, dienen beleidsregels te worden bekend gemaakt overeenkomstig artikel 3:42, eerste lid. Dit voorschrift laat uiteenlopende wijzen van bekendmaking toe. Als een geschikte wijze van bekendmaking kan in ieder geval niet worden beschouwd een uitsluitend mondelinge kennisgeving, een vermelding uitsluitend bij de bekendmaking van de beschikking waarbij de beleidsregel een rol speelt of een vermelding uitsluitend in het kader van een bezwaar- of beroeps-procedure.

Anderzijds eist artikel 3:42, eerste lid, niet, dat steeds de volledige tekst van een besluit bekend gemaakt wordt. Volstaan kan worden met kennisgeving van de zakelijke inhoud.

Het belang van een goede bekendmaking van beleidsregels wordt geaccentueerd door de recente jurisprudentie van de Hoge Raad, die in een reeks van arresten heeft beslist dat beleidsregels «recht» in de zin van artikel 99 Wet op de rechterlijke organisatie kunnen zijn (HR 28-3-1990, NJ 1991, 118, AB 1990, 306, BNB 1990, 194; HR 25-4-1990, BNB 1990, 199; HR 19-6-1990, NJ 1991, 119; HR 29-6-1990, NJ 1991, 120). De Hoge Raad stelt

daarbij onder meer als voorwaarde, dat de beleidsregels door of met medeweten van de overheid zijn bekendgemaakt op zodanige wijze, dat de daarin vervatte regels voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk zijn.

Indien bij beleidsregels wordt volstaan met de bekendmaking van de zakelijke inhoud, zoals artikel 3:42 als mogelijkheid openlaat, behoort, zoals door de Hoge Raad is uitgesproken, de (gehele) inhoud voor betrokkenen toch kenbaar en toegankelijk te zijn. Teneinde dit zeker te stellen, is het gewenst aan artikel 3:42 een tweede lid toe te voegen dat voorschrijft dat een besluit, waarvan slechts de zakelijke inhoud in de kennisgeving is weergegeven, volledig ter inzage moet worden gelegd. De Bekendmakingswet kent ook een dergelijke mogelijkheid, zij het slechts voor bijlagen bij bepaalde categorieën algemeen verbindende voorschriften (art. 5, eerste lid, onder b).

Het nieuwe tweede lid van artikel 3:42 zal niet alleen voor beleidsregels gaan gelden, maar voor alle besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht (behoudens voor algemeen verbindende voorschriften: de bekendmaking daarvan wordt in diverse wetten geregeld, zoals de Bekendmakingswet voor voorschriften van het rijk, de Provinciewet en Gemeentewet e.d.). Dit lijkt ook juist: het behoort tot het wezen van de bekendmaking dat de betrokkenen kennis kunnen nemen van het gehele besluit dat hen kan raken. Hoewel de Wet openbaarheid van bestuur die mogelijkheid in beginsel ook verschaft, verdient het de voorkeur een meer rechtstreekse mogelijkheid tot kennisneming in de regeling over de bekendmaking op te nemen.

Opmerking verdient dat bij beleidsregels in het algemeen bekendmaking door opneming van het volledige besluit in de kennisgeving de voorkeur verdient. Niettemin zijn er gevallen waarin dat niet goed mogelijk of niet zinvol is. Men denke aan zeer omvangrijke regelingen, of regelingen waarin, al of niet in de vorm van bijlagen, uitvoerige en gedetailleerde technische specificaties zijn opgenomen. In deze gevallen kan worden volstaan met bekendmaking van de zakelijke inhoud, gepaard aan het ter inzage leggen van de volledige tekst.

3. MOTIVERING (AFDELING 3.7)

Algemeen

In het Voorlopig Verslag naar aanleiding van het wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht, eerste tranche (Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 4) is gewezen op het voorstel van een aantal wetenschappers (in het zogenaamde «VUGA-advies», 's-Gravenhage 1990) om de bepalingen van afdeling 4.1.4 inzake motivering te verplaatsen naar hoofdstuk 3, zodat zij voor alle besluiten, en niet slechts voor beschikkingen zouden gelden (Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 4, vraag 143). Naar aanleiding daarvan is in de memorie van antwoord (Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 80) opgemerkt, dat deze problematiek in het kader van de derde tranche zou worden gezien.

Bij de voorbereiding van titel 4.4 inzake beleidsregels is naar voren gekomen dat de artikelen van afdeling 4.1.4 inderdaad in het algemeen dienen te gelden. Ook bij besluiten van algemene strekking moet van het bestuur verlangd worden, niet alleen dat het de betrokken belangen inventariseert en afweegt (artikelen 3:2 en 3:4), maar ook dat het inzicht geeft in de aard van de in aanmerking genomen belangen en de maatstaven die bij de afweging een rol hebben gespeeld. Alleen dan wordt de besluitvorming voor buitenstaanders inzichtelijk en contro-leerbaar.

In de bestaande wetgeving komen motiveringsplichten met betrekking tot besluiten van algemene strekking reeds in een aantal gevallen voor. Als zodanig kunnen bijvoorbeeld worden beschouwd de voorschriften van de artikelen 7, tweede lid, en 12, tweede lid, Besluit op de ruimtelijke ordening, welke bepalen dat respectievelijk een streekplan en een bestemmingsplan dienen te worden voorzien van een toelichting. Daarnaast wordt ook in de jurisprudentie veelal reeds een zekere motivering van besluiten van algemene strekking geëist (vgl. bijv. Afd. rechtspraak 14-9-1978, AB 1978, 26). Uitbreiding van de in de afdeling 4.1.4 neergelegde regels inzake motivering tot alle besluiten past in deze lijn. Voor een substantiële verzwaring van bestuurslasten behoeft dan ook niet te worden gevreesd, temeer daar een deugdelijke motivering van een besluit van algemene strekking in veel gevallen een verlichting van de motiveringsplicht bij met dat besluit samenhangende beschikkingen met zich zal brengen. Op dit laatste wordt in hoofdstuk 5 bij de toelichting op artikel 4.4.3 uitvoeriger ingegaan.

Op grond van het vorenstaande wordt thans voorgesteld de bepalingen van afdeling 4.1.4 – onder vervanging van «beschikking» door «besluit» over te brengen naar een nieuwe afdeling 3.7.

Anders dan in het VUGA-advies voorgesteld, zijn de bepalingen inzake motivering niet van overeenkomstige toepassing verklaard op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten. Aan dat voorstel kleven namelijk twee bezwaren. In de eerste plaats is de vraag, in hoeverre ook bij privaatrechtelijke rechtshandelingen of feitelijke handelingen van bestuursorganen een motivering kan worden geëist, tot op heden in de jurisprudentie nog nauwelijks aan de orde geweest. Reeds daarom verdient het de voorkeur, op dit punt de rechtsontwikkeling af te wachten. In de tweede plaats is ook afdeling 3.6, inzake bekendmaking, niet van overeenkomstige toepassing verklaard op andere handelingen dan besluiten. Nu in het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht een nauw verband is gelegd tussen de regeling van de motivering en de regeling van de bekendmaking, lenen de bepalingen inzake motivering zich minder goed voor toepassing op handelingen waarvoor geen bekendmaking is voorgeschreven.

Voor besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften geldt dat deze uiteraard wel bekendgemaakt moeten worden, maar dat de voorschriften over de bekendmaking van besluiten van afdeling 3.6 daarvoor niet gelden. De Bekendmakingswet regelt deze materie voor regelgeving van het rijk; voor regelingen van andere organen zijn in diverse wetten bekendmakingsvoorschriften te vinden. Nu de motiveringsplicht aansluit bij de bekendmaking, past het ook hier niet goed in het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht de regels hierover wel voor algemeen verbindende voorschriften te laten gelden.

De bepalingen van afdelingen 3.7 komen, behoudens de uitbreiding van het toepassingsbereik tot alle besluiten, inhoudelijk in hoofdzaak overeen met de thans nog in afdeling 4.1.4 neergelegde bepalingen. Op één punt bleek de uitbreiding van het toepassingsbereik een aanvulling noodzakelijk te maken. Het betreft artikel 3.6.2, vierde lid. Verwezen zij naar de toelichting op die bepaling.

AFDELING 3.7

Artikel 3.6.1

Behoudens de vervanging van het woord «beschikking» door «besluit» komt deze bepaling overeen met het huidige artikel 4:16. De motivering dient aan redelijke eisen te voldoen, mede rekening houdend met het belang dat de betrokken burgers bij de motivering hebben. Uit de aard der zaak zal de motivering van een besluit van algemene strekking doorgaans een globaler karakter hebben dan de motivering van een individuele beschikking.

Artikel 3.6.2

De eerste drie leden van deze bepaling komen, behoudens de vervanging van «beschikking» door «besluit», overeen met het huidige artikel 4:17.

Het vierde lid behelst een door de uitbreiding van het toepassingsbereik van het artikel noodzakelijk geworden aanvulling. Indien de motivering niet bij de bekendmaking van het besluit wordt vermeld doch later wordt verstrekt dient aan die motivering op dezelfde wijze bekendheid te worden gegeven als aan het besluit zelf. Bij beschikkingen was dit reeds voldoende gewaarborgd, doordat de bekendmaking daarvan veelal, net als de verstrekking van de motivering door toezending of uitreiking geschiedt. Bij besluiten die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht ligt dat anders. Daarom is bovengenoemd uitgangspunt thans uitdrukkelijk neergelegd in het vierde lid.

Voor besluiten die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht, betekent de overeenkomstige toepassing van artikel 3:42 enerzijds dat volstaan kan worden met kennisgeving van de zakelijke inhoud van de motivering, anderzijds dat in dat geval de volledige motivering ter inzage moet worden gelegd.

Artikel 3.6.3

Dit artikel is vrijwel gelijklopend aan het huidige artikel 4:18. Overigens zal zich bij besluiten van algemene strekking niet snel de situatie voordoen, dat redelijkerwijs kan worden aangenomen aan een motivering geen behoefte bestaat.

Artikel 3.6.4

Dit artikel komt, behoudens de uitbreiding van het toepassingsbereik, zakelijk overeen met het huidige artikel 4:19. Het ligt ook bij besluiten die

niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht voor de hand, dat de kennisgeving van het advies geschiedt op overeenkomstige wijze als de bekendmaking van het besluit.

Artikel 3.6.5

Deze bepaling komt overeen met artikel 4:20.

AFDELING 4.1.4

In verband met de toevoeging van afdeling 3.7 kan afdeling 4.1.4. vervallen.

Artikelen 7:14 en 7:27

De verplaatsing van de regels inzake motivering van afdeling 4.1.4 naar afdeling 3.7 noodzaakt tot een technische wijziging van de artikelen 7:14 en 7:27 (opgenomen in artikel I, onderdelen I en J van het wetsvoorstel). Deze technische wijziging houdt in dat in de genoemde artikelen de verwijzing naar afdeling 4.1.4 wordt vervangen door een verwijzing naar afdeling 3.7.

4. SUBSIDIES (TITEL 4.2)

Inleiding

De overheid verleent jaarlijks voor enkele tientallen miljarden guldens aan subsidies. Op veel beleidsterreinen is subsidiëring een belangrijk of zelfs essentieel beleidsinstrument. Als voorbeelden kunnen genoemd worden het volkshuisvestingsbeleid, het cultuur- en welzijnsbeleid en het energiebeleid.

De wettelijke normering van het verschijnsel subsidie is echter achtergebleven bij zijn maatschappelijke betekenis. Op enkele belangrijke gebieden, zoals de subsidiëring van de woningbouw, bestaan reeds vanouds wettelijke regelingen, terwijl op andere terreinen meer recent belangrijke wetgeving tot stand is gekomen (bijvoorbeeld de Welzijnswet; naar verwachting binnenkort te vervangen door de Welzijnswet 1994, Kamerstukken II 1992/93, 23 315, nrs. 1-3), de Kaderwet verstrekking financiële middelen EZ en de Wet op het specifiek cultuurbeleid. Ook beschikken de meeste gemeenten en provincies tegenwoordig over een algemene subsidieverordening, die echter, ondanks haar naam, doorgaans niet voor alle gemeentelijke en provinciale subsidies geldt.

Veel subsidiestromen zijn echter nog maar nauwelijks wettelijk gereguleerd, terwijl bestaande wettelijke regelingen vaak onvolledig zijn, en onderling vele onnodige verschillen vertonen. Zo bleek uit onderzoek van de Algemene Rekenkamer dat in 1986 nog aan 56 % van de 418 onderzochte rijkssubsidies met een financieel belang groter dan f 1 miljoen geen «formele regeling» ten grondslag lag (Kamerstukken II 1988/89, 21 080, nrs. 1-2, blz. 44, Tabel 3).¹ Aangezien de Rekenkamer ook niet op de wet steunende ministeriële regelingen tot de «formele regelingen» rekende, was destijds het percentage subsidies zonder afdoende wettelijke grondslag nog hoger. Uit de in 1992 aan de Staten-Generaal aangeboden rapportage geïntegreerd subsidiebeleid (Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5) blijkt dat de situatie sindsdien wel verbeterd is, maar dat er nog steeds vele subsidieregelingen zonder afdoende wettelijke grondslag bestaan. Ook op gemeentelijk en provinciaal niveau voorzien de bestaande algemene subsidieverordeningen doorgaans niet in een grondslag voor of regeling van specifieke subsidies; zij bevatten veelal slechts algemene bepalingen voor (belangrijke categorieën van) subsidies.

Hierdoor speelt in het subsidierecht de jurisprudentie, in het bijzonder die van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, een relatief belangrijke rol. Deze jurisprudentie is echter voor niet-ingewijden moeilijk toegankelijk. Daardoor zijn de in de jurisprudentie ontwikkelde normen bij burgers en bestuur vaak nog onvoldoende bekend.

Bij deze stand van zaken bestaat nog te vaak onduidelijkheid over de wederzijdse rechten en plichten van subsidiegever en subsidie-ontvanger. Het rapport van de parlementaire enquêtecommissie inzake bouwsubsidies (Kamerstukken II 1987/88, 19 623, nr. 30) gaf daarvan enige pregnante voorbeelden te zien. Ook uit de jurisprudentie blijkt, dat subsidiëring op alle niveaus tot vele vragen en daardoor tot gerechtelijke procedures aanleiding geeft. Deze onduidelijkheid bedreigt zowel de rechtszekerheid van subsidie-ontvangers als de doelmatigheid en doeltreffendheid van het subsidie-instrument. Zo is thans niet altijd duidelijk waartoe de subsidieverlening de ontvanger precies verplicht of over welke bevoegdheden bestuursorganen kunnen beschikken om een rechtmatig en doelmatig gebruik van subsidiegelden te verzekeren.

Om de met de subsidieverlening beoogde doelen te kunnen bereiken en enerzijds misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies te kunnen tegengaan, anderzijds subsidie-ontvangers voldoende rechtszekerheid te verschaffen, dienen rechten, plichten en bevoegdheden van subsidie-

¹ Het door de Rekenkamer gehanteerde gewogen percentage lag iets lager, namelijk 52% (t.a.p.). Dit betekent dat naarmate het financieel belang van de subsidie groter was, iets vaker een formele regeling bestond.

gevers en subsidie-ontvangers op heldere wijze te worden afgebakend, een evenwichtig geheel te vormen en goed kenbaar te zijn. Daarvoor is een wettelijke regeling nodig.

Een algemene wettelijke regeling van subsidies is ook uit een oogpunt van beheersing van overheidsuitgaven gewenst. In het beleid van het huidige kabinet neemt het streven naar een betere beheersing van subsidiestromen een belangrijke plaats in. Sinds enige jaren richt het beleid tot tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van gemeenschapsgelden zich niet meer uitsluitend op de fiscale en sociale sfeer, maar krijgen ook subsidies daarin steeds meer aandacht. Als uitvloeisel daarvan heeft het kabinet bij de «Tussenbalans» in februari 1991 (Kamerstukken II 1990/91, 21 998, nr. 2, i.h.b. bijlage 3) besloten tot de ontwikkeling van een geïntegreerd subsidiebeleid, waarin naast de bestrijding van misbruik en oneigenlijk gebruik in engere zin ook de doelmatigheid en de juridische en rechtsstatelijke kwaliteit van subsidie-regelingen als zodanig aandacht krijgen.

Daarbij is tevens uitgesproken, dat het kabinet het wenselijk acht een algemene wettelijke regeling van enkele aspecten van subsidieverhoudingen tot stand te brengen (Kamerstukken II 1990/91, 21 998, nr. 2, bijlage 3, blz. 22). In het op 10 juni 1991 aan de Staten-Generaal aangeboden «Plan van aanpak eerste spoor geïntegreerd subsidiebeleid» (Kamerstukken II 1990/91, 22 150, nrs. 1–2, blz. 12), alsmede in de rapportage geïntegreerd subsidiebeleid (Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5) werd dit standpunt herhaald, waarbij tevens het voornemen werd uitgesproken deze algemene regeling op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht. Dit voornemen werd in de UCV's inzake subsidiebeleid op 2 september 1991 (Handelingen UCV 1990/91, nr. 57) en 7 september 1992 (Handelingen UCV 1991/92, nr. 49) door vrijwel alle fracties gesteund.

Het onderhavige wetsvoorstel sluit, voor zover het door het Rijk verstrekte subsidies betreft, derhalve goed aan bij het geïntegreerd subsidiebeleid van de rijksoverheid. Dat beleid heeft niet rechtstreeks betrekking op de autonome subsidieverstrekking door gemeenten, provincies en andere publiekrechtelijke lichamen, doch de aan het rijksbeleid ten grondslag liggende overwegingen van rechtszekerheid en noodzaak van beheersing van subsidie-uitgaven gelden evenzeer voor andere overheden. De praktijk leert, dat ook bij subsidieverstrekking door gemeenten en provincies misbruik en oneigenlijk gebruik vóórkomen, alsook de nodige onduidelijkheden bestaan over wederzijdse rechten en plichten van subsidie-ontvangers en subsidiegevers (vgl. bijv. Vz.Afd. rechtspraak 24-9-1992, AB 1993, 266, Afd. rechtspraak 15-2-1992, AB 1993, 249, Afd. rechtspraak 17-11-1992, AB 1993, 214). Daarnaast is het uit een oogpunt van rechtseenheid uiteraard gewenst, dat de algemene regels van subsidierecht voor de decentrale overheden niet anders zijn dan voor het rijk. Dit klemmt temeer nu in de praktijk vaak een nauwe verwevenheid bestaat tussen subsidiëring door het rijk en subsidiëring door decentrale overheden, hetzij doordat van rijkswege voorwaarden worden gesteld aan de (mede-)financiering van door decentrale overheden verstrekte subsidies, hetzij doordat verschillende overheden verwante, samenhangende of zelfs dezelfde activiteiten subsidiëren. In die situaties hebben subsidie-ontvangers minstens zozeer behoefte aan een goede afstemming tussen de verschillende bestuurslagen als aan harmonisatie binnen één bestuurslaag.

In het onderhavige voorstel is met de noodzaak van beheersing van subsidie-uitgaven op een groot aantal plaatsen rekening gehouden. Het voorschrift, dat subsidies, behoudens uitzonderingen, slechts krachtens wettelijk voorschrift kunnen worden verleend (artikel 4.2.1.3) bevat een belangrijke stimulans tot het meer bewust hanteren van het subsidie-instrument. Voorts kan gewezen worden op de in afdeling 4.2.2 neergege-

legde regeling, welke voorziet in een algemene regeling van de bevoegdheid tot weigering van een subsidie indien het voor subsidieverstrekking beschikbare bedrag is uitgeput.

Voorts kan de algemene regeling voor de intrekking van subsidiebeschikkingen (artikelen 4.2.6.1 en 4.2.6.2) genoemd worden, welke bestuursorganen duidelijke bevoegdheden geeft om tegen misbruik op te treden. Tenslotte mag niet onvermeld blijven dat de bij het onderhavige wetsvoorstel voorziene harmonisatie van bevoegdheden van toezichthouders (afdeling 5.1), in combinatie met het vereiste van een wettelijke grondslag, het mogelijk maakt langs eenvoudige weg te voorzien in adequaat toezicht op de naleving van aan de subsidie-ontvanger opgelegde verplichtingen.

Karakter van de regeling in de Algemene wet bestuursrecht

Om de zojuist genoemde redenen is het gewenst voor enkele algemene aspecten van subsidieverhoudingen een wettelijke regeling te treffen. Zowel door de toegenomen aandacht voor subsidiëring in de rechts-wetenschappelijke literatuur (gewezen zij bijvoorbeeld op E.M.H. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, pre-adviezen VAR 1988, VAR-geschrift XCIX, Alphen a/d Rijn 1988 en L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, diss. RU Groningen 1987, Deventer 1987) als door de al eerder gememoreerde jurisprudentie van met name de Afdeling rechtspraak, is het subsidierecht thans ook voldoende uitgekristalliseerd om een algemene wettelijke regeling mogelijk te maken.

De nu voorgestelde titel 4.2 bouwt voort op de regeling van de beschikking, zoals die in de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht is opgenomen. Subsidies worden immers als regel bij beschikking verstrekt. De nieuwe titel regelt onder meer drie soorten subsidiebeschikkingen – de subsidieverlening, de subsidievaststelling en de voorschotverlening – die in beginsel op aanvraag worden gegeven, en waarop naast titel 4.2., dan ook de bepalingen van titel 4.1, met inbegrip van afdeling 4.1.1, van toepassing zijn.

De nieuwe titel geeft een wettelijk kader voor alle subsidies. Zij geeft regels voor die onderwerpen, die bij iedere subsidieverhouding aan de orde zijn, zoals de vraag welke verplichtingen aan een subsidie verbonden kunnen worden, wanneer een subsidie beëindigd kan worden en hoe gehandeld moet worden indien de begrotingsgelden ontoereikend zijn.

Het voorstel bevat voorts de eis dat een subsidie in beginsel slechts op grond van een wettelijk voorschrift kan worden verleend. Naast rechtsstatelijke overwegingen speelt daarbij ook de wens een weloverwogen gebruik van het subsidie-instrument te bevorderen een rol.

Het stellen van deze eis heeft bovendien het voordeel dat naast de regels van deze titel nog een aantal aanvullende wettelijke bepalingen, toegespitst op het doel van iedere subsidie afzonderlijk, wordt vastgesteld. De verschillende soorten van subsidies tonen immers zodanige verschillen, dat een aantal onderwerpen niet uitputtend in een algemene wet kan worden geregeld. Men denke aan de voorschriften, die aan een subsidieverlening verbonden moeten worden, of aan het tijdstip van uitbetaling van subsidiegelden. Voor die onderwerpen geeft de voorgestelde titel wel het kader, alsmede enige standaardbepalingen die in veel gevallen bruikbaar zullen zijn, maar die desgewenst bij wettelijk voorschrift aangevuld of vervangen kunnen worden door meer op de specifieke subsidie toegesneden regels. Om te zorgen dat aldus een samenstel van voldoende duidelijke regels over iedere subsidie tot stand komt, worden aan wettelijke voorschriften die de basis voor een bepaalde subsidieverlening vormen, enige nadere eisen gesteld. Zo zal de bijzondere subsidieregeling moeten aangeven voor welke activiteiten

subsidie kan worden verstrekt, een onderwerp dat uit de aard der zaak niet in een algemene wet kan worden geregeld.

In een aantal gevallen – incidentele subsidies en subsidies met slechts één of enkele ontvangers – zou de eis van een wettelijk voorschrift onevenredig zwaar zijn. Daarom is een aantal uitzonderingen op deze eis opgenomen. Voor de gevallen waarin als gevolg van deze uitzonderingen subsidiëring zonder wettelijke grondslag mogelijk blijft, biedt de titel een voldoende wettelijke basisregeling.

Het proces van subsidiëring

Het Voorontwerp ziet, in navolging van de literatuur (zie in het bijzonder J.H. van Kreveld, Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen, pre-advies VAR 1988, VAR-geschrift XCIX, Alphen a/d Rijn 1988) en vele bestaande regelingen, subsidiëring als een proces, waarin tenminste drie belangrijke momenten onderscheiden worden: de verlening van de subsidie, de vaststelling van de subsidie, en de uitbetaling van de subsidie. Deze onderscheiding knoopt aan bij het proces van subsidiëring, zoals dat – enigszins modelmatig geschetst – in de tijd verloopt.

In de meeste gevallen wordt een subsidie aangevraagd voordat de activiteiten waarvoor de subsidie is bestemd worden ondernomen. In veel gevallen is zelfs voorgeschreven dat men tevoren een aanvraag indient. Nadat de subsidie is verleend vindt doorgaans nog niet aanstonds de uitbetaling plaats: deze geschiedt eerst nadat is vastgesteld dat de activiteit waarvoor de subsidie is bestemd daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

In overeenstemming hiermee worden in het voorstel deze drie rechtsmomenten van elkaar onderscheiden. De term subsidieverlening wordt gereserveerd voor de beschikking waarbij een subsidie wordt toegekend voor een bepaalde – in het algemeen toekomstige – activiteit. De betekenis daarvan is dat de aanvrager een aanspraak op financiële middelen verkrijgt, mits hij daadwerkelijk de gesubsidieerde activiteiten verricht en zich aan de eventueel aan hem opgelegde verplichtingen houdt. De omvang van deze aanspraak is in deze fase vaak nog onzeker, omdat zij mede kan afhangen van de omvang van de verrichte activiteiten of van de daaraan verbonden uitgaven en inkomsten. De subsidieverlening is echter niet voorlopig of vrijblijvend. Indien de gesubsidieerde de activiteiten verricht en zijn verplichtingen nakomt, kan het bestuursorgaan in beginsel niet meer op de subsidieverlening terugkomen. Het bestuursorgaan gaat dus reeds door een subsidieverlening, en niet pas door de vaststelling, een financiële verplichting aan.

De term subsidievaststelling duidt op de beschikking waarbij definitief wordt beslist dat de geadresseerde een subsidie ontvangt ter hoogte van een bepaald, in guldens (of in enkel geval in ECU's of andere valuta) uitgedrukt bedrag. Daarvoor zal het veelal nodig zijn vast te stellen dat de gesubsidieerde activiteit is verricht, en dat de opgelegde verplichtingen zijn nageleefd. Op grond van die beschikking zal de uitbetaling van de subsidie geschieden, al is het mogelijk dat al eerder bij wijze van voorschot betalingen zijn verricht.

Bij deze opzet – die overigens aansluit bij de praktijk bij veel subsidies – bestaat er een nauw verband tussen de subsidieverlening en de subsidievaststelling. Eerstgenoemde beschikking geeft de zekerheid dat de subsidie zal worden uitbetaald indien men doet wat op grond van die beschikking nodig is om de subsidie te verkrijgen. Daarmee staat vast dat de subsidie niet naderhand op andere gronden kan worden geweigerd, bijvoorbeeld omdat het subsidiebeleid inmiddels is gewijzigd.

In overeenstemming daarmee wordt dan ook ten aanzien van de subsidievaststelling bepaald dat bij die beschikking moet worden uitgegaan van de subsidieverlening (artikel 4.2.5.5). Dat betekent dat nagegaan moet worden of de betrokken activiteit heeft plaats gehad en of

de belanghebbende de verplichtingen heeft nageleefd. Is dat het geval, en hebben zich geen onregelmatigheden voorgedaan, dan moet de subsidie worden vastgesteld op het bedrag dat bij de verlening in het vooruitzicht is gesteld.

De subsidievaststelling geeft de ontvanger een definitief recht op financiële middelen, en verplicht het bestuursorgaan dan ook tot betaling (artikel 4.2.7.1). In zoverre betekent de subsidievaststelling een afsluiting van de subsidieverhouding. Men kan ook zeggen dat de subsidieverlening na de vaststelling is uitgewerkt en daardoor haar betekenis verliest. Dit komt onder meer tot uitdrukking bij de regeling van de intrekking: na de vaststelling is intrekking van de subsidieverlening niet meer mogelijk (artikelen 4.2.6.1, eerste lid, en 4.2.6.3, eerste lid).

Het derde moment in het subsidie-proces is de uitbetaling. De Afdeling rechtspraak beschouwt de uitbetaling overigens niet als een beschikking, maar als het voldoen aan een verbintenis, en dus als een rechtshandeling naar burgerlijk recht (vgl. Afd. rechtspraak 19-2-1980, tB/S V, nr. 165). Het bestuursrecht moet bepalen wanneer die verbintenis tot betaling ontstaat. Afdeling 4.2.7 voorziet daarin.

In de praktijk zullen vaak voorafgaand aan de subsidievaststelling voorschotten worden verstrekt. De ontvanger kan deze nodig hebben om de te subsidiëren activiteit daadwerkelijk te kunnen uitvoeren. In feite spelen deze voorschotten een zo belangrijke rol, dat het gewenst is ook daarover enige regels op te nemen. Dat is geschied in de artikelen 4.2.7.3 en volgende.

De hierboven onderscheiden momenten van verlening, vaststelling en betaling van subsidie zijn in de praktijk niet altijd afzonderlijk aan te treffen. Zo zal niet in alle gevallen een subsidieverlening voorafgaan aan een subsidievaststelling. Het komt voor dat men een subsidie eerst kan aanvragen nadat men een bepaalde activiteit heeft verricht en het te subsidiëren bedrag volledig vaststaat. Er bestaat dan geen aanleiding voor een afzonderlijke subsidieverlening: volstaan kan worden met de subsidievaststelling.

De Algemene wet bestuursrecht kiest zelf dan ook niet voor het systeem mét of het systeem zonder afzonderlijke subsidieverlening. Met beide systemen is rekening gehouden. Als gevolg daarvan kan een aantal bepalingen zowel betrekking hebben op het verlenen als op het vaststellen van een subsidie. In die bepalingen is als algemene term een vorm van het werkwoord «verstrekken» gehanteerd.

Er bestaat ook een enkele subsidieregeling waarvan de systematiek minder goed aansluit op het schema van verlening en vaststelling. Een voorbeeld is de Basisremigratiesubsidieregeling 1985. Bij de aanpassingswetgeving zal worden nagegaan of zulks tot afwijkingen van de Awb, dan wel tot herziening van de systematiek van de desbetreffende regeling moet leiden.

Voor subsidiëring gedurende een langere, meerjarige periode biedt de Algemene wet bestuursrecht verschillende varianten.

In de eerste plaats kan vanzelfsprekend eenmalig subsidie worden verleend voor een aantal jaren, waarna, na ommekomst van het subsidietijdvak, vaststelling plaatsvindt. Daarnaast kan, al dan niet met toepassing van afdeling 4.2.8, jaarlijks subsidieverlening en -vaststelling plaatsvinden.

Met het oog op de continuïteit van de te subsidiëren activiteiten wordt soms ook gekozen voor een langlopende subsidieverlening, waarbij de subsidie steeds tussentijds in gedeelten wordt vastgesteld. Periodieke vaststelling kan dan plaatsvinden op grond van een daartoe periodiek in te dienen aanvraag, of ambtshalve. In het laatste geval vindt de vaststelling plaats op grond van door de subsidie-ontvanger periodiek te verschaffen gegevens. Dit stelsel, dat wel wordt aangeduid met de term

mutatiesysteem, is in het bijzonder geschikt wanneer de subsidieregeling zelf al met een grote mate van precisie heeft aangegeven in welke gevallen aanspraak op subsidie bestaat. De subsidieverlening valt in dit systeem te beschouwen als de constatering dat aan de vereisten voor subsidiëring is voldaan, waarna voor een langere, in de beschikking aan te geven periode subsidiering volgt. De artikelen 4.2.5.3, eerste lid, jo. 4.2.5.6, onder a, openen de mogelijkheid voor deze periodieke ambtshalve vaststelling.

Het mutatiesysteem kan ook worden gehanteerd, indien afdeling 4.2.8 van toepassing is verklaard op de subsidieverstreking. Hierin voorziet artikel 4.2.8.3.2, dat in het eerste lid bepaalt dat een subsidie op de voet van die afdeling ook voor meerdere boekjaren kan worden verleend. In dat geval wordt aan de beschikking de verplichting verbonden tot tussentijdse gegevensverstrekking (artikel 4.2.8.3.2, tweede lid) op basis waarvan vervolgens ingevolge de artikelen 4.2.8.5.1 en 4.2.8.5.2 jaarlijks ambtshalve vaststelling plaatsvindt.

Driehoeksverhoudingen

In het eenvoudigste geval zijn bij de subsidiëring slechts twee partijen betrokken: het bestuursorgaan dat de subsidie verleent of vaststelt, en de ontvanger. Soms is de situatie gecompliceerder, doordat drie of meer partijen betrokken zijn. Daarbij moeten verschillende situaties worden onderscheiden.

Soms geeft een bestuursorgaan er de voorkeur aan de uitvoering van een subsidieregeling aan privaatrechtelijke instellingen op te dragen. De subsidieregeling van het ministerie van Economische Zaken biedt daarvan enkele voorbeelden. Zo is de uitvoering van diverse subsidie-regelingen op het gebied van het energiebeleid opgedragen aan de Nederlandse Maatschappij voor Energie en Milieu B.V. (NOVEM; zie bijvoorbeeld het Besluit subsidies windenergie (Stb. 1993, 187))

In deze gevallen is eigenlijk geen sprake van een driehoeksverhouding. De regeling welke het bestuur van de privaatrechtelijke rechtspersoon opdraagt op de subsidie-aanvraag te beslissen, attribueert een beschikkingsbevoegdheid aan dat bestuur, daarmee tegelijkertijd een nieuw bestuursorgaan in het leven roepend. Het is reeds lang vaste jurisprudentie, dat ook het bestuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon een administratief orgaan in de zin van artikel 1 Wet Arob kan zijn (zie o.m. Afd. rechtspraak 13-6-1978, tB/S I, blz. 26; Vz. Afd. rechtspraak 19-3-1981, AB 1982, 411; Afd. rechtspraak 27-1-1983, tB/S V, blz. 1199). Voor het begrip bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht ligt dit niet anders.

Aldus ontstaat een als subsidieverhouding te kwalificeren rechtsverhouding tussen het bestuursorgaan dat op de aanvraag beslist – bijvoorbeeld het bestuur van de NOVEM – en de aanvrager. Dat de subsidie uiteindelijk ten laste komt van de begroting van een ander bestuursorgaan – in casu de minister van Economische Zaken – is voor de aanvrager zonder betekenis. Tussen de aanvrager en de minister ontstaat geen subsidieverhouding.

Wel is het mogelijk, dat de rechtsverhouding tussen de met de uitvoering van de subsidieregeling belaste instantie en de minister óók als een subsidieverhouding moet worden beschouwd. De attributie van beschikkingsbevoegdheid maakt immers van het bestuur van de privaatrechtelijke instelling wel een bestuursorgaan, maar daarmee van de instelling zelf nog niet automatisch een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, zodat artikel 4.2.1.1, derde lid, niet zonder meer van toepassing is. Deze eventuele tweede subsidieverhouding betreft echter een andere subsidie dan, en kan los gezien worden van, de eerste subsidieverhouding. Het is ook mogelijk, dat de verhouding tussen de

minister en de uitvoeringsinstantie moet worden gezien als een verhouding van opdrachtgever tot opdrachtnemer.

De situatie is in beginsel niet anders, indien de uitvoering van een subsidieregeling niet aan een ander orgaan wordt geattribueerd maar gedelegeerd, of wanneer een orgaan van een ander publiekrechtelijk lichaam met de uitvoering wordt belast. Indien een subsidieregeling bijvoorbeeld burgemeester en wethouders belast met de verlening en de vaststelling van de subsidie, terwijl het gemeentebestuur de kosten van de subsidie geheel of gedeeltelijk bij het Rijk kan declareren, ontstaat een subsidieverhouding tussen aanvrager en burgemeester en wethouders, maar niet tussen de aanvrager en de verantwoordelijke minister (en in dit geval ook niet tussen gemeente en minister). Beslissend is steeds, welk bestuursorgaan op de aanvraag beslist. Indien derhalve de behandeling van subsidie-aanvragen aan een ander bestuursorgaan wordt gemandateerd, ontstaat een subsidieverhouding tussen de aanvrager en de mandaatgever. De beslissing van de gemandateerde op de aanvraag geldt immers als een beslissing van de mandaatgever (artikel 1A.1.1.1a).

Specifieke uitkeringen

Iets gecompliceerder ligt de juridische situatie bij zogenaamde specifieke uitkeringen (ook wel als bijdrageregelingen aangeduid). Dit zijn regelingen, die niet rechtstreeks voorzien in de verlening van subsidies aan burgers. In plaats daarvan bepalen zij bijvoorbeeld, dat een gemeente recht heeft op een rijksbijdrage, indien zij aan een burger een bepaalde subsidie verleent (zie bijvoorbeeld hoofdstuk III van het Besluit woninggebonden subsidies).

De bijdrageregeling bevat doorgaans ook voorschriften met betrekking tot de te subsidiëren activiteit. Veelal neemt de gemeente bij de subsidieverlening deze voorschriften over, om zeker te zijn van een rijksbijdrage. Of en in hoeverre dat gebeurt, behoort echter tot de eigen verantwoordelijkheid van de gemeente. De bijdrageregeling geldt immers, zoals ook in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak steeds is benadrukt (Afd. rechtspraak 7-12-1979, AB 1980, 264; Afd. rechtspraak 3-1-1985, AB 1985, 537; Afd. rechtspraak 10-11-1992, AB 1993, 153), op zichzelf niet voor de verlening van subsidies aan burgers, doch uitsluitend voor de verlening van rijksbijdragen.

Dit brengt mee, dat met het bestaan van een dergelijke rijksbijdrageregelingen op zichzelf nog niet voldaan is aan het in artikel 4.2.1.3, eerste lid, neergelegde vereiste dat de subsidie op een wettelijk voorschrift moet berusten. De subsidie berust immers niet rechtstreeks op de bijdrageregeling, en deze geeft daarover ook niet rechtstreeks voorschriften. Artikel 4.2.1.3 brengt derhalve mede, dat voortaan de gemeenteraad ter uitvoering van zo'n bijdrageregeling een eigen subsidieverordening tot stand zal moeten brengen. Het staat de gemeenteraad vrij, daarin zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de bijdrageregeling, maar voor de subsidieverhouding tussen burger en gemeente is dan uitsluitend de subsidieverordening van belang.

Uiteraard zou het rijk er ook voor kunnen kiezen, de rijksbijdrageregeling te vervangen door een regeling, die rechtstreeks het gemeentebestuur de bevoegdheid geeft onder bepaalde voorwaarden subsidies aan burgers te verlenen, en daarnaast regelt in hoeverre het rijk zal bijdragen in de financiering van deze subsidieverlening. Waar het om gaat, is dat de subsidierelatie tussen gemeentebestuur en burger enerzijds, en de financieringsrelatie tussen rijk en gemeente anderzijds, onderscheiden behoren te worden.

Bij de verstrekking van een subsidie in de vorm van een overheids-garantie zijn steeds ten minste drie partijen betrokken: het bestuursorgaan dat de garantie verleent, de kredietgever en de kredietnemer. Er ontstaat dan veelal een subsidieverhouding tussen het bestuursorgaan en de kredietgever. Op een en ander wordt in de toelichting bij artikel 4.2.1.1 nader ingegaan.

De rechtsvorm van de subsidie

Over de rechtsvorm van de subsidie is in de literatuur veel gediscussieerd. Men zie reeds het pre-advies van J.G. Steenbeek van 1961 (J.G. Steenbeek, *De overheidssubsidie: de rechtsvorm*, pre-advies Vereniging voor Administratief Recht 1961, VAR-geschrift XLIV, Haarlem 1961), waarin werd geconstateerd dat nu eens een publiekrechtelijke, dan weer een privaatrechtelijke rechtsvorm werd gekozen. Steenbeek sprak toen reeds een voorkeur uit voor de publiekrechtelijke rechtsvorm. De ontwikkeling is inderdaad in die richting gegaan.

Het gaat bij subsidiëring om het ten laste van de openbare middelen bijdragen in de kosten van door de overheid om redenen van algemeen belang wenselijk geachte activiteiten. Naar huidig inzicht betreft dit de uitvoering van een publieke taak, waarop publiekrecht van toepassing behoort te zijn. In veruit de meeste gevallen krijgt de subsidieverlening dan ook de vorm van een publiekrechtelijke rechtshandeling, te weten een beschikking. Ook de jurisprudentie merkt de verlening van een subsidie vrijwel steeds als een beschikking aan, ook wanneer zij niet op een geschreven publiekrechtelijke titel, maar slechts op een begrotingspost berust. Het onderhavige voorstel sluit daarbij aan door in de eerste plaats regels te geven voor subsidiebeschikkingen.

Niettemin komen in de praktijk ook overeenkomsten omtrent subsidiering voor. In verband daarmee was in het voorontwerp een artikel 4.2.3.8 opgenomen, dat de titels 4.1 en 4.2 van overeenkomstige toepassing verklaarde indien in plaats van een beschikking omtrent subsidieverlening een overeenkomst omtrent subsidieverlening werd gesloten. Zowel door de Raad van State als in de literatuur (W. Konijnenbelt, *Een koekoeksei in de Awb, RegelMaat* (1992) 3, blz. 65; M. Scheltema, *Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht*, WPNR 6074 (1992) blz. 958) is er op gewezen dat deze bepaling een aantal vragen oproept. Haar rechtsgevolgen zouden onvoldoende duidelijk zijn, en de noodzaak van de bepaling werd in twijfel getrokken. Naar aanleiding hiervan hebben wij gekozen voor een andere regeling van de subsidie-overeenkomst.

In het voorontwerp zag artikel 4.2.3.8 op de situatie waarin de overeenkomst in de plaats kwam van de beschikking. Die figuur komt in de praktijk echter vrij weinig voor. Veel gebruikelijker is een overeenkomst tussen subsidiegever en subsidie-ontvanger die de beschikking tot subsidieverlening niet vervangt, maar strekt tot uitvoering daarvan. Bij nader inzien kan met zo'n uitvoeringsovereenkomst in beginsel hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met een beschikkingvervangende overeenkomst.

In de praktijk bestaat vooral om twee redenen behoefte aan de figuur van de subsidie-overeenkomst. Vooral bij subsidies in de vorm van kredieten of garanties bevat de subsidieverlening naar zijn inhoud elementen (bijvoorbeeld de verplichting tot betaling van rente en aflossing) die men gewend is bij overeenkomst te regelen. Geldlening en borgtocht zijn immers rechtsfiguren die in het privaatrechtelijk rechts-verkeer zeer veel voorkomen. Hoewel het, mits daartoe een toereikende wettelijk grondslag bestaat, op zichzelf zeer wel mogelijk is krediet- en garantieverhoudingen geheel bij beschikking te regelen, kiest er vaak voor

een overeenkomst om te kunnen profiteren van de regeling in het BW en de daarover gevormde jurisprudentie. Zo'n overeenkomst behoeft echter niet in de plaats te treden van de beschikking omtrent subsidieverlening. Hetzelfde doel kan worden bereikt door in de beschikking een voorschrift of voorwaarde op te nemen, inhoudende dat de ontvanger moet medewerken aan de totstandkoming van een overeenkomst van geldlening of borgtocht. Deze constructie wordt bijvoorbeeld bij de subsidiëring van ondernemingen door de minister van Economische Zaken nogal eens gehanteerd.

De tweede reden houdt verband met het feit dat, zoals hierna zal worden uiteengezet, de beschikking tot subsidieverlening, behoudens andersluidend wettelijk voorschrift, niet verplicht tot het verrichten van de gesubsidieerde activiteit. Soms bestaat aan een dergelijke verplichting echter wel behoefte, met name wanneer de activiteit bestaat in het verschaffen van door de overheid essentieel geachte voorzieningen. Men denke bijvoorbeeld aan de subsidiëring van justitiële particuliere inrichtingen voor de verpleging van ter beschikking gestelden door de minister van Justitie. In zo'n geval kan het nuttig zijn, dat een overeenkomst wordt gesloten waarbij de ontvanger zich verplicht de activiteit te verrichten, zodat de overheid zonodig in rechte nakoming van die verplichting kan vorderen. Ook hier geldt echter, dat dit doel even goed met een overeenkomst ter uitvoering van een beschikking als met een beschikkingvervangende overeenkomst kan worden bereikt.

Onder deze omstandigheden heeft de figuur van de uitvoerings-overeenkomst belangrijke voordelen boven die van de beschikkingvervangende overeenkomst. Doordat tevens een beschikking aanwezig is, zijn de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht en de bevoegdheid van de administratieve rechter gegeven. Daarmee zijn de eenheid van het subsidierecht en de rechtspositie van de ontvanger voldoende gewaarborgd. Het is dan niet langer nodig de titels 4.1 en 4.2 van overeenkomstige toepassing te verklaren op de subsidie-overeenkomst zelf.

De Hoge Raad heeft een kredietovereenkomst met een subsidie karakter gekenschetst als een publiekrechtelijke overeenkomst (HR 12-1-1990, AB 1991, 430 (Staat/Appels)). Niettemin kunnen, waar publiekrechtelijke regels ontbreken, op een subsidie-overeenkomst de privaatrechtelijke regels van de boeken 3 en 6 BW worden toegepast, behoudens voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet. Genoemde uitspraak biedt een voorbeeld van dit laatste: volgens de Hoge Raad verzette de aard van de overeenkomst – waarin o.m. vergaande zeggenschap van de Staat over de onderneming van de ontvanger was bedongen – zich er in dat geval tegen dat de Staat zijn vorderingen uit de subsidie-overeenkomst zou cederen aan een particulier. Buiten twijfel is voorts, dat het bestuursorgaan zowel bij het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst als bij het uitoefenen van daaruit voortvloeiende bevoegdheden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht zal moeten nemen (art. 3:1, tweede lid en HR 27-3-1987, AB 1987, 273 (Amsterdam/Ikon)).

Gelet op het bovenstaande zal aan de figuur van de beschikkingvervangende subsidie-overeenkomst niet of nauwelijks meer behoefte bestaan, temeer daar naar hedendaagse bestuursrecht ook de beschikkingsfiguur voldoende ruimte biedt om recht te doen aan het feitelijk soms sterk tweezijdige en wederkerige karakter van subsidieverhoudingen (vgl. bijv. Afd. rechtspraak 12-1-1993, AB 1993, 237), zoals ook uit de thans voorgestelde regeling moge blijken. Het onderhavige wetsvoorstel bevat dan ook slechts een regeling van de uitvoerings-overeenkomst, en niet van de beschikkingvervangende overeenkomst.

Bij subsidiëring doen zich twee te onderscheiden handhavingsvraagstukken voor. Ten eerste dient gewaakt te worden tegen misbruik van subsidiegelden. Daarvan is sprake, indien de subsidie door toedoen van de aanvrager ten onrechte of tot een te hoog bedrag wordt verstrekt. Ten tweede dient de naleving van de aan de subsidie verbonden (bijkomende) verplichtingen te worden verzekerd. In het laatste geval gaat het dan in de eerste plaats om verplichtingen die betrekking hebben op de inhoud van de activiteit of de wijze waarop zij wordt verricht.

In beide gevallen is naar huidig recht gehele of gedeeltelijke intrekking van de subsidie, dan wel definitieve vaststelling op een lager bedrag dan aanvankelijk voorzien, de voornaamste sanctie. De Algemene wet bestuursrecht brengt hierin geen materiële verandering, doch de systematiek van de wet behoeft enige nadere toelichting.

In veel gevallen is de subsidievaststelling het eerste, vaak het enige en veelal het meest geschikte moment waarop het bestuursorgaan toetst of de gesubsidieerde activiteit op de juiste wijze is verricht en de aan de subsidie verbonden verplichtingen zijn nagekomen. Indien die toetsing voor de burger geheel of gedeeltelijk negatief uitvalt, kan de subsidie worden geweigerd, of, indien een subsidieverlening is voorafgegaan, lager dan overeenkomstig de subsidieverlening worden vastgesteld. Omdat de subsidievaststelling in de praktijk het belangrijkste toetsingsmoment is, is daarop in de onderhavige regeling het accent gelegd. Indien een subsidieverlening heeft plaatsgevonden, vervult het lager vaststellen van de subsidie derhalve in belangrijke mate de functie die thans in een aantal gevallen door de (gedeeltelijke) intrekking wordt vervuld.

Naast de bevoegdheid om de subsidie lager vast te stellen kan een bevoegdheid om de subsidieverlening in te trekken echter niet worden gemist. De vaststelling geschiedt immers doorgaans op aanvraag na afloop van de activiteit (artikel 4.2.5.3). Soms zal het bestuursorgaan reeds eerder op de hoogte komen van een verwijtbare gedraging van de ontvanger. In dat geval moet het bestuursorgaan daarop kunnen reageren door intrekking van de subsidieverlening. Dat is echter slechts mogelijk zolang de subsidie niet is vastgesteld (artikel 4.2.6.1).

Tenslotte is ook een bevoegdheid tot intrekking van de subsidievaststelling nodig (artikel 4.2.6.2). Het kan immers voorkomen dat pas na de vaststelling blijkt dat de ontvanger bijvoorbeeld onjuiste gegevens heeft verstrekt. Intrekking van de verlening, zo die er is geweest, heeft dan geen zin, omdat dan de vaststelling en daarmee de aanspraak op financiële middelen in stand zou blijven. Het karakter van de vaststelling brengt echter wel mee, dat zij in beperktere mate voor intrekking vatbaar is dan de verlening.

Het intrekken of lager vaststellen van de subsidie is voor de praktijk veruit de belangrijkste sanctie. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van strafrechtelijk optreden, indien de subsidie zich in het kader van de subsidieverhouding schuldig maakt aan valsheid in geschrift, bijvoorbeeld door bij de aanvraag onjuiste gegevens te verstrekken. In dit verband zij gewezen op de recente wijziging van artikel 225 Wetboek van Strafrecht, waardoor ook reeds tegen het voorhanden hebben van valse geschriften kan worden opgetreden (Stb. 1992, 287).

In een aantal gevallen kan ook behoefte bestaan aan de mogelijkheid van een bestuurlijke reactie die verder gaat dan het door het intrekken of lager vaststellen van de subsidie ontnemen van het ten onrechte genoten voordeel. Daarom wordt thans in samenspraak met de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht nagegaan in hoeverre voor die gevallen een regeling kan worden getroffen die voorziet in het opleggen van een administratieve boete.

Een onderwerp, waarin het wetsvoorstel niet voorziet is het tegengaan van ongewenste cumulatie van subsidies. Indien voorschriften daarover nodig zijn, zal de bijzondere subsidieregeling daarin moeten voorzien. Het is niet goed mogelijk daarvoor een algemene regeling te treffen. Immers, lang niet iedere samenloop van subsidies bij één ontvanger is ongewenst. Zo is er geen bezwaar tegen, dat een gesubsidieerde instelling die werkzaam is op het gebied van welzijn of cultuur, tevens subsidie ontvangt voor de isolatie of restauratie van het pand waarin zij is gehuisvest. Ook subsidiëring van dezelfde activiteit door verschillende bestuursorganen is niet in alle gevallen ongewenst; indien verschillende bestuursorganen belang hebben bij een activiteit, kan het onder omstandigheden redelijk zijn dat zij de kosten van subsidiëring gezamenlijk dragen. Wanneer cumulatie moet worden uitgesloten, kan derhalve niet in algemene zin worden aangegeven. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag welke subsidie in geval van ongewenste cumulatie «voorrang» heeft. Wel is het gewenst, dat het bestuursorgaan op de hoogte is van door andere bestuursorganen voor dezelfde activiteiten verleende subsidies. Daarom is in de afdeling 4.2.8 inzake periodieke subsidies aan rechtspersonen – vooral daarbij speelt de cumulatieproblematiek – een bepaling (art. 4.2.8.2.6) opgenomen die de aanvrager verplicht deze informatie te verstrekken.

In de literatuur is tenslotte de vraag opgeworpen of de naleving van aan de subsidie verbonden verplichtingen ook door middel van bestuursdwang kan worden afgedwongen (P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer 1986, blz. 271; J. van Viegen, Bestuursrechtelijke handhaving van subsidievoorwaarden, in: Recht op scherp, opstellen aangeboden aan Prof. mr. W. Duk, Zwolle 1984).

De kwestie is van weinig praktisch belang, omdat in de meeste gevallen bestuursdwang reeds om praktische redenen niet goed denkbaar is. Het is niet duidelijk, hoe bijvoorbeeld de verplichting van een welzijnsinstelling zich op een bepaalde doelgroep te richten door bestuursdwang zou kunnen worden afgedwongen. Ook voor zover bestuursdwang wel praktisch mogelijk zou zijn, is het bestuursorgaan daartoe echter in beginsel niet bevoegd, ook al beschikt het over een algemene bestuursdwangbevoegdheid. Door middel van bestuursdwang kan immers alleen de nakoming van een onvoorwaardelijke rechtsplicht kan worden afgedwongen. Zoals in de toelichting op afdeling 4.2.4 zal worden uiteengezet, schept de subsidieverlening in beginsel nu juist geen onvoorwaardelijke rechtsplicht tot het verrichten van de gesubsidieerde activiteit en het naleven van de daarbij behorende verplichtingen, omdat de ontvanger in beginsel het alternatief heeft om van de subsidie af te zien.

Verhouding tot het gemeenschapsrecht

De onderhavige regeling heeft verschillende raakvlakken met het recht van de Europese Unie. Daarbij valt vooreerst te denken aan de invloed die van de communautaire discriminatieverboden en meer in het algemeen van de voorschriften inzake het vrij verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal kan uitgaan op subsidiëring door nationale organen. Ten aanzien van steunverleningen aan ondernemingen, waarvoor in het bijzonder de artikelen 92 en volgende van het EEG-verdrag van belang zijn, valt op te merken dat het communautaire begrip steunmaatregelen en het subsidiebegrip van artikel 4.2.1.1 elkaar slechts ten dele dekken. De werkingssfeer van titel 4.2 omvat enerzijds veel meer dan steun aan ondernemingen, maar bestrijkt anderzijds niet alle vormen van steun die onder artikel 92 EEG-verdrag vallen.

In artikel 8 Kaderwet financiële verstrekkingen EZ is een uitdrukkelijke intrekkinggrond opgenomen voor het geval, dat een verstrekte subsidie

aan een onderneming een ingevolge artikel 92 EEG-verdrag verboden steunverlening oplevert. In een wet die uitsluitend betrekking heeft op subsidiëring van ondernemingen ligt dat eerder voor de hand dan in het kader van de Algemene wet bestuursrecht. Voor elk subsidievoornemen zal afzonderlijk moeten worden gezien of het met het gemeenschapsrecht – het gaat daarbij immers niet alleen om de artikelen 92 en volgende EEG-verdrag – verenigbaar is. Het is niet goed mogelijk terzake algemene voorschriften in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Dat is ook niet nodig, nu de communautaire beperkingen op de uitoefening van nationale subsidiebevoegdheden rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht voortvloeien.

De vraag doet zich voor in hoeverre titel 4.2 van toepassing kan zijn op subsidies die hun grondslag vinden in het communautaire recht. Wanneer subsidies rechtstreeks worden verleend door de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een andere communautaire instelling, kan de Algemene wet bestuursrecht uit de aard der zaak niet van toepassing zijn. De Nederlandse wet kan immers de organen der Europese Gemeenschappen niet binden.

In veel gevallen, vooral maar niet uitsluitend op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, worden subsidies die uiteindelijk ten laste komen van de eigen middelen van de Europese Gemeenschappen verleend door tussenkomst van nationale bestuursorganen. Zo worden in Nederland talrijke landbouwsubsidies verleend door organen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, daartoe aangewezen bij «overdrachtsbeschikkingen» steunend op de Landbouwwet of de In- en uitvoerwet. Deze organen blijven ook als zij EG-beleid uitvoeren Nederlandse bestuursorganen, op besluiten waarvan de Algemene wet bestuursrecht, met inbegrip van titel 4.2, in beginsel van toepassing is. Hun taken ter uitvoering van het gemeenschapsrecht vloeien in essentie voort uit de loyaliteitsverplichtingen van de Lid-Staten, neergelegd in artikel 5 EEG-verdrag. Zolang en voor zover het gemeenschapsrecht terzake geen eigen voorzieningen bevat, strekken de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht, inclusief de onderhavige titel, onder omstandigheden derhalve mede ter uitvoering van het gemeenschapsrecht. Deze bepalingen kunnen toepassing vinden, mits daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten die burgers aan het gemeenschapsrecht ontlelen (vgl. HJEG zaak 33/76, Jur. 1976, 1989 [Rewe]; HJEG zaak 45/76, Jur. 1976, 2043 [Comet]). Zodra en voor zover het gemeenschapsrecht zelf in een regeling voorziet – zoals bijvoorbeeld in de dikwijls gedetailleerde voorschriften ter uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid het geval kan zijn – wijkt het nationale recht, en dus ook de Algemene wet bestuursrecht, op grond van het beginsel van de voorrang van het Gemeenschapsrecht (vgl. HJEG zaak 6/64, Jur. 1964, 1199 [Costa/ENEL]). Een en ander geldt mutatis mutandis evenzeer voor zover het Gemeenschapsrecht voorziet in een regeling voor subsidies uit de communautaire structuurfondsen en andere EG-subsidies, die door tussenkomst van nationale bestuursorganen worden verstrekt.

Het gemeenschapsrecht laat derhalve ruimte voor toepassing van de Algemene wet bestuursrecht voor zover het zelf niet in een regeling voorziet en geen afbreuk wordt gedaan aan rechten die burgers aan het gemeenschapsrecht ontlelen. Tegen deze achtergrond is er – behoudens een enkel punt – geen reden subsidies die ter uitvoering van een communautaire regeling worden verstrekt geheel of gedeeltelijk van de werking van titel 4.2 uit te zonderen.

AFDELING 4.2.1 INLEIDENDE BEPALINGEN

Deze afdeling bevat een tweetal definitiebepalingen, een bepaling waarin het vereiste van een wettelijke grondslag voor subsidiëring is

neergelegd, alsmede een verplichting tot periodieke evaluatie van subsidieregelingen.

Artikel 4.2.1.1

Subsidies komen in vele, uiteenlopende vormen en onder vele benamingen voor. Er zijn dan ook vele definities in omloop (zie J.H. van Kreveld, Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen, pre-advies VAR 1988, VAR-Geschrift XCIX, blz. 103 e.v.). Deze definities vertonen onderling een aantal verschillen, die veelal mede bepaald zijn door het doel waarvoor de definitie is opgesteld. Zo bevat de in het kader van het geïntegreerd subsidiebeleid van de rijksoverheid gehanteerde definitie, evenals de door de Algemene Rekenkamer gebruikte omschrijving, om voor de hand liggende reden de beperking, dat het moet gaan om de verstrekking van financiële middelen door het Rijk. Zo'n beperking past uiteraard niet in de Algemene wet bestuursrecht. Voorts moet een definitie die de reikwijdte van een wettelijke regeling bepaalt aan andere eisen voldoen dan een omschrijving in een beleidsdocument.

De omstandigheid dat een bepaalde verstrekking als een subsidie in de zin van artikel 4.2.1.1 moet worden beschouwd, impliceert dan ook geen uitspraak over de vraag of zij in ander verband eveneens als een subsidie moet worden aangemerkt. Het spreekt vanzelf dat het enkele feit dat een verstrekking, bijvoorbeeld de bekostiging van het onderwijs en onderzoek, onder de reikwijdte van titel 4.2 is gebracht, niet bepalend kan zijn voor bijvoorbeeld het antwoord op de vraag of ook het beleid van de rijksoverheid om te bezuinigen op subsidies zich mede tot die verstrekking moet uitstrekken. Omgekeerd betekent de omstandigheid dat een bepaalde vorm van bekostiging niet onder de werking van titel 4.2 valt, uiteraard evenmin dat de bekostiging op die grond van bezuinigingen gevrijwaard zal blijven. Bij de bepaling van het budgettaire beleid spelen immers geheel andere overwegingen een rol dan de overwegingen van wetgevingsbeleid die bepalend zijn voor de reikwijdte van titel 4.2.

Derhalve kon in het onderhavige wetsvoorstel niet zonder meer een bestaande definitie worden overgenomen, maar is een eigen, op de doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht toegesneden, omschrijving ontwikkeld – hetgeen uiteraard geenszins uitsluit dat in een andere, niet-wettelijke, context een iets andere definitie geschikter kan zijn.

Vanzelfsprekend is bij het opstellen van het thans voorgestelde artikel 4.2.1.1 wel gebruik gemaakt van bestaande definities, met name ook van de omschrijving van het begrip «verstrekking van financiële middelen» in artikel 1 Kaderwet verstrekking financiële middelen EZ.

Hieronder worden de elementen van de omschrijving toegelicht, waarbij tevens de afgrenzing tussen subsidie en verwante rechtsfiguren aan de orde komt. Voor alle duidelijkheid zij nog opgemerkt, dat dit wetsvoorstel een materieel subsidiebegriff hanteert. Subsidies worden in de praktijk ook wel aangeduid als bijdrage, uitkering, of financiering. Voor de toepasselijkheid van de onderhavige titel is de gekozen benaming niet van belang; beslissend is of aan de elementen van de gegeven begripsomschrijving is voldaan.

De aanspraak op financiële middelen

In artikel 4.2.1.1 wordt alleen het verstrekken van financiële middelen als subsidie aangemerkt. Het komt voor dat de overheid maatschappelijk gewenste activiteiten stimuleert door goederen of – meestal – diensten om niet of onder de markt- of kostprijs te leveren. Zo dekt de toegangsprijs voor een rijks- of stedelijk museum zelden de kosten. Economisch gezien kan men dan spreken van «subsidies in natura» aan de museumbezoeker. Er worden in zo'n geval echter geen financiële middelen verstrekt,

noch een aanspraak daarop, zodat van een subsidie in de zin van artikel 4.2.1.1 geen sprake is. Dat is ook gewenst, want de voorgestelde regels inzake subsidiebeschikkingen zouden zich vanzelfsprekend slecht lenen voor toepassing op de rechtsverhouding die ontstaat wanneer een burger bijvoorbeeld een museumkaartje koopt of gebruik maakt van een gemeentelijke sportaccommodatie.

In de praktijk komt het ook wel voor dat bijvoorbeeld een gemeente in plaats van de huisvestingskosten van een vereniging of stichting te subsidiëren, zelf om niet een pand ter beschikking stelt. Ook dan kan men vanuit een economische invalshoek van een «subsidie in natura» spreken. Anders dan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten menen wij echter dat het geen aanbeveling verdient het subsidiebegrip van de Algemene wet bestuursrecht uit te breiden tot alle «op geld waardeerbare» verstrekkingen. Voorschriften inzake de verstrekking van financiële middelen kunnen niet zonder meer worden toegepast op verstrekkingen in natura. Dat geldt bijvoorbeeld voor de regels inzake het subsidieplafond en de subsidievaststelling. Indien daarbij telkens rekening zou moeten worden gehouden met verstrekkingen in natura, zou dat de regeling in verhouding tot het belang van dergelijke verstrekkingen onevenredig compliceren.

Een en ander betekent niet, dat pas van een subsidie kan worden gesproken indien daadwerkelijk financiële middelen worden verstrekt. Voldoende is, dat een aanspraak op financiële middelen wordt verstrekt. Dit is allereerst van belang, omdat bij subsidies het tijdstip waarop de aanspraak op financiële middelen wordt gevestigd, en het tijdstip waarop die middelen daadwerkelijk worden verstrekt, ver uit elkaar kunnen liggen. Het komt voor dat voorafgaand aan een voorgenomen activiteit toegezegde financiële middelen pas na afloop van die activiteit daadwerkelijk worden verstrekt. Het cruciale moment in het proces van subsidiëring is in zo'n geval niet de daadwerkelijke verstrekking, maar de beslissing dat de voorgenomen activiteit gesubsidieerd zal worden indien zij inderdaad plaatsvindt. Vanaf dát moment moeten de thans voorgestelde regels voor subsidieverhoudingen hun werking hebben, en niet pas als er daadwerkelijk geld wordt uitgekeerd.

Daarbij komt, dat niet bij alle subsidies daadwerkelijk geld wordt uitgekeerd. Indien de overheid rente en aflossing van een door een bank aan een derde verstrekt krediet garandeert, ontstaat een subsidieverhouding die, als de derde zijn verplichtingen nakomt, eindigt zonder dat de overheid ook maar een gulden daadwerkelijk heeft uitgekeerd.

Met het woord «aanspraak» wordt voorts benadrukt, dat de beslissing om subsidie te verstrekken niet vrijblijvend is. Ook de verlening van een subsidie voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteit vestigt een rechtens afdwingbare, zij het voorwaardelijke, aanspraak op financiële middelen. In de bestaande regelgeving worden voor de rechtsfiguur die in dit wetsvoorstel als subsidieverlening wordt aangeduid, vaak termen als «subsidietoezegging» of «voorlopige (subsidie-)toekenning» gebruikt. Dergelijke termen suggereren een zekere mate van vrijblijvendheid; zij wekken de indruk dat het bestuur gemakkelijk op de subsidieverlening kan terugkomen.

Van deze opvatting wordt in dit wetsvoorstel afstand genomen. De subsidieverlening is voor het bestuursorgaan bindend. Indien de subsidie-ontvanger de gesubsidieerde activiteiten verricht en zijn overige verplichtingen nakomt, is het bestuursorgaan gehouden tot nakoming van de subsidieverlening, dat wil zeggen tot het overeenkomstig de verlening vaststellen van de subsidie en het uitbetalen van het subsidiebedrag. In die zin vestigt de verlening een aanspraak voor de ontvanger, met als spiegelbeeld een verplichting – ook in begrotingstechnische zin – voor het bestuursorgaan. Dat het bestuur bij de verlening van deze aanspraak een voorbehoud kan maken (artikel 4.2.3.5) doet hieraan niet af.

«Het verlenen van een aanspraak op financiële middelen» omvat niet alleen de subsidieverlening «à fonds perdu», maar ook het verschaffen van kredieten. Overwogen is om kredietverlening tegen commerciële voorwaarden buiten het subsidiebegrip te houden, doch daarvan is afgezien, omdat de overheid slechts bij uitzondering zuiver commerciële kredieten verleent.

De overheid pleegt kredieten te verschaffen omdat de markt daarin in onvoldoende mate voorziet. Dit impliceert, dat het krediet vrijwel steeds wordt verschaft met het oog op wenselijk geachte activiteiten van de ontvanger en onder voorwaarden, die gunstiger zijn dan de ontvanger op de vrije markt zou kunnen bedingen, zodat tevens een financieel voordeel wordt toegekend. Derhalve is kredietverlening door de overheid op essentiële punten vergelijkbaar met subsidiëring «à fonds perdu», zodat voor beide vormen dezelfde regels behoren te gelden.

De kredietverschaffing door gemeentelijke kredietbanken als bedoeld in hoofdstuk 1, afdeling 3, van de Wet op het consumentenkrediet, geschiedt soms wel op commerciële basis. In dat geval wordt het krediet echter niet met het oog op een bepaalde activiteit verstrekt, zodat het om die reden niet onder het begrip subsidie valt.

Garanties

Een andere voor de praktijk belangrijke vorm van subsidieverlening is de overheidsgarantie. De overheid verleent dan niet zelf een krediet, maar stelt zich garant voor rente en aflossing van een door een derde – doorgaans een bank – aan de aanvrager te verlenen krediet. Een bekend voorbeeld is de «gemeentegarantie» voor de hypothecaire lening voor de aanschaf van een eigen woning (vgl. de Regeling deelneming in garanties woninggebonden subsidies, Stcrt. 1992, 213).

Een overheidsgarantie is in een bepaald opzicht vergelijkbaar met de subsidie voor een exploitatietekort. De garantieverlening houdt in, dat de overheid de bank financiële middelen zal verstrekken, indien zij op het krediet verlies lijdt, doordat de kredietnemer zijn verplichtingen tot aflossing en rentebetaling niet nakomt.

In de praktijk wordt aan overheidsgaranties op verschillende wijze juridisch vorm gegeven. In het eenvoudigste geval wordt de garantie aangevraagd door en verleend aan de kredietgever (de bank). Er ontstaat dan een subsidieverhouding tussen het bestuursorgaan en de bank; de kredietverlening zelf is dan de gesubsidieerde activiteit. Tussen de bank en de kredietnemer wordt een gewone privaatrechtelijke overeenkomst van geldlening gesloten.

Daarnaast kunnen gecompliceerdere verhoudingen ontstaan, doordat ook een juridische relatie ontstaat tussen de kredietnemer en het bestuursorgaan. Dit doet zich met name voor als de kredietnemer – zoals bij de genoemde «gemeentegarantie» – voor het aangaan van een gegarandeerde lening eerst een beschikking van het bestuursorgaan moet verkrijgen. Die beschikking schept echter nog geen subsidieverhouding tussen het bestuursorgaan en de kredietnemer.

Deelnemingen

Voorts kan de overheid ook door deelneming in het aandelenkapitaal van een vennootschap een aanspraak op financiële middelen verstrekken. Het is niet uitgesloten dat dit geschiedt in verband met activiteiten van de ontvanger. Aandelenkapitaal wordt echter per definitie niet met het oog op bepaalde activiteiten verstrekt, maar met het oog op alle huidige en toekomstige activiteiten van de vennootschap. Daarom moet aandelenkapitaal geacht worden te zijn verstrekt met het oog op alle huidige en

toekomstige activiteiten van de vennootschap. Daarmee is niet voldaan aan het vereiste dat de aanspraak wordt verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de ontvanger.

Anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten

De clausule «anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten» houdt commerciële transacties waarbij de overheid partij is buiten het subsidie-begrip. Het spreekt vanzelf, dat geen sprake is van een subsidie wanneer de overheid de marktprijs betaalt voor aangeschafte goederen of aan haar geleverde diensten. De beperking tot aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten is aangebracht, omdat er subsidies zijn die kunnen worden opgevat als een betaling voor door de subsidie-ontvanger aan derden geleverde diensten. Men denke aan de gefinancierde rechtsbijstand.

Onder betaling dient te worden verstaan het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer. Dat wil vanzelfsprekend niet zeggen dat iedere betaling die, gelet op de geldende marktprijs, wellicht aan de hoge kant is, nu ineens als een subsidie moet worden aangemerkt. De waarde in het economisch verkeer is immers lang niet altijd exact vast te stellen, zodat ook de overheid een zekere vrijheid bij het bepalen van de prijs die zij wil betalen niet kan worden onzegd. Slechts wanneer die prijs onmiskenbaar zozeer boven de marktprijs ligt, dat redelijkerwijs niet meer van betaling kan worden gesproken, is, indien aan de overige elementen van de definitie is voldaan, sprake van een subsidie.

Subsidieverlening en betaling voor goederen of diensten kunnen in de praktijk soms dicht tegen elkaar liggen. Wanneer een bestuursorgaan aan een universiteit gelden verstrekt ten behoeve van het verrichten van een bepaald onderzoek, zal soms sprake zijn van subsidiëring, soms van een commerciële transactie waarbij de overheid eenvoudig een noodzakelijk geacht onderzoek «uitbesteedt». De aard van de rechtsverhouding moet dan aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval worden vastgesteld.

Daarbij kunnen verschillende factoren van belang zijn. Bij subsidiëring kunnen veelal één of meer markttransacties tussen de ontvanger en derden worden aangewezen, die (mede) uit de subsidie worden bekostigd. De activiteit waarvoor subsidie wordt verstrekt bestaat immers vrijwel steeds uit het door de ontvanger aan een derde leveren of juist van een derde verkrijgen van een voorziening, produkt of dienst. Bij levering van goederen en diensten aan het bestuursorgaan daarentegen is de verstrekking van financiële middelen niet gericht op het bekostigen van een transactie tussen het bestuursorgaan en een derde, maar maakt zij deel uit van een transactie tussen het bestuursorgaan en de leverancier. Indien geen transactie tussen de ontvanger en een derde valt aan te wijzen, met het oog waarop de financiële middelen worden verstrekt, is dat derhalve een belangrijke aanwijzing dat geen sprake is van een subsidie.

Ook de hoogte van het door de overheid verstrekte bedrag, in relatie tot de kosten van de gesubsidieerde activiteit, kan een belangrijke aanwijzing zijn. Bij een commerciële transactie zal dat bedrag veelal de kosten van de activiteit (bijvoorbeeld een onderzoek) plus een zekere winstmarge dekken, bij een subsidie ten hoogste de kosten. Ook kan van belang zijn van welke partij het initiatief voor het verrichten van het onderzoek is uitgegaan: bij een subsidie zal dat veelal degene zijn die het onderzoek verricht, bij een opdracht de opdrachtgever. Tenslotte zullen bijkomende omstandigheden zoals de afspraken over de publicatie van het onderzoek soms aanwijzingen kunnen bieden.

Indien een bestuursorgaan aan een ambtenaar door deze in het kader van zijn functie gemaakte kosten vergoedt (declaraties voor dienstreizen e.d.) is geen sprake van een subsidie, maar van voldoening van een schuld die is ontstaan doordat de ambtenaar ten behoeve van het bestuursorgaan diensten heeft gekocht en de kosten daarvan uit eigen zak heeft voorgesloten.

Door een bestuursorgaan verstrekt

Niet alleen de overheid, maar ook vele particuliere instellingen en fondsen stimuleren activiteiten die zij wenselijk achten door daarvoor financiële middelen ter beschikking te stellen. Hoewel deze vormen van particulier initiatief in het spraakgebruik ook wel als subsidiëring worden aangeduid, spreekt het vanzelf, dat de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing behoort te zijn op rechtsverhoudingen tussen particulieren onderling. Dit wordt bereikt door in de definitie het element «door een bestuursorgaan verstrekt» op te nemen.

Een andere situatie doet zich voor indien – zoals in de praktijk regelmatig voorkomt – een privaatrechtelijke instelling bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt belast met de verlening van subsidies ten laste van de openbare middelen. In de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak wordt (het bestuur van) de privaatrechtelijke instelling in zo'n geval aangemerkt als administratief orgaan in de zin van artikel 1 Wet Arob (vgl. o.m. Afd. rechtspraak 13-6-1978, tB/S I, blz. 26; Vz. Afd. rechtspraak 19-3-1981, AB 1982, 411; Afd. rechtspraak 27-1-1983, tB/S V, blz. 1199). De definitie van het begrip bestuursorgaan in artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht sluit nauw aan bij artikel 1 Wet Arob (vgl. de toelichting bij artikel 1:1, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 27). Voor zover het bestuur van een privaatrechtelijke instelling is belast met het verlenen van subsidies ten laste van de openbare middelen, moet het derhalve ook worden beschouwd als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, zodat de Algemene wet bestuursrecht, met inbegrip van deze titel, onverkort van toepassing is.

Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager

Ook als de overheid om niet financiële middelen verstrekt, is niet steeds sprake van een subsidie. Soms geschiedt de verstrekking van financiële middelen niet met het oog op een bepaalde activiteit, maar om te voorzien in de kosten van het bestaan. Daarbij kan het gaan om een algehele of een aanvullende inkomensvoorziening. Men denke aan de uitkeringen op het gebied van de sociale zekerheid. De regels inzake subsidies behoren daarop niet van toepassing te zijn. De studie-financiering heeft tot op zekere hoogte een gemengd karakter, waarbij echter het element van een (aanvullende) inkomensvoorziening overheerst. Gelet op het eigen karakter van deze voorziening behoren de regels inzake subsidies ook hierop niet van toepassing te zijn. Hetzelfde geldt, om praktische redenen, voor de individuele huursubsidie. Ter vermijding van misverstand zal zulks bij gelegenheid van de aanpassings-wetgeving uitdrukkelijk in de desbetreffende wetten worden bepaald.

In de begripsomschrijving is het gebonden karakter van de subsidie uitgedrukt door de woorden «met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager». Van een subsidie is pas sprake indien een aanspraak op financiële middelen worden verstrekt met het oog op bepaalde, min of meer welomschreven activiteiten van de ontvanger. Anders gezegd, het moet gaan om een gebonden inkomens- of vermogensoverdracht, in die zin dat, bij verstrekking voorafgaand aan de te verrichten activiteiten, de bestedingsrichting van de verstrekte middelen is vastgelegd.

De aard van deze activiteiten kan sterk uiteenlopen. Er zijn subsidies het terrein van welzijn, sport en cultuur, maar ook ter bevordering van wetenschappelijk onderzoek of ter stimulering van energiebesparing of woningbouw. Soms gaat het om een eenmalige activiteit als een tentoonstelling of een concert, soms om een voortdurende activiteit, zoals de instandhouding van een bibliotheek, een onderwijsinstelling of een vorm van hulpverlening. Onder omstandigheden kan ook een nalaten een activiteit in de zin van artikel 4.2.1.1 zijn. Men denke aan het braak laten liggen van landbouwgrond.

Door het element «met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager» vallen als gezegd de algemene sociale uitkeringen buiten het subsidie-begrip van de Algemene wet bestuursrecht. Indien echter een uitvoeringsorgaan van de sociale zekerheid naast de uitkering gelden verschaft met het oog op een bepaalde activiteit – bijvoorbeeld het volgen van een scholing – is wel sprake van een subsidie. Evenmin betekent het enkele feit dat bij een uitkering rekening wordt gehouden met de draagkracht van de ontvanger dat die uitkering geen subsidie is.

Daaraan doet niet af, dat titel 4.2 in een enkel geval op praktische gronden niet van toepassing kan zijn. Zo zou de verlening van bijzondere bijstand krachtens de Algemene bijstandswet als een subsidie kunnen worden aangemerkt. Anders dan de «gewone» bijstand wordt de bijzondere bijstand immers met het oog op een bepaalde activiteit verleend. In de praktijk is de verlening van bijzondere bijstand echter zo nauw verweven met de «gewone» bijstandsverlening, dat het ongewenst is dat daarvoor afzonderlijke regels zouden gelden. Derhalve zal bij de aanpassingswetgeving worden bepaald dat titel 4.2 niet van toepassing is op de verlening van bijzondere bijstand.

Prijzen, bijvoorbeeld op het terrein van kunst of wetenschap, zullen veelal geen subsidies zijn, met name niet indien zij worden gegeven als eerbetoon aan een persoon, voor zijn gehele oeuvre of voor een bepaalde prestatie. Niet uitgesloten is echter, dat iets dat als «prijs» wordt aangeduid, toch als subsidie in de zin van titel 4.2 moet worden aangemerkt. Te denken valt aan gevallen waarin aan het verlenen van de prijs een inschrijving is voorafgegaan, waarbij de te verrichten activiteiten zijn omschreven.

Door een bestuursorgaan betaalde schadevergoedingen of schadeloosstellingen vallen, ongeacht hun rechtsgrond, eveneens buiten het subsidie-begrip, omdat zij niet verleend worden worden met het oog op activiteiten van de ontvanger; eerder met het oog op de schade-toebrengende activiteiten van het bestuursorgaan. Het zou vanzelfsprekend ook ongewenst zijn als de bepalingen inzake subsidies op schadevergoedingen van toepassing zouden zijn.

Het betalen van een contributie is geen subsidie, maar het voldoen aan een uit het lidmaatschap van een organisatie voortvloeiende civielrechtelijke verplichting. De contributie wordt ook niet verstrekt met het oog op een bepaalde activiteit.

Bijdragen aan andere staten en volkenrechtelijke organisaties

Het komt voor dat een bestuursorgaan een aanspraak op financiële middelen verstrekt aan een volkenrechtelijke organisatie of een andere staat. Bij het laatste denke men bijvoorbeeld aan gelden die in het kader van de ontwikkelingssamenwerking wordt verstrekt. In deze gevallen wordt de verhouding tussen de verstrekker en de ontvanger van de gelden door het volkenrecht beheerst, zodat de Algemene wet bestuursrecht daarop niet van toepassing is. De grondslag voor de subsidie-verstrekking ligt in deze gevallen ook niet in een nationaal wettelijk voorschrift, doch in een internationale overeenkomst.

Het tweede lid stelt buiten twijfel dat titel 4.2 niet van toepassing is indien ingevolge een wettelijk voorschrift het verrichten van bepaalde activiteiten leidt tot vermindering van een belasting- of premieschuld. Daardoor kan in het midden blijven in hoeverre faciliteiten in de fiscale of premiesfeer als subsidies moeten worden beschouwd. Toepassing van titel 4.2 is in ieder geval ongewenst, nu deze moeilijk te verenigen zou zijn met de systematiek van belasting- en premieheffing.

De formulering van het tweede lid komt overeen met artikel 8:4, onder g. Zij is, wat de belastingen betreft, ontleend aan artikel 5, onder o, van de Wet Arob. Zij ziet niet alleen op rijksbelastingen, maar ook op door decentrale overheden geheven belastingen (Afd. rechtspraak 18-1-1979, tB/S VIII, nr. 27).

Een enigszins hybride figuur doet zich voor bij het voorstel van Wet bevordering speur- en ontwikkelingswerk (Kamerstukken II 1993/94, 23 477, nrs. 1-3). Op grond van dat wetsvoorstel kan de minister van Economische Zaken aan een onderneming een verklaring afgeven, inhoudende dat bepaalde werkzaamheden worden beschouwd als speur- en ontwikkelingswerk. De verklaring vermeldt tevens het bedrag van de vermoedelijk met die werkzaamheden gemoeide loonsom. Vervolgens kan 12,5 % van die loonsom in mindering worden gebracht op de af te dragen loonbelasting. Deze aanspraak op vermindering zal echter niet voortvloeien uit de Wet bevordering speur- en ontwikkelingswerk, maar uit de Wet op de loonbelasting. Derhalve is sprake van een aanspraak op grond van een wettelijk voorschrift inzake belastingen, zodat titel 4.2 niet van toepassing is. Anderzijds zou titel 4.2 wel van toepassing zijn indien een subsidie op grond van een niet-fiscale wet slechts met een belasting-schuld zou worden verrekend.

Derde lid

Uitkeringen aan publiekrechtelijke rechtspersonen

Het derde lid bepaalt dat titel 4.2 niet van toepassing is op de aanspraak op financiële middelen die krachtens wettelijk voorschrift uitsluitend wordt verleend aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Met deze formulering, die ook in artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht is gehanteerd, wordt bedoeld op de uitkeringen die het Rijk doet aan gemeenten, provincies en andere publiekrechtelijke rechtspersonen. Hoewel deze uitkeringen, wanneer ze worden gedaan ter bestrijding van de kosten van bepaalde taken, in een aantal opzichten aan subsidies verwant zijn, heeft de financiële verhouding tussen de verschillende overheden ook een zodanig eigen karakter, dat de voorschriften inzake subsidies daarop niet zonder meer kunnen worden toegepast.

Deze uitzondering is slechts van toepassing indien aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de uitkering op een wettelijk voorschrift berusten. In veel gevallen is aan dit vereiste thans reeds voldaan. De artikelen 187 Provinciewet en 184 Gemeentewet eisen dat uitkeringen aan provincies of gemeenten, waarvan de bestedingsrichting vooraf is aangegeven of die worden verleend voor de bestrijding van van de kosten van bepaalde taken of activiteiten, bij of krachtens wet worden geregeld. Bij de totstandkoming van zo'n wettelijke regeling kan worden nagegaan welke voorschriften nodig zijn ter regeling van de verhouding tussen verstrekker en ontvanger van gelden.

Indien echter geen wettelijke regels bestaan, behoort titel 4.2 te gelden om in de leemte te voorzien. Een extra argument daarvoor is, dat alleen als een uitkering op een wettelijk voorschrift berust goed kan worden vastgesteld, of deze inderdaad slechts aan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen kan worden verleend.

De tweede voorwaarde – de uitkering moet uitsluitend beschikbaar zijn voor publiekrechtelijke rechtspersonen – voorkomt dat ook een subsidie waarvoor zowel overheidsorganen als burgers in aanmerking komen – bijvoorbeeld een isolatiesubsidie – buiten het toepassingsbereik van titel 4.2 valt. Het is ongewenst, dat het vaak min of meer toevallige feit dat op een subsidieregeling zowel door overheden als door burgers een beroep kan worden gedaan tot een verschil in rechtsregime zou leiden.

Omdat de voorschriften van de nieuwe artikelen 187 Provinciewet en 184 Gemeentewet ook van toepassing zijn op sommige uitkeringen aan anderen dan gemeenten en provincies (art. 187, zevende lid, resp. art. 184, zevende lid), kan het vóórkomen dat genoemde artikelen en titel 4.2 beide van toepassing zijn op een bepaalde vorm van subsidiëring. Voor zover de organieke wetten criteria geven voor de toekenning van deze uitkeringen, dan wel aanvullende eisen stellen aan de inhoud en totstandkoming daarvan, is dat niet bezwaarlijk. Op het punt van de wettelijke grondslag is echter een nadere harmonisatie gewenst. Daarin zal bij de aanpassingswetgeving worden voorzien.

Geldstromen binnen één publiekrechtelijke rechtspersoon kunnen niet als subsidiëring worden beschouwd. Titel 4.2 is niet bedoeld voor en ook niet toegesneden op de financiële verhoudingen binnen één publiekrechtelijke rechtspersoon. Daarvoor gelden specifieke voorschriften, zoals de Comptabiliteitswet en de financiële voorschriften van de organieke wetten.

De definitie van subsidie sluit financiële relaties binnen één rechtspersoon dan ook uit. Van «verstrekking van een aanspraak op financiële middelen» kan slechts sprake zijn indien de verstrekker en de ontvanger van de aanspraak twee te onderscheiden rechtssubjecten met twee te onderscheiden vermogens zijn. Indien de verstrekker en de ontvanger van de gelden tot dezelfde rechtspersoon behoren, is dat nu juist niet het geval.

Derhalve is geen sprake van een subsidie indien bijvoorbeeld een minister gelden verstrekt aan een tot de centrale overheid te rekenen zelfstandig bestuursorgaan dat geen rechtspersoonlijkheid bezit. Immers, een dergelijk orgaan moet, hoe zelfstandig het publiekrechtelijk gezien ook is, geacht worden deel uit te maken van de rechtspersoon de Staat der Nederlanden, dus van dezelfde rechtspersoon als de minister.

Vierde lid

De bekostiging van het onderwijs en onderzoek vertoont veel verwantschap met subsidiëring, maar heeft ook enige specifieke karaktertrekken. Bij de onderwijsbekostiging gaat het om een kerntaak van de overheid, gebaseerd op artikel 23 van de Grondwet. De Grondwet geeft opdracht tot regeling bij de wet van het openbaar onderwijs en tot bekostiging naar dezelfde maatstaf van het bijzonder onderwijs. De grondwettelijke beginselen van vrijheid van onderwijs en financiële gelijkstelling tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs brengen mee dat het bijzonder onderwijs dat aan de wettelijke voorwaarden voldoet evenveel ontvangt als het openbaar onderwijs de overheid kost. De bekostiging van bijzonder onderwijs geschiedt van rechtswege: als de bijzondere school eenmaal voor bekostiging in aanmerking is gebracht, loopt de bekostiging van rechtswege door voor onbepaalde tijd.

In verband met de eigen aard van de onderwijswetgeving, die samenhangt met de regeling van artikel 23 van de Grondwet, bepaalt het vierde lid dat deze titel op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek niet rechtstreeks van toepassing, maar van overeenkomstige toepassing is. Zo wordt enerzijds recht gedaan aan de bijzondere constitutionele positie van het onderwijs, anderzijds aan de doelstelling van de Algemene wet bestuursrecht om de bestuursrechtelijke wetgeving zoveel mogelijk te harmoniseren. Bij de aanpassingswetgeving zal overigens waar nodig van

de Algemene wet bestuursrecht kunnen worden afgeweken in verband met het systeem van de onderwijswetgeving.

Het begrip bekostiging omvat de reguliere geldstromen voor de instandhouding van de onderscheiden onderwijssoorten. Daaronder valt dus ook de voor onderzoek bestemde component van de geldstromen naar de instellingen voor hoger onderwijs (de zgn. eerste geldstroom). Daarnaast worden aan scholen ook wel incidentele subsidies verstrekt. Op laatstgenoemde subsidies is deze titel rechtstreeks van toepassing. Hetzelfde geldt voor aan instellingen van hoger onderwijs verstrekte subsidies voor concrete onderzoeksprojecten.

Artikel 4.2.1.2

Deze bepaling bevat de definitie van het begrip subsidieplafond. Voor betekenis en functie van het subsidieplafond zij verwezen naar de toelichting bij afdeling 4.2.2.

Het spreekt vanzelf, dat de categorie subsidies waarvoor een concreet subsidieplafond geldt niet te ruim mag zijn. De vaststelling en bekendmaking van een subsidieplafond maken het mogelijk een uit een wettelijk voorschrift voortvloeiende aanspraak op subsidie te doorbreken indien de beschikbare middelen zijn uitgeput. Dat is een voor de burger ingrijpende bevoegdheid, waarvan de uitoefening in het belang van de rechtszekerheid aan objectieve criteria gebonden behoort te worden. Daarvan zou geen sprake zijn als het bestuursorgaan binnen een soort «all-in» subsidieplafond vrijwel onbeperkt middelen van de ene naar de andere categorie subsidies zou kunnen verschuiven. Een zo ruim bemeten plafond zou de (potentiële) aanvrager ook onvoldoende informatie verschaffen over het bedrag dat beschikbaar is voor juist die activiteit die hij overweegt te ondernemen.

Daarom is bepaald, dat een subsidieplafond betrekking moet hebben op de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift. Aldus wordt de noodzakelijke koppeling gelegd tussen de bron van het vertrouwen van de burger dat voor een bepaalde activiteit subsidie kan worden verkregen, en het instrument waarmee de burger wordt duidelijk gemaakt dat aan dat vertrouwen financiële grenzen zijn gesteld.

Artikel 4.2.1.3

Eerste lid

Artikel 4.1.2.3 eist dat subsidieverlening op een wettelijke grondslag berust. Het belang daarvan is reeds in de inleiding van dit hoofdstuk aangestipt. Bij wettelijk voorschrift kan duidelijkheid worden geschapen over rechten en plichten van de subsidieverlener en subsidie-ontvanger. Dit bevordert niet alleen de rechtszekerheid, maar, mede daardoor, ook de doelmatige afwikkeling van de subsidieverhouding. De noodzaak een wettelijk voorschrift tot stand te brengen dwingt het bestuursorgaan zich terdege af te vragen, welke doeleinden met de subsidieverstrekking worden nagestreefd, en welke voorschriften en bevoegdheden noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken.

Voorts is er in de literatuur bij herhaling op gewezen, dat het ook op rechtsstatelijke gronden wenselijk is dat de subsidieverlening op een wettelijke voorschrift berust. Er is op gewezen dat, nu de burgers voor zoveel belangrijke activiteiten in hoge mate afhankelijk zijn van overheids-subsidie, de overheid door haar subsidiebeleid soms even diep in de vrijheidssfeer van de burger ingrijpt als door klassieke gebods- en verbodsbepalingen (vgl. o.a. L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, diss. Groningen 1987, Deventer 1987; E. M. H. Hirsch Ballin,

Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen, pre-advies VAR 1988, VAR-geschrift XCIX, Alphen a/d Rijn 1988, blz. 63 e.v.;).

Ook vanuit regering en parlement is bij herhaling gepleit voor een betere regeling van subsidies. De standpunten laten in deze een duidelijke ontwikkeling zien. Reeds in het interim-rapport (Kamerstukken II 1979/80, 15 306, nrs. 2-3) en het rapport (Kamerstukken II 1982/83, 15 306, nr. 25) van de Subcommissie-Van Dijk van de Vaste Commissie voor de Rijks-uitgaven van de Tweede Kamer werd voor het bijzondere terrein van de steunverlening aan individuele bedrijven gepleit voor een «juridische stroomlijning» van de subsidiëring op dit terrein. Dit pleidooi keerde terug in het rapport van de parlementaire enquêtecommissie inzake RSV (Kamerstukken II 1984/85, 17 817, nrs. 16-21) en het kabinetsstandpunt daarover (idem, nr. 45).

In deze fase werd veelal nog genoeg genomen met regeling bij beleidsregel. De Commissie Wetgevingsvraagstukken (rapport «Orde in de regelgeving», 's-Gravenhage 1985) beval reeds aan bestendig gebleken subsidiebeleid op den duur zoveel mogelijk een wettelijke grondslag te geven, terwijl in het rapport van de parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies en het regeringsstandpunt daarover (Kamerstukken II 1988/89, 19 623, nrs. 30 en 42) duidelijk werd gekozen voor een wettelijke regeling van de betrokken subsidies, waarbij onder meer werd verwezen naar het voornemen een algemene regeling inzake subsidies op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II 1988/89, 19 623, nr. 42, blz. 3). Tenslotte sprak het huidige kabinet in het kader van de zogenaamde Tussenbalans 1991 uit, dat een wettelijke grondslag voor (rijks)subsidies in het algemeen gewenst is (Kamerstukken II 1990/91, 21 998, nr. 2, bijlage 3, blz. 22). Dit standpunt werd herhaald in het «Plan van aanpak eerste spoor geïntegreerd subsidiebeleid» (Kamerstukken II 1990/91, 22 150, nrs. 1-2, blz. 12-13) alsmede in de rapportage geïntegreerd subsidiebeleid (Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5), en werd in de UCV's inzake subsidiebeleid op 2 september 1991 (Handelingen UCV 1990/91, nr. 57) en 7 september 1992 (Handelingen UCV 1991/92, nr. 49) door vertegenwoordigers van vrijwel alle fracties ondersteund.

De eis dat een subsidie op een wettelijke voorschrift gebaseerd moet zijn, zal voor het rijk met zich brengen dat er, behoudens bij toepassing van het tweede lid, een grondslag in de formele wet moet worden gelegd. Denkbaar is daarbij wel dat de wetgever de nadere regeling voor een deel delegeert aan een lager wettelijk voorschrift. De mate waarin dit geschiedt hangt af van de aard van de desbetreffende subsidie. In beginsel zullen, overeenkomstig de aanbevelingen van het rapport «Orde in de regelgeving», in ieder geval de hoofdlijnen van het bestendige subsidiebeleid in de formele wet moeten worden geregeld. In een aantal gevallen kan het echter wenselijk zijn een subsidiefaciliteit grotendeels bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling te regelen, bijvoorbeeld omdat het gaat om een qua budgettair belang kleine regeling, of om een faciliteit die uitdrukkelijk als tijdelijk is bedoeld of snel moet kunnen worden gewijzigd om in te spelen op veranderende (markt)omstandigheden.

Bij provincies en gemeenten zal subsidiëring in het algemeen geregeld moeten worden bij verordening van provinciale staten of van de gemeenteraad. Dergelijke verordeningen vormen bij provincies en gemeenten dan de basis voor de subsidiëring zoals de formele wet dat bij het rijk is. Omdat de titel een algemeen karakter heeft, en dus zowel voor het rijk als voor andere overheidslichamen geldt, wordt de term «wettelijk voorschrift» gebruikt. Voor het rijk impliceert dit dus geen algemene uitspraak over de mate waarin op dit punt delegatie door de formele wetgever mogelijk en wenselijk is.

Het wettelijk voorschrift moet aan een tweetal minimum-eisen voldoen om de beoogde doelmatigheid en rechtszekerheid te bereiken. Allereerst wordt een omschrijving verlangd van de activiteiten waarvoor de subsidie kan worden verleend. Dit is essentieel om de reikwijdte van de wettelijke basis voor de subsidiëring te kunnen bepalen. Ook hierbij is delegatie overigens niet uitgesloten. Denkbaar is dat de wet een globale omschrijving of aanduiding van de activiteiten geeft, die bij lagere regeling wordt gepreciseerd.

In de tweede plaats moet de wettelijke regeling een grondslag bieden voor de verplichtingen die het bestuursorgaan aan de subsidieverlening kan verbinden, voor zover die grondslag niet reeds in de Algemene wet bestuursrecht zelf is neergelegd. Verwezen zij naar de toelichting bij afdeling 4.2.4.

Artikel 4.2.1.3, eerste lid, geeft geen antwoord op de vraag wat rechtens is indien een bestuursorgaan in weerwil van dit artikel zonder grondslag in een wettelijk voorschrift subsidie verleent, en de uitzonderingen van het derde lid niet van toepassing zijn. Het gevolg zal in ieder geval zijn dat het bestuursorgaan voor overtreding van het voorschrift ter verantwoording kan worden geroepen, en dat de uitgaven niet als rechtmatig gedane uitgaven op de rekening kunnen worden gebracht. In hoeverre de mogelijkheid zal bestaan een eenmaal verleende of vastgestelde subsidie in te trekken, zal van de omstandigheden afhangen. Indien de subsidieontvanger wist of behoorde te weten dat subsidie-verstreking niet was toegestaan, is intrekking op grond van artikel 4.2.6.1, eerste lid, onder d of artikel 4.2.6.2, eerste lid, onder b, onder omstandigheden denkbaar. Hierbij moet echter worden bedacht dat het, gezien ook het feit dat subsidieverstreking soms zonder wettelijke grondslag is toegestaan, primair tot de verantwoordelijkheid van het betrokken bestuursorgaan behoort na te gaan of een voldoende wettelijke basis voor subsidieverlening bestaat.

Tweede lid

In de reacties op het voorontwerp is er op gewezen dat in de praktijk nogal eens subsidieregelingen voorkomen met een tijdelijk of experimenteel karakter. Soms wil de overheid een bepaalde activiteit slechts een tijdelijke impuls geven, in de verwachting dat de gesubsidieerde activiteit na een aanloopfase in voldoende mate door betrokkenen zelf zal kunnen worden bekostigd, dan wel dat andere overheden de subsidiëring zullen overnemen. In andere gevallen is bij het introduceren van een nieuwe subsidiefaciliteit nog niet bekend of die faciliteit structureel nodig zal zijn. In beide situaties kan het voorkomen, dat het tot stand brengen van een formeel-wettelijke regeling van de nieuwe faciliteit in verhouding tot de daarmee te dienen belangen als een onevenredige belasting voor de wetgever moet worden beschouwd. Daarom is, in afwijking van het voorontwerp, uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om gedurende een beperkte periode subsidie te verlenen op grond van een zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Aldus worden enerzijds de voordelen van een wettelijke regeling van subsidiëring in belangrijke mate behouden, terwijl anderzijds de met de totstandkoming van zo'n regeling gemoeide tijd aanzienlijk wordt bekort.

Indien echter na verloop van tijd blijkt dat het toch wenselijk is de betrokken activiteit structureel te subsidiëren, dan moet alsnog voorzien worden in een formeel-wettelijke grondslag voor de subsidie. Dat is in overeenstemming met het vaste beleid, neergelegd in Aanwijzing 21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, dat een zelfstandige algemene maatregel van bestuur slechts gebruikt kan worden in bijzondere gevallen, bij wijze van tijdelijke voorziening. Daarom is bepaald, dat een zelfstandige maatregel van bestuur als hier bedoeld vier jaren na haar

inwerkingtreding vervalt, tenzij voor het einde van die periode een wetsvoorstel is ingediend waarin de subsidie wordt geregeld.

De onderhavige bepaling laat vanzelfsprekend de beperkingen die de Grondwet aan het gebruik van de zelfstandige algemene maatregel van bestuur stelt, onverlet.

Het voorgaande heeft uitsluitend betrekking op subsidieregelingen van de rijksoverheid. Op gemeentelijk en provinciaal niveau zal, indien een wettelijk grondslag is vereist, steeds een verordening moeten worden tot stand gebracht. Omdat Provincie- en Gemeentewet (hetzelfde geldt overigens voor de Wet op de bedrijfsorganisatie en de Waterschapswet) naast de verordening geen ander, sneller tot stand te brengen, type zelfstandig algemeen verbindend voorschrift kennen, heeft het voor de decentrale overheden geen zin in dit opzicht te differentiëren tussen tijdelijke en structurele subsidieregelingen.

Derde lid

Indien op een nieuw terrein de behoefte aan subsidieverlening ontstaat, kan niet altijd de totstandkoming van een wettelijk voorschrift worden afgewacht. De met het subsidiebeleid nagestreefde doelen kunnen onverwijld optreden vergen; men denke aan de subsidiëring van activiteiten gericht op de bestrijding van de verspreiding van de ziekte AIDS. Ook het totstandkomen van een algemene maatregel van bestuur kan dan niet altijd worden afgewacht.

Derhalve is in het tweede lid, aanhef en onder a, bepaald dat, indien de voorbereiding van een wettelijk voorschrift ter hand is genomen, met de subsidiëring kan worden begonnen, ook al heeft deze nog geen grondslag in een wettelijk voorschrift. Deze mogelijkheid bestaat gedurende ten hoogste een jaar. Een jaar is in het algemeen voldoende om een wettelijk voorschrift tot stand te brengen, tenzij het een wet in formele zin betreft. Daarom is voor het geval een wet in formele zin tot stand moet worden gebracht, volstaan met de eis, dat binnen een jaar een wetsvoorstel bij de Staten-Generaal is ingediend. Daarmee wordt tevens voorkomen, dat de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel overhaast moet plaatsvinden omdat anders geen subsidies meer verleend kunnen worden.

Op rijksniveau betekent dit dat er, nadat spoedshalve met de subsidiëring is begonnen, twee mogelijkheden bestaan: binnen een jaar zal hetzij een wetsvoorstel ingediend, hetzij een zelfstandige algemene maatregel van bestuur tot stand moeten zijn gebracht.

Nederlandse bestuursorganen verstrekken ook subsidies die uiteindelijk ten laste komen van de begroting van de Europese Gemeenschappen. In een aantal gevallen gebeurt dat op grond van nationale wettelijke voorschriften, in een enkel geval rechtstreeks op grond van een verordening van de Raad of de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Ook in het laatste geval is voldaan aan het vereiste van een grondslag in een wettelijk voorschrift, nu aan een verordening evenzeer rechtstreeks bindende werking binnen de nationale rechtsorde toekomt als aan een nationaal wettelijk voorschrift. Ook wanneer de verstrekking van subsidies op grond van de verordening aan een Nederlands bestuursorgaan is opgedragen, behoeft dus niet eerst een nationaal wettelijk voorschrift tot stand gebracht te worden. Voor zover dat zou neerkomen op het omzetten van bepalingen van een verordening in bepalingen van nationaal recht zou zulks zelfs in strijd met het gemeenschapsrecht komen (aldus de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen; men zie o.m. zaak 39/72, Commissie v. Italië, Jur. 1973, blz. 101; zaak 50/76 (Amsterdam Bulb BV v. Produktschap voor Siergewassen), Jur. 1977, blz. 137; zaak 94/77 (Zerbone), Jur. 1978, 99).

Het komt echter ook voor, dat op Europees niveau subsidieprogramma's tot stand komen, waarvan de uitvoering aan nationale instanties wordt overgelaten, maar die niet het karakter van een verbindende regeling hebben. Nu in dergelijke programma's de voorwaarden waaronder de subsidies kunnen worden verstrekt veelal wel zijn uitgewerkt, zou een nationale wettelijke regeling daarvan slechts een doublure kunnen zijn. Bovendien zou de verplichting om in zo'n geval eerst een nationale wettelijke regeling tot stand te brengen er toe kunnen leiden dat Nederlandse ingezetenen niet of slechts met vertraging van de Europese subsidiefaciliteit kunnen profiteren. Daarom is voor deze gevallen een uitzondering op het vereiste van een wettelijke grondslag opgenomen.

Het komt voor, dat de ontvanger en het bedrag van een subsidie uitdrukkelijk in de begroting worden genoemd. Dat gebeurt met name bij subsidies die slechts aan één of enkele ontvangers worden verstrekt. Men denke bijvoorbeeld aan subsidies die ministers verstrekken aan bepaalde onderzoeksinstituten op hun terrein.

Bij een dergelijk gering aantal ontvangers zou het totstandbrengen van een wettelijk voorschrift dat als grondslag voor de subsidie kan dienen een relatief zware last voor de bevoegde wetgever betekenen, terwijl anderzijds de noodzaak daartoe in mindere mate aanwezig is indien de begroting de ontvanger vermeldt. De vermelding in de begroting maakt immers publieke controle op de subsidieverstrekking mogelijk; in de meerderheid van de gevallen waarin de begroting door een vertegenwoordigend orgaan wordt vastgesteld, stelt de vermelding in de begroting dat orgaan in staat zich rechtstreeks uit te spreken over de wenselijkheid en de hoogte van de subsidie, zodat de democratische controle afdoende is gewaarborgd. Om deze reden is voor dergelijke gevallen in artikel 5, eerste lid, onder b van de Kaderwet financiële verstrekkingen EZ een uitzondering op het vereiste van een wettelijke grondslag opgenomen. In afwijking van het voorontwerp stellen wij voor om een vergelijkbare uitzondering op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht.

Het nadeel, dat bij een slechts op een begrotingsartikel gebaseerde subsidie wettelijke voorschriften die de verhoudingen tussen subsidieverstrekker en subsidie-ontvanger regelen, ontbreken, dient te worden gecompenseerd doordat ook in deze gevallen wel de voorschriften van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zijn. In een aantal gevallen is de regeling van de afdelingen 4.2.2 tot en met 4.2.7 daarvoor voldoende. Met name bij grotere exploitatiesubsidies voor instellingen – en juist daarbij zal zich vaak de situatie voordoen dat zij in de begroting afzonderlijk worden genoemd – zijn echter aanvullende voorschriften nodig. Mede daarom is in dit wetsvoorstel de aan het voorontwerp ontleende regeling aangevuld met een nieuwe afdeling 4.2.8, die juist op dit type subsidies toegesneden voorschriften bevat. Verwezen zij verder naar de toelichting bij die afdeling.

Bepaald is, dat geen wettelijke grondslag is vereist indien zowel het maximale bedrag als de ontvanger van de subsidie in de begroting zijn vermeld. Dit hoeft niet per se in de begroting zelf – dus op rijksniveau in de begrotingswet – te gebeuren. De beoogde kenbaarheid en mogelijkheid tot democratische controle zijn evenzeer verzekerd, indien de vermelding in de toelichting bij de begroting wordt opgenomen, hetgeen praktisch gezien vaak aantrekkelijker is. Weliswaar kan de toelichting niet door het vertegenwoordigend orgaan geamendeerd worden, maar dat hoeft in de praktijk geen probleem te zijn. Indien het vertegenwoordigend orgaan niet instemt met de verstrekking van de subsidie kan het dit bij motie kenbaar maken. Formeel blijft de bevoegdheid tot subsidiëring dan in stand, maar het is wel een duidelijk signaal aan het bestuur. Bovendien zal de subsidie in dit geval niet altijd met onmiddellijke ingang beëindigd kunnen worden. Indien het vertegenwoordigend orgaan het bedrag wil wijzigen of een ontvanger wil

toevoegen, kan dat door de (gewijzigde) grondslag bij amendement alsnog in de begroting zelf op te nemen.

Het komt, vooral bij de decentrale overheden, ook voor dat gesubsidieerd wordt op basis van begrotingsposten die het maximaal voor de subsidiëring van een bepaalde activiteit beschikbare bedrag aangeven, in combinatie met subsidieprogramma's die voorzien in toewijzing van concrete bedragen aan met name genoemde subsidie-ontvangers. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is overwogen of ook voor dit geval een uitzondering moest worden gemaakt op het vereiste van een wettelijke grondslag. Daarvan is echter afgezien, omdat daardoor, als gevolg van de onbepaaldheid van het begrip «programma», de grenzen van de uitzondering van het derde lid, onder c, te ruim en te onduidelijk zouden worden. Wat de decentrale overheden betreft is het maken van een uitzondering voor deze gevallen ook niet nodig, omdat de totstandkomingsprocedure van een verordening niet zeer zwaar is.

Dit betekent overigens niet, dat niet meer met programma's gewerkt zou kunnen worden. Aan het vereiste van een wettelijke grondslag kan onder omstandigheden worden voldaan door bij wettelijke voorschrift te regelen aan welke eisen inhoud en totstandkoming van een dergelijk programma moet voldoen, alsmede welke rechtsgevolgen daaraan zijn verbonden.

Bij min of meer incidentele subsidies is het niet altijd reëel een wettelijk voorschrift te eisen, omdat de met de voorbereiding daarvan gemoeide lasten in die gevallen onevenredig hoog kunnen worden in verhouding tot de met strikte handhaving van het vereiste van een wettelijke grondslag gediende belangen. Daarom is in het derde lid, aanhef en onder d, bepaald dat in incidentele gevallen zonder grondslag in een wettelijk voorschrift subsidie kan worden verleend, mits de subsidie voor ten hoogste vier jaren wordt verstrekt. Daarmee is tot uitdrukking gebracht, dat deze uitzondering slechts van toepassing is indien de voorgenomen subsidie in twee opzichten van beperkte betekenis is: zowel het aantal ontvangers als het tijdvak waarvoor de subsidie wordt verstrekt dienen beperkt te zijn. Een eenmalige «startsubsidie» voor ten hoogste vier jaar kan derhalve zonder grondslag in een wettelijk voorschrift worden verstrekt, tenzij zij deel uitmaakt van een algemener «startersbeleid» gericht op een in algemene termen omschreven doelgroep. In het laatste geval kan de subsidie immers niet meer incidenteel genoemd worden.

De termijn van vier jaar is gekozen in aansluiting op de artikelen 187 Provinciewet en 184 Gemeentewet, waar voor specifieke uitkeringen met een looptijd van meer dan vier jaar een bijzondere motivering wordt geëist. Hoewel een dergelijke termijn altijd tot op zekere hoogte arbitrair is, zal van een subsidie voor meer dan vier jaren in het algemeen niet gezegd kunnen worden dat zij een incidenteel karakter heeft.

Vierde lid

Het vierde lid van artikel 4.2.1.3 verplicht bestuursorganen in het openbaar verslag te doen van de verstrekking van subsidies zonder grondslag in een wettelijk voorschrift. Hiermee wordt een gestructureerde verantwoordingsplicht in het leven geroepen met betrekking tot de wijze waarop van de in het derde lid, onder a en d, vervatte uitzonderingen op de hoofdregel gebruik wordt gemaakt. Bij subsidies die ten laste van de begroting van de Europese Gemeenschappen komen is dat niet nodig, terwijl bij subsidies die met toepassing van het derde lid, onder c, worden verstrekt de openbaarheid reeds gewaarborgd is. Daaarom geldt de verslagverplichting alleen voor incidentele subsidies en subsidies die in afwachting van de totstandkoming van een wettelijk voorschrift worden verstrekt.

De formulering «publiceert.... een verslag van» beoogt tot uitdrukking te brengen dat niet vereist wordt dat van elke concrete subsidieverstrekking

mededeling wordt gedaan. Een globale omschrijving van de activiteiten waarvoor op grond van het derde lid subsidies worden verleend volstaat. De enkele mededeling dat de uitzonderingsbevoegdheid van het derde lid wordt gebruikt is echter niet voldoende; de aard van de buitenwettelijke subsidiestromen moet uit de mededeling blijken.

Om aan zijn doel te kunnen beantwoorden zal het verslag openbaar moeten zijn, en regelmatig gedaan moeten worden. Daarom is bepaald dat jaarlijks een verslag moet worden gepubliceerd. Van nadere voorschriften over de vormgeving van het verslag is afgezien. Een voor de hand liggende mogelijkheid is het verslag op te nemen in de toelichting op de jaarlijkse begroting. Voor de rijksoverheid zou dit aansluiten bij de recent in het kader van het geïntegreerd subsidiebeleid gemaakte afspraken inzake een uitvoeriger informatieverstrekking over de subsidie-componenten van de rijksbegroting. Ook een afzonderlijk verslag is echter toegestaan, indien het bestuursorgaan daaraan de voorkeur geeft.

De controle op de naleving van het voorschrift van het vierde lid berust primair bij de vertegenwoordigende organen, en, voor wat de rijks-overheid betreft, bij de Algemene Rekenkamer.

Artikel 4.2.1.4

De afgelopen jaren is van verschillende zijden aandacht gevraagd voor het belang van periodieke evaluatie van beleid en wetgeving, in het bijzonder ook op het terrein van de subsidies. De Algemene Rekenkamer deed dit zowel in haar verslag over 1988 (Centraal Thema Subsidies; (Kamerstukken II 1988/89, 21 080, nrs. 1–2)) als in haar verslag over 1990 (Centraal Thema Beleidsevaluatie, (Kamerstukken II 1990/91, 22 302, nrs. 1–2)). Het college sprak daarbij uit dat periodieke evaluatie een vast onderdeel van ieder beleidsproces zou moeten zijn, teneinde het inzicht in de uitvoering en de (neven-)effecten van het gevoerde beleid te vergroten. Het kabinet heeft deze visie in algemene zin onderschreven (Kamerstukken II 1991/92, 22 302, nr. 27). De Bijzondere Commissie Vraagpunten uit de Tweede Kamer onderstreepte het belang van evaluatie van wetgeving (Kamerstukken II 1990/91, 21 427, nr. 3, blz. 17), terwijl de eerste ondergetekende zich in de Nota «Zicht op wetgeving» in gelijke zin uitliet (Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1–2, blz. 39); daarbij werd een nota Wetsevaluatiebeleid aangekondigd. Inmiddels is deze nota op 18 juni 1993 voor advies aan de Raad van State gezonden. Tenslotte pleitte de Algemene Rekenkamer in haar reactie op het voorontwerp concreet voor het opnemen van een evaluatiebepaling in de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht.

Wij menen dat zulks inderdaad gewenst is. Nog te vaak bestaat te weinig inzicht in de doeltreffendheid en de effecten van subsidie-regelingen in de praktijk, ook bij de decentrale overheden. Daarom bepaalt het voorgestelde artikel 4.1.2.4, dat een subsidieregeling periodiek geëvalueerd dient te worden, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Deze laatste clausule maakt het zowel mogelijk om in bijzondere gevallen van het publiceren van een evaluatieverslag af te zien, bijvoorbeeld omdat de kosten van evaluatie onevenredig zouden zijn in verhouding tot het budgettaire belang van de regeling.

De termijn waarbinnen geëvalueerd moet worden is niet geregeld. Overwogen is om een algemene termijn van vier jaar te stellen, maar daarvan is afgezien. De aard van de subsidieregeling of de beoogde effecten meebrengen dat een termijn van vier jaar te kort of juist te lang is om verantwoorde conclusies omtrent die effecten te kunnen trekken.

Omtrent de vorm van het evaluatieverslag zijn geen voorschriften gesteld. Het kan doelmatig zijn om een apart verslag te publiceren, maar evenzeer om de rapportage op te nemen in de toelichting bij de begroting, een meer omvattende beleidsnota of de toelichting bij een wijziging van de regeling.

Evenmin zijn eisen gesteld aan de inhoud van de evaluatie. Vanzelfsprekend dient een evaluatie een adequaat inzicht te geven in de doeltreffendheid en de effecten van de subsidie in de praktijk, maar wat dit in concreto betekent hangt zozeer samen met de aard van de subsidie dat daarover geen algemene voorschriften gesteld kunnen worden. Met nadruk wijzen wij er echter op, dat bij evaluatie niet in de eerste plaats gedacht moet worden aan uitvoerig en kostbaar wetenschappelijk onderzoek. Het is vaak zeer wel mogelijk, en verdient dan ook de voorkeur, om op basis van periodiek door uitvoeringsorganen aangeleverde gegevens, jaarverslagen van inspecties en dergelijke voldoende zicht te krijgen op de werkelijkheid achter de wet.

Vanuit de gedachte dat het belangrijk is periodiek na te gaan of een subsidieregeling nog aan haar doel beantwoordt, is wel gepleit voor een verplichting om in alle subsidieregelingen een zogenaamde horizonbepaling op te nemen, dat wil zeggen een bepaling inhoudende dat de regeling op een bepaald ogenblik vervalt. Wij menen dat zo'n verplichting geen aanbeveling verdient. Weliswaar moet ook in onze visie steeds worden overwogen of niet met een tijdelijke subsidiefaciliteit kan worden volstaan, maar vast staat dat zulks in veel gevallen niet mogelijk is. Soms worden door middel van subsidieregelingen uit maatschappelijk oogpunt essentiële voorzieningen in stand gehouden, waarvan bij voorbaat vaststaat dat zij voor onbepaalde tijd moeten worden gehandhaafd. Bij bijvoorbeeld de jeugdhulpverlening is het niet denkbaar, bij het onderwijs bovendien grondwettelijk onmogelijk, om de subsidiëring als zodanig te beëindigen. In deze gevallen zou een horizonbepaling in de desbetreffende wetten een veel te grof middel zijn om periodieke evaluatie af te dwingen. Bovendien zou het dan noodzakelijk worden veelvuldig verlengingswetten tot stand te brengen, ook in situaties waarin de noodzaak van voortzetting van de subsidiëring niet ter discussie staat. Dat zou een bepaald ondoelmatige inzet van de beperkte wetgevingscapaciteit zijn.

AFDELING 4.2.2 HET SUBSIDIEPLAFOND

Bij de uitvoering van subsidieregelingen doet zich soms het probleem voor dat enerzijds de begroting waaraan het betrokken bestuursorgaan gebonden is geen ruimte biedt om een subsidie te verstrekken of voort te zetten, terwijl anderzijds de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur weigering of intrekking van de subsidie niet zonder meer toelaten. In de praktijk doet dit probleem zich in twee te onderscheiden vormen voor.

Voor al bij projectsubsidies kan zich het probleem voordoen, dat het aantal aanvragen niet vooraf bekend is. Bij een onverwacht hoog aantal voor toewijzing vatbare aanvragen kan dan blijken dat het op basis van ramingen beschikbaar gestelde bedrag niet toereikend is. Er kan zich dan een spanning voordoen tussen enerzijds de noodzaak de aanvragers van de subsidie zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden en anderzijds de evenzeer noodzakelijke begrotingsdiscipline.

Uit oogpunt van rechtszekerheid is het aantrekkelijk de voorwaarden waaronder een aanvraag gehonoreerd kan worden zoveel mogelijk neer te leggen in wettelijke voorschriften of beleidsregels. Zonder nadere voorziening kunnen aanvragen die aan de gestelde voorwaarden voldoen dan al gauw niet meer worden geweigerd, ook al zijn de beschikbare middelen uitgeput. Naar Nederlands recht ontslaat het enkele ontbreken van een toereikende begrotingspost de overheid immers nog niet van haar plicht haar financiële verplichtingen jegens burgers na te komen (vgl. reeds HR 4-11-1849, W. 1058 (De Bourbon/Naundorff)). Er ontstaat dan een zogenaamde «open-einde-regeling» die tot onaanvaardbare overschrijdingen van de begroting kan leiden.

In veel bestaande subsidieregelingen is getracht de vereisten van rechtszekerheid en begrotingsdiscipline met elkaar te verzoenen door het opnemen van zogenaamde «uitputtingsclausules». Daarin wordt bepaald dat een subsidie kan worden geweigerd of de aanvraag buiten behandeling kan worden gelaten, indien de in de begroting voor de subsidie bestemde middelen zijn uitgeput. Tegen dergelijke clausules bestaat in veel gevallen juridisch geen bezwaar, terwijl zij als gezegd voor de beheersing van de overheidsuitgaven vaak noodzakelijk zijn.

Thans komen dergelijke clausules in vele uiteenlopende vormen voor, terwijl zij anderzijds nog in veel regelingen ontbreken. Daarmee wordt zowel aan de rechtszekerheid van de burger als aan de noodzakelijke begrotingsdiscipline onnodig afbreuk gedaan. Derhalve is het gewenst, terzake een algemene voorziening te treffen in de Algemene wet bestuursrecht. Daartoe wordt in het onderhavige voorstel het begrip «subsidieplafond» geïntroduceerd.

Uitgangspunt van de voorgestelde regeling is dat de bevoegdheid om een subsidie wegens het ontbreken van voldoende gelden te weigeren in de eerste plaats afhankelijk is van de mate van beleidsvrijheid waarover het bestuursorgaan in het concrete geval beschikt. Indien het bestuursorgaan over de beleidsvrijheid beschikt om de subsidie op beleidsmatige gronden te weigeren, zal het dat ook kunnen doen op de grond, dat onvoldoende gelden beschikbaar zijn. Anders dan het voorontwerp beoogt dit wetsvoorstel dus niet de gevallen waarin op laatstgenoemde grond geweigerd kan worden, uitputtend te regelen. Beoogd is slechts een facultatieve regeling, die een instrument – het subsidieplafond – biedt, waarmee de uitgaven beheerst kunnen worden.

Of voor een bepaalde subsidie een subsidieplafond moet (kunnen) worden vastgesteld, moet door de bijzondere subsidieregelveer worden beslist.

Naast onzekerheid over de omvang van het beroep dat op een regeling zal worden gedaan, kan zich ten aanzien van de beschikbaarheid van gelden nog een tweede probleem voordoen, namelijk dat pas gedurende het begrotingsjaar komt vast te staan, welk bedrag voor de verstrekking van een subsidie beschikbaar is. Dit probleem doet zich met name bij de rijksoverheid voor. De diverse hoofdstukken van de Rijksbegroting worden immers vaak pas in de loop van het begrotingsjaar vastgesteld. Dat is op zichzelf een ongelukkige gang van zaken; het zou voor alle betrokkenen verre de voorkeur verdienen als alle begrotingswetten voor de aanvang van het begrotingsjaar tot stand zouden komen.

Vooralsnog dient de wetgever echter rekening te houden met de mogelijkheid, dat een voor de verstrekking van subsidies bestemde begrotingspost bij amendement wordt verlaagd of geschrapt, dan wel dat daaraan goedkeuring wordt onthouden. Voor die gevallen dient een regeling te worden getroffen die enerzijds de rechtszekerheid van (potentiële) subsidie-ontvangers in redelijke mate waarborgt, doch anderzijds voorkomt dat de bevoegdheden van de met vaststelling of goedkeuring van de begroting belaste organen illusoir worden. Het onderhavige voorstel biedt daarvoor twee voorzieningen.

In de eerste plaats codificeert artikel 4.2.3.6 de thans reeds bestaande en in de praktijk veelvuldig gehanteerde bevoegdheid een subsidie te verlenen onder de voorwaarde dat voldoende gelden ter beschikking worden gesteld. Verlening van subsidies ten laste van een nog niet vastgestelde of goedgekeurde begroting is soms onvermijdelijk. Zo kan een lopende exploitatiesubsidie voor een instelling niet gedurende de eerste maanden van het jaar worden stopgezet, indien zij niet voor de aanvang van het jaar is verleend. Voorts kan het voorkomen, dat ingevolge de geldende beslistermijn op een aanvraag moet worden beslist voordat de begroting is vastgesteld of goedgekeurd. Het bestuurs-

orgaan is dan niet zonder meer bevoegd de beslissing te verdagen tot het moment waarop de begroting is vastgesteld of goedgekeurd; in veel gevallen zou dat trouwens ook beleidsmatig ongewenst zijn. Verlening zonder meer zou echter betekenen, dat het bestuursorgaan verplicht is de subsidie overeenkomstig de verlening vast te stellen indien de ontvanger zijnerzijds zijn verplichtingen nakomt (artikel 4.2.5.5, eerste lid). Door verlening onder de voorwaarde dat voldoende middelen beschikbaar worden gesteld, verschaft het bestuursorgaan zich de bevoegdheid om op de verlening terug te komen, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is om een overschrijding van de begroting te voorkomen of te beperken.

De mogelijkheid een voorwaarde te stellen volstaat, indien vaststaat dat voor het betreffende begrotingsjaar geen verdere aanvragen meer kunnen worden ingediend. Indien dat laatste wel het geval is zal – tenzij de wetgever bewust een «open-einde» regeling heeft willen creëren – veelal een subsidieplafond zijn bekendgemaakt. Dat plafond zal echter gerelateerd zijn aan het bedrag dat aanvankelijk was uitgetrokken. Aangezien in dit geval een nieuwe aanvraag slechts mag worden geweigerd voor zover door de verstrekking het plafond zou worden overschreden, dient het bestuursorgaan bevoegd te zijn bij verlaging of schrapping van een begrotingspost het plafond aan te passen aan de nieuwe situatie.

Het is in deze gevallen echter niet altijd redelijk, de nadelige gevolgen van de uitoefening van het budgetrecht uitsluitend ten laste te brengen van degenen die, vaak als gevolg van min of meer toevallige omstandigheden, hun aanvraag pas na de bekendmaking van het nieuwe, verlaagde plafond hebben ingediend. Daarom is in artikel 4.2.2.5 de mogelijkheid opgehouden, dat in deze gevallen de verlaging ook gevolgen heeft voor eerder ingediende aanvragen.

Artikel 4.2.2.1

Eerste lid

De beweegredenen voor de introductie van de figuur van het subsidieplafond zijn hiervoor reeds uiteengezet. Uit het eerste lid van artikel 4.2.2.1 volgt allereerst, dat slechts voor subsidies die op een wettelijk voorschrift berusten een subsidieplafond in de zin van de Algemene wet bestuursrecht kan worden vastgesteld. Bij niet-wettelijke subsidies bestaat daaraan geen behoefte, omdat daarbij doorgaans voldoende beleidsvrijheid bestaat om de subsidie te weigeren indien onvoldoende geld beschikbaar is. Mocht bij een niet-wettelijke subsidie de beleidsvrijheid toch in vérgaande mate beperkt zijn door een beleidregel – dat zou zich tijdelijk kunnen voordoen in het geval bedoeld in artikel 4.2.1.3, derde lid, onder a – dan verzet artikel 4.2.2.1 zich er niet tegen dat in de beleidsregel een subsidieplafond wordt opgenomen. Gewezen zij ook op de overgangsrechtelijke voorziening van artikel III, derde lid, van dit wetsvoorstel.

Het subsidieplafond moet hetzij in een wettelijk voorschrift zelf zijn opgenomen, hetzij zijn vastgesteld door een bestuursorgaan dat de bevoegdheid daartoe aan een wettelijk voorschrift ontleent. Het eerste zal overigens slechts bij uitzondering kunnen geschieden, omdat het beschikbare bedrag veelal van jaar tot jaar zal variëren. Doorgaans zal in de regeling een bestuursorgaan worden aangewezen dat het subsidieplafond kan of moet vaststellen. Vaak zal dat het bestuursorgaan zijn dat de subsidies verstrekt, maar denkbaar is ook dat bijvoorbeeld de gemeenteraad het plafond vaststelt voor door burgemeester en wethouders te verstrekken subsidies.

De bijzondere wetgever zal dus per subsidie moeten afwegen of een subsidieplafond wenselijk is. Het kan zijn dat daaraan geen behoefte bestaat omdat de regeling voldoende beleidsvrijheid biedt om de uitgaven ook zonder plafond te kunnen beheersen. Daarnaast moet de

mogelijkheid blijven bestaan dat de wetgever bewust een «open-einde-regeling» in het leven roept, en daarmee de mogelijkheid van overschrijding van de begroting bewust accepteert. Dit zal zich slechts voordoen, indien de wetgever het uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ongewenst acht dat uitputting van de beschikbare middelen rechtstreeks gevolgen heeft voor (potentiële) subsidie-ontvangers. In dat geval zal om herhaling van overschrijdingen te voorkomen hetzij de regeling, hetzij het budget moeten worden aangepast. Deze situatie doet zich overigens ook thans voor in gevallen waarin de aanspraak op subsidiegelden rechtstreeks voortvloeit uit een wettelijk voorschrift dat niet in een uitputtingsclausule voorziet.

Het eerste lid geeft vervolgens de hoofdregel van het gekozen stelsel: indien bij of krachtens wettelijk voorschrift een subsidieplafond is vastgesteld (hetgeen impliceert dat het subsidieplafond ook is bekendgemaakt), moet de subsidie bij overschrijding van dat plafond worden geweigerd. Gekozen is voor een verplichting tot weigering, omdat dit beter dan een enkele bevoegdheid daartoe aansluit bij de comptabele voorschriften, volgens welke uitgaven die boven de begroting uitgaan immers in beginsel niet zijn toegestaan. Voorts ontslaat een wettelijke verplichting tot weigering bestuursorganen van de verplichting telkens in concreto te motiveren waarom het belang van begrotingsdiscipline zwaarder moet wegen dan de belangen van de aanvrager.

Tweede lid

Het bedrag dat voor de verstrekking van een bepaalde subsidie beschikbaar is, is beschikbaar voor een bepaald tijdvak. Wanneer het bestuursorgaan niet tijdig op de aanvraag beslist, of het aanvankelijke besluit in bezwaar of beroep gecorrigeerd wordt, kan het voorkomen dat het definitieve besluit pas in een later tijdvak wordt genomen. Het tweede lid stelt buiten twijfel, dat de aanvrager dan niet de dupe kan worden van het feit, dat de definitieve beslissing door toedoen van het bestuur verschoven is naar een later tijdvak, waarin wellicht minder geld beschikbaar is.

Artikel 4.2.2.2

Indien de omvang van het voor verstrekking van subsidies beschikbare bedrag wordt beperkt, zal geregeld moeten worden hoe de beschikbare gelden over de in beginsel voor honorering in aanmerking komende aanvragen worden verdeeld. Daarvoor zijn verschillende systemen denkbaar. Het meest eenvoudig is «wie het eerst komt, het eerst maalt». Nu het tijdstip van indiening van de aanvraag vaak min of meer toevallig is, is dat niet het meest aantrekkelijke systeem. In sommige gevallen zal het echter, gelet op het grote aantal aanvragen en de noodzakelijkerwijs in de tijd gespreide indiening daarvan, het enige praktisch hanteerbare systeem zijn.

Vaak ligt het meer voor de hand te bepalen, dat de aanvragen voor een bepaald tijdvak voor een bepaalde datum moeten worden ingediend, zodat vervolgens op grond van kwalitatieve criteria een selectie kan worden gemaakt. De criteria voor die selectie kunnen in worden neergelegd in het wettelijk voorschrift zelf, maar ook in een op grond daarvan vastgesteld plan dat de beleidsprioriteiten aangeeft (wel te onderscheiden van een soms ook als plan of programma aangeduid besluit waarin de na toetsing aan de criteria genomen beslissingen op de aanvragen zijn neergelegd; zo'n besluit is in wezen een bundel beschikkingen).

Potentiële subsidie-aanvragers zullen bij de inrichting van hun aanvraag rekening moeten kunnen houden met de ingevolge het eerste lid vastgestelde verdelingsmaatstaven. Daarom is bepaald, dat bij de bekendmaking van het subsidieplafond moet worden vermeld waar die maatstaven zijn neergelegd. Indien de verdelingsregels in het wettelijk voorschrift zelf zijn neergelegd, kan met een verwijzing naar dat voorschrift worden volstaan. In andere gevallen zal (tevens) moeten worden verwezen naar een plan of ander besluit van het bestuursorgaan. Dit impliceert, dat een dergelijk plan of ander besluit uiterlijk gelijk met het subsidieplafond moet worden bekendgemaakt.

Artikel 4.2.2.4

De rechtszekerheid eist, dat het subsidieplafond wordt bekend gemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarop het betrekking heeft. De aanvrager behoort te kunnen weten, dat zijn aanvraag wegens het ontbreken van gelden kan worden afgewezen, ook al voldoet zij aan alle bij wettelijk voorschrift of bij beleidsregel gestelde eisen.

In het tweede lid is aangegeven, wat de gevolgen zijn indien het plafond niet tijdig is bekendgemaakt, of na de aanvang van het begrotingsjaar of het tijdvak waarop het betrekking heeft wordt verlaagd. Het zou te ver gaan als na de aanvang van het tijdvak in het geheel geen plafond meer zou kunnen worden bekendgemaakt. In plaats daarvan is bepaald, dat een latere bekendmaking geen gevolgen heeft voor voordien ingediende aanvragen. Voor deze aanvragen geldt dan niet meer de plicht tot weigering van artikel 4.2.2.1, eerste lid. Zij kunnen dan nog slechts wegens het ontbreken van gelden worden afgewezen, voor zover het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust daartoe voldoende beleidsvrijheid biedt. Dit laat een eventuele bevoegdheid tot afwijzing op andere gronden uiteraard geheel onverlet.

De regel van het tweede lid geldt uitsluitend indien het plafond na de aanvang van het relevante tijdvak is bekendgemaakt. Indien het plafond tijdig is bekendgemaakt, kan het wel gevolgen hebben voor nog eerder ingediende aanvragen met betrekking tot het relevante tijdvak; de aanvrager kan niet aan de werking van het plafond ontkomen door de aanvraag ver van te voren in te dienen.

Artikel 4.2.2.5

Hierboven is reeds ingegaan op de problematiek van niet tijdig vastgestelde of goedgekeurde begrotingen. Indien een begroting niet tijdig is vastgesteld of goedgekeurd, dient het subsidieplafond – dat dan immers is gebaseerd op de ontwerp-begroting – verlaagd te kunnen worden om recht te doen aan het budgetrecht van het orgaan dat de begroting vaststelt. Na de verlaging ingediende aanvragen kunnen – en moeten – dan worden afgewezen bij overschrijding van het verlaagde plafond. Indien de begrotingspost op het tijdstip van goedkeuring of vaststelling reeds is overschreden, kan het (nieuwe) bedrag op nul worden gesteld.

Deze mogelijkheid biedt echter geen soelaas, als – zoals bijvoorbeeld bij zogenaamde «tender-regelingen» – op het tijdstip van vaststelling van de begroting ingevolge wettelijk voorschrift alle aanvragen reeds moeten zijn ingediend. In die gevallen dient, in afwijking van de hoofdregel van artikel 4.2.2.4, tweede lid, een verlaging van het beschikbare bedrag na de aanvang van het begrotingsjaar of het tijdvak waarvoor het beschikbaar is, ook gevolgen te kunnen hebben voor reeds ingediende aanvragen, omdat anders het budgetrecht van het orgaan dat de begroting vaststelt in deze gevallen illusoir zou worden. Om dat te voorkomen, dient een

zekere inbreuk op de bij de aanvragers door de bekendmaking van het oorspronkelijke bedrag gewekte verwachtingen te worden aanvaard.

Deze inbreuk dient echter niet verder te gaan dan noodzakelijk. Daarom geldt deze uitzondering op de hoofdregel alleen, indien het tijdstip waarop de begroting wordt vastgesteld of goedgekeurd ligt na het tijdstip waarop ingevolge wettelijk voorschrift alle aanvragen moeten zijn ingediend. Voorts geldt de uitzondering alleen, indien de verlaging uit de vaststelling of goedkeuring van de begroting voortvloeit. De verlaging kan bovendien niet verder gaan dan uit de begroting voortvloeit. Tenslotte dient bij de bekendmaking van het subsidieplafond op de mogelijkheid van verlaging en de gevolgen daarvan te worden gewezen.

Welke gevolgen de verlaging heeft voor reeds ingediende aanvragen, moet aan de hand van de in artikel 4.2.2.2 bedoelde «verdelingsregels» worden bepaald. Voor reeds verleende subsidies heeft de verlaging slechts gevolgen voor zover deze zijn verleend onder het voorbehoud dat voldoende gelden beschikbaar worden gesteld. Dit voorbehoud kan dan immers blijken niet vervuld te zijn.

De onderhavige bepaling verplicht niet tot verlaging van het bedrag ingeval van een verlaging of schrapping van de begrotingspost. Het is immers denkbaar, dat meer subsidieregelingen op één begrotingspost zijn samengebracht en de begroting nog de ruimte biedt om te volstaan met verlaging van het bedrag dat voor één van die regelingen beschikbaar is. Het is wel gewenst, dat belanghebbenden spoedig zekerheid krijgen over de vraag of het beschikbare bedrag verlaagd zal worden. Met de verlaging behoeft ook niet per se te worden gewacht tot de begroting definitief is vastgesteld of goedgekeurd. Voldoende is, dat vaststaat dat de verlaging noodzakelijk is. Dit betekent dat op rijksniveau de verlaging in voorkomende gevallen reeds na de behandeling van de begroting in de Tweede Kamer zal kunnen plaatsvinden.

AFDELING 4.2.3 DE SUBSIDIEVERLENING

Artikel 4.2.3.1

In dit artikel is aangegeven, dat aan de subsidievaststelling een subsidieverlening vooraf kan gaan, maar dat ook voor het systeem kan worden gekozen waarin met alleen een subsidievaststelling wordt volstaan. Zoals in het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de toelichting is uiteengezet, zal het soms doelmatiger zijn uitsluitend met een subsidievaststelling te werken, terwijl het in andere gevallen gewenst is met een voorafgaande subsidieverlening te werken. Het verdient de voorkeur, dat de keuze voor één van beide stelsels op het niveau van de bijzondere subsidieregeling wordt gemaakt. Dan is zowel voor het bestuursorgaan als voor belanghebbenden duidelijk hoe het proces van subsidiëring zal verlopen. De clausule «tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald» geeft aan, dat de bijzondere subsidieregeling een voorafgaande subsidieverlening kan uitsluiten, dan wel daar juist toe kan verplichten.

Indien de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust, zal in het concrete geval moeten worden beslist of al dan niet met een subsidievaststelling kan worden volstaan. Artikel 4.2.3.1 laat daartoe de ruimte. De enige beperking is, dat in dat geval na afloop van de activiteit of het tijdvak waarvoor subsidie wordt gevraagd geen beschikking omtrent subsidieverlening meer kan worden gegeven. Deze beperking spreekt voor zich. Na afloop van de activiteit of het tijdvak zijn in beginsel de gegevens beschikbaar aan de hand waarvan de subsidie kan worden vastgesteld.

Artikel 4.2.3.2

Eerste lid

Het is gewenst dat reeds bij de subsidieverlening zoveel mogelijk duidelijkheid wordt geboden over de wederzijdse rechten en plichten van subsidieverlener en subsidie-ontvanger. Daartoe moet de beschikking tot subsidieverlening aan een aantal eisen voldoen. In ieder geval dient zij een omschrijving te bevatten van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend.

Het begrip «activiteiten» dient ruim te worden opgevat: het omvat in beginsel iedere vorm van menselijk handelen, voor zover de overheid die wil stimuleren. Onder omstandigheden kan ook een nalaten een activiteit in de zin van dit artikel zijn (bijvoorbeeld het braak laten liggen van landbouwgrond).

De omschrijving van de activiteiten kan worden opgevat als een concretisering van het met de subsidieverlening beoogde doel. Er is van afgezien voor te schrijven dat ook het doel van de subsidie zelf in de beschikking moet worden vermeld. In veel gevallen zou dat immers slechts in algemene termen kunnen geschieden, en daardoor onvolgende duidelijkheid verschaffen. Het is dan beter zo concreet mogelijk aan te geven welke activiteiten de overheid wil ondersteunen.

Dit is niet alleen voor de rechtszekerheid van de subsidie-ontvanger van belang. Ook voor het subsidieverlenend orgaan is de noodzaak om de gesubsidieerde activiteiten duidelijk te omschrijven een nuttig hulpmiddel bij het voeren van een zo gericht en daarmee zo doelmatig mogelijk subsidiebeleid.

Uiteraard hoeft de omschrijving niet alle onderdelen van de gesubsidieerde activiteiten en détail op te sommen. Het gaat er om, dat duidelijk is voor welke activiteiten de subsidiegelden bedoeld zijn en dus mogen worden aangewend. Soms zal dat op eenvoudige wijze kunnen door in de beschikking te verwijzen naar de omschrijving van de activiteiten in de aanvraag.

Voor het overige zijn aard en omvang van de omschrijving sterk afhankelijk van de aard van de subsidie. Bij een eenmalige subsidie voor bijvoorbeeld een energiebesparend toestel zal kunnen worden volstaan met een aanduiding van het soort toestel dat met behulp van de subsidie kan worden aangeschaft, of, indien de subsidie achteraf wordt verleend, met een korte aanduiding van het reeds aangeschafte toestel.

Bij een exploitatiesubsidie voor een instelling zal de omschrijving over het algemeen gecompliceerder zijn, met name indien de instelling ook niet-gesubsidieerde activiteiten ontplooit.

Een en ander is overigens ook afhankelijk van de vraag, welke mate van vrijheid de overheid de gesubsidieerde instelling bij de invulling van haar activiteiten wil laten. Dat is een keuze die primair bij het tot stand brengen van de subsidieregeling zal moeten worden gemaakt. Het is denkbaar, dat de overheid er bewust voor kiest bepaalde activiteiten slechts globaal te sturen of te stimuleren, en daarom de subsidie-ontvanger bewust veel ruimte geeft bij het nader concretiseren van die activiteiten. Zo zou een gemeentelijke overheid er bijvoorbeeld op het gebied van de beeldende kunst voor kunnen kiezen geen concrete projecten of tentoonstellingen te subsidiëren, maar slechts middelen ter beschikking te stellen aan een stichting die in algemene zin is belast met de stimulering van de beeldende kunst.

Een meer globale omschrijving heeft echter wel de consequentie, dat het bestuursorgaan ook minder snel achteraf zal kunnen oordelen dat de gesubsidieerde activiteiten niet of niet op de juiste wijze zijn verricht. Dat oordeel is slechts mogelijk als de activiteit zoals zij in de beschikking tot

subsidieverlening is omschreven niet is verricht. Concreet betekent dat, dat intrekking wegens het niet verrichten van de activiteiten niet mogelijk is, als de door de subsidie-ontvanger aan die activiteiten gegeven invulling redelijkerwijs binnen de bij de subsidieverlening gegeven omschrijving past.

Tweede lid

In een beperkt aantal gevallen zal het op het moment van de subsidieverlening nog niet mogelijk zijn de activiteiten voldoende concreet te omschrijven. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij projecten – of die nu op het terrein van de kunsten of van de technologie liggen – die een sterk experimenteel karakter hebben of zich in een vroeg stadium van ontwikkeling bevinden.

Indien de overheid, juist om verdere ontwikkeling mogelijk te maken, al in dat stadium subsidie verleent, kan het wenselijk zijn in dat stadium te volstaan met een globale omschrijving, die later wordt uitgewerkt. Het tweede lid biedt daartoe de mogelijkheid, mits de mogelijkheid van nadere uitwerking uitdrukkelijk in de beschikking tot subsidieverlening is vermeld. Aldus wordt bereikt, dat ook bij de subsidie-ontvanger geen misverstand kan bestaan over het karakter van de eerste, globale omschrijving.

Het woord «uitwerken» is gekozen om aan te geven, dat het tweede lid slechts een nadere concretisering van de in de subsidieverlening gegeven omschrijving mogelijk wil maken, en niet een wijziging van die omschrijving. Het tweede lid geeft niet de bevoegdheid geheel nieuwe activiteiten aan de omschrijving toe te voegen, dan wel essentiële onderdelen van de oorspronkelijke omschrijving te schrappen. Indien daaraan behoefte mocht bestaan, is een wijziging van de beschikking tot subsidieverlening zelf nodig.

De bepaling geeft niet aan, welk orgaan met de uitwerking is belast. Doorgaans zal dat het bestuursorgaan zijn dat de subsidie heeft verleend. Denkbaar is echter ook, dat bijvoorbeeld de gemeenteraad een subsidie verleent en daarbij uitwerking van de omschrijving aan burgemeester en wethouders opdraagt.

Artikel 4.2.3.3

Eerste lid

Om betrokkenen duidelijkheid te verschaffen over de inhoud van de rechtsbetrekking dient de beschikking tot subsidieverlening de hoogte van de subsidie aan te geven. Dit kan op twee manieren: door in de beschikking een bedrag in guldens (in een enkel geval in ECU's of een andere valuta) te noemen, dan wel door aan te geven hoe dit bedrag bij de subsidievaststelling zal worden berekend.

Bij de subsidievaststelling moet – gezien het karakter van deze beschikking – steeds een nominaal bedrag worden genoemd. Deze methode kan ook bij een subsidieverlening worden gehanteerd, bijvoorbeeld indien uit de subsidieregeling voortvloeit dat het bedrag niet afhankelijk is van de kosten van de gesubsidieerde activiteiten of van de door de subsidie-ontvanger geleverde prestaties. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de subsidie niet de strekking heeft kostendekkend te zijn, maar het karakter heeft van een – forfaitaire – aanmoedigingspremie.

Indien uit de systematiek van de subsidieregeling volgt dat de subsidie op een bedrag per tijdvak wordt bepaald, kan worden volstaan met het noemen van dat bedrag in plaats van het totaalbedrag van de subsidie. Ook dan weet de ontvanger immers voldoende waar hij aan toe is, mits ook duidelijk is voor welke periode de subsidie wordt verleend.

In veel gevallen zal het subsidiebedrag wel afhankelijk zijn van de kosten van de activiteiten of van de geleverde prestaties, en daarom bij de subsidieverlening nog niet genoemd kunnen worden. Het bedrag in guldens van de subsidie zal dan pas bij de subsidievaststelling kunnen worden bepaald.

Ook in dit geval moet de beschikking tot subsidieverlening de ontvanger duidelijkheid verschaffen over de subsidie die hij mag verwachten. Daartoe moet worden aangegeven, welke factoren de hoogte van de subsidie bepalen, en op welke wijze.

De in de praktijk belangrijkste twee factoren die een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van de subsidie zijn de kosten van de gesubsidieerde activiteiten en de prestaties van de ontvanger. Indien de kosten bepalend zijn, dient bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening te worden aangegeven of de werkelijke kosten bepalend zijn dan wel een systeem van genormeerde kosten wordt gehanteerd, welke kostensoorten subsidiabel zijn en welk percentage van de kosten wordt vergoed.

Indien de prestaties van de ontvanger bepalend zijn voor de hoogte van de subsidie, moet bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening worden aangegeven welke de bepalende prestaties zijn (bijvoorbeeld het aantal verzorgde cursussen). Daarnaast moet een bedrag per eenheid «produkt» worden genoemd. Veelal zal het ook noodzakelijk zijn aan te geven hoe de prestaties zullen worden gemeten (bijvoorbeeld door peildata vast te leggen), tenzij daarover redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan.

Zowel bij kosten- als bij prestatiesubsidies geldt voorts, dat, indien de uit de gesubsidieerde activiteiten voortvloeiende inkomsten van invloed zijn op het subsidiebedrag, bij de subsidieverlening moet worden aangegeven dat en op welke wijze dit het geval is.

Over al deze aspecten dient bij de subsidieverlening duidelijkheid te bestaan. Dat kan door een en ander in de beschikking uiteen te zetten, maar het verdient de voorkeur deze aspecten waar mogelijk te regelen in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust; in de beschikking tot subsidieverlening kan dan worden volstaan met een korte aanduiding en een verwijzing naar die voorschriften. Zo wordt voorkomen, dat in iedere beschikking de gehele systematiek van de regeling uiteengezet moet worden. Voor zover de regeling het bestuursorgaan echter keuzevrijheid laat ten aanzien van – een onderdeel van – de te hanteren systematiek, dient de gemaakte keuze uit de beschikking tot subsidieverlening te blijken.

Tweede lid

Hoewel artikel 4.2.3.3 niet een bepaalde manier van subsidiëren voorschrijft, is het, mede uit een oogpunt van beheersing van overheids-uitgaven, van groot belang dat zorgvuldig wordt nagegaan welke systematiek het meest geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken. Een belangrijke overweging daarbij is, in hoeverre van de gekozen systematiek voor de ontvanger een prikkel uitgaat om zijn activiteiten zo doelmatig mogelijk te verrichten.

Vanuit deze invalshoek zal in veel gevallen subsidiëring op basis van geleverde prestaties aantrekkelijker zijn dan subsidiëring op basis van kosten. Het is echter niet steeds mogelijk om voldoende objectieve prestatie-indicatoren te formuleren. Ook de aard van de subsidie – men denke wederom aan de subsidie voor de energiezuinige verwarmingsketel – kan meebrengen dat subsidie op basis van kosten het meest aangewezen is. Een subsidie op basis van feitelijk bereikte energiebesparingen zou vermoedelijk nogal fraudegevoelig zijn en onevenredig hoge handhavingskosten meebrengen.

Het is derhalve niet mogelijk en niet gewenst een bepaalde vorm van

subsidïering voor te schrijven of uit te sluiten. Daarop bestaat echter één uitzondering. Een systeem waarbij ongelimiteerd feitelijke kosten kunnen worden gedeclareerd, is ongewenst, omdat daarvan geen enkele prikkel tot doelmatigheid uitgaat. Mede daarom is in het tweede lid bepaald, dat in de beschikking tot subsidieverlening de subsidie steeds aan een maximum moet worden gebonden.

Het opnemen van een maximum is ook bij prestatiesubsidies gewenst. Een prestatiesubsidie prikkelt de ontvanger tot het produceren van zoveel mogelijk eenheden subsidiabel «produkt». Zonder maximum zou slechts de vraag naar dat produkt een grens stellen aan de omvang van de te subsidiëren activiteiten. Soms doet zich echter het verschijnsel voor, dat het aanbod medebepalend is voor de vraag. Bij bepaalde vormen van hulpverlening bijvoorbeeld kan het voorkomen, dat een uitbreiding van het aanbod niet leidt tot verzadiging van de «markt», maar slechts tot het eerder aanmerken van problemen als problemen waar professionele hulpverlening aan te pas moet komen. De overheid moet dan een grens stellen aan het niveau waarop zij een dergelijke voorziening wil subsidiëren. Dat kan door de subsidie aan een maximum te binden.

In een beperkt aantal gevallen is het niet mogelijk of niet zinvol individuele subsidies aan een maximum te binden. Dit kan zich voordoen indien bepaalde activiteiten zozeer onder het door de overheid gewenste niveau liggen, dat de overheid er bewust voor kiest die activiteiten in beginsel onbeperkt te stimuleren. Voor die gevallen is de mogelijkheid geboden om bij wettelijk voorschrift te bepalen dat van het stellen van een maximum kan worden afgezien.

Artikel 4.2.3.4

Dit artikel heeft betrekking op subsidies, waarbij niet een eenmalig bedrag wordt toegekend, maar een bedrag per maand of per jaar dat de ontvanger aan bepaalde voorwaarden voldoet. Dergelijke voortdurende subsidies worden doorgaans verleend voor voortdurende of periodieke activiteiten. Deze activiteiten kunnen van onbepaalde duur zijn: men denke aan het exploiteren van een instelling. Ook in dat geval is het echter ongewenst dat de subsidie voor onbepaalde tijd verleend wordt. De ervaring heeft geleerd, dat eenmaal bestaande situaties te gemakkelijk automatisch worden voortgezet. Uit een oogpunt van een doelmatige besteding van overheidsgelden is het daarom gewenst, dat bij iedere subsidie periodiek wordt onderzocht of zij kan en moet worden voortgezet.

Indien het bestuursorgaan een zekere beleidsvrijheid heeft bij het al of niet verlenen van de subsidie, zal dit periodiek onderzoek mede betrekking hebben op nut en noodzaak van de subsidie. Wanneer een wettelijke regeling de ontvanger een recht op subsidiëring geeft zolang aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, zal het periodieke onderzoek daarentegen uitsluitend betrekking kunnen hebben op de vraag of deze voorwaarden nog steeds vervuld zijn. Dat laat overigens de wenselijkheid om ook in deze gevallen de subsidieregeling zelf periodiek te evalueren onverlet; verwezen zij naar de toelichting bij artikel 4.2.1.4.

Teneinde bestuursorganen tot een periodiek onderzoek van de wenselijkheid van voortzetting van een subsidie te stimuleren, is in artikel 4.2.3.4 bepaald dat de hier bedoelde subsidies slechts voor bepaalde tijd mogen worden verleend. Erkend zij, dat aldus niet gegarandeerd wordt dat de subsidie na afloop van het tijdvak waarvoor zij is verleend ook werkelijk integraal wordt heroverwogen, doch verwacht mag worden dat van de noodzaak periodiek opnieuw te beslissen in ieder geval een stimulans in die richting uitgaat.

Opgemerkt zij, dat ingevolge artikelen 4.2.6.4 de subsidie na afloop van de periode waarvoor zij is verleend niet zonder meer kan worden beëindigd. Verwezen zij naar de toelichting bij dat artikel.

Er is van afgezien in de Algemene wet bestuursrecht een grens te stellen aan de duur van het tijdvak waarvoor een subsidie in de vorm van periodieke bijdragen kan worden verleend. Meer in het bijzonder is niet beoogd de verlening van een subsidie voor meer jaren uit te sluiten. In de praktijk blijkt in een aantal gevallen behoefte te bestaan aan de mogelijkheid van meerjarige subsidies, teneinde de ontvanger een grotere mate van rechtszekerheid te bieden. Dat kan bijvoorbeeld gewenst zijn, wanneer de subsidie wordt verleend voor een meerjarig project, waarvoor de ontvanger ook uit eigen middelen investeringen moet doen.

Artikel 4.2.3.5

Ingevolge artikel 38, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. De schakelbepaling van artikel 59 van Boek 3 BW brengt mee, dat artikel 38 van Boek 3 BW in beginsel van overeenkomstige toepassing is op de subsidieverlening. Voor wat betreft de tijdsbepaling (waarbij de werking van de rechtshandeling afhankelijk wordt gesteld van een zekere gebeurtenis in de toekomst) levert dit geen bijzondere problemen op. Het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen zich er onder omstandigheden tegen verzetten dat een subsidie onder tijdsbepaling wordt verleend, maar er is geen aanleiding om subsidieverlening onder tijdsbepaling in algemene zin te beperken of uit te sluiten.

Wel is het gewenst subsidieverlening onder een voorwaarde (waarbij de verlening afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis; vgl. art. 21 Boek 6 BW) in zoverre te beperken, dat de verlening, behoudens uitzonderingen, niet afhankelijk mag worden gesteld van een gebeurtenis die bestaat in een handeling van het bestuursorgaan of de subsidie-ontvanger. De onderhavige bepaling voorziet daarin.

Aan de mogelijkheid tot subsidieverlening onder voorwaarde bestaat behoefte, omdat de aanvrager van een subsidie in bepaalde gevallen te lang in onzekerheid zou verkeren indien de subsidieverlener met het verlenen van subsidie zou moeten wachten tot de betreffende voorwaarden zijn vervuld. Zo is denkbaar dat subsidie wordt verleend voor een internationaal sportevenement, onder de voorwaarde dat dat evenement daadwerkelijk aan Nederland wordt toegewezen. Juist om die toewijzing te kunnen krijgen, zal de organisator soms moeten kunnen aantonen dat hij in geval van toewijzing subsidie zal krijgen.

De voorwaarde mag de subsidie echter niet afhankelijk maken van de subsidieverlener of de subsidieontvanger. Zou de subsidie afhankelijk zijn van een nadere handeling (bijvoorbeeld een nader besluit) van de subsidieverlener, dan zou de beschikking tot subsidieverlening niet de gewenste zekerheid verschaffen. Indien de subsidiegever nog niet weet of hij de subsidie wil verlenen, bijvoorbeeld omdat hij overweegt het beleid te wijzigen, dan dient hij de besluitvorming daaromtrent af te wachten. Indien de geldende beslistermijn dat niet toelaat, kan eventueel voor een korte overbruggingsperiode subsidie worden verleend.

Een voorwaarde betreffende een handeling van de subsidieontvanger is niet toelaatbaar omdat het gedrag van de ontvanger kan worden beïnvloed door het aan de subsidie verbinden van verplichtingen. De rechtsgevolgen van het niet naleven daarvan zijn afzonderlijk geregeld. Het bestuursorgaan behoort niet door het opnemen van een voorwaarde te kunnen bereiken hetgeen langs de weg van de verplichtingen niet kan worden bereikt. Men bedenke dat bepaalde verplichtingen niet zijn

toegestaan of de rechtsgevolgen bij niet-naleving kunnen verschillen van die van het opnemen van een voorwaarde. Dit bezwaar geldt niet indien het gaat om een handeling van de ontvanger en een derde gezamenlijk, bijvoorbeeld een overeenkomst omtrent de organisatie van een sportevenement. Het woord «uitsluitend» geeft aan dat een dergelijke voorwaarde wel toelaatbaar kan zijn.

Op het uitgangspunt dat de voorwaarde niet mag bestaan in een handeling van de subsidie-ontvanger dienen een tweetal uitzonderingen te worden aanvaard. In de eerste plaats kan het nodig zijn van de ontvanger te verlangen dat hij aantoonst dat een voorwaarde die niet bestaat in een handeling van de ontvanger zelf, is vervuld. Zo kan bij een subsidie voor een project dat mede door derden wordt gefinancierd de voorwaarde worden gesteld dat die financiering ook daadwerkelijk rond komt. Het is dan doelmatig, dit te formuleren als de voorwaarde dat de ontvanger de nodige bewijsstukken overlegt.

In de tweede plaats komt het voor dat ter uitvoering van de subsidiebeschikking een overeenkomst moet worden gesloten tussen de subsidiegever en de ontvanger. Verwezen zij naar de toelichting op artikel 4.2.3.8.

Voorwaarden dienen expliciet in de beschikking tot subsidieverlening te worden opgenomen (Vz. Afd. rechtspraak 30-1-1986, tB/S 1986, 20), omdat zij anders niet tegen de ontvanger kunnen worden ingeroepen. Dat is een vanzelfsprekende eis van rechtszekerheid.

Artikel 4.2.3.6

In de toelichting bij afdeling 4.2.2 is reeds ingegaan op het belang van de voorwaarde dat de begroting wordt vastgesteld of goedgekeurd. Zonder deze voorwaarde kan het ontbreken van gelden niet worden tegengeworpen aan degene aan wie reeds een subsidie is verleend. Het praktisch belang van deze voorwaarde rechtvaardigt een afzonderlijke regeling, naast de algemene mogelijkheid van een voorwaarde die in artikel 4.2.3.5 is neergelegd.

Opgemerkt zij, dat artikel 4.2.3.6 ervan uit gaat dat de voorwaarde in de subsidiebeschikking zelf wordt opgenomen; dit is een eis van rechtszekerheid. Men kan dus niet volstaan met het in het wettelijk voorschrift opnemen van clausules als «de subsidie wordt slechts verleend voorzover de wetgever voldoende middelen ter beschikking stelt». Een dergelijke clause kan betekenis hebben om aan te geven dat het niet om een «open-einde»-regeling gaat, maar daarnaast moet bij de individuele beschikking tot subsidieverlening nagegaan worden of het nodig is deze onder voorbehoud te geven.

In het eerste lid is de zo belangrijke bevoegdheid om deze voorwaarde op te nemen nog eens nadrukkelijk vastgelegd. Het tweede lid bevat vervolgens een beperking van deze bevoegdheid. De voorwaarde kan niet worden opgenomen, voor zover zulks voortvloeit uit het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust. Ook hier (vgl. de toelichting bij artikel 4.2.2.1) moet immers rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat de wetgever bewust een «open-einde regeling» heeft willen creëren en dus de mogelijkheid van begrotingsoverschrijding op de koop toe heeft willen nemen. Indien de subsidie niet wegens het ontbreken van middelen kan worden geweigerd als de begroting wel is vastgesteld of goedgekeurd, behoort zij evenmin onder de onderhavige voorwaarde te kunnen worden verleend indien dit niet het geval is.

Of de voorwaarde kan worden opgenomen is derhalve een kwestie van uitleg van het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust. Bewust is niet de eis gesteld, dat dit wettelijk voorschrift met zoveel woorden moet bepalen dat de voorwaarde niet kan worden opgenomen. Een en ander kan ook op andere wijze uit het voorschrift blijken, bijvoorbeeld doordat is bepaald dat de subsidie moet worden verleend indien aan bepaalde

voorwaarden is voldaan. De voorwaarde behoort dan niet te worden opgenomen, ook niet als de wetgever verzuimd heeft dit met zoveel woorden uit te sluiten.

De voorwaarde geeft het bestuursorgaan een (voorwaardelijke) bevoegdheid om op een subsidieverlening terug te komen. Dat is een ingrijpende bevoegdheid. Zolang de voorwaarde bestaat, hangt er een financieel zwaard van Damocles boven het hoofd van de subsidie-ontvanger. Het is daarom een eis van rechtszekerheid, dat het bestuursorgaan zo spoedig mogelijk duidelijk maakt of het op de voorwaarde een beroep zal doen. Daarom is in het derde lid bepaald, dat de voorwaarde vervalt indien daarop niet binnen vier weken na de vaststelling of goedkeuring van de begroting – voor het rijk betekent dit: na inwerking-treding van de begrotingswet – een beroep is gedaan. In dat geval geldt de oorspronkelijke subsidieverlening, maar dan zonder voorwaarde.

In de praktijk kan het zowel om een opschortende als om een ontbindende voorwaarde gaan. In het eerste geval krijgt de subsidieverlening eerst haar werking als de begroting is vastgesteld of goedgekeurd. Deze methode ligt voor de hand, als niet de noodzaak bestaat om reeds voor de goedkeuring of vaststelling van de begroting voorschotten uit te betalen. In dat geval kan de voorwaarde zonodig met onmiddellijke werking worden ingeroepen; het gevolg is dan, dat definitief vaststaat dat geen geld zal worden uitgekeerd.

Vooraf bij exploitatiesubsidies voor instellingen kan het echter noodzakelijk zijn om reeds voor de vaststelling of goedkeuring van de begroting voorschotten te verlenen. Indien de beschikking tot subsidieverlening wordt gegeven voor de aanvang van het jaar waarop zij betrekking heeft, doen zich op rijksniveau geen problemen voor, omdat de subsidie dan ingevolge artikel 4, vijfde lid, Comptabiliteitswet ten laste komt van de verplichtingenbegroting voor het jaar waarin de beschikking wordt gegeven. Rekening moet echter worden gehouden met gevallen, waarin de beschikking tot subsidieverlening pas in het begin van het jaar waarop zij betrekking heeft, wordt gegeven. Het is dan niet goed denkbaar, dat de instelling de eerste maanden van het jaar zonder geld zou zitten, in afwachting van de totstandkoming van de begrotingswet. In beginsel bestaat ook de bevoegdheid deze voorschotten uit te betalen. Artikel 18, eerste lid, Comptabiliteitswet voorziet onder meer voor dergelijke gevallen ook in de bevoegdheid tot het uitgeven van ten hoogste 4/12 van het op de vorige begroting toegestane bedrag.

Indien voorschotten worden verleend, dienen ook de verplichtingen van de subsidie-ontvanger onverkort te gelden. Daartoe is nodig, dat de beschikking tot subsidieverlening reeds door haar bekendmaking haar werking krijgt, en dat betekent dat in deze gevallen een ontbindende voorwaarde moet worden opgenomen.

Een beroep op de voorwaarde is vooral ingrijpend indien het gaat om een activiteit die door de subsidie-ontvanger ook reeds in de voorafgaande periode werd verricht, en toen eveneens werd gesubsidieerd. Men denke aan exploitatiesubsidies voor instellingen die over een langere periode door de overheid worden gesteund. Van de ontvanger kan in dit geval niet worden verwacht dat hij de activiteit stopzet in afwachting van de vaststelling van de begroting om haar weer te hervatten nadat die definitief is geworden. Dat zal ook niet in het belang van het bestuursorgaan zijn, dat immers streeft naar een voortzetting van de gesubsidieerde activiteiten, en in een aantal gevallen tevens de extra kosten van het afbouwen en vervolgens weer opstarten van de activiteiten voor zijn rekening zal moeten nemen. In deze gevallen zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan ook meebrengen, dat de voorwaarde slechts met inachtneming van een redelijke termijn en met werking voor de toekomst kan worden ingeroepen. Teneinde bestuur en

gesubsidieerde duidelijk te maken op welke wijze dit vorm moet krijgen, is in het derde lid bepaald dat het beroep op de voorwaarde moet geschieden in de vorm van een intrekking van de subsidieverlening overeenkomstig artikel 4.2.6.3, zoals die ook mogelijk is in geval van gewijzigde inzichten.

Bij een eerste subsidieverlening heeft de voorwaarde in het algemeen andere consequenties. Er loopt dan niet een activiteit die reeds door de overheid werd bekostigd. De ontvanger heeft dan de keuze daaraan niet te beginnen voordat zekerheid omtrent de begrotingsvaststelling is verkregen, dan wel aanstonds te beginnen en het risico van een eventueel beroep op de voorwaarde te nemen. In beide gevallen is er geen aanleiding de werking van de voorwaarde te beperken: wat eventueel reeds is gedaan behoort voor risico van de ontvanger te komen. Dienovereenkomstig bepaalt het vijfde lid dat in dit geval de voorwaarde wordt ingeroepen door intrekking van de subsidie met in beginsel terugwerkende kracht, zoals geregeld in artikel 4.2.6.1.

Opmerking verdient nog dat het ook bij een eerste subsidie kan voorkomen dat de subsidie-ontvanger behoefte heeft aan een verlening zonder voorwaarde omdat hij aanstonds met een activiteit wil beginnen, en niet het risico wil lopen dat de subsidie achteraf wordt ingetrokken. Het is denkbaar dat het bestuursorgaan ook zelf aan een direct begin van de activiteiten een zodanig belang hecht dat het afziet van het opnemen van een voorwaarde. Is het daartoe niet bereid, dan geldt de regel van het vijfde lid, en is het risico van tekortschietende begrotingsgelden voor de ontvanger.

Toegegeven moet worden, dat de hiervoor weergegeven regeling de bezwaren die uit een oogpunt van rechtszekerheid aan het begrotingsvoorboud zijn verbonden, niet volledig wegneemt. Wij zijn dan ook voornemens de toepassing van deze regeling in de praktijk te zijner tijd te evalueren, teneinde te kunnen nagaan of de behoefte aan het maken van een begrotingsvoorboud verder kan worden teruggedrongen.

Artikel 4.2.3.7

Eerste lid

In welke gevallen een subsidie geweigerd kan worden, wordt in het algemeen bepaald door de concrete subsidieregeling. De weigeringsgronden hangen immers nauw samen met aard en doel van de betreffende subsidie. Aan een beperkt aantal weigeringsgronden bestaat echter bij vrijwel iedere subsidie behoefte. Uit oogpunt van harmonisatie van wetgeving is het gewenst, deze gronden in de Algemene wet bestuursrecht neer te leggen. Artikel 4.2.3.7 voorziet daarin.

De in deze bepaling neergelegde weigeringsgronden zijn aanvullend: zij gelden naast de eventueel in de concrete subsidieregeling neergelegde weigeringsgronden. Dit is in de aanhef van zowel het eerste als het tweede lid tot uitdrukking gebracht door de woorden «in ieder geval».

De in het eerste lid neergelegde weigeringsgronden komen in de bestaande subsidieregelingen maar in beperkte mate voor. Het gaat om situaties, die in thans geldende regelingen vaak wel aanleiding kunnen zijn tot het intrekken van de subsidieverlening (vgl. ook artikel 4.2.6.1) of het lager vaststellen van de subsidie (vgl. artikel 4.2.5.5).

Het intrekken of lager vaststellen van de subsidie is uit de aard der zaak pas na de subsidieverlening mogelijk. In een aantal gevallen is het dan al te laat: de subsidiegelden zijn reeds uitgegeven, en terugvordering is niet altijd praktisch mogelijk omdat de ontvanger niet altijd verhaal biedt. Om een doelmatig subsidiebeleid mogelijk te maken en misbruik van subsidiegelden tegen te gaan is het daarom gewenst dat het bestuurs-

orgaan beschikt over de bevoegdheid om preventief op te treden, in dier voege dat de gevraagde subsidie kan worden geweigerd indien met een grote mate van waarschijnlijkheid vast staat dat zich later een intrekking grond zal voordoen. Daarin voorziet het eerste lid van artikel 4.2.3.7. Daarbij zij opgemerkt, dat artikel 4:7, in verbinding met het voorgestelde artikel 4:12, tweede lid, veelal zal meebrengen dat de aanvrager in de gelegenheid moet worden gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen alvorens de subsidie op grond van artikel 4.2.3.7 kan worden geweigerd.

De bevoegdheid tot «preventieve weigering» van de subsidie bestaat niet reeds indien een zeker risico bestaat dat zich één van de in het eerste lid genoemde situaties zal voordoen. Een dergelijk risico bestaat altijd wel in meer of mindere mate. Het eerste lid stelt de eis dat een gegronde reden bestaat om aan te nemen dat de daar bedoelde situaties zich zullen voordoen. Om op grond van het eerste lid een subsidie te kunnen weigeren zal het bestuursorgaan derhalve moeten beschikken over concrete, op de individuele subsidie-ontvanger betrekking hebbende aanwijzingen, die het oordeel kunnen dragen dat zich waarschijnlijk («misschien» is niet voldoende) een intrekking grond zal voordoen.

Het in artikel 3.6.1 neergelegde vereiste van een deugdelijke motivering brengt mee, dat in de beschikking tot weigering van de subsidie uiteengezet zal moeten worden waarop het bestuur dat waarschijnlijkheidsoordeel baseert. Het feit dat de subsidie voor het voorgaande jaar op dezelfde grond lager moest worden vastgesteld kan een concrete aanwijzing zijn, maar is niet zonder meer voldoende. Het kan immers zijn, dat de situatie van de ontvanger inmiddels zodanig is gewijzigd dat voor «vrees voor herhaling» geen grond bestaat.

In het eerste lid, onder a, gaat het om het geval dat het bestuur concrete aanwijzingen heeft dat de subsidie-ontvanger de activiteit waarvoor subsidie is gevraagd niet of niet geheel zal verrichten of zal kunnen verrichten. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien subsidie wordt gevraagd voor een activiteit die in financiële of organisatorische zin of uit oogpunt van benodigde deskundigheid de mogelijkheden van de aanvrager kennelijk te boven gaat. In sommige gevallen zal de aanvrager in dergelijke situaties niet voldoen aan een bij wettelijk voorschrift gestelde voorwaarde om voor de subsidie in aanmerking te komen; dat is echter niet steeds het geval, en voor die gevallen is een algemene weigeringsgrond noodzakelijk.

Het onder b bedoelde geval ligt in het verlengde van het onder a genoemde. Hier gaat het om de aan de subsidie verbonden verplichtingen, die immers ook zekere capaciteiten of bekwaamheden van of voorzieningen bij de subsidie-ontvanger kunnen veronderstellen. Ook dan kan het voorkomen, dat de aanvrager kennelijk onvoldoende waarborgen biedt voor de nakoming van deze verplichtingen. Datzelfde geldt voor de onder c genoemde, meer specifieke verplichting. Laatstgenoemde weigeringsgrond kan uiteraard alleen gehanteerd worden indien de aanvrager, indien de subsidie zou worden verleend, ook daadwerkelijk verplicht zou zijn om rekening en verantwoording af te leggen.

De vraag kan zich voordoen, of ook het gedrag van de aanvrager in het verleden een rol kan spelen bij het oordeel dat hij waarschijnlijk zijn verplichtingen niet zal nakomen. Dat kan in ieder geval, indien uit dat gedrag blijkt van het ontbreken van kwaliteiten die onmisbaar zijn om de verplichtingen na te komen, en voorts vaststaat dat in deze kwaliteiten geen wijziging is gekomen.

Het enkele feit, dat de aanvrager zich in het verleden aan misbruik van een subsidie heeft schuldig gemaakt is onvoldoende grond om de subsidie op grond van artikel 4.2.3.7, eerste lid, te weigeren. Dat feit kan echter wel van belang zijn, indien uit bijkomende omstandigheden blijkt,

dat herhaling te vrezen valt, bijvoorbeeld wanneer het gaat om recent, grootschalig of herhaald misbruik.

Tweede lid

De in het tweede lid van artikel 4.2.3.7 genoemde weigeringsgronden hebben, anders dan die van het eerste lid, geen «preventief» karakter. Het gaat om gebeurtenissen, die zich reeds hebben voorgedaan en nog voor de beslissing op de aanvraag bekend worden.

In het tweede lid onder a gaat het om het verstrekken van onjuiste inlichtingen die van materieel belang zijn voor de beslissing op de aanvraag. Dit kan leiden tot het geheel of gedeeltelijk weigeren van de subsidie. Ook wanneer de aanvrager, indien hij de juiste gegevens zou hebben verstrekt, wel een – zij het lagere – subsidie zou hebben gekregen, kan het verstrekken van onjuiste inlichtingen leiden tot het geheel weigeren van de subsidie. De aanvraag kan immers niet worden geacht mede het verzoek in te houden, de subsidie te bepalen op zoveel als op grond van de juiste gegevens verantwoord zou zijn.

Geformuleerd als weigeringsgrond komt de onder a bedoelde grond in bestaande subsidieregelingen niet veel voor; de overeenkomstige intrekingsgrond is echter heel gebruikelijk.

Bij de onder b genoemde weigeringsgrond is uitsluitend beslissend het daadwerkelijk bestaan van de staat van faillissement of surséance, dan wel het ingediend zijn van een verzoek daartoe. Dan is er in het algemeen reden om aan te nemen dat de subsidie haar doel niet zal kunnen bereiken, omdat het risico bestaat dat de subsidiegelden uiteindelijk bij de schuldeisers van de ontvanger terecht zouden komen.

Dit bezwaar geldt bij surséance in mindere mate dan bij faillissement. Daarom is overwogen om in geval van surséance te volstaan met het opschorten van de termijn voor de beslissing op de aanvraag. Dit zou echter tot een aanzienlijk gecompliceerdere regeling leiden, maar geen duidelijke voordelen hebben. Ook bij de thans gekozen regeling kan het bestuursorgaan in concreto besluiten dat er geen aanleiding is de subsidie te weigeren, terwijl anderzijds de aanvrager in geval van weigering na een eventuele opheffing van de surséance een nieuwe aanvraag kan indienen. Deze opheffing kan immers gelden als een nieuw feit, naar aanleiding waarvan het bestuursorgaan zijn beslissing ook inhoudelijk zal moeten heroverwegen (vgl. artikel 4:6).

Artikel 4.2.3.8

In het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de toelichting is reeds ingegaan op de figuur van de subsidie-overeenkomst. Daarbij is uiteengezet, dat aan de mogelijkheid om in plaats van een beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst te sluiten, geen behoefte bestaat. artikel 4.2.3.8, eerste lid, maakt dan ook slechts het sluiten van een overeenkomst ter uitvoering van een beschikking tot subsidieverlening mogelijk. Daarbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan overeenkomsten van geldlening of van borgtocht, ingeval de subsidie de vorm heeft van een krediet, respectievelijk een garantie. Overeenkomstig een nu veel voorkomende praktijk kan de subsidie dan worden verleend bij beschikking, onder de opschortende voorwaarde dat de overeenkomst tot stand komt. Dat heeft het voordeel dat aldus tegen de beslissing tot het verlenen of weigeren van de subsidie bezwaar en beroep op de administratieve rechter openstaat.

Het is in deze constructie uiteraard niet de bedoeling dat de overeenkomst een dubbele van de beschikking wordt, of omgekeerd. De beschikking zal in ieder geval een aantal essentiële elementen moeten

bevatten, zoals een aanduiding van de activiteiten en – voor zover niet neergelegd in een wettelijk voorschrift – de verplichtingen, alsmede het subsidiebedrag of de wijze waarop dit wordt berekend. Denkbaar is echter dat een en ander in de beschikking in meer algemene zin wordt aangeduid en in de overeenkomst verder wordt uitgewerkt. Voor het overige zal de verdeling van bepalingen over beschikking en overeenkomst afhangen van de aard van de materie en het doel van de overeenkomst. Wordt bij een technologiesubsidie primair een uitvoeringsovereenkomst gesloten omdat deze het karakter heeft van een krediet, dan zal de overeenkomst zich veelal beperken tot bepalingen over looptijd, rente, aflossing en eventuele zekerheden en dergelijke, terwijl bepalingen over aard en inhoud van het project in de beschikking worden opgenomen. Heeft echter de overeenkomst mede ten doel de subsidie-ontvanger te verplichten het project ook daadwerkelijk uit te voeren, dan zullen ook laatstgenoemde bepalingen in de overeenkomst worden opgenomen. Wordt aan een landbouwer een subsidie verleend onder de voorwaarde dat hij zich verplicht to bepaalde activiteiten op het gebied van het natuurbeheer, dan zal de precieze omschrijving van die activiteiten en bijbehorende verplichtingen voor het grootste deel in die overeenkomst te vinden zijn.

Het tweede lid regelt een bijzondere vorm van de uitvoerings-overeenkomst. Zoals in de toelichting bij afdeling 4.2.4 nader zal worden uiteengezet, verplicht de subsidieverlening bij beschikking de ontvanger, behoudens uitdrukkelijke daartoe strekkende wettelijke regeling, niet rechtstreeks tot het verrichten van de gesubsidieerde activiteit. Uiteraard verliest de ontvanger door het niet verrichten van die activiteit zijn aanspraak op financiële middelen, hetgeen tot uiting komt in de bevoegdheid van de subsidieverlener om in dat geval de subsidie lager vast te stellen, in te trekken of te wijzigen. In het normale geval kan het bestuur echter niet in rechte vorderen dat de ontvanger zal worden veroordeeld tot het verrichten van de activiteit.

Dit wordt echter anders, indien de ontvanger zich bij overeenkomst tot het verrichten van die activiteit verbonden heeft. In dat geval kan het bestuur, als bij iedere andere verbintenis uit overeenkomst, nakoming vorderen. Daaraan kan bijvoorbeeld behoefte bestaan in gevallen waarin de activiteit bestaat in het verschaffen van door de overheid essentieel geachte voorzieningen, en (dreiging) met intrekking van de subsidie een onder de gegeven omstandigheden onvoldoende effectieve sanctie is. Dit kan zich voordoen indien het aanbieden van de desbetreffende voorziening niet eenvoudig door anderen of de overheid zelf kan worden overgenomen. Men denke aan voorzieningen van jeugdhulpverlening of aan de subsidiëring van justitiële particuliere inrichtingen voor ter beschikking gestelden.

Het tweede lid stelt buiten twijfel dat het sluiten van een uitvoerings-overeenkomst als hier bedoeld mogelijk is, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de subsidie zich daartegen verzet. In veel gevallen is immers juist voor het instrument van de subsidie gekozen, omdat de wetgever de burgers juist niet rechtstreeks wilde verplichten tot het verrichten van de betrokken activiteit. Dat is bijvoorbeeld bij het merendeel van de subsidies aan natuurlijke personen en bedrijven het geval. Het ligt dan niet voor de hand dat die verplichting wel langs de weg van de overeenkomst zou kunnen worden opgelegd. Aan dat laatste zal in de praktijk hoofdzakelijk bij subsidies aan instellingen behoefte bestaan.

AFDELING 4.2.4 VERPLICHTINGEN VAN DE SUBSIDIE-ONTVANGER

Het is om verschillende redenen noodzakelijk, dat aan de subsidie-ontvanger een aantal verplichtingen kunnen worden opgelegd. De overheid kan de doelstellingen van haar subsidiebeleid – het stimuleren of

mogelijk maken van bepaalde, om welke redenen dan ook wenselijk geachte, activiteiten – in veel gevallen slechts realiseren indien zij over de mogelijkheid beschikt nadere eisen te stellen aan vorm en inhoud van de activiteiten waaraan zij een financiële bijdrage levert. Daarnaast dient zij te beschikken over mogelijkheden om een doelmatige en rechtmatige aanwending van subsidiegelden te verzekeren. Derhalve voorziet artikel 4.2.4.1 in algemene zin in de bevoegdheid om aan de ontvanger verplichtingen op te leggen, die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.

Voor een goed begrip van het karakter van deze verplichtingen moet allereerst worden opgemerkt, dat de subsidieverlening op zichzelf de ontvanger niet rechtstreeks en onvoorwaardelijk verplicht tot het daadwerkelijk verrichten van de gesubsidieerde activiteit (vgl. J.H. van Kreveld, a.w., blz. 163 en 222/223). De ontvanger behoudt in beginsel de vrijheid om van de activiteit af te zien. Het gevolg is dan uiteraard wel, dat hij ook iedere aanspraak op subsidiegelden verliest, en het bestuursorgaan de subsidie op nihil kan vaststellen en eventueel reeds betaalde voorschotten kan terugvorderen. Een andere benadering zou in veel gevallen tot onhoudbare resultaten leiden. Het is evident, dat de overheid met het subsidiëren van sportevenementen of culturele manifestaties niet beoogt de ontvangers tot het organiseren van dergelijke evenementen te verplichten. Kenmerkend voor de subsidie als bestuursinstrument is nu juist het ontbreken van rechtstreekse overheidsdwang.

Voor zover in bijzondere situaties toch behoefte bestaat aan een rechtstreekse verplichting van de subsidie-ontvanger om de gesubsidieerde activiteit ook daadwerkelijk te verrichten, kan daar in beginsel op twee manieren in worden voorzien: door een bijzonder wettelijk voorschrift, dan wel door het sluiten van een overeenkomst terzake met de subsidie-ontvanger. Op de laatste mogelijkheid is reeds in de toelichting bij artikel 4.2.3.8 ingegaan.

Het staat de subsidie-ontvanger derhalve in beginsel vrij van de gesubsidieerde activiteit af te zien en daarmee zijn aanspraak op financiële middelen op te geven. In die zin verplicht de subsidieverlening tot niets. Maar het normale geval is uiteraard dat de ontvanger juist wel aanspraak maakt op financiële middelen, en zolang dat het geval is vloeien uit de subsidieverlening wel degelijk verplichtingen voort. Het is in deze zin, dat het in het onderhavige voorstel gehanteerde begrip «verplichtingen van de subsidie-ontvanger» moet worden verstaan. Naar huidig recht is dit overigens niet anders.

De verplichtingen die voor de ontvanger uit de subsidieverlening voortvloeien kunnen van velerlei aard zijn. Naast de primaire verplichting om de gesubsidieerde activiteit te verrichten zal de ontvanger in zeer veel gevallen worden verplicht in enigerlei vorm verantwoording af te leggen over de besteding van de subsidiegelden. Doorgaans zullen ook verplichtingen worden opgelegd met betrekking tot de wijze waarop de gesubsidieerde activiteit moet worden verricht. Voorts kunnen verplichtingen er toe strekken te voorkomen, dat derden nadeel ondervinden van de gesubsidieerde activiteit.

Enkele verplichtingen van de subsidie-ontvanger vloeien rechtstreeks uit de Algemene wet bestuursrecht zelf voort (bijvoorbeeld de verplichtingen genoemd in artikel 4.2.5.4). De meeste verplichtingen zullen echter zijn neergelegd hetzij in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust, hetzij in voorschriften verbonden aan de beschikking tot subsidieverlening.

De eerste mogelijkheid verdient uit oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur. In het bijzonder wanneer een verplichting voor alle ontvangers of voor een bepaalde categorie van ontvangers van een bepaalde subsidie behoort te gelden, is het goed mogelijk deze verplichting in het wettelijk voorschrift zelf op te nemen.

Daarnaast zal het soms nodig zijn om op het concrete geval toesneden verplichtingen te kunnen opleggen. In dat geval kan in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust worden volstaan met het omschrijven van (categorieën van) verplichtingen die kunnen worden opgelegd. Vervolgens kan het bestuursorgaan bepalen welke verplichtingen in concreto zullen gelden, door deze verplichtingen op te nemen in voorschriften verbonden aan de beschikking tot subsidieverlening (artikel 4.2.4.1). Daarbij kunnen de verplichtingen tevens nader worden omschreven en toegespitst.

Het uitgangspunt is derhalve dat in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust wordt aangegeven welke verplichtingen aan de subsidieverlening kunnen worden verbonden (vgl. artikel 4.2.4.1, tweede lid). Daarnaast is echter in artikel 4.2.4.0 een aantal categorieën verplichtingen opgesomd, die steeds kunnen worden opgelegd, ook wanneer het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust daarin niet voorziet, en zelfs wanneer de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust. Het gaat hier om verplichtingen die zo vaak voorkomen, en in de meeste gevallen zozeer noodzakelijk zijn om het doel van de subsidie te kunnen bereiken, dat het gewenst is de bevoegdheid tot het opleggen daarvan in de Algemene wet bestuursrecht zelf neer te leggen. Dit laat onverlet, dat het in veel gevallen gewenst zal zijn ook deze verplichtingen in de bijzondere subsidieregeling nader toe te spitsen en te preciseren.

Voor de handhaving maakt het geen verschil of de verplichtingen bij wettelijk voorschrift of krachtens wettelijk voorschrift bij de subsidieverlening zijn opgelegd. In beide gevallen is de subsidie-ontvanger gehouden tot naleving van de verplichting. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de Algemene wet bestuursrecht c.q. het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust. Het is derhalve niet nodig de subsidie te verlenen onder het voorbehoud dat de verplichtingen worden nagekomen.

Indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, kunnen bij de subsidievaststelling geen nieuwe verplichtingen meer worden opgelegd. De rechtszekerheid eist, dat aan de ontvanger reeds bij de verlening duidelijkheid wordt verschaft over zijn verplichtingen. Voor verplichtingen die betrekking hebben op de gesubsidieerde activiteiten is het dan trouwens ook te laat, aangezien de subsidievaststelling, behoudens een enkele uitzondering, plaatsvindt na afloop van die activiteiten.

Een en ander laat onverlet, dat uit de aard van de bij de verlening opgelegde verplichtingen kan voortvloeien, dat zij ook na de vaststelling voortduren. Dit geldt bijvoorbeeld voor de verplichting tot betaling van rente en aflossing terzake van een vastgesteld krediet. In verband daarmee is ook voorzien in de mogelijkheid van het intrekken van de vaststelling indien dergelijke voortdurende verplichtingen niet worden nagekomen (artikel 4.2.6.2, eerste lid, onder c). Indien geen beschikking tot subsidieverlening is gegeven, kan om dezelfde reden de behoefte bestaan om bij de vaststelling nog verplichtingen op te leggen. Daarom is voor dat geval artikel 4.2.4.1 van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 4.2.5.2, tweede lid).

Artikel 4.2.4.0

Eerste lid

Deze bepaling somt zeven onderwerpen op, met betrekking tot welke het bestuursorgaan steeds verplichtingen kan opleggen. Het gaat hier om verplichtingen die vaak voorkomen en die voor een doelmatig hanteren van het instrument van de subsidie van groot belang kunnen zijn. Het voordeel van het artikel is dat de wettelijke regeling waarop de subsidie is gebaseerd, niet meer behoeft te voorzien in de mogelijkheid om deze

verplichtingen op te leggen: er ontstaat op basis van dit artikel een reeks verplichtingen die ieder subsidiërend bestuursorgaan kan gebruiken. Voor het opleggen van andere verplichtingen zal op grond van artikel 4.2.4.1 een grondslag in een bijzonder wettelijk voorschrift moeten bestaan (tenzij de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust).

Verwacht kan worden dat in een aantal gevallen geen behoefte meer zal bestaan aan het opnemen van aanvullende bepalingen in de bijzondere subsidieregelingen. Anderzijds zal het soms aantrekkelijk zijn in het wettelijk voorschrift dat de basis voor een subsidie vormt een nadere uitwerking te geven van de bepalingen van dit artikel. Daartegen bestaat geen enkel bezwaar.

De onder a, b en f genoemde categorieën verplichtingen behoeven voor het overige geen toelichting. De onder c bedoelde verplichting is allereerst van belang, omdat de subsidieverlening veelal in belangrijke mate gebaseerd is op door de aanvrager bij de aanvraag verstrekte gegevens. Met name bij wat langer lopende subsidies kan het voorkomen dat zich in de situatie waarop deze gegevens betrekking hebben een zodanige wijziging voordoet, dat dat tot wijziging van de subsidieverlening zou kunnen leiden. Ook om andere redenen kan het echter zo zijn, dat het bestuursorgaan tussentijds op de hoogte wenst te worden gehouden van bepaalde gegevens, bijvoorbeeld in verband met de uitoefening van andere bevoegdheden die zij zich bij de verlening heeft voorbehouden.

De mogelijkheid om verplichtingen tot gegevensverstrekking op te leggen is voorts in het bijzonder van belang indien gesubsidieerd wordt volgens wat wel het mutatiesysteem wordt genoemd. In dat systeem – varianten ervan komen bijvoorbeeld voor bij het openbaar vervoer – wordt de subsidie voor een aantal jaren verleend, maar jaarlijks vastgesteld, niet op basis van een aanvraag tot vaststelling, maar op basis van gedurende het jaar periodiek door de ontvanger verstrekte gegevens. In die gevallen is de gegevensverstrekking de kern van het proces van subsidiëring.

In het eerste lid, onder d, is de bevoegdheid opgenomen om de subsidie-ontvanger de verplichting op te leggen om bepaalde risico's te verzekeren. Bij subsidies aan instellingen is het zeer gebruikelijk, dat de instelling verplicht wordt haar wettelijke aansprakelijkheid te verzekeren, om te voorkomen dat door onvoldoende verzekering de subsidiegelden zouden toevloeien naar gelaedeerde derden in plaats van naar de gesubsidieerde activiteit. Ook plegen brand- en inboedelverzekeringen verplicht te worden gesteld. Maar ook bij projectsubsidies komt bijvoorbeeld een verplichting tot verzekering van wettelijke aansprakelijkheid voor, om te voorkomen dat het als gevolg van schadeclaims voor de ontvanger onmogelijk wordt de gesubsidieerde activiteit uit te voeren (en dan veelal evenzeer om de subsidie terug te betalen!).

Onderdeel e regelt de bevoegdheid om de ontvanger te verplichten tot het stellen van zekerheid voor verleende voorschotten. Daarmee moet de nodige terughoudendheid worden betracht. Er zijn vaak andere wegen om problemen met het terugvorderen van voorschotten te voorkomen. Het is in de eerste plaats gewenst terughoudend te zijn met de voorschotverlening zelf, door deze waar mogelijk achterwege te laten of door pas voorschotten te geven nadat de subsidiabele kosten zijn gemaakt. Voorts is een verplichting tot het stellen van zekerheid niet altijd zinvol: indien een instelling sedert jaren uitsluitend uit met subsidiegeld gefinancierd wordt, zouden zekerheden voor het bestuursorgaan vaak neerkomen op «een sigaar uit eigen doos». Niettemin kan in een beperkt aantal gevallen het verlangen van zekerheden een nuttig instrument zijn om te voorkomen dat teveel betaalde voorschotten niet meer kunnen worden verhaald.

Bij de onder g genoemde categorie verplichtingen kan men bijvoorbeeld denken aan verplichtingen met betrekking tot de openingstijden van

de kantine van de gesubsidieerde sporthal, om te voorkomen dat de plaatselijke horeca-ondernemers oneerlijke concurrentie wordt aangedaan.

Tweede lid

Het tweede lid verklaart twee bepalingen met betrekking tot het verschaffen van gegevens bij de aanvraag van overeenkomstige toepassing op het verschaffen van gegevens krachtens verplichtingen als bedoeld in het eerste lid onder c. In dat geval is immers niet noodzakelijkerwijs sprake van een aanvraag, maar behoort wel de in artikel 4:3 neergelegde regeling ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer te gelden. Voorts kan het nuttig zijn voor de verstrekking van gegevens een formulier vast te stellen (artikel 4:4).

Artikel 4.2.4.1

Eerste lid

Artikel 4.2.4.1 stelt allereerst buiten twijfel dat aan de subsidie ook andere dan de in artikel 4.2.4.0 bedoelde verplichtingen kunnen worden verbonden. In de tweede plaats behelst de bepaling de norm, dat de verplichtingen moeten strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Alleen die verplichtingen kunnen worden opgelegd, die redelijkerwijs noodzakelijk en geschikt zijn om het met de subsidie nagestreefde doel te verwezenlijken.

Naar hun inhoud kunnen de verplichtingen sterk variëren. Zij kunnen rechtstreeks betrekking hebben op de gesubsidieerde activiteiten. Men denke bijvoorbeeld aan de aan een instelling opgelegde verplichting om bepaalde activiteiten ten behoeve van derden (cursussen o.i.d.) uitsluitend te laten verzorgen door personen die aan bepaalde opleidingseisen voldoen.

De verplichtingen kunnen ook een meer afgeleid en ondersteunend karakter hebben. Dat is bijvoorbeeld het geval bij verplichtingen met betrekking tot de wijze, waarop de gesubsidieerde instelling haar administratie moet voeren of de wijze, waarop aan de subsidieverlener moet worden gerapporteerd over de verrichte activiteiten.

Tweede lid

Het tweede lid bepaalt dat, indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust, dat wettelijk voorschrift ook de grondslag moet bieden voor de aan de subsidie-ontvanger op te leggen verplichtingen. Dit punt behoort in ieder geval de aandacht van de regelgever te hebben, zij het dat delegatie aan een lagere regelgever niet is uitgesloten. Bepaalt het wettelijk voorschrift op dit punt niets, dan kunnen slechts de in artikel 4.2.4.0 bedoelde verplichtingen worden opgelegd. Bij eenvoudige subsidieregelingen kan dat voldoende zijn, maar bij meer gecompliceerde subsidieregelingen zal nogal eens behoefte bestaan aan de mogelijkheid ook andere verplichtingen op te leggen.

In het algemeen verdient het de voorkeur, de verplichtingen van de subsidie-ontvanger indien mogelijk neer te leggen in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust zelf. Indien de verplichtingen in een wettelijk voorschrift zijn neergelegd, heeft dat het voordeel dat de verplichtingen voor een ieder die overweegt een aanvraag in te dienen kenbaar zijn, terwijl voorts is verzekerd dat de verplichtingen voor alle subsidie-ontvangers gelijkelijk gelden. Bovendien is de totstandkoming van wettelijk voorschriften veelal met meer waarborgen omringd dan de totstandkoming van een individuele beschikking. Tenslotte is het ook

doelmatiger om steeds terugkerende verplichtingen niet bij iedere afzonderlijke subsidieverlening uit te werken, maar in algemene zin in het wettelijk voorschrift op te nemen.

Soms zal echter de behoefte bestaan om de verplichtingen te kunnen toesnijden op het concrete geval, in een mate die niet kan worden bereikt door differentiatie binnen het toepasselijk wettelijk voorschrift. Daarom is het gewenst, dat ook verplichtingen kunnen worden opgelegd in de vorm van voorschriften verbonden aan de beschikking tot subsidieverlening. De verplichtingen behoren dan wel expliciet in de voorschriften bij de beschikking te worden opgenomen; de ontvanger behoeft geen rekening te houden met bij het bestuursorgaan levende opvattingen die jegens hem niet kenbaar zijn gemaakt (Vz. Afd. rechtspraak 30-1-1986, tB/S 1986, 20). Dit is alleen anders, indien de verplichting langs andere weg ook voor de ontvanger onmiskenbaar duidelijk moet zijn geweest (Afd. rechtspraak 18-3-1986, AB 1987, 40), doch het verdient veruit de voorkeur daarop niet te vertrouwen.

Derde lid

Indien de subsidie niet op een wettelijk voorschrift behoeft te berusten, kan uiteraard niet worden geëist dat de verplichtingen wel een wettelijke grondslag hebben, terwijl het ook in deze gevallen kan voorkomen dat behoefte bestaat aan andere verplichtingen dan die, genoemd in artikel 4.2.4.0. Daarom is bepaald, dat bij niet-wettelijke subsidies de verplichtingen kunnen worden opgenomen in de beschikking tot subsidieverlening.

Artikel 4.2.4.1a

Voor de in artikel 4.2.4.1 bedoelde verplichtingen geldt steeds dat zij moeten strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, ongeacht of zij bij wettelijk voorschrift of bij beschikking worden opgelegd.

Artikel 4.2.4.1a ziet daarentegen op verplichtingen waarvan niet gezegd kan worden dat zij strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Men denke aan door een gemeentebestuur aan een gesubsidieerde instelling opgelegde verplichtingen om in het kader van een werkervaringsproject een stageplaats ter beschikking te stellen of om in een gebouw voorzieningen aan te brengen met het oog op de toegankelijkheid voor gehandicapten.

Met het opleggen van dergelijke verplichtingen dient terughoudendheid te worden betracht. Het is in beginsel minder gewenst om door middel van aan een subsidie verbonden verplichtingen beleidsdoelstellingen na te streven die, hoe belangrijk op zichzelf ook, geen verband houden met de doelstelling van de subsidieregeling zelf.

Het opleggen van de hier bedoelde verplichtingen kan echter evenmin geheel worden uitgesloten. Onder omstandigheden kan het langs deze weg beïnvloeden van het gedrag van subsidie-ontvangers bij uitstek het geschikte of zelfs het enige middel zijn om een belangrijke beleidsdoelstelling te verwezenlijken. Daarom is in het eerste lid bepaald, dat verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie slechts kunnen worden opgelegd indien een wettelijk voorschrift daartoe een specifieke grondslag biedt. Op deze wijze is het opleggen van dergelijke verplichtingen enerzijds niet uitgesloten, anderzijds wel met zekere waarborgen omringd.

Daarnaast is in het tweede lid een inhoudelijke beperking aangebracht. Ook verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie dienen wel enig verband te houden met de gesubsidieerde activiteit. Dit is tot uitdrukking gebracht door te bepalen dat de verplichtingen slechts betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de

middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. Dat betekent, dat bijvoorbeeld van een gesubsidieerde welzijnsinstelling of een museum, indien daartoe aanleiding is en een toereikende wettelijke grondslag bestaat, nog wel kan worden geëist dat de eigen activiteiten waar mogelijk op milieuvriendelijke wijze worden verricht, maar niet dat wordt medegewerkt aan het verspreiden van folders over het milieubeleid van het subsidiërend bestuursorgaan.

Uiteraard mogen ook deze verplichtingen niet in strijd zijn met de terzake geldende wettelijke voorschriften. Zo kunnen aan de subsidieverlening geen verplichtingen worden verbonden met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden welke een gesubsidieerde werkgever jegens zijn werknemers moet hanteren. De Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS) en de internationale verdragen waarop deze wet is gebaseerd, maken dit onmogelijk. Voor zover de overheid zich met de in deze sector geldende arbeidsvoorwaarden mag bemoeien – en dit mag slechts in beperkte mate – dient dit te geschieden met inachtneming van de in de WAGGS geregelde procedure.

Artikel 4.2.4.3

Indien bij de subsidieverlening volstaan moet worden met een globale omschrijving van de activiteiten, die later wordt uitgewerkt, zal veelal ook behoefte bestaan aan de mogelijkheid de verplichtingen later uit te werken. Artikel 4.2.4.3 voorziet in die mogelijkheid. Voor het overige zij verwezen naar de toelichting op artikel 4.2.3.2, tweede lid.

Artikel 4.2.4.4

Artikel 4.2.4.4 bepaalt dat de subsidie-ontvanger in aantal gevallen een vergoeding verschuldigd is aan het bestuursorgaan, indien de subsidie bij de ontvanger heeft geleid tot vermogensvorming. Vergelijkbare bepalingen komen thans onder meer voor in subsidieregelingen op het terrein van het ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en het ministerie van Justitie, waar de behoefte aan een dergelijke bepaling in de praktijk is gebleken.

Het komt voor, dat een gesubsidieerde instelling met behulp van subsidiegelden bijvoorbeeld een pand in eigendom verkrijgt. Wanneer dat pand dan enkele jaren later wordt vervreemd, kan dat leiden tot een vermogenstoename bij de instelling. In sommige gevallen is het dan redelijk, dat dit vermogensvoordeel geheel of gedeeltelijk ten goede komt aan de overheid, die immers door het verlenen van de subsidie de instelling in staat heeft gesteld het pand te verkrijgen. Vergelijkbare situaties kunnen zich voordoen als met behulp van subsidiegelden bijvoorbeeld kostbare apparatuur is aangeschaft.

Het is echter niet redelijk – en ook niet doenlijk – om iedere toevallige vermogenstoename bij een subsidie-ontvanger «af te romen». Daarom is de vergoedingsplicht aan een aantal beperkingen gebonden.

In de eerste plaats bestaat slechts een vergoedingsplicht indien dit bij wettelijk voorschrift – in het normale geval zal dat zijn het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust – of bij de subsidieverlening (indien de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust) is bepaald en daarbij is aangegeven hoe de hoogte van de vergoeding wordt bepaald.

In de tweede plaats kan slechts een vergoedingsplicht worden opgelegd in vijf gevallen, die in het tweede lid zijn opgesomd.

Het tweede lid, onder a, ziet op de zojuist genoemde gevallen van vervreemding of bezwaring van voor de gesubsidieerde activiteit bestemde of gebruikte goederen. Onderdeel b ziet op het ontvangen van een schadevergoeding voor verlies of beschadiging van dergelijke

goederen. Uiteraard kan dan alleen een vergoeding worden verlangd, indien het ontvangen van de schadevergoeding ook inderdaad leidt tot vermogensvorming bij de ontvanger van de subsidie. Dit kan zich voordoen, wanneer de bij wijze van schadevergoeding ontvangen gelden niet worden gebruikt voor vervanging van de verloren gegane of beschadigde goederen.

De onderdelen c en d betreffen een tweetal gevallen waarin de subsidieverhouding tot een einde komt, en dus de financiële relaties tussen subsidieverlener en ontvanger moeten worden afgewikkeld. In het kader van die afwikkeling kan dan ook worden vastgesteld, of en zo ja, in hoeverre de subsidie heeft geleid tot vermogensvorming en of daarvoor een vergoedingsplicht moet worden opgelegd. Een vergelijkbare situatie doet zich voor indien de rechtspersoon waaraan de subsidie was verleend wordt ontbonden (onderdeel e).

De vergoedingsplicht ontstaat vanzelfsprekend slechts indien er een causaal verband bestaat tussen de subsidieverlening en de vermogensvorming. Er moet een vermogenstoename hebben plaatsgevonden, waarvan vaststaat dat deze niet zou hebben plaatsgevonden indien de subsidie niet zou zijn verleend. De voorzienbaarheid van de vermogenstoename is daarbij niet van belang; het gaat juist om een vermogenstoename die met de subsidieverlening niet werd beoogd.

De hoogte van de vergoeding zal, indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust, in de bijzondere subsidieregeling moeten worden geregeld. Zij zal uit de aard der zaak niet hoger kunnen zijn dan de vermogenstoename zelf. De Algemene wet bestuursrecht eist echter niet, dat steeds een volledige vergoeding wordt verlangd. De bijzondere wetgever of, indien de subsidieregeling daartoe de ruimte biedt, het bestuursorgaan kan ook volstaan met een gedeeltelijke vergoeding of zelfs geheel van het verlangen van een vergoeding afzien.

Wordt wel een vergoeding verlangd, dan zijn bij de bepaling van de hoogte daarvan verschillende benaderingen denkbaar. Allereerst kunnen verschillende soorten van vermogensvorming worden onderscheiden. Wanneer bijvoorbeeld door «onderuitputting» een toename van de egalisatiereserve optreedt, zal de hoogte van de vergoeding in beginsel gelijk zijn aan de omvang van de toename. Wanneer een pand dat ooit met subsidiegelden is aangeschaft, vele jaren later wordt verkocht, is het bedrag waarvoor het pand in de boeken staat vermeld, vaak de historische kostprijs. Deze nominale waarde hoeft niet gelijk te zijn aan de reële waarde. In die situatie ligt het voor de hand – zeker wanneer de gesubsidieerde activiteiten geheel gestopt worden – bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding uit te gaan van de reële waarde. Weer anders kan het liggen, wanneer de activiteiten van de subsidie-ontvanger geheel of gedeeltelijk worden voortgezet in een ander pand. Er kan dan aanleiding zijn om bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding ter zake van de verkoop van het oude pand uit te gaan van de boekwaarde, bijvoorbeeld om de subsidie-ontvanger de gelegenheid te geven het verschil tussen boekwaarde en reële waarde in het nieuwe pand te investeren. In hoeverre dit geschiedt, zal mede afhangen van de vraag of ook voor de aanschaf van het nieuwe pand subsidie wordt verleend.

Ook de vraag in hoeverre bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding rekening moet worden gehouden met afschrijvingen kan verschillend worden beantwoord. Afschrijvingen vertegenwoordigen bedrijfseconomisch dat deel van de waarde van het betrokken vermogensbestanddeel dat ten goede is gekomen aan de gesubsidieerde activiteiten. Bij vervreemding van het vermogensbestand zou daarom als uitgangspunt kunnen worden genomen de resterende boekwaarde. Een ander uitgangspunt is echter ook mogelijk. Daarbij wordt de subsidie mede gezien als een bijdrage in de kosten van de afschrijving. In dat geval wordt geen rekening gehouden met de afschrijving en wordt in plaats

daarvan de boekwaarde of de reële waarde van het vermogensbestanddeel in haar geheel op geëist. Zie voor voorbeelden van de verschillende benaderingen Afd. rechtspraak 17-11-1992, AB 1993, 214 en Afd. rechtspraak 8-12-1992, AB 1993, 215.

De vergoeding kan alleen worden verlangd van de subsidie-ontvanger. Nu komt het voor, dat een gedeelte van het vermogen van een gesubsidieerde instelling is ondergebracht in een zogenaamde steunstichting. Vaak wordt zo'n steunstichting in het leven geroepen wanneer voor de eerste maal subsidie wordt aangevraagd, teneinde eerder verworven vermogensbestanddelen buiten de subsidieverhouding te laten. In dat geval is toepassing van artikel 4.2.4.4 niet aan de orde, omdat deze vermogensbestanddelen niet zijn gefinancierd uit de subsidie. Het kan echter ook voorkomen dat wel (mede) uit de subsidie verworven vermogensbestanddelen aan een steunstichting worden overgedragen, of dat bijvoorbeeld het onderhoud of de renovatie van een pand dat eigendom is van een steunstichting, uit de subsidie wordt gefinancierd. In die gevallen kan het vermogen van de steunstichting toenemen, terwijl voor die toename geen vergoeding kan worden verlangd, omdat de steunstichting niet de subsidie-ontvanger is. Het is dus zaak, oneigenlijk gebruik van de figuur van de steunstichting zonodig door passende voorschriften in de subsidieregeling of -beschikking tegen te gaan. In dit verband zij overigens ook gewezen op artikel 4.2.8.4.2, dat het mogelijk maakt voor bepaalde rechtshandelingen, zoals het vervreemden van registergoederen, de voorafgaande toestemming van het bestuursorgaan te verlangen.

Indien bij beëindiging van een subsidieverhouding geen vermogens-toename wordt geconstateerd, maar na liquidatie van een gesubsidieerde instelling een negatief vermogen resteert, brengt dit in beginsel voor het bestuursorgaan geen verdergaande verplichtingen met zich mee dan die voortvloeien uit de artikelen 4.2.6.3 en 4.2.6.4. Indien de subsidiegever de subsidieverhouding voor de toekomst beëindigt, dient hij de ontvanger een redelijke termijn te gunnen om financiële verplichtingen die deze redelijkerwijs mocht aangaan op een behoorlijk wijze af te wikkelen. Het komt voor dat het bestuursorgaan ervoor kiest deze termijn te bekorten door bepaalde verplichtingen van de subsidie-ontvanger over te nemen. Daartegen bestaat geen bezwaar. Het bestuursorgaan is echter, tenzij uit een bijzondere wettelijke regeling anders voortvloeit, niet verantwoordelijk voor financiële verplichtingen die de ontvanger redelijkerwijs niet mocht aangaan (bijvoorbeeld omdat hij kon weten dat de subsidie beëindigd zou worden), of die geen verband houden met de gesubsidieerde activiteit.

Om te voorkomen dat de subsidie-ontvanger lange tijd in onzekerheid verkeert over de hoogte van de vergoeding, is in het derde lid bepaald dat deze moet worden vastgesteld binnen een jaar nadat het bestuursorgaan op de hoogte kon zijn van de gebeurtenis die het recht op vergoeding deed ontstaan. Desgewenst kan daartoe met toepassing van artikel 4.2.4.0, eerste lid, onder c, een meldingsplicht aan de ontvanger worden opgelegd. Veelal zal de meest praktische werkwijze zijn om de vaststelling van de vergoeding te combineren met de eerstvolgende subsidie-vaststelling. Er is echter geen reden om dit dwingend voor te schrijven.

AFDELING 4.2.5 DE SUBSIDIEVASTSTELLING

Artikel 4.2.5.1

In deze bepaling is de betekenis van de beschikking tot subsidie-vaststelling neergelegd: zij verplicht – definitief – tot betaling van het vastgestelde bedrag, overeenkomstig de bepalingen van afdeling 4.2.7.

Het spreekt vanzelf dat de beschikking tot subsidievaststelling daartoe het bedrag van de subsidie moet vermelden. De hoogte van het te betalen bedrag moet ondubbelzinnig vaststaan. Daarom bestaat bij de subsidievaststelling, anders dan bij de subsidieverlening, ook niet de mogelijkheid te volstaan met het aangeven van de wijze waarop het bedrag zal worden berekend.

Artikel 4.2.5.2

Indien geen beschikking tot subsidieverlening wordt gegeven, moet de subsidievaststelling een aantal functies van de subsidieverlening overnemen. Zo zal zij tenminste een aanduiding van de gesubsidieerde activiteiten moeten bevatten, die in dit geval ook niet later kan worden uitgewerkt, aangezien met de vaststelling in veel gevallen een einde komt aan de subsidieverhouding.

Omdat ook een subsidievaststelling in de vorm van een vaststelling van een periodieke bijdrage denkbaar is, dient voorts het voorschrift van artikel 4.2.3.4 hier van overeenkomstige toepassing verklaard te worden. Hetzelfde geldt voor de weigeringsgronden van artikel 4.2.3.7, tweede lid, die van belang zijn indien geen beschikking tot subsidieverlening vooraf is gegaan. De «preventieve» weigeringsgronden van het eerste lid passen echter niet bij het karakter van de subsidievaststelling, die veelal achteraf plaatsvindt. Voor een weigering gebaseerd op een toekomstverwachting is dan geen plaats.

In de toelichting bij afdeling 4.2.4 is reeds uiteengezet, dat aan de subsidievaststelling in bepaalde gevallen verplichtingen als bedoeld in artikel 4.2.4.1 verbonden moeten kunnen worden. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan verplichtingen tot aflossing en rentebetaling in verband met een vastgesteld krediet.

Artikel 4.2.5.3

Dit artikel regelt de aanvraag tot subsidievaststelling, indien een beschikking tot subsidieverlening is voorafgegaan. Indien dit laatste niet het geval is, zijn naast de algemene regels van afdeling 4:1 geen bijzondere voorschriften in titel 4.2 nodig (wellicht wel in de bijzondere subsidieregeling!).

Het eerste lid bevat de hoofdregel, dat de vaststelling geschiedt op aanvraag van de subsidie-ontvanger. Voor een aantal gevallen waarin de subsidie ambtshalve kan worden vastgesteld zij verwezen naar artikel 4.2.5.6 en de toelichting bij dat artikel.

In de meeste gevallen wordt de subsidie vastgesteld na afloop van hetzij de activiteit waarvoor de subsidie is verleend, hetzij – bij voortdurende activiteiten – het tijdvak waarvoor de subsidie is verleend. De meeste periodieke subsidies aan instellingen, bijvoorbeeld, kennen een jaarlijkse cyclus van verlening en vaststelling. Het komt echter ook voor, dat de subsidie eenmaal voor een aantal jaren wordt verleend, maar jaarlijks voor een gedeelte wordt vastgesteld. Het eerste lid, onder b, biedt de mogelijkheid een dergelijk systeem te hanteren. Nog een stap verder gaat het zogenaamde mutatiesysteem, waarbij ook de jaarlijkse vaststelling niet meer behoeft te worden aangevraagd, maar ambtshalve geschiedt op basis van periodiek door de aanvrager verstrekte gegevens. Artikel 4.2.5.3, eerste lid, in samenhang met artikel 4.2.5.6, onder a, biedt ook voor een dergelijk systeem de ruimte.

Het is gewenst, dat voor de indiening van de aanvraag een termijn wordt gesteld. Gelet op de grote variëteit in soorten subsidies kan dat echter geen algemene termijn zijn. Bij relatief eenvoudige activiteiten is wellicht een termijn van zes weken al voldoende, maar bij een omvangrijk project kan de ontvanger gemakkelijk enkele maanden nodig hebben voor

het opstellen van de aanvraag tot vaststelling. Daarbij zullen immers een verslag van de activiteiten en vaak ook rekeningen, facturen e.d. van derden moeten worden overgelegd (artikel 4.2.5.4), terwijl in sommige gevallen ook een accountantsverklaring moet worden overgelegd.

Om deze redenen is in het tweede lid volstaan met de bepaling dat voor de indiening van de aanvraag tot vaststelling een termijn moet worden gesteld. In de formulering van het tweede lid is tot uitdrukking gebracht, dat deze termijn bij voorkeur zou moeten worden gesteld in het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust. Indien dat niet mogelijk is bijvoorbeeld omdat de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust dient bij de subsidieverlening een termijn te worden gesteld.

Het derde en vierde lid regelen de rechtsgevolgen van overschrijding van de termijn voor indiening van de aanvraag tot vaststelling. Indien deze termijn wordt overschreden, of indien geen enkele termijn is gesteld, kan het bestuursorgaan de subsidie-ontvanger aanmanen de aanvraag alsnog, binnen een door het bestuursorgaan te bepalen nieuwe termijn, in te dienen. Deze regeling sluit aan bij hetgeen in artikel 4:5 is bepaald ten aanzien van onvolledige of anderszins ondeugdelijke aanvragen.

Indien de aanvraag ook na de bij de aanmaning gestelde nieuwe termijn niet is ingediend, kan het bestuursorgaan de subsidie ambtshalve vaststellen, op basis van de hem ter beschikking staande gegevens. Dit betekent, dat het bestuursorgaan dan bevoegd is de kosten van de gesubsidieerde activiteit, indien deze voor de vaststelling van belang zijn, zonedig te schatten. Voor de ontvanger zal dit veelal ongunstiger uitkomen dan vaststelling op basis van de werkelijke kosten, zodat de ontvanger er belang bij heeft zijn aanvraag tijdig in te dienen.

Artikel 4.2.5.4

Alvorens de subsidie wordt vastgesteld, dient de aanvrager of ontvanger van de subsidie aan het bestuursorgaan verantwoording af te leggen over de verrichte activiteiten en de daaraan verbonden uitgaven en inkomsten. De aanvraag tot vaststelling van de subsidie is daarvoor het geschikte moment.

In artikel 4.2.5.4 is deze algemene notie enigszins nader geconcretiseerd. Zo nodig kunnen in de bijzondere subsidieregeling nadere of concretere eisen aan de aanvraag tot vaststelling worden gesteld. Artikel 4.2.5.4 is beperkt tot twee eisen waaraan de aanvraag steeds zal moeten voldoen.

In het eerste lid wordt geëist, dat de aanvrager aantoont dat ook daadwerkelijk de activiteiten hebben plaatsgevonden die de overheid beoogt te subsidiëren, en op de wijze die de overheid voor ogen had. Maatgevend daarvoor zijn de aan de subsidie verbonden verplichtingen, zoals die volgen uit de toepasselijke wettelijke voorschriften en, indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, uit die beschikking of een latere uitwerking daarvan op grond van artikel 4.2.4.3.

Het tweede lid ziet op de financiële verantwoording. De aanvrager moet aangeven welke uitgaven voor de gesubsidieerde of te subsidiëren activiteit zijn gedaan, alsmede of daaruit inkomsten zijn voortgevloeid en zo ja welke, uiteraard voor zover deze inkomsten en uitgaven voor de vaststelling van de subsidie van belang zijn.

Welke eisen precies aan de in het eerste en tweede lid bedoelde verslaglegging en verantwoording worden gesteld kan niet in algemene zin worden aangegeven. Deze eisen zullen variëren met de aard van de subsidie, de aard van de subsidie-ontvanger en de hoogte van de subsidie. Van instellingen wordt veelal een jaarverslag en een financieel verslag verlangd (vgl. afdeling 4.2.8), maar bij een subsidie voor een

concreet in de tijd begrensd project of een subsidie aan een natuurlijk persoon zal een andere vorm gekozen moeten worden. In sommige gevallen, met name bij grotere subsidies aan bedrijven en instellingen, ligt het in de rede een goedkeurende accountantsverklaring te verlangen, maar in andere gevallen zullen de kosten daarvan onevenredig zijn in verhouding tot de hoogte van de subsidie.

Op grond van artikel 4.2.4.0, eerste lid, onder f, kunnen met betrekking tot de verslaglegging en het afleggen van rekening en verantwoording verplichtingen worden opgelegd, die de algemene norm van artikel 4.2.5.4 concretiseren. Niettemin is het gewenst, in algemene zin de norm vast te leggen dat de subsidie-ontvanger verantwoording moet afleggen alvorens de subsidie definitief kan worden vastgesteld. Ook wanneer de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust of het wettelijk voorschrift terzake geen concrete voorschriften bevat, zal op een bij de aard van de subsidieverhouding passende wijze aan deze norm moeten worden voldaan.

Artikel 4.2.5.5

Eerste lid

Het eerste lid van artikel 4.2.5.5 bepaalt dat, indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, de subsidie overeenkomstig de verlening wordt vastgesteld. Dat is het normale geval. Indien de gesubsidieerde activiteit heeft plaatsgevonden zoals voorzien en de ontvanger aan zijn verplichtingen heeft voldaan, wordt de subsidie vastgesteld op het bedrag dat in de beschikking tot subsidieverlening is genoemd, dan wel aan de hand van in de beschikking tot subsidieverlening genoemde factoren kan worden berekend.

Tweede lid

Het tweede lid geeft het bestuur de bevoegdheid om in een aantal gevallen de subsidie lager – onder omstandigheden dus ook op nihil – vast te stellen dan uit de subsidieverlening zou volgen. De genoemde gronden zijn vergelijkbaar met die, waarop de subsidie kan worden geweigerd (artikel 4.2.3.7). Het zijn gronden waarop naar huidig recht veelal de subsidie kan worden ingetrokken.

Zoals reeds in het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de toelichting is uiteengezet, wordt de functie van de intrekking in het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht in belangrijke mate overgenomen door de lagere vaststelling van de subsidie. In de meeste gevallen is de subsidievaststelling immers het eerste en enige moment waarop het bestuursorgaan de gelegenheid krijgt de gesubsidieerde activiteit te beoordelen. Slechts in een beperkt aantal gevallen is daarnaast nog intrekking nodig, namelijk wanneer het bestuursorgaan reeds voor het tijdstip waarop de subsidie normaliter zou worden vastgesteld constateert dat er iets zodanig mis gaat dat er ingegrepen moet worden (zie artikel 4.2.6.1).

De in onderdeel a van het tweede lid genoemde grond spreekt voor zichzelf. Voor zover de activiteiten niet hebben plaatsgevonden, kan de ontvanger daarvoor ook geen subsidie toekomen.

Onderdeel b maakt het mogelijk de subsidie lager vast te stellen bij wijze van reactie op het niet nakomen van de aan de subsidie verbonden verplichtingen. Deze mogelijkheid komt overeen met de naar huidig recht in een dergelijk geval veelal bestaande bevoegdheid tot intrekking van de subsidieverlening.

Onderdeel c ziet op verstrekken van onjuiste gegevens. Anders dan in artikel 4.2.3.7 is hier niet de eis gesteld, dat de ontvanger van die onjuistheid op de hoogte was of behoorde te zijn. Indien achteraf blijkt,

dat bijvoorbeeld gegevens over het inkomen van de aanvrager of de omvang van de activiteit onjuist waren, kan er aanleiding zijn de subsidie aan te passen, ook als de onjuistheid niet aan de ontvanger bekend kon zijn. Wel kan de verwijtbaarheid, net als bij de overige in het tweede lid genoemde gronden, een rol spelen bij het bepalen van de omvang van de verlaging.

Bij de in onderdeel d genoemde grond gaat het om gevallen, waarin de subsidieverlening kennelijk onjuist is, anders dan als gevolg van het verstrekken van onjuiste gegevens door de aanvrager. In de jurisprudentie is sinds lang erkend dat beschikkingen op deze grond kunnen worden ingetrokken. Een bekend voorbeeld is dat van de beschikking waarin als gevolg van een typefout een subsidiebedrag is genoemd dat een factor tien te hoog ligt. Ook in gevallen waarin de ontvanger uit eerdere contacten met het bestuur niet in redelijkheid kan menen dat het bestuur de beschikking heeft willen geven zoals zij naar de letter luidt, kan de ontvanger zich niet op het formele standpunt stellen dat de letter van de beschikking steeds beslissend is.

Ingeval van faillissement of surséance van betaling zal vaak een lagere vaststelling van de subsidie op één van de onder a of b genoemde gronden mogelijk zijn. Voor zover de ontvanger echter de activiteiten volledig heeft verricht en ook anderszins zijn verplichtingen nakomt, is faillissement of surséance niet zonder meer een grond om de subsidie lager of op nihil vast te stellen. In dat geval zouden daardoor immers de schuldeisers van de subsidie-ontvanger op onredelijke wijze benadeeld worden.

De omvang van de verlaging hangt van verschillende factoren af. In het geval onder a zal de subsidie uiteraard op nihil worden vastgesteld indien de gesubsidieerde activiteit in het geheel niet is verricht. Maar ook als de activiteiten gedeeltelijk wel zijn verricht, kan vaststelling op nihil in de rede liggen. Vaak zal dan immers gezegd moeten worden, dat niet de activiteit is verricht die het bestuursorgaan bij het verlenen van de subsidie voor ogen stond. Zo zal het bestuursorgaan geen subsidie – ook niet de halve subsidie – hoeven geven voor een maar half uitgevoerd onderzoek. Evenzo zal, indien de voorzieningen om een woning geschikt te maken voor een gehandicapte slechts gedeeltelijk zijn aangebracht, vaak geconcludeerd moeten worden dat de woning nog altijd niet geschikt is voor bewoning door de betrokken gehandicapte, zodat het doel van de subsidie niet is bereikt en de subsidie op die grond op nihil moet worden vastgesteld. Dat zou slechts anders zijn indien uit de betrokken regeling zou moeten worden afgeleid dat zij mede ten doel heeft het bevorderen van het gedeeltelijk geschikt maken van woningen.

Ook indien subsidie is verleend voor de aanleg van 5 ha bos, en bij de vaststelling blijkt slechts 4 ha te zijn aangelegd, volgt daaruit niet zonder meer dat de subsidie moet worden vastgesteld op 80 % van het bedrag van de verlening. Het staat immers niet vast dat ook voor 4 ha subsidie zou zijn verleend. Het kan zijn dat uit de subsidieregeling of uit het beleid van het bestuursorgaan voortvloeit dat projecten onder de 5 ha niet worden gesubsidieerd, of dat een kleiner project bij de verdeling van het subsidieplafond minder prioriteit zou hebben gekregen. In dergelijke gevallen kan de subsidie onder omstandigheden op nihil worden vastgesteld, ook al is de activiteit gedeeltelijk wel verricht (vgl. bijv. Afd. rechtspraak 8-4-1993, AB 1993, 351; Afd. rechtspraak 18-5-1993, Afd. rechtspraak 26-7-1993, Afd. rechtspraak 13-9-1993, AB 1994, 290–292).

Vloeit daarentegen uit de subsidieregeling of het beleid van het bestuursorgaan voort dat voor iedere hectare bos aanspraak bestaat op een bepaald bedrag aan subsidie, dan ligt het wel voor de hand te korten met het bedrag dat overeenkomt met het niet gerealiseerde deel. Men bedenke echter, dat een dergelijke afwijking van het plan waarvoor subsidie is verleend in de praktijk vaak samengaat met het niet nakomen

van een verplichting (bijvoorbeeld het niet tijdig melden van de afwijking). Dat laatste kan dan een tweede, zelfstandige grond voor verlaging opleveren, die naast de eerste kan worden toegepast.

Een en ander laat onverlet, dat ook bij het lager vaststellen van een subsidie artikel 3:4, tweede lid, van toepassing is. Dat betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen (vgl. Vz. Afd. rechtspraak 21-1-1993, AB 1993, 350). Met het voorgaande is slechts betoogd, dat van zodanige onevenredigheid niet reeds sprake is zodra de verlaging verder gaat dan hetgeen strikt rekenkundig overeenkomt met het niet verrichte deel van de activiteit.

In het geval, bedoeld onder b (niet voldoen aan de verplichtingen) zal, voor zover de (materiële) wetgever dat niet reeds heeft gedaan, eveneens een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang. Dit sluit overigens niet dat het niet voldoen aan een administratieve verplichting (bijvoorbeeld het gereedmelden van een gesubsidieerde voorziening) soms tot vaststelling op nihil kan leiden. Onder omstandigheden kan het belang van handhaving van dergelijke verplichtingen immers zwaar wegen, bijvoorbeeld in verband met een doelmatige uitvoering van de regeling of in verband met het tegengaan van misbruik of oneigenlijk gebruik.

Indien onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt (artikel 4.2.5.5, tweede lid, onder c), kan de subsidie in ieder geval worden vastgesteld op het bedrag dat uit de juiste gegevens voortvloeit. Datzelfde geldt als de subsidieverlening anderszins onjuist was (onderdeel d).

Derde lid

In een aantal gevallen wordt subsidie verleend voor de werkelijke kosten van een activiteit. Hoewel een dergelijk systeem in beginsel niet aantrekkelijk is, omdat er geen stimulans voor een doelmatige besteding van middelen van uitgaat, is het soms onvermijdelijk. Als de subsidie bijvoorbeeld slechts aan één ontvanger wordt verstrekt, zal het ontwikkelen van een systeem van genormeerde kosten soms niet de moeite lonen. Niettemin dient ook dan voorkomen te worden dat de subsidiegever wordt benadeeld doordat onredelijk hoge kosten worden gemaakt. In de praktijk gebeurt dit bijvoorbeeld wel eens doordat een gesubsidieerde instelling tegen een te hoge prijs diensten betreft van een zogenaamde steunstichting, of tegen een te lage prijs diensten verlenen aan derden. Het voorschrift van artikel 4.2.3.3, tweede lid, dat de subsidie aan een maximum moet worden gebonden, is daartoe niet voldoende, omdat immers ook zonder dat het maximum wordt overschreden onredelijke kosten kunnen worden opgevoerd.

Specifiek tegen bijvoorbeeld oneigenlijk gebruik van steunstichtingen gerichte bepalingen, die in bestaande subsidieregelingen wel voorkomen, blijken echter in de praktijk soms moeilijk toepasbaar. Bovendien komt het ook in andere situaties en bij andere subsidies dan subsidies aan instellingen voor dat kosten worden gemaakt, die in redelijkheid niet als noodzakelijk kunnen worden aangemerkt. Daarom bepaalt het derde lid in algemene zin, dat, voor zover subsidie is verleend voor de werkelijke kosten van een activiteit, kosten die in redelijkheid niet als noodzakelijk kunnen worden beschouwd buiten beschouwing worden gelaten.

Artikel 4.2.5.6

De hoofdregel is dat de subsidie op aanvraag van de ontvanger wordt vastgesteld. Deze hoofdregel lijdt uitzondering in de in artikel 4.2.5.6 opgesomde gevallen. Het komt voor, dat het bestuursorgaan geen

behoefte heeft aan een afzonderlijke aanvraag tot vaststelling, omdat het reeds uit andere hoofde (bijvoorbeeld door tussentijdse gegevensverstrekking, vgl. artikel 4.2.4.0, eerste lid, onder c) over de benodigde gegevens beschikt. In dat geval zou de aanvraag slechts een overbodige administratieve handeling zijn. Daarom is in onderdeel a de mogelijkheid geboden bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening van het vereiste van een aanvraag af te wijken. De eis dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat geen aanvraag behoeft te worden ingediend, houdt verband met het grote belang dat de vaststelling uit oogpunt van rechtszekerheid voor de ontvanger heeft. Er mag geen twijfel bestaan over de noodzaak een aanvraag in te dienen, noch over de termijn waarbinnen de vaststelling moet geschieden. Daarom is in onderdeel a tevens bepaald, dat het wettelijk voorschrift of de subsidieverlening de termijn moet aangeven binnen welke de ambtshalve vaststelling geschiedt.

Onderdeel b betreft het geval waarin artikel 4.2.5.3, vierde lid, wordt toegepast. Verwezen zij naar de toelichting op dat artikel. Onderdelen c en d zien op gevallen waarin de hoogte van de subsidie ten nadele van de ontvanger wordt gewijzigd. Ook bij intrekking met terugwerkende kracht kan nog een vaststelling nodig zijn, omdat deze niet zonder meer meebrengt dat de subsidie op nul kan worden vastgesteld. Bij een gedeeltelijke intrekking kan immers nog een subsidiebedrag resteren.

In deze gevallen ligt het echter niet in de rede van de ontvanger te verwachten dat deze een aanvraag tot vaststelling indient. Daarom is bepaald, dat het bestuursorgaan dan ambtshalve tot vaststelling van de subsidie kan overgaan.

AFDELING 4.2.6 INTREKKING EN WIJZIGING

Deze afdeling regelt de intrekking en wijziging van subsidiebeschikkingen. De term «wijziging» ziet hier steeds op wijziging ten nadele van de ontvanger. Afdeling 4.2.6 regelt niet de wijziging ten voordele van de ontvanger. Daaraan zijn in beginsel slechts twee beperkingen gesteld. In de eerste plaats is het mogelijk dat een wettelijk voorschrift zich tegen een dergelijke wijziging verzet. In de tweede plaats is het in een beperkt aantal gevallen mogelijk dat een derde door de wijziging ten gunste van de ontvanger rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de ontvanger het bestuursorgaan verzoekt een verplichting die strekt tot het beperken of wegnemen van de nadelige gevolgen van de subsidie voor derden op te heffen. Of zo'n verzoek kan worden ingewilligd dient te worden beoordeeld aan de hand van de evenredigheidsmaatstaf van artikel 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht en de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Afdeling 4.2.6 valt in twee onderdelen uiteen. De artikelen 4.2.6.1 en 4.2.6.2 regelen de intrekking of wijziging met terugwerkende kracht van de beschikking tot subsidieverlening respectievelijk de beschikking tot subsidievaststelling. Deze is mogelijk indien de beschikking als gevolg van omstandigheden die (mede) voor rekening van de ontvanger komen niet de beoogde werking blijkt te hebben, alsmede wanneer een voorwaarde wordt ingeroepen. Het kan hier enerzijds gaan om een sanctie, anderzijds om herstel van onjuistheden die niet uitsluitend voor rekening van het bestuursorgaan behoren te komen. Deze bepalingen zijn een noodzakelijke aanvulling op de mogelijkheid de subsidie lager vast te stellen dan overeenkomstig de subsidieverlening (artikel 4.2.5.5).

De artikelen 4.2.6.3 en 4.2.6.4 zien op een andere situatie, namelijk die, waarin het bestuursorgaan voor de toekomst een einde wil maken aan of een wijziging wil aanbrengen in een bestaande subsidieverhouding. Uit de jurisprudentie blijkt dat degene die gedurende een wat langere aaneengesloten periode subsidie heeft ontvangen voor een voortdurende

activiteit, daaraan onder omstandigheden een gerechtvaardigd vertrouwen op de voortzetting van de subsidie mag ontlelen. Dit betekent, dat het bestuursorgaan slechts op een beperkt aantal gronden een einde mag maken aan de subsidieverhouding en dit in ieder geval niet nauwelijks mag doen (zie o.m. Afd. rechtspraak 7-10-1977, AB 1978, 7, tB/S III, nr. 35; Afd. rechtspraak 6-2-1981, AB 1982, 205; Afd. rechtspraak 12-12-1985, AB 1986, 346). Hier doet zich echter de complicatie voor, dat de omschrijving «een einde maken aan de subsidieverhouding» twee juridisch gezien nogal verschillende situaties dekt.

Artikel 4.2.6.3 betreft het geval, dat een bestuursorgaan gedurende het tijdvak waarvoor een subsidie is verleend de subsidie wil stopzetten, dan wel het bedrag daarvan wil verlagen of een wijziging wil aanbrengen in de verplichtingen van de ontvanger. Juridisch gezien komt dit neer op een intrekking of wijziging «ex nunc» van de beschikking tot subsidieverlening. Aangezien een dergelijke intrekking of wijziging in beginsel een inbreuk betekent op het gerechtvaardigd vertrouwen van de subsidie-ontvanger dat, zolang hij zijnerzijds zijn verplichtingen nakomt, de subsidiëring overeenkomstig de subsidieverlening zal plaatsvinden, ligt het voor de hand dat daaraan vrij zware eisen worden gesteld.

Artikel 4.2.6.4 betreft het geval, dat het bestuursorgaan na afloop van het tijdvak waarvoor een subsidie is verleend de subsidie wil stopzetten of het bedrag daarvan wil verlagen. Er is dan geen sprake van intrekking of wijziging van een beschikking; het gaat immers om de situatie waarin de beschikking reeds door het verstrijken van het tijdvak waarvoor zij is gegeven haar werking heeft verloren. Het gaat in dit geval om het al of niet geven van een nieuwe beschikking voor een aansluitende periode. Het verband met de intrekking van beschikkingen voor de toekomst ligt in de omstandigheid, dat volgens de jurisprudentie een subsidie-ontvanger onder omstandigheden ook aan een reeks opeenvolgende subsidieverleningen een zeker vertrouwen op hernieuwde subsidiëring voor een aansluitend tijdvak kan ontlelen. Maar uit de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak blijkt de subsidie-ontvanger minder sterk mag vertrouwen op het geven van een nieuwe beschikking tot subsidieverlening, dan op handhaving van een reeds gegeven beschikking tot subsidieverlening (Afd. rechtspraak 21-3-1985, tB/S III, nr. 605; vgl. ook Afd. rechtspraak 25-10-1979, AB 1980, 198). Ook hier moet steeds een redelijke termijn in acht worden genomen, maar een wijziging van beleid is in beginsel voldoende grond voor beëindiging, terwijl in het geval van intrekking voor de toekomst veelal meer zwaarwegende redenen worden geëist (vgl. bijv. Afd. rechtspraak 27-9-1982, AB 1983, 178). In het onderhavige voorstel is er voor gekozen deze lijn uit de jurisprudentie door te trekken. Dit past in het streven naar een meer bewust gevoerd en doelmatiger subsidiebeleid, doordat de overheid de ruimte wordt gelaten om de opportuniteit en doelmatigheid van de subsidiëring periodiek te heroverwegen.

Een en ander is van groot praktisch belang voor langlopende subsidies aan instellingen. Deze hebben in de praktijk vaak de vorm van reeks opeenvolgende subsidieverleningen voor één jaar, doch ook subsidies voor meer jaren komen voor. Dit heeft gevolgen voor de mate waarin de instelling wordt beschermd tegen wijziging of beëindiging van de subsidie. Immers, die bescherming is aan het einde van de looptijd van de subsidieverlening zwakker dan gedurende de looptijd. Bij eenjarige subsidieverleningen komt de instelling jaarlijks in die zwakkere positie, bij bijvoorbeeld vierjarige subsidieverleningen slechts eens in de vier jaar.

Artikel 4.2.6.1

Deze bepaling regelt de gronden, waarop de subsidieverlening met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken. Zoals in het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk, onder het hoofdje «handhaving», reeds werd

uiteengezet, bestaat in het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht slechts in beperkte mate behoefte aan een dergelijke intrekkingmogelijkheid, omdat de functie daarvan in belangrijke mate wordt vervuld door de mogelijkheid de subsidie lager vast te stellen dan overeenkomstig de subsidievaststelling (artikel 4.2.5.5). Een aanvullende mogelijkheid tot intrekking «ex tunc» van de subsidieverlening is echter noodzakelijk, om te voorkomen dat het bestuursorgaan in geval van onregelmatigheden pas zou kunnen ingrijpen op het moment waarop normaal gesproken de vaststelling zou plaatsvinden. In plaats daarvan is gekozen voor het systeem, dat het bestuursorgaan bij tussentijdse constatering van onregelmatigheden de subsidieverlening kan intrekken en daarna zonodig ambtshalve tot vaststelling kan overgaan (artikel 4.2.5.6, onder c).

De gronden waarop de subsidieverlening kan worden ingetrokken zijn, behoudens die genoemd in artikel 4.2.6.1, eerste lid, onder e, dezelfde als die, waarop de subsidie lager kan worden vastgesteld. Voor een toelichting op de onder a tot en met d genoemde gronden zij verwezen naar de toelichting op artikel 4.2.5.5. De onder e genoemde grond houdt verband met de mogelijkheid de subsidie onder voorwaarde te verlenen. De duidelijkheid kan er dan mee gediend zijn dat een beroep op de voorwaarde gepaard gaat met een uitdrukkelijke intrekking van de subsidieverlening. Voor het begrotingsvoorbehoud is dit laatste zelfs voorgeschreven. Verwezen zij verder naar de toelichting op de artikelen 4.2.3.5 en 4.2.3.6.

Hier zij nog opgemerkt, dat de onder a genoemde intrekkinggrond mede goede diensten kan bewijzen ingeval van faillissement of surséance van de subsidie-ontvanger. Immers, faillissement zal veelal, en surséance kan meebrengen dat de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet of niet geheel meer plaatsvinden of zullen plaatsvinden. In dat geval kan het bestuur tot intrekking overgaan, alsmede daarop vooruitlopend de betaling van eventuele voorschotten opschorten (artikel 4.2.7.5). Aan deze constructie is de voorkeur gegeven boven het van rechtswege vervallen van de beschikking tot subsidieverlening, omdat zij de mogelijkheid biedt een genuanceerd beleid te voeren, alsmede omdat het nemen van een expliciete beslissing omtrent intrekking voor alle betrokkenen meer duidelijkheid schept.

Het spreekt vanzelf, dat de subsidieverlening slechts kan worden ingetrokken zolang de subsidie nog niet is vastgesteld. Na de vaststelling is intrekking van de verlening zinloos, omdat daardoor de uit de vaststelling voortvloeiende aanspraak op financiële middelen niet wordt aangetast.

De intrekking of wijziging heeft terugwerkende kracht tot op het moment van de verlening, tenzij bij het besluit tot intrekking of wijziging anders is bepaald. De mogelijkheid dat het bestuursorgaan anders bepaalt is opgenomen, omdat, met name bij subsidies voor voortdurende activiteiten, de redelijkheid soms zal eisen dat de intrekking niet verder terugwerkt dan tot op het moment waarop de activiteiten zijn beëindigd of het moment, waarop in strijd met de verplichtingen is gehandeld.

Artikel 4.2.6.2

Omdat de beschikking tot subsidievaststelling een definitieve aanspraak op financiële middelen vestigt, dient zij in beperktere mate intrekbaar te zijn dan een beschikking tot subsidieverlening. Aan intrekking bestaat ook minder behoefte, omdat de vaststelling veelal na afloop plaatsvindt. Dat betekent, dat ten tijde van de vaststelling reeds kan worden beoordeeld of de activiteiten hebben plaatsgevonden, de verplichtingen zijn nagekomen e.d. Daarom is bepaald, dat de vaststelling op deze gronden slechts kan worden ingetrokken, voor zover de desbetreffende feiten of omstandigheden het bestuursorgaan bij de vaststelling niet bekend konden zijn. Dat betekent niet in alle gevallen, dat de feiten zich eerst na de subsidie-

vaststelling moeten hebben voorgedaan. Vooral bij wat meer complexe subsidies aan instellingen komt het ook voor, dat na de vaststelling correcties moeten worden aangebracht op ten behoeve van de vaststelling verstrekte gegevens, bijvoorbeeld met betrekking tot aantallen subsidiabele eenheden of salariskosten.

Daarnaast is voorzien in de mogelijkheid van intrekking ingeval van kennelijke onjuistheid van de vaststelling. Zo'n onjuistheid levert immers niet steeds een grond op, waarop de subsidie lager had kunnen worden vastgesteld. Het is mogelijk, dat bijvoorbeeld bij de vaststelling een rekenfout is gemaakt, waardoor de subsidie op een hoger bedrag is vastgesteld dan uit de subsidieverlening volgt. Tenslotte is voorzien in de mogelijkheid van intrekking bij niet-nakoming van na de subsidie-vaststelling voortdurende verplichtingen (onderdeel c).

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt, dat alle genoemde intrekking-gronden evenzeer kunnen worden toegepast indien geen beschikking tot subsidieverlening is gegeven.

Het derde lid bepaalt, dat de subsidievaststelling na vijf jaar niet meer kan worden ingetrokken of gewijzigd. Het is uit een oogpunt van rechtszekerheid gewenst, de mogelijkheid van intrekking aan een termijn te binden. De termijn van vijf jaar na de vaststelling geeft een redelijk evenwicht tussen het belang van de overheid bij het ongedaan maken van onjuiste subsidievaststellingen enerzijds, en de rechtszekerheid van de ontvanger anderzijds.

Aanknopingspunt voor het begin van de vijf jaren-termijn is in de meeste gevallen de dag waarop de subsidieverlening is bekendgemaakt. Indien niet is voldaan aan een na de vaststelling voortdurende verplichting, begint de termijn te lopen op de dag na die waarop een handeling in strijd met de verplichting is verricht, dan wel, indien het niet-voldoen bestaat in een nalaten (bijvoorbeeld niet-betalen van een krediet of niet-gereedmelden van een voorziening), op de dag na de dag waarop de verplichting uiterlijk had moeten worden nagekomen.

Artikel 4.2.6.3

De achtergrond van deze bepaling en haar verhouding tot artikel 4.2.6.4 zijn reeds toegelicht in de algemene toelichting bij deze afdeling. Op deze plaats wordt nog ingegaan op de verschillende gronden voor intrekking «ex nunc». Intrekking voor de toekomst is allereerst mogelijk, indien veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen voortzetting van de subsidie verzetten.

Met de woorden «in overwegende mate» is beoogd uit te drukken dat er zwaarwegende redenen moeten zijn om de subsidiebeschikking in te trekken. Intrekking van een begunstigende beschikking, waarbij teruggekomen wordt op in beginsel reeds verleende aanspraken, is een ingrijpende beslissing. Het enkele feit dat het bestuur van gedachten is veranderd is daarvoor onvoldoende grond (vgl. Afd. rechtspraak 27-9-1982, AB 1983, 178; Afd. rechtspraak 23-10-1979, AB 1980, 198; Afd. rechtspraak 16-10-1984, AB 1985, 190). Het moet gaan om hetzij onvoorziene omstandigheden die een zwaarwegende reden opleveren, hetzij een beleidswijziging waarvoor zwaarwegende redenen zijn aan te voeren.

Wanneer sprake is van een zwaarwegende reden is niet in het algemeen aan te geven. In één uitspraak achtte de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak een uitspraak van de Tweede Kamer dat de subsidiëring politiek ongewenst was voldoende (Vz. Afd. rechtspraak 3-1-1980, AB 1980, 353), in een ander geval werd een Kamer uitspraak op zichzelf onvoldoende geacht (Vz. Afd. rechtspraak 16-10-1984, tB/S, VII, nr. 252). De dwingende noodzaak tot bezuinigen kan voldoende zijn (Afd. rechtspraak 28-3-1985, AB 1985, 600; Afd. rechtspraak 14-12-1984, tB/S, III, nr.

578), maar is dat niet per definitie (Pres. Rb. 's-Gravenhage 10-11-1987, KG 1987, 512). De specifieke omstandigheden van het geval zullen uiteindelijk bepalend zijn. Daarbij speelt ook de door de overheid bij de intrekking betrachte zorgvuldigheid een rol, alsmede de vraag of de gevolgen van de intrekking voor de subsidie-ontvanger (en eventueel diens werknemers en cliënten) niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de intrekking te dienen belangen (vgl. artikel 3:4, tweede lid).

Deze intrekkinggrond komt uiteraard niet aan de orde, voor zover uit het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust – of enig ander wettelijk voorschrift – een verplichting tot voortzetting van de subsidiëring voortvloeit.

Intrekking is voorts steeds mogelijk wanneer de subsidieverlening onjuist was. Indien de subsidie-ontvanger deze onjuistheid kende of behoorde te kennen is zelfs intrekking met terugwerkende kracht mogelijk (artikel 4.2.6.1). Ook wanneer dat niet het geval is, kan echter niet van de overheid wordt verlangd dat zij een ten onrechte verleende subsidie zonder meer voortzet. Het vertrouwen dat de burger in het algemeen mag hebben op de juistheid van overheidsbeschikkingen wordt voldoende beschermd door het inacht nemen van een redelijke termijn bij de wijziging of intrekking voor de toekomst en het vergoeden van de uit de intrekking of wijziging voortvloeiende schade.

Intrekking voor de toekomst is tenslotte mogelijk in andere bij wettelijk voorschrift geregelde gevallen. In die gevallen kon de ontvanger rekening houden met de mogelijkheid van intrekking. Dat betekent wel, dat moet zijn aangegeven in welke gevallen intrekking mogelijk is; de enkele opmerking dat intrekking mogelijk is volstaat niet.

Deze intrekkinggrond ziet niet op gevallen, waarin de ontvanger de gesubsidieerde activiteiten beëindigt of ophoudt aan zijn verplichtingen te voldoen. In die gevallen is intrekking op grond van artikel 4.2.6.1 mogelijk. Men denke hier veeleer aan gevallen, waarin de ontvanger niet langer behoort tot de categorie van personen die ingevolge wettelijk voorschrift voor de subsidie in aanmerking komen – bijvoorbeeld omdat gedurende het jaar waarvoor de subsidie is verleend zijn inkomen boven een gestelde inkomensgrens stijgt, of aan specifieke intrekkingsoorzaken, zoals de bepaling dat een subsidie aan een vereniging kan worden ingetrokken wanneer het ledental beneden een bepaalde grens daalt.

Artikel 4.2.6.3 schept een bevoegdheid, niet een verplichting tot intrekking. Dat impliceert dat, indien in principe een intrekkingsoorzaak aanwezig is, vervolgens nog zal moeten worden nagegaan of, gelet op alle betrokken belangen, intrekking ook in het concrete geval verantwoord is.

In alle gevallen moet bij de intrekking voor de toekomst een redelijke termijn in acht genomen worden. Dit is vaste jurisprudentie (o.m. Afd. rechtspraak 16-4-1979, AB 1979, 520; Afd. rechtspraak 12-12-1985, AB 1986, 346). De lengte van die termijn zal afhangen van de aard van de subsidie en de gesubsidieerde activiteiten. In het algemeen zal de ontvanger de tijd moeten worden gegund om verplichtingen die hij jegens derden is aangegaan en redelijkerwijs mocht aangaan, op zorgvuldige wijze af te wikkelen. Indien de ontvanger als gevolg van de intrekking personeel moet ontslaan, zal hij ten minste in staat moeten worden gesteld de voorgeschreven opzegtermijnen in acht te nemen. Anderzijds kan de intrekking op kortere termijn geschieden, indien de overheid bereid is verplichtingen jegens derden over te nemen.

Daarnaast is ook het aandeel van de subsidie in de middelen van de ontvanger van belang. Naarmate de intrekking of wijziging sterker ingrijpt in de financiële situatie van de ontvanger, zal deze immers meer tijd

moeten worden gegund om zich op de nieuwe situatie in te stellen. Om dezelfde reden is ook de mate van ingrijpendheid van de wijziging van belang. Bij een algehele intrekking zal in het algemeen een langere termijn in acht genomen moeten worden dan bij een relatief geringe verlaging van het subsidiebedrag.

Bij intrekking wegens veranderde omstandigheden of inzichten of wegens een onjuistheid van de subsidieverlening waarvan de ontvanger niet op de hoogte was of behoorde te zijn, zal het bestuursorgaan bovendien de schade moeten vergoeden die de ontvanger leidt doordat hij in vertrouwen op de subsidie anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie zou hebben gedaan. De ontvanger behoeft immers met intrekking op deze grond, anders dan met een intrekking of wijziging die bij wettelijk voorschrift wordt voorzien, in beginsel geen rekening te houden.

Overigens zijn de plicht een redelijke termijn in acht te nemen en de verplichting de schade te vergoeden tot op zekere hoogte te beschouwen als communicerende vaten. Onder omstandigheden kan een kortere termijn aanvaardbaar zijn, indien het bestuursorgaan bereid is de daaruit voortvloeiende extra schade te vergoeden of voor haar rekening te nemen, bijvoorbeeld door nog lopende verplichtingen over te nemen.

Artikel 4.2.6.4

Eerste lid

Ook op deze bepaling is in de algemene toelichting bij deze afdeling reeds ingegaan. Zoals daar werd uiteengezet, kan een belanghebbende niet alleen aan een «lopende» beschikking, doch ook aan subsidiëring gedurende een aantal opeenvolgende jaren een zeker vertrouwen op voortzetting van de subsidie ontleen. Dat vertrouwen is minder sterk dan het vertrouwen dat kan worden ontleend aan een beschikking waarvan de geldigheidsduur nog niet is verstreken, maar stelt niettemin grenzen aan de mogelijkheid om een subsidie voor een aansluitend tijdvak te weigeren. Het maakt daarbij niet uit, of het vertrouwen is gewekt door één meerjarige subsidieverlening of een reeks éénjarige subsidieverleningen.

Niet iedere subsidieverlening gedurende een aantal jaren staat aan weigering voor een aansluitend tijdvak in de weg. Indien een subsidie wordt verleend voor een project (bijvoorbeeld een onderzoek) met een looptijd van vier jaar, kan de ontvanger aan de subsidiëring gedurende vier jaren niet het vertrouwen ontleen dat de subsidie na afloop van (de vastgestelde looptijd van) het project zal worden voortgezet. Gerechvaardigd vertrouwen op voortzetting kan slechts ontstaan, indien de subsidie naar haar aard van onbepaalde duur zou kunnen zijn, dat wil zeggen als ook de gesubsidieerde activiteit naar haar aard van onbepaalde duur is. Dat is bijvoorbeeld het geval indien het gaat om de exploitatie van een culturele instelling of een sportaccommodatie. Bij dergelijke voortdurende activiteiten is de subsidie-ontvanger veelal ook werkgever. Dat impliceert dat hij in de gelegenheid moet worden gesteld om de arbeidsverhoudingen met de werknemers, die vaak voor hun rechtspositie van de subsidie afhankelijk zijn, op een behoorlijke wijze af te wikkelen. Bij niet-voortdurende activiteiten doet deze complicatie zich in veel mindere mate voor. Derhalve is artikel 4.2.6.4 slechts van toepassing, indien het gaat om voortdurende activiteiten.

Voorts kan niet iedere subsidieverlening voor voortdurende activiteiten tot een gerechtvaardigd vertrouwen op voortzetting leiden. Dat is pas het geval indien de subsidiëring gedurende een wat langere periode heeft plaatsgevonden. Een probleem daarbij is dat uit de jurisprudentie niet valt af te leiden hoe lang die periode moet zijn om een beschermenswaardig vertrouwen te doen ontstaan. Iedere termijn is tot op zekere hoogte

arbitrair. Er is echter voor gekozen dit nadeel op de koop toe te nemen, terwille van de duidelijkheid en rechtszekerheid die alle betrokkenen kan worden geboden door een termijn te noemen. Gekozen is voor een termijn van drie jaar.

Ook indien voor drie of meer achtereenvolgende jaren subsidie is verleend voor een voortdurende activiteit, kan de aanvraag voor een volgende periode uiteraard worden afgewezen, indien een wettelijk voorschrift zich tegen toewijzing verzet. Men denke aan het geval, dat bij gemeentelijke verordening is bepaald dat slechts subsidie wordt verleend aan sportverenigingen met ten minste honderd leden. Uiteraard kan dan, ook na langdurige subsidiëring, de subsidie worden geweigerd aan een vereniging die niet meer aan dat vereiste voldoet.

Weigering wegens veranderde inzichten of gewijzigde omstandigheden is echter slechts mogelijk met inachtneming van een redelijke termijn (en uiteraard slechts voor zover de betrokken subsidieregeling daartoe de beleidsvrijheid biedt). Voor de bepaling van de lengte van de redelijke termijn zijn dezelfde factoren van belang als bij de intrekking of wijziging van een «lopende» subsidieverlening. Verwezen zij naar de toelichting bij artikel 4.2.6.3.

Waar intrekking slechts mogelijk is als veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen voortzetting van de subsidie verzetten, is voor weigering voor een aansluitend tijdvak de enkele verandering van omstandigheden of beleidswijziging voldoende, mits daarbij een redelijke termijn in acht wordt genomen. Zoals hiervoor is uiteengezet, hangt dit samen met het feit, dat de ontvanger in het algemeen aan het einde van de looptijd van een subsidieverlening minder sterk op voortzetting van de subsidie mag vertrouwen dan gedurende de looptijd van de subsidieverlening. Het belang van de flexibiliteit van het beleid weegt dan dienovereenkomstig zwaarder. Daarbij past, dat in dit geval ook geen verplichting tot schadevergoeding bestaat indien de subsidie wegens beleidswijziging wordt beëindigd of verminderd.

Weigering met inachtneming van een redelijke termijn betekent, dat de weigering tijdig moet worden aangekondigd. Indien de beslissing op de aanvraag voor een volgend tijdvak tijdig voor de aanvang van dit tijdvak wordt genomen, kan deze aankondiging samen vallen met de weigering zelf. Indien dit niet het geval is, bijvoorbeeld omdat op het moment dat de beslissing tot beëindiging wordt genomen nog geen aanvraag voor de volgende periode is ingediend, is de aankondiging een zelfstandige beschikking, waartegen bezwaar of beroep openstaat. Dat is ook gewenst; indien pas beroep zou openstaan bij de daadwerkelijke weigering, zou dat in dit geval voor de ontvanger te laat zijn. Voor een toename van het aantal bezwaar- en beroepsprocedures behoeft niet te worden gevreesd; veelal zal in deze gevallen ten tijde van de beslissing op de aanvraag de uitslag van een eventuele tegen de aankondiging aangespannen schorsingsprocedure bekend zijn, naar aanleiding waarvan hetzij het bestuursorgaan van weigering zal afzien, hetzij de ontvanger zal beseffen dat een beroep tegen de weigering kansloos is.

Tweede lid

Het tweede lid geeft aan, wat dient te geschieden indien de aankondiging van de weigering voor een volgend tijdvak te laat heeft plaatsgevonden. Het zou te ver voeren als weigering dan in het geheel niet meer mogelijk zou zijn. In plaats daarvan is bepaald, dat in dat geval de aanvraag moet worden toegewezen voor een zodanige periode, dat tussen de aankondiging en het einde van de subsidieverhouding een redelijke termijn is verstreken.

Daarbij geldt in beginsel dat de subsidie gedurende die resterende periode dezelfde omvang heeft als voorheen. Dat sluit een geleidelijke

vermindering van de subsidie niet uit; die kan immers worden gezien als een gedeeltelijke weigering, waarvoor de redelijke termijn korter kan zijn dan voor een algehele weigering. Denkbaar is ook, dat onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende componenten waaruit een subsidie is opgebouwd. sommige uitgaven zullen immers sneller kunnen worden verminderd dan andere.

Het kan voorkomen dat voor deze gedeeltelijke toewijzing geen middelen ter beschikking zijn gesteld op de begroting voor het volgende jaar. Ook in dat geval dient echter de gedeeltelijke toewijzing te volgen; het ontbreken van middelen dient in dit geval voor rekening van het bestuursorgaan te blijven. Het bestuursorgaan had dit probleem immers kunnen voorkomen door het voornemen tot beëindiging of vermindering tijdig aan te kondigen. Derhalve is bepaald, dat een uit artikel 4.2.6.4, tweede lid, voortvloeiende verplichting tot gedeeltelijke toewijzing prevaleert boven een eventueel uit artikel 4.2.2.1, eerste lid, voortvloeiende verplichting tot weigering.

AFDELING 4.2.7 BETALING EN TERUGVORDERING

Artikel 4.2.7.1

Door de vaststelling van de subsidie verplicht het bestuursorgaan zich tot daadwerkelijke uitbetaling van het vastgestelde bedrag. Dit is uitgedrukt in het eerste lid van artikel 4.2.7.1.

Het spreekt vanzelf dat bij de uitbetaling eventuele voorschotten met de subsidie verrekend worden. Het zal veelal het meest praktisch zijn om bij de vaststelling van de subsidie ook het saldo van subsidiebedrag en reeds betaalde voorschotten te bepalen. Het is echter niet juist om de subsidie vast te stellen op het bedrag dat overeenkomt met de subsidieverlening minus de verleende voorschotten. De vaststelling dient te geschieden op het met de verlening overeenkomende bedrag. Pas bij de uitbetaling worden de reeds betaalde voorschotten op dat bedrag in mindering gebracht.

Ook is het mogelijk dat het bedrag van de betaalde voorschotten het bedrag van de vastgestelde subsidie te boven gaat. In dat geval kan het saldo, als zijnde onverschuldigd betaald, van de subsidie-ontvanger worden teruggevorderd.

De rechtszekerheid vereist, dat de subsidie-ontvanger weet wanneer hij de betaling van de subsidie tegemoet kan zien. Derhalve dient de betalingsverplichting van het bestuursorgaan aan een termijn te worden gebonden. Daarin voorziet het tweede lid. In het algemeen moet een termijn van vier weken voldoende worden geacht. Voor bepaalde gevallen zou deze termijn echter te kort kunnen zijn. Zo is het mogelijk dat de subsidie-ontvanger bepaalde uitgaven pas na de vaststelling daadwerkelijk behoeft te doen. Het kan dan redelijk zijn, dat de overheid pas op dat moment verplicht wordt de gelden over te maken. Daarom is de mogelijkheid geboden om bij wettelijk voorschrift een andere termijn te stellen.

Omdat ook bij subsidies die niet op een wettelijk voorschrift berusten de termijn van vier weken in bijzondere gevallen te kort kan zijn, voorziet het derde lid ook voor die subsidies in de mogelijkheid een andere termijn te bepalen. Met het oog op de rechtszekerheid dient dit zo enigszins mogelijk reeds bij de subsidieverlening te geschieden. Slechts indien geen beschikking tot subsidieverlening wordt gegeven, kan bij de subsidievestiging nog een afwijkende betalingstermijn worden bepaald.

Het spreekt vanzelf, dat de te bepalen termijn een redelijke dient te zijn. Uitgangspunt is, dat zo spoedig mogelijk na de subsidievestiging moet worden betaald. Alleen indien daarvoor bijzondere redenen zijn, kan de betaling voor langere tijd worden uitgesteld.

Met het verstrijken van de betalingstermijn wordt de verbintenis tot betaling van het vastgestelde subsidiebedrag opeisbaar. Dit betekent dat het bestuursorgaan, indien het niet tijdig betaalt, zonder ingebrekestelling de wettelijke rente verschuldigd is vanaf het tijdstip waarop de termijn verstreken is. Dit volgt uit de artikelen 6:119 jo. 6:83 NBW.

Artikel 4.2.7.2

Het is niet ongebruikelijk dat het subsidiebedrag in termijnen wordt uitbetaald. De bevoegdheid daartoe is in dit artikel neergelegd. Daarin is het woord «gedeelten» in plaats van «termijnen» gebruikt, om te voorkomen dat verwarring ontstaat met het begrip «termijn» in de zin van een bepaald tijdvak.

Het is voor de subsidie-ontvanger van belang te weten dat de subsidie in gedeelten zal worden betaald, zodat hij zijn financiële planning daarop kan afstemmen. Daarom is bepaald dat het bestuursorgaan slechts bevoegd is de subsidie in gedeelten te betalen, indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Dit zou echter weinig zekerheid bieden, indien het bestuursorgaan vrij zou zijn omvang en frequentie van de gedeelten te bepalen. Daarom moet tevens worden aangegeven hoe de gedeelten worden berekend, en op welke tijdstippen zij worden betaald. Een simpele aanduiding als «twaalf gelijke maandelijkse termijnen» kan daartoe overigens al voldoende zijn.

Ook hier is een voorziening nodig voor subsidies die niet op een wettelijk voorschrift berusten. Het tweede lid voorziet voor die categorie in de mogelijkheid bij de subsidieverlening, of, indien deze ontbreekt, bij de subsidievaststelling te bepalen dat in gedeelten wordt betaald, onder dezelfde beperkingen als in het eerste lid gesteld. In dit geval zal de noodzaak om in gedeelten te betalen bij de concrete subsidiebeschikking moeten worden gemotiveerd (vgl. artikel 3.6.1), terwijl voorts uiteraard het aantal en de hoogte van de gedeelten aan eisen van redelijkheid moeten voldoen.

Artikel 4.2.7.3

De verplichting om het subsidiebedrag te betalen ontstaat door de subsidievaststelling, dus veelal pas na afloop van de gesubsidieerde activiteit. In veel gevallen zal de ontvanger die activiteit echter niet kunnen verrichten als de overheid niet vooraf gelden ter beschikking stelt. Dat pleegt dan ook te gebeuren. Deze betalingen hebben het karakter van voorschotten, die vooruitlopen op de betaling van de het subsidiebedrag zelf.

Anders dan in het voorontwerp is, mede op advies van de Interdepartementale Commissie voor de Harmonisatie van Wetgeving, gekozen voor het stelsel dat de bevoegdheid tot voorschotverlening slechts bestaat indien dit bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening is bepaald. Dit stimuleert bestuursorganen om zorgvuldig te overwegen of voorschotverlening noodzakelijk is, en zo ja, welk systeem van bevoorschotting moet worden gehanteerd.

Anders dan thans wel wordt aangenomen moet de beslissing om een voorschot te verlenen of te weigeren als een beschikking worden aangemerkt. Deze beslissing berust immers op een publiekrechtelijke titel, te weten artikel 4.2.7.3 Algemene wet bestuursrecht, eventueel in samenhang met het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust. Zo wordt bereikt dat de administratieve rechter die over de subsidieverlening zelf oordeelt, ook bevoegd is in eventuele geschillen met betrekking tot de voorschotverlening. Het betalen of weigeren te betalen van voorschotten is echter volgens de Afdeling rechtspraak geen beschikking maar (het weigeren van) een rechtshandeling naar burgerlijk recht, meer bepaald

het (niet-)nakomen van een verbintenis (vgl. Afd. rechtspraak 19-2-1980, tB/S, V, nr. 165).

Met het oog op beperking van het aantal beroepsprocedures verdient het overigens aanbeveling de beschikking tot voorschotverlening zoveel mogelijk te combineren met de beschikking tot subsidieverlening. Zulks is evenwel niet voorgeschreven, omdat een mogelijkheid om in een later stadium bij afzonderlijke beschikking voorschotten te verlenen in de praktijk niet kan worden gemist.

Vanzelfsprekend moet uit de beschikking het bedrag van het voorschot of de voorschotten kunnen worden afgeleid. Dit is in het tweede lid neergelegd. Daarbij is niet de eis gesteld dat een nominaal bedrag wordt vermeld. Voldoende is dat aangegeven wordt hoe het bedrag wordt bepaald. Het kan immers, bijvoorbeeld bij structurele subsidies aan instellingen, doelmatig zijn te volstaan met de vermelding dat het voorschot 7,5 % van het subsidiebedrag per maand bedraagt, of de omvang van de periodieke voorschotten op enigerlei wijze te relateren aan de feitelijke middelenbehoefte van de ontvanger.

Artikel 4.2.7.4

De verlening van een voorschot verplicht tot uitbetaling van het voorschot, zoals de vaststelling van de subsidie verplicht tot uitbetaling van het subsidiebedrag. Het ligt voor de hand, ook de betalingstermijn bij voorschotten op dezelfde wijze te regelen als bij de subsidie zelf: er geldt een betalingstermijn van vier weken, tenzij bij wettelijk voorschrift of bij de voorschotverlening anders is betaald. Met dit laatste wordt ook de mogelijkheid geopend om aan het begin van het jaar bij één beschikking te betalingstijdstippen voor alle dat jaar te verlenen voorschotten vast te stellen.

Artikel 4.2.7.5

Indien het bestuursorgaan overweegt de subsidieverlening of de subsidievaststelling met terugwerkende kracht in te trekken of ten nadele van de ontvanger te wijzigen, ligt daar veelal een aan de subsidie-ontvanger toe te rekenen handeling aan ten grondslag. Het kan dan ongewenst zijn, dat het bestuursorgaan gedurende de periode van de voorbereiding van de intrekking- of wijzigingsbeschikking toch nog betalingen aan de ontvanger moet doen. Daarom is voorzien in een beperkte mogelijkheid om deze – uit de voorschotverlening of uit de subsidievaststelling voortvloeiende – betalingsverplichting op te schorten.

Het betreft hier een ingrijpende bevoegdheid: vooruitlopend op een beslissing omtrent intrekking of wijziging worden betalingen stopgezet waarvan de ontvanger in sommige gevallen geheel of in belangrijke mate afhankelijk is voor het kunnen verrichten van de activiteiten. Daarom is deze bevoegdheid in tweeërlei opzicht beperkt. In de eerste plaats moet het bestuursorgaan een ernstig vermoeden hebben dat er grond is voor intrekking. Niet iedere aanwijzing dat er wellicht iets niet helemaal in de haak is is dus voldoende. In de tweede plaats kunnen de betalingen niet onbeperkt worden opgeschort. Opschorten van betalingen moet gezien worden als een tijdelijke, conservatoire maatregel. Van het bestuursorgaan mag verlangd worden dat het na het nemen van die maatregel zo spoedig mogelijk definitief beslist over intrekking of wijziging. Wel moet het bestuursorgaan voldoende tijd worden gegund voor een zorgvuldig onderzoek naar de vraag of er inderdaad grond bestaat om de subsidie in te trekken. De voorgestelde termijn van twaalf weken biedt een redelijk evenwicht tussen deze twee belangen.

De bepaling heeft niet het oog op de situatie waarin het bestuursorgaan voornemens is de subsidie op grond van artikel 4.2.6.3 in te trekken of te wijzigen voor de toekomst. Een dergelijke intrekking geschiedt veelal juist

niet op grond van een aan de ontvanger toe te rekenen omstandigheid en behoort bovendien met inachtneming van een redelijke termijn te geschieden. In dat geval is het niet redelijk, en, omdat de activiteiten veelal nog enige tijd moeten worden voortgezet, ook niet goed mogelijk de betalingsverplichtingen – veelal gaat het dan om betaling van voorschotten – op te schorten. Daartoe geeft artikel 4.2.7.5 dan ook niet de bevoegdheid.

Artikel 4.2.7.6

Het spreekt voor zich, dat onverschuldigd betaalde subsidies en voorschotten kunnen worden teruggevorderd, maar ook, dat die bevoegdheid tot terugvordering in de tijd begrensd moet zijn. Gekozen is voor een verjaringstermijn van vijf jaar. De daaraan ten grondslag liggende overwegingen zijn in de toelichting bij artikel 4.2.6.2 vermeld. Duidelijkheidshalve is hier, in zoverre in afwijking van de regeling van artikel 309 van Boek 3 BW, de aanvang van de termijn gefixeerd op de dag waarop de subsidie wordt vastgesteld, dan wel in strijd wordt gehandeld met een na de vaststelling voortdurende verplichting.

De terugvordering geschiedt langs de normale weg, door het instellen van een vordering bij de burgerlijke rechter. Uiteraard kunnen onverschuldigd betaalde voorschotten of subsidies in voorkomende gevallen ook worden verrekend met voorschotten of subsidies voor een volgend tijdvak.

AFDELING 4.2.8 PER BOEKJAAR VERSTREKTE SUBSIDIES AAN RECHTSPERSONEN

Aanleiding

Het in deze titel opnemen van een aparte regeling over de verstrekking van per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen betekent vergeleken met het voorontwerp een uitbreiding van de subsidietitel. Aan deze uitbreiding liggen verschillende overwegingen ten grondslag.

Allereerst ontwikkelen binnen de rijksoverheid de ministers in toemende mate standaardvoorschriften ten behoeve van hun subsidies. Deze standaardvoorschriften hebben in het bijzonder betrekking op de subsidiëring van instellingen. Te denken valt aan instellingen die werkzaam zijn op het terrein van de gezondheidszorg, welzijn, wetenschappelijk onderzoek en cultuur. Op rijksniveau subsidieert elk ministerie wel dergelijke instellingen, thans nog vaak zonder daartoe strekkende wettelijke regeling. Uit het subsidie-overzicht bij de rapportage geïntegreerd subsidiebeleid (Kamerstukken II 1993/94, 22 150, nr. 11) blijkt dat het in totaal om enkele honderden instellingen gaat.

De subsidies aan deze instellingen vertonen een grote mate van overeenstemming waar het gaat om de bij de verlening en vaststelling te volgen procedures, terwijl hetzelfde geldt voor de aan de subsidie verbonden verplichtingen, voor zover die althans geen betrekking hebben op de aard en de omvang van de gesubsidieerde activiteiten. Gedacht kan worden aan de termijn waarbinnen de aanvraag moet worden ingediend en de daarvoor in te dienen stukken zoals een begroting en een activiteitenplan. Ondanks deze grote mate van overeenstemming op hoofdlijnen lopen de bestaande subsidieregelingen op detailpunten sterk uiteen, zonder dat daarvoor steeds goede argumenten bestaan. Er blijkt dus behoefte te zijn aan een verdergaande uniformering van het subsidie-recht.

Met de ontwikkeling van standaardvoorschriften wordt gevolg gegeven aan de aanbevelingen van de Interdepartementale Werkgroep Administratieve Standaardbepalingen Subsidie- en Bijdrageregelingen (Handboek financiële informatie en administratie, Band II, Comptabele regelgeving,

A6.4) en de maatregelen in het kader van het geïntegreerd subsidiebeleid. Ook de aanbevelingen van de Algemene Rekenkamer in het Verslag 1988 (Handelingen TK 1988/89, 21 080, nrs. 1-2, blz. 89 e.v.) hebben betrekking op het ontwikkelen van standaardvoorschriften. Laatstgenoemde instantie hebben wij om die reden ook geraadpleegd over opzet en inhoud van afdeling 4.2.8. Daarbij sprak de Algemene Rekenkamer haar waardering uit voor het feit dat de subsidietitel is aangevuld met een afdeling als de onderhavige en voor de uitwerking die daaraan is gegeven en betuigde zij daarmee in grote lijnen haar instemming.

Naast de hiervoor genoemde factoren, die reeds nu tot regelgeving leiden, zal in de toekomst ook artikel 4.2.1.3, waarin de eis van een wettelijke grondslag is neergelegd, een verdere impuls geven aan de totstandkoming van subsidiewetgeving. Niet alleen op het niveau van de rijksoverheid, maar ook op dat van de decentrale overheden. Ook daarom is het gewenst, deze wetgeving waar mogelijk te harmoniseren.

Tenslotte is een uitbreiding van de subsidietitel van belang, nu artikel 4.2.1.3, anders dan in het voorontwerp, ook subsidies waarvan het maximumbedrag en de ontvanger in de begroting worden genoemd, uitzondert van de eis van een wettelijke grondslag. Zoals in de toelichting op dat artikel reeds werd opgemerkt, is dit gebeurd om een onevenredig grote wetgevingsinspanning te voorkomen. De uitbreiding van de subsidietitel maakt deze inkrimping van het vereiste van een wettelijke grondslag meer aanvaardbaar, omdat daardoor veel van de subsidies die nu niet meer aan de eis van een wettelijke grondslag hoeven te voldoen, toch op een aantal belangrijke punten, zij het facultatief, in de Algemene wet bestuursrecht zelf worden geregeld.

Exploitatie- en budgetsubsidies

Afdeling 4.2.8 beoogt een regeling te geven voor subsidies die per boekjaar worden verleend aan rechtspersonen ter bekostiging van hun structurele activiteiten. Om die reden zullen projectsubsidies, dat wil zeggen subsidies voor activiteiten die naar hun aard een eenmalig karakter hebben, niet snel onder de bepalingen van deze afdeling te brengen zijn. Te denken valt aan subsidies voor een congres, een toneelvoorstelling of een investeringssubsidie. Wel is het denkbaar dat de verstrekking van een projectsubsidie aan een rechtspersoon, die reeds wordt gesubsidiëerd op de voet van deze afdeling, «meeloopt» met de subsidieverstrekking per boekjaar.

Afdeling 4.2.8 is niet alleen bedoeld voor de zogenoemde exploitatie-subsidies, dat wil zeggen de subsidiëring van het exploitatietekort van de subsidie-ontvanger, maar ook voor subsidievormen die in meer of mindere mate het karakter hebben van budgetsubsiëring.

Kort gezegd houdt budgetsubsiëring in dat het subsidiebedrag direct gerelateerd wordt aan een bepaald niveau van prestaties of activiteiten. Het ter beschikking te stellen budget wordt dan bepaald door het gewenste activiteiten- of prestatieniveau te koppelen aan de (genormeerde) kostprijs van een eenheid prestatie of activiteit. Vergeleken met exploitatie-subsidies heeft budgetsubsiëring verschillende voordelen. Allereerst gaat van budgetsubsiëring een sterkere prikkel tot doelmatigheid uit. Voorts kan door middel van budgetsubsiëring de hoogte van de subsidie beter worden afgestemd op de daarmee te verrichten activiteiten, omdat deze vorm van subsidiëring dwingt tot een nauwkeurigere kostenberekening. Daarnaast is de wijze van verantwoording en de controle daarop eenvoudiger, omdat volstaan kan worden met aan te tonen dat het afgesproken activiteiten- of prestatieniveau is gehaald. Dit laatste illustreert ook een ander voordeel van budgetsubsiëring, te weten dat deze vorm van subsidiëring leidt tot een geringere bemoeienis van het bestuur. Indien eenmaal is vastgesteld tegen welke kostprijs de activiteiten verricht kunnen worden, behoeft het bestuur immers in

beginsel niet meer gedurende het subsidietijdvak nog controle uit te oefenen op het kostenniveau. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin een exploitatietekort wordt gesubsidieerd.

Het is niet altijd mogelijk over te schakelen op budgetfinanciering. De activiteiten met het oog waarop subsidie wordt verleend zijn niet altijd zodanig te objectiveren dat het bedrag van de subsidie op grond daarvan nauwkeurig kan worden bepaald. Wel leidt de toenemende aandacht voor budgetfinanciering er toe dat veel subsidies steeds sterker worden gezien vanuit de daarmee te verrichten activiteiten. Zo is het nu veelal vereist dat bij de begroting ook een activiteitenplan wordt ingediend, en wordt daarbij soms de aanvullende eis gesteld dat op het plan per activiteit de benodigde capaciteit moet worden aangegeven.

Bij het opstellen van afdeling 4.2.8 is getracht zoveel mogelijk rekening te houden met de ontwikkelingen in de richting van budgetsubsidieëring. Zo stelt artikel 4.2.8.2.3 de eis dat het activiteitenplan de per activiteit benodigde personele en materiële middelen vermeldt en behoeft ingevolge artikel 4.2.8.2.4 de bij de aanvraag in te dienen begroting alleen een raming te bevatten van de inkomsten en uitgaven, die betrekking hebben op de activiteiten waarvoor subsidie wordt gevraagd. Aldus kan niet alleen een goed inzicht worden verkregen in de verhouding tussen activiteitenplan en begroting, maar kan ook eenvoudiger worden vastgesteld of er aanleiding is over te gaan tot een systeem van budgetsubsidieëring.

Subsidieverstrekking per boekjaar

In de aanhef van afdeling 4.2.8 wordt gesproken over per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen. Bij rechtspersonen is het boekjaar de periode waarin de cyclus van planning, uitvoering en verantwoording zich afspeelt. De structuur van afdeling 4.2.8 is op deze jaarlijkse cyclus afgestemd. Afdeling 4.2.8 spreekt dan ook niet van «het tijdvak, waarvoor de subsidie wordt gevraagd» (vgl. art. 4.2.3.1), maar van het boekjaar.

De relatie met de overige afdelingen van titel 4.2

Afdeling 4.2.8 moet worden beschouwd als een uitwerking van en een aanvulling op de overige afdelingen van titel 4.2. Dit betekent bijvoorbeeld dat voor beantwoording van de vraag welke voorschriften op de vaststelling van de subsidie van toepassing zijn, niet alleen paragraaf 4.2.8.5 geraadpleegd moet worden, maar ook afdeling 4.2.5. Hiermee volgt afdeling 4.2.8 de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht, waarbij steeds de meer uitgewerkte regelingen moeten worden toegepast met inachtneming van de meer algemene regelingen.

Paragraaf 4.2.8.1

Artikel 4.2.8.1.1

Eerste lid

Om verschillende redenen hebben wij er voor gekozen om afdeling 4.2.8 het karakter te geven van een facultatieve standaardregeling, dat wil zeggen dat de afdeling van toepassing is indien dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan is bepaald.

Allereerst veronderstelt afdeling 4.2.8 een in sommige opzichten tamelijk sterke betrokkenheid van het subsidieverlenende bestuursorgaan bij de subsidie-ontvanger. Die betrokkenheid is op haar plaats wanneer het bestuursorgaan enerzijds groot belang hecht aan de activiteiten die de subsidie-ontvanger verricht, en anderzijds daarvoor een betrekkelijk

omvangrijk bedrag ter beschikking stelt. In dergelijke gevallen behoort het bestuursorgaan recht te hebben op bepaalde informatie en behoort het bovendien tot op zekere hoogte invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van de subsidie-ontvanger en, afhankelijk van de gekozen vorm van subsidiëring, op de kostenontwikkeling bij de subsidie-ontvanger.

Niet alle subsidieverhoudingen kenmerken zich door een dergelijke betrokkenheid. Indien bijvoorbeeld een gemeentebestuur jaarlijks een vast bedrag aan een buurtvereniging verstrekt als blijk van waardering voor haar activiteiten, of een sportvereniging subsidieert met een vast bedrag per lid, is er in beginsel geen aanleiding om omvangrijke informatieverplichtingen op te leggen of ingrijpende controlebevoegdheden op te eisen. In dergelijke gevallen kan worden volstaan met toepassing van de overige afdelingen van de subsidietitel.

Afdeling 4.2.8 beoogt daarentegen een regeling te bieden voor die subsidies aan rechtspersonen, waarbij het bestuursorgaan zowel financieel als beleidsmatig sterk betrokken is. Het antwoord op de vraag wanneer dit precies het geval is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden. Het ligt daarom in de rede de beslissing afdeling 4.2.8 toe te passen over te laten aan de bijzondere wetgever of het subsidie-verlenende bestuursorgaan.

Voor een facultatieve regeling is daarnaast gekozen, omdat het niet goed mogelijk bleek een algemeen criterium te formuleren aan de hand waarvan bepaald kan worden wanneer de hier geboden procedure voor subsidieverstreking gevolgd moet worden. Daarvoor zou het nodig zijn de subsidies waarop afdeling 4.2.8 van toepassing zou moeten zijn, zodanig te definiëren dat de reikwijdte van de afdeling zonder meer vast zou staan. Tot een dergelijke definitie zijn wij niet gekomen; daarvoor bestaan teveel onderlinge verschillen tussen subsidies. Hiervoor werden al de exploitatiesubsidie en de budgetsubsidie genoemd. Beide subsidies komen in tal van variaties voor, terwijl daarnaast nog andere subsidievormen kunnen worden onderscheiden. Een regeling met een dwingend karakter, zoals uit kringen van accountants wel is bepleit, zou dan ook tenminste gepaard moeten gaan met een bevoegdheid voor het bestuursorgaan om wegens dringende redenen af te wijken van het bepaalde in afdeling 4.2.8. Daaraan kleven uiteen ooggpunt van rechtszekerheid bezwaren. Naar onze opvatting verdient het dan ook de voorkeur om de wijze waarop afdeling 4.2.8 in de subsidiepraktijk toepassing vindt nauwlettend te volgen en op grond van de daarmee opgedane ervaringen eventueel nogmaals na te gaan of een regeling met een meer dwingend karakter nodig is.

Het gegeven dat afdeling 4.2.8 van facultatieve aard is, betekent niet dat daarvan geen uniformerende werking zou uitgaan. Wij gaan er van uit dat diegenen die bij de totstandbrenging van een wettelijke subsidieregeling of een subsidiebeschikking zijn betrokken zich steeds terdege zullen bezinnen op de vraag of afdeling 4.2.8 toepassing behoort te vinden. De onderhavige regeling beoogt immers door het bieden van een uniforme standaardregeling bij te dragen aan een doelmatiger besluitvormingsproces, zodat het in de rede ligt daarvan alleen af te wijken indien daarvoor goede redenen zijn. Niet alleen van de wetgever, maar ook van bestuursorganen mag worden verwacht dat zij afdeling 4.2.8 als uitgangspunt kiezen bij de subsidiëring en aldus bijdraagt aan de rechtseenheid en de kenbaarheid van het recht. Wij zullen het dan ook toejuichen wanneer bestuursorganen in algemene zin afdeling 4.2.8 van toepassing verklaren op de per boekjaar verstrekte subsidiëring van rechtspersonen.

Bij de keuze voor al dan niet toepassing van afdeling 4.2.8 moet tenslotte worden bedacht dat de regeling op een aantal punten de mogelijkheid biedt tot afwijking, zodat zij met een zekere flexibiliteit kan worden toegepast.

Hiervoor is uiteengezet waarom afdeling 4.2.8 in beginsel een facultatief karakter heeft. Tegelijkertijd hebben wij ook aangegeven het toe te juichen wanneer bestuursorganen de afdeling in algemene zin van toepassing verklaren.

Op grond van de ervaring die met de afdeling wordt opgedaan moet blijken of het mogelijk is haar ten aanzien van bepaalde subsidies verplicht te stellen. Dit zou uiteraard de uniformiteit van voorschriften over subsidies bevorderen. Het ligt in de bedoeling in ieder geval binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze titel dit nader te onderzoeken. Het tweede lid geeft de bevoegdheid om dan bij algemene maatregel van bestuur de subsidies aan te wijzen waarop afdeling 4.2.8 van toepassing is.

Ook voor die tijd kan de bevoegdheid van het tweede lid worden gebruikt. Vooral voor subsidies van de rijksoverheid kan dat gewenst zijn: bepaalde soorten subsidies kunnen dan in algemene zin worden aangewezen, zodat de van toepassing verklaring van afdeling 4.2.8 zich niet behoeft te beperken tot subsidies op een bepaald beleidsterrein.

Artikel 4.2.8.1.2

Het behoeft geen betoog, dat een bestuursorgaan dat een subsidie verstrekt over voldoende bevoegdheden moet beschikken om adequaat te kunnen controleren of de aan de subsidie verbonden verplichtingen zijn nageleefd. De artikelen 4.2.4.0 en 4.2.4.1 bieden de mogelijkheid om bij de beschikking tot subsidieverlening verplichtingen ten behoeve van de controle op te leggen. Langs deze weg kan echter niet worden voorzien in de aanwijzing van toezichthouders. Daarvoor is, gelet op de ingrijpende bevoegdheden die afdeling 5.1 aan toezichthouders toekent, een grondslag in een wettelijk voorschrift nodig.

Juist bij per boekjaar verstrekte subsidies aan instellingen zal in veel gevallen behoefte bestaan aan de aanwijzing van toezichthouders, omdat het vaak gaat om omvangrijke subsidies en om instellingen die in belangrijke mate door de overheid gefinancierd worden en taken uitoefenen die de overheid van wezenlijk belang acht. Onder die omstandigheden dient de subsidiegever zo nodig bevoegd te zijn om ter plaatse toezicht te houden op de doelmatigheid en doeltreffendheid van de besteding van de subsidiegelden.

Voor de rijksoverheid komt daarbij dat ook de Algemene Rekenkamer in sommige gevallen beschikt over de bevoegdheid om bij gesubsidieerde instellingen controles ter plaatse uit te voeren. In die gevallen is het gewenst dat de betrokken minister over zoveel mogelijk gelijke bevoegdheden beschikt, teneinde zijn verantwoordelijkheid tegenover de Algemene Rekenkamer te kunnen waarmaken.

Voorts komt het nogal eens voor, dat gesubsidieerde instellingen van het type waarvoor afdeling 4.2.8 is geschreven hun administratie laten verzorgen door een administratiekantoor, dan wel nauwe financiële banden hebben met andere rechtspersonen, zoals steunstichtingen. In die gevallen kan een juist en volledig inzicht in de financiële situatie van de subsidie-ontvanger veelal slechts verkregen worden indien ook op deze administratiekantoren of steunstichtingen de verplichting rust om desgevraagd inlichtingen te verschaffen of inzage in boeken en bescheiden te geven. Bij de beschikking tot subsidieverlening kunnen echter geen verplichtingen worden opgelegd aan derden. In het systeem van de Algemene wet bestuursrecht kan in dergelijke verplichtingen het best worden voorzien door de aanwijzing van toezichthouders (vgl. de artikelen 5.1.6, 5.1.7 en 5.1.10). Omdat juist deze subsidies in verband met het bepaalde in artikel 4.1.2.3, derde lid, onder c, nogal eens niet op een wettelijk voorschrift zullen berusten, is er voor gekozen in de Algemene

wet bestuursrecht te bepalen dat voor deze subsidies toezichthouders kunnen worden aangewezen.

De onderhavige bevoegdheid om toezichthouders aan te wijzen kent een aantal beperkingen. In de eerste plaats biedt artikel 4.2.8.1.2, om hiervoor uiteengezette redenen, slechts de bevoegdheid toezichthouders aan te wijzen voor subsidies waarop afdeling 4.2.8 van toepassing is verklaard, hetzij bij wettelijk voorschrift, hetzij bij de beschikking tot subsidieverlening. De aanwijzing van toezichthouders voor andere subsidies kan zonodig bij of krachtens bijzonder wettelijk voorschrift geschieden.

In de tweede plaats is de bevoegdheid van de aan te wijzen toezichthouders beperkt tot de naleving van aan de subsidie-ontvanger op te leggen verplichtingen. Voor een goed begrip zij opgemerkt, dat dit niet betekent dat van derden geen inlichtingen kunnen worden verlangd. Dit is mogelijk (vgl. artikelen 5.1.6 en 5.1.7 jo. 5.1.10), voor zover zulks redelijkerwijs noodzakelijk is voor de controle op de naleving van aan de subsidie-ontvanger opgelegde verplichtingen. Dit kan zich met name voordoen in de zojuist genoemde gevallen, waarin de ontvanger zijn administratie aan een derde heeft toevertrouwd, of zodanig nauwe financiële banden met een andere rechtspersoon heeft, dat zonder inzage in de boeken van die andere rechtspersoon geen adequaat inzicht in de naleving van de verplichtingen door de ontvanger kan worden verkregen.

Het tweede lid van de onderhavige bepaling beperkt, met toepassing van artikel 5.1.4, de bevoegdheden van de krachtens het onderhavige artikel aan te wijzen toezichthouders. De uitgesloten bevoegdheden betreffen bevoegdheden tot het onderzoeken van zaken en het nemen van monsters, alsmede tot het doen stilhouden en onderzoeken van vervoermiddelen. Aan deze bevoegdheden bestaat bij subsidies zelden behoefte. Mocht dat in een uitzonderlijk geval wel zo zijn, dan kan voor die in deze context uitzonderlijke bevoegdheden ook redelijkerwijs een afzonderlijk wettelijk voorschrift worden geëist.

Paragraaf 4.2.8.2

Artikel 4.2.8.2.1

Artikel 4.2.8.2.1 bepaalt dat een subsidie-aanvraag uiterlijk dertien weken voor de aanvang van het subsidiejaar moet worden ingediend. Indien de aanvraag later wordt ingediend, kan het bestuursorgaan in beginsel besluiten om die reden de aanvraag niet in behandeling te nemen (zie artikel 4:5 Awb).

Voor een termijn van dertien weken is gekozen om het bestuursorgaan een redelijke periode te geven om een beslissing op de aanvraag te nemen en anderzijds te waarborgen dat de beslissing op de aanvraag nog voor de aanvang van het subsidiejaar genomen kan worden (zie over de beslistermijn de artikelen 4:13 tot en met 4:15 Awb). Aangezien het vaststellen van een dergelijke termijn niettemin altijd enigszins arbitrair blijft, is de mogelijkheid tot afwijking bij wettelijk voorschrift gegeven.

Artikelen 4.2.8.2.2 tot en met 4.2.8.2.5

Artikel 4.2.8.2.2 somt de bescheiden op die bij de aanvraag moeten worden overgelegd en is als zodanig een uitwerking van artikel 4:2 Awb. De in het eerste lid genoemde bescheiden hebben enerzijds betrekking op de activiteiten waarop de instelling zich in het subsidiejaar wil richten en anderzijds op de daarvoor benodigde personele, materiële en financiële middelen. Het spreekt voor zich dat deze stukken congruent moeten zijn en bij de beslissing op de subsidie-aanvraag in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld. Dat daarnaast andere stukken geëist kunnen

worden, maakt de zinsnede «in ieder geval» duidelijk, terwijl bovendien artikel 4:5 het bestuursorgaan de mogelijkheid biedt om aanvulling van de verstrekte gegevens te vragen. Artikel 4:5 bevat ook de sanctie op het niet verstrekken van toereikende gegevens, te weten het – na aanmaning – buiten behandeling laten van de aanvraag.

De situatie kan zich voordoen dat voor het nemen van een beschikking op de aanvraag de begroting of het activiteitenplan niet relevant zijn. Dit kan het geval zijn indien de hoogte van de subsidie rechtstreeks voortvloeit uit de terzake geldende regels. Te denken valt aan de subsidieverlening voor een reeks van jaren, waarbij de omvang afhankelijk is van (wettelijke) normbedragen en periodiek een subsidievaststelling plaatsvindt op basis van door de subsidie-ontvanger aangeleverde gegevens inzake de door hem geleverde prestaties. Een voorbeeld biedt de subsidiëring van het openbaar vervoer, waarbij de hoogte van de subsidie bepaald wordt door een normbedrag per reizigerskilometer.

Indien de aanvrager over een egaliseriereserve als bedoeld in artikel 4.2.8.4.5 beschikt, zal hij ingevolge het tweede lid de omvang daarvan in de aanvraag dienen te vermelden. Bij de beslissing op de aanvraag kan het bestuursorgaan daarmee dan rekening houden, hetzij door indien nodig een afzonderlijk bedrag te bestemmen voor de voeding van die reserve hetzij door de hoogte van de te verlenen subsidie mede te laten afhangen van de omvang van die reserve.

De artikelen 4.2.8.2.3 tot en met 4.2.8.2.5 geven vervolgens een nadere uitwerking van de inhoud van de gevraagde bescheiden.

Het activiteitenplan stelt het bestuursorgaan in staat te beoordelen of de door de aanvrager voorgestelde activiteiten en de daarmee beoogde doelstellingen zodanig passen in het door hem gevoerde beleid dat hij tot subsidieverlening wil overgaan. Daarnaast biedt het activiteitenplan het bestuursorgaan de gelegenheid om zelf tot een oordeel te komen over de vraag of de doelen die de aanvrager zich stelt bereikt kunnen worden door middel van de voorgestelde activiteiten. Doordat wordt voorgeschreven dat in het activiteitenplan ook per activiteit de benodigde personele en materiële middelen moeten worden vermeld, kan het bestuursorgaan zich bovendien een voorlopig oordeel vormen over de doelmatigheid waarmee de subsidie-ontvanger opereert. Een definitief oordeel daarover is vanzelfsprekend pas mogelijk in de fase van vaststelling van de subsidie, nadat de activiteiten zijn verricht.

Voor een goed begrip zij nog opgemerkt dat het voorschrift om per activiteit de benodigde capaciteit te vermelden in het algemeen niet een uitsplitsing en detail beoogt. In veel gevallen zal volstaan kunnen worden met per categorie van activiteiten de benodigde capaciteit aan te geven.

Artikel 4.2.8.2.4 stelt enige eisen aan de begroting, waarop subsidie wordt gevraagd. Deze moet zodanig zijn ingericht dat een voor de subsidieverlening toereikend inzicht kan worden verkregen in niet alleen de uitgaven en inkomsten met betrekking tot de activiteiten waarvoor subsidie wordt gevraagd, maar ook in de ontwikkelingen daarin, zoals die vallen af te leiden uit de financiële verslaglegging over het voorgaande jaar. Het derde lid maakt die vergelijking mogelijk door te bepalen dat de begroting een vergelijking dient te bevatten met de begroting voor het lopende boekjaar en met de gerealiseerde inkomsten en uitgaven over het boekjaar, voorafgaand aan het lopende boekjaar.

Voor zover de activiteiten mede gefinancierd zullen worden uit andere inkomsten dan de aangevraagde subsidie, zal de begroting ingevolge het eerste lid ook deze inkomsten moeten vermelden. Aldus kan het bestuursorgaan de financiële haalbaarheid van een en ander beter beoordelen. Bovendien krijgt het bestuur daarmee inzicht in de financiële relaties van de aanvrager met derden, waaronder andere subsidieverlenende instanties (zie ook artikel 4.2.8.2.6).

Het bestuursorgaan en de ontvanger van een per boekjaar verstrekte subsidie onderhouden veelal een relatie over een reeks van jaren.

Daardoor zijn de in de voorgaande artikelen opgesomde bescheiden doorgaans toereikend voor een beoordeling van de aanvraag. Indien een subsidie-aanvraag voor de eerste maal wordt ingediend, zal het bestuursorgaan echter ook andere gegevens nodig hebben om zich bekend te maken met de aanvrager. Artikel 4.2.8.2.5 geeft hierover enkele voorschriften. Deze gegevens betreffen de oprichtingsakte en de statuten. Aan de hand daarvan kan worden nagegaan of de aanvrager inderdaad een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid is (vgl. art. 4.2.8.1.1) en of de activiteiten met het oog waarop de subsidie wordt aangevraagd, passen in de statutaire doelstellingen van de aanvrager.

Voorts zal de aanvrager gegevens moeten verstrekken over zijn financiële positie. Voor wat betreft de met het oog hierop over te leggen bescheiden is aangesloten bij hetgeen Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek op dit punt van rechtspersonen eist. Indien de subsidie wordt aangevraagd door een al gedurende enige tijd functionerende rechtspersoon zal deze immers ingevolge boek 2 jaarlijks een balans en een staat van baten en lasten (artikel 2:10a) dan wel een jaarrekening (artikel 2:361) moeten opmaken. Indien geen van deze stukken voorhanden is, bijvoorbeeld omdat de aanvragende rechtspersoon eerst kort voor de aanvraag is opgericht, kan worden volstaan met het overleggen van een verslag over de financiële positie van de aanvrager. Om voor de hand liggende redenen is bij deze eis een uitzondering gemaakt voor rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.

Genoemde financiële bescheiden moeten ingevolge het tweede lid in beginsel zijn voorzien van een accountantsverklaring. Juist bij een eerste subsidie-aanvraag zal het bestuursorgaan zich immers willen vergewissen van de betrouwbaarheid van de aspirant-subsidie-ontvanger. Voor wat betreft de gekozen terminologie kon niet zonder meer aansluiting worden gezocht bij artikel 2:393 van het Burgerlijk Wetboek. Daarin wordt onder de verklaring van getrouwheid verstaan de beschrijving van de uitslag van het onderzoek naar de jaarrekening. Daar de onderhavige accountantscontrole ook betrekking kan hebben op de financiële positie van een stichting of vereniging – welke rechtspersonen niet onder het jaarrekeningenrecht vallen – wordt hier om verwarring te voorkomen daarnaast gesproken over de schriftelijke mededeling, inhoudende dat van onjuistheden niet is gebleken.

In het derde lid is voorzien in de mogelijkheid om bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan vrijstelling dan wel ontheffing van het vereiste van een accountantscontrole te verlenen. Een vrijstelling ziet op een categorie van gevallen, een ontheffing op een concreet geval (vgl. aanwijzing 125 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). Voor de vraag onder welke omstandigheden kan worden afgezien van het vereiste van een accountantscontrole zij verwezen naar de toelichting op artikel 4.2.8.5.6.

Artikel 4.2.8.2.6

Deze bepaling is ingegeven door de rapportage over het eerste spoor van het geïntegreerd subsidiebeleid (Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5). Daarin werd geconstateerd dat in situaties waarin verschillende bestuursorganen subsidie verstrekken voor dezelfde of in hoofdzaak dezelfde activiteiten, het zaak is na te gaan in hoeverre dit leidt tot een onwenselijke cumulatie van subsidies. Ook de Algemene Rekenkamer suggereerde in haar reactie op het ontwerp van afdeling 4.2.8 aandacht te besteden aan de cumulatie-problematiek.

Artikel 4.2.8.2.6 beoogt hieraan tegemoet te komen door te bepalen dat bij de aanvraag melding moet worden gemaakt van eventuele bij andere bestuursorganen ingediende aanvragen, voor zover die aanvragen althans betrekking hebben op dezelfde begrote uitgaven. Aldus kan een ongewenste cumulatie van subsidies worden voorkomen en wordt de

betrokken subsidieverstrekkers de mogelijkheid geboden hun besluitvorming terzake onderling af te stemmen. Voor een goed begrip zij opgemerkt dat de onderhavige bepaling een aanvulling vormt op artikel 4.2.8.2.4, eerste lid. Daarin is bepaald dat ook andere inkomsten, die betrekking hebben op de activiteiten waarvoor subsidie wordt gevraagd, in de begroting moeten worden vermeld. Daardoor zal als regel genoegzaam uit de begroting blijken in hoeverre de activiteiten, waarvoor subsidie is aangevraagd, mede door andere bestuursorganen worden gesubsidieerd. Dit kan echter anders zijn, indien de aanvrager een subsidie-aanvraag voor dezelfde begrote uitgaven bij verschillende bestuursorganen heeft ingediend. Dit hoeft uit de begroting niet te blijken, zodat op dit punt de onderhavige bepaling aanvullend werkt.

Paragraaf 4.2.8.3 De subsidieverlening

Artikel 4.2.8.3.1

Alleen rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid kunnen een per boekjaar verstrekte subsidie op de voet van deze afdeling ontvangen. De eis van volledige rechtsbevoegdheid is opgenomen in verband met artikel 30 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waarin een beperkte rechtspersoonlijkheid wordt verleend aan verenigingen waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte. Het betreft hier de zogenoemde informele vereniging. Voor de oprichting van dit type rechtspersoon is geen notariële akte vereist, zodat de statuten – indien al aanwezig – niet aan toetsing door de notaris ingevolge artikel 27, vijfde lid, van Boek 2 BW onderworpen zijn. De organisatie en de bevoegdheidsverdeling van dit type rechtspersoon zal daardoor niet steeds even doorzichtig zijn, zodat het minder voor de hand ligt om dergelijke verenigingen op de voet van afdeling 4.2.8 te subsidiëren.

Aan de eis van volledige rechtsbevoegdheid is niet voldaan indien een subsidie-aanvraag wordt gedaan door een rechtspersoon in oprichting. In een dergelijke situatie ligt het in de rede dat de aanvrager in overleg treedt met het bestuursorgaan om (enige) zekerheid te verkrijgen over de vraag of zijn aanvraag voor inwilliging in aanmerking komt. Het is vervolgens aan de aanvrager om te beslissen of de uitkomst van dat overleg hem voldoende zekerheid biedt om de te subsidiëren rechtspersoon metterdaad op te richten.

Artikel 4.2.8.3.2

Subsidieverlening kan niet alleen per boekjaar, maar ook voor een langere periode plaatsvinden. In het laatste geval ontbreekt een jaarlijkse beschikking tot subsidieverlening en kan worden volstaan met een jaarlijkse vaststelling op grond van door de aanvrager aangeleverde gegevens. In dat geval kan in overeenstemming met artikel 4.2.5.6, onder a, de subsidie jaarlijks ambtshalve worden vastgesteld.

Daartoe is in het tweede lid de verplichting opgenomen voor de subsidie-ontvanger om ten behoeve van de vaststelling jaarlijks bepaalde gegevens aan te leveren. Ingevolge het derde lid zal de beschikking tot subsidieverlening moeten aangeven welke die gegevens zijn.

Paragraaf 4.2.8.4 Verplichtingen van de subsidie-ontvanger

Artikel 4.2.8.4.1

Ingevolge artikel 2:10a van het Burgerlijk Wetboek valt het boekjaar samen met het kalenderjaar, tenzij in de statuten van de rechtspersoon een ander boekjaar is aangewezen. Artikel 4.2.8.1.2 sluit hierop aan door eveneens het kalenderjaar als boekjaar aan te wijzen. Bij wettelijk

voorschrift of in de beschikking tot subsidieverlening kan hiervan worden afgeweken.

Artikel 4.2.8.4.2

Deze bepaling is een uitwerking van de algemene in artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde verplichting voor een rechtspersoon om zodanige aantekening te houden over zijn vermogenstoestand, dat daaruit te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend.

Voor beantwoording van de vraag welke bescheiden tot de administratie moeten worden gerekend, kan verwezen worden naar de opsomming in artikel 6, derde lid, Wetboek van Koophandel. Voorts vallen bewijsstukken van uitgaven hieronder. Bepalend is steeds het criterium dat alle voor de vaststelling van de subsidie relevante gegevens in de administratie vallen na te gaan.

De verplichting om de administratie en de daarbij behorende bescheiden gedurende tien jaren te bewaren, is eveneens ontleend aan artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 4.2.8.4.3

Deze bepaling verplicht de subsidie-ontvanger om van aanmerkelijke verschillen tussen de geraamde en de gerealiseerde inkomsten en uitgaven mededeling te doen aan het bestuursorgaan.

Zowel bij budgetsubsidies als bij subsidies waarvan de omvang rechtstreeks afhankelijk is van de aan de activiteiten verbonden kosten, is het voor het bestuursorgaan van belang om van dergelijke verschillen op de hoogte te zijn. Er kan dan bijvoorbeeld aanleiding zijn om tussentijds de voorschotting te wijzigen of om de subsidieverlening te herzien. Zo kan worden voorkomen dat het bestuur pas bij de vaststelling wordt geconfronteerd met grote tekorten of overschotten bij de subsidie-ontvanger of met de situatie dat activiteiten met het oog waarop de subsidie is verleend, niet verricht zijn als gevolg van tekorten bij de subsidie-ontvanger. Ook met het oog op de subsidieverlening voor een volgend boekjaar is het voor het bestuursorgaan van belang om hiervan op de hoogte te zijn. Het bestuursorgaan kan dan bij de beoordeling van de aanvraag rekening houden met het feit dat de begroting waarop het jaar tevoren subsidie is verleend, niet volledig is gerealiseerd.

Wanneer er sprake is van «aanmerkelijke» verschillen, waarvan mededeling gedaan moet worden, is niet in algemene zin aan te geven. Dit zal in het bijzonder afhankelijk zijn van de hoogte van de subsidie, mede gezien in het licht van de andere inkomsten van de subsidie-ontvanger. Indien nodig kan het bestuursorgaan op grond van artikel 4.2.4.0, eerste lid, onderdeel c, over dit onderwerp nadere voorschriften opleggen.

Gezien het voorgaande is het antwoord op de vraag of compensatie tussen verschillende begrotingsposten is toegestaan vooral afhankelijk van de vorm van de desbetreffende subsidie. Zo bestaat tegen compensatie in beginsel geen bezwaar waar het gaat om budgetsubsidieëring. In dat geval gaat het er immers om dat een gewenst activiteitsniveau wordt gerealiseerd tegen een vooraf vastgesteld totaalbedrag of een bepaald genormeerd bedrag per prestatie-eenheid. Het is in die situatie in wezen onverschillig of binnen de verschillende componenten waaruit het subsidiebedrag is opgebouwd, verschuivingen optreden. Waar het om gaat is slechts of het gewenste activiteitsniveau wordt gehaald. Wel kunnen, zoals gezegd, eventuele overschrijdingen of tekorten een rol spelen bij de beoordeling van de subsidie-aanvraag voor een volgend boekjaar.

Dit is anders als een exploitatietekort wordt gesubsidieerd. Omdat de hoogte van het tekort dan rechtstreeks bepalend is voor de hoogte van de

subsidie, is het voor het bestuursorgaan van belang te weten wat de oorzaak is van de overschrijding van een bepaalde begrotingspost. Indien dan bijvoorbeeld blijkt dat de overschrijding het gevolg is van onverantwoorde uitgaven in de materiële sfeer, kan dat aanleiding zijn om compensatie te weigeren.

Artikel 4.2.8.4.4

Deze bepaling somt een aantal rechtshandelingen op waarvan het verrichten van invloed kan zijn op de aanwending van subsidiegelden, op de hoogte van later ingediende subsidie-aanvragen, of op de kwaliteit en omvang van de activiteiten. Bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening kan worden bepaald dat de subsidie-ontvanger voor het verrichten van een of meer van deze rechtshandelingen toestemming behoeft van het subsidiërende bestuursorgaan.

In verband met de vaak noodzakelijke slagvaardigheid bij de in dit artikel opgesomde rechtshandelingen is in het tweede lid bepaald dat het bestuursorgaan ten hoogste vier weken – met de mogelijkheid van een eenmalige verlenging met vier weken – de tijd heeft om op het verzoek om toestemming te reageren.

Het zal niet altijd in de rede liggen om toestemming te eisen voor de in dit artikel genoemde rechtshandelingen. Indien bijvoorbeeld de activiteiten van de subsidie-ontvanger omvangrijk zijn en zeer veel personele, materiële en financiële middelen vergen, zou de verplichting om voor al de in deze bepaling opgesomde handelingen toestemming te vragen een miskennis kunnen betekenen van de bij dergelijke instellingen aanwezige professionaliteit. Ook vanuit de gedachte dat subsidie wordt verleend ter ondersteuning van particulier initiatief, dat niet meer dan nodig is moet worden geconfronteerd met regelgeving, kan er aanleiding zijn om bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening deze bepaling, of onderdelen ervan, niet van toepassing te verklaren.

In het bijzonder bij budgetsubsidieëring is het niet vanzelfsprekend dat de subsidie-ontvanger voor (alle) hier opgesomde rechtshandelingen toestemming moet vragen. Het toestemmingsvereiste is er immers vooral op gericht het bestuursorgaan een zekere invloed te geven op de omvang van het met subsidie te bekostigen exploitatietekort.

Er zij op gewezen, dat het ontbreken van de vereiste toestemming slechts gevolgen heeft in de verhouding tussen subsidiegever en subsidie-ontvanger. De werking van de zonder toestemming verrichte rechtshandeling tegenover de wederpartij van de ontvanger wordt niet aangetast. Evenmin behoeft, in het geval genoemd in onderdeel i, de rechtbank na te gaan of de toestemming is verleend.

Artikel 4.2.8.4.5

Ingevolge artikel 4.2.5.5, eerste lid, wordt de subsidie overeenkomstig de verlening vastgesteld. Deze bepaling kan tot gevolg hebben dat het vastgestelde – en ingevolge artikel 4.2.7.1 uit te betalen – subsidiebedrag meer of juist minder bedraagt dan de werkelijke kosten, gemoeid met de gesubsidieerde activiteiten. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien de kosten van de activiteiten waarvoor subsidie werd verleend, lager of hoger blijken uit te vallen dan was geraamd. Ook kan dit zich voordoen als de subsidie is verleend in de vorm van een bepaald bedrag per prestatie-eenheid. Alleen indien de subsidie een zuivere exploitatiesubsidie is, dat wil zeggen dat bij de subsidieverlening is bepaald dat slechts de werkelijk gemaakte kosten gesubsidieerd worden, zal een verschil tussen werkelijke kosten en subsidiebedrag zich niet voordoen. In alle andere gevallen bestaat er, zolang de subsidie-ontvanger de activiteiten overeenkomstig de subsidieverlening en de daaraan verbonden verplichtingen heeft verricht, geen grond het teveel aan subsidie terug te

vorderen of alsnog het tekort aanvullend te subsidiëren. De subsidie-ontvanger is dan in beginsel vrij in de besteding van het teveel ontvangene, maar heeft ingeval van een tekort geen aanspraak op aanvullende subsidie. Dit is natuurlijk anders indien bij de subsidieverlening op dit punt een voorziening is getroffen, bijvoorbeeld inhoudende dat een eventueel verschil tussen uitgekeerde subsidie en werkelijk gemaakte kosten terugbetaald moet worden of verrekend wordt met de in een volgend boekjaar uit te keren subsidie.

De in dit artikel geregelde egalisereserve is bedoeld om verschillen tussen werkelijk gemaakte kosten en subsidiebedragen op te vangen. De egalisereserve is een buffer, waarmee tekorten in het ene jaar kunnen worden opgevangen met overschotten in het andere jaar. Dit heeft verschillende voordelen. Allereerst kan hiermee worden voorkomen dat al te snel een beroep moet worden gedaan op het bestuur voor het verstrekken van aanvullende subsidie. Daarnaast blijft in ieder geval een deel van het teveel aan uitgekeerde subsidie, namelijk voor zover daarmee metterdaad tekorten worden gefinancierd, bestemd voor de doeleinden met het oog waarop subsidie is verstrekt. Verder biedt de egalisereserve de subsidie-ontvanger tot op zekere hoogte de mogelijkheid om een flexibel beleid te voeren, bijvoorbeeld door een aanvang te maken met nieuwe (nog) niet gesubsidieerde activiteiten. Hoewel de subsidie-ontvanger verplicht is tekorten uit de egalisereserve te financieren, is hij voor het overige immers in beginsel vrij in de besteding daarvan. In die zin vormt de egalisereserve een stimulans voor de subsidie-ontvanger tot een doelmatig beheer van de subsidiegelden. Daarmee fungeert de egalisereserve ook als een erkenning van de eigen, particuliere verantwoordelijkheid van de subsidie-ontvanger.

Overwogen is om de omvang van de egalisereserve en de jaarlijkse toevoeging aan een bepaalde limiet te binden, met daaraan gekoppeld een terugbetalingsverplichting indien de uitgekeerde subsidie deze limiet te boven zou gaan. Daarvan is echter afgezien omdat de vraag hoe hoog deze limiet moet zijn zich moeilijk in algemene zin laat beantwoorden. Dit zal immers onder andere afhankelijk zijn van de aard van de subsidie-ontvanger, de hoogte van de subsidie en de mate waarin het bestuursorgaan betrokken wil zijn bij de gang van zaken bij de subsidie-ontvanger.

Wel staat het het bestuursorgaan vanzelfsprekend vrij – binnen de grenzen van artikel 4.2.6.4 – bij de subsidieverlening rekening te houden met een al te omvangrijke egalisereserve. Om die reden is in artikel 4.2.8.2.2, derde lid, bepaald dat het bestuursorgaan bij de aanvraag melding maakt van een eventueel aanwezige egalisereserve. Daarnaast kan het bestuursorgaan van meet af aan rekening houden met de mogelijkheid dat de ramingen zullen afwijken van de werkelijke kosten en de gevolgen daarvan reeds in de beschikking tot subsidieverlening regelen. Zo kan bij de verlening al bepaald worden dat een eventueel overschot slechts tot een bepaald maximum aan de egalisereserve mag worden toegevoegd onder terugbetaling van het resterende overschot. Vaststelling van de subsidie kan dan plaatsvinden overeenkomstig hetgeen bij de verlening is bepaald over de toevoeging aan de egalisereserve. Het teveel betaalde dient dan te worden terugbetaald op grond van artikel 4.2.7.6.

Paragraaf 4.2.8.5 De subsidievaststelling

Artikel 4.2.8.5.1

De vaststelling van de subsidie vindt plaats na afloop van het tijdvak waarvoor subsidie is verleend, tenzij subsidie is verleend voor twee of meer boekjaren. Ook in het laatste geval zal de vaststelling toch jaarlijks dienen plaats te vinden. Zoals al eerder is opgemerkt sluit aldus het subsidiëringsproces aan bij de bij rechtspersonen – maar ook bij de

overheid – verplichte jaarlijkse cyclus van begroting en verantwoording. Het spreekt voor zich dat het subsidiëringsproces ook indien de subsidieverlening betrekking heeft op twee of meer boekjaren, bij deze cyclus zal moeten aansluiten.

Artikel 4.2.8.5.2

De aanvraag van de subsidie vaststelling dient binnen zes maanden na afloop van het subsidiejaar plaats te vinden. Aldus wordt aangesloten bij de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek, die veelal een termijn van vijf dan wel zes maanden voorschrijven voor het opmaken van de financiële stukken.

De verplichting tot het jaarlijks indienen van een aanvraag tot vaststelling van de subsidie geldt niet, indien subsidie is verleend voor twee of meer boekjaren. In dat geval is ingevolge artikel 4.2.8.3.2, tweede lid, aan de subsidieverlening immers de verplichting verbonden om ten behoeve van de vaststelling periodiek gegevens te verstrekken. Op basis van die gegevens kan dan ambtshalve de subsidie worden vastgesteld (zie artikel 4.2.5.6, onder a), zodat een aparte aanvraag niet nodig is.

Artikel 4.2.8.5.3

De verantwoording van de besteding van de subsidie vindt plaats door middel van de in dit artikel genoemde stukken. Het financiële verslag behelst de verantwoording van de financiële kant van de subsidieverhouding, terwijl het activiteitenverslag verantwoordt op welke wijze de activiteiten waarvoor de subsidie werd verleend zijn verricht en de daarmee samenhangende verplichtingen zijn nageleefd. De eisen waaraan deze stukken moeten voldoen zijn in de navolgende artikelen gegeven.

Artikel 4.2.8.5.3 eist dat de financiële verantwoording plaatsvindt in de vorm van een financieel verslag. Dit verslag zal in ieder geval moeten voldoen aan hetgeen artikel 4.2.5.4 op dit punt eist, namelijk het vermelden van de aan de gesubsidieerde activiteiten verbonden inkomsten en uitgaven, voorzover die voor de subsidie vaststelling van belang zijn.

Het tweede lid bepaalt dat rechtspersonen die ingevolge titel 9, boek 2 van het Burgerlijk Wetboek gehouden zijn een jaarrekening op te maken, de subsidie daarin kunnen verantwoorden. Wel moet die dan zodanig zijn ingericht dat voldaan wordt aan de eisen van artikel 4.2.5.4.

Artikel 4.2.8.5.4

Indien de subsidie-ontvanger volledig gefinancierd wordt door middel van de subsidie, indien met andere woorden alle activiteiten van de subsidie-ontvanger uit de subsidie worden bekostigd, is de gehele financiële positie van de subsidie-ontvanger voor de vaststelling relevant. Zowel de vermogenspositie van de subsidie-ontvanger als het geheel van diens uitgaven gedurende het boekjaar worden dan immers uit de subsidie gevoed.

Voor deze situatie stelt artikel 4.2.8.5.4 enige nadere eisen aan het financiële verslag. Hierbij is aansluiting gezocht bij hetgeen titel 9 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek over de jaarrekening regelt. Het jaarrekeningenrecht is niet integraal van toepassing verklaard. Daarvoor vormt de eigen organisatorische structuur van subsidie-ontvangers – die veelal verenigingen of stichtingen zullen zijn – een beletsel, evenals het in de regel ontbreken van een winststreven en het in sommige gevallen ontbreken van op geld waardeerbare prestaties. Daarom is volstaan met het geven van enkele algemene, aan het Burgerlijk Wetboek ontleende, voorschriften over de inrichting van de jaarrekening. Wel ligt het in de lijn der verwachting dat in overeenstemming met de gangbare praktijk voor

het opstellen van het financiële verslag, zoveel mogelijk zal worden aangesloten bij de bepalingen van het jaarrekeningenrecht. Waar dit niet mogelijk is of nadere voorschriften, bijvoorbeeld over de waarderingsgrondslagen, wenselijk zijn, kan de bijzondere wetgever of het bestuursorgaan op de voet van het bepaalde in artikel 4.2.4.0, eerste lid, onder d, nadere verplichtingen opleggen over de inrichting van het financiële verslag.

Artikel 4.2.8.5.5

Ook als een subsidie-ontvanger zijn inkomsten in overwegende mate aan de subsidie ontleent, kan het voor de subsidievaststelling van belang zijn dat het bestuursorgaan inzicht heeft in de gehele financiële gang van zaken bij de subsidie-ontvanger. De onderhavige bepaling voorziet daarom in de mogelijkheid om bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening artikel 4.2.8.5.4 van toepassing te verklaren.

Artikel 4.2.8.5.6

Evenals bij artikel 4.2.8.5.4 is ook voor wat betreft de accountantscontrole aangesloten bij hetgeen artikel 2:393 van het Burgerlijk Wetboek hierover regelt. De accountantsverklaring zal tezamen met de overige bescheiden bij de aanvraag ingediend moeten worden.

De controle door de accountant van de subsidie-ontvanger laat de eigen verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor een goed subsidiebeheer onverlet. Die kan bijvoorbeeld worden uitgeoefend door een eigen accountant de kwaliteit van de controle door de accountant van de subsidie-ontvanger te laten onderzoeken (het zogenoemde «review») en, indien nodig, een eigen controle door toezichthouders te laten verrichten.

Evenals in artikel 4.2.8.2.5 is ook in de onderhavige bepaling voorzien in de mogelijkheid vrijstelling of ontheffing te verlenen van de verplichting een accountantsverklaring te verstrekken. De vraag onder welke omstandigheden kan worden afgezien van een accountantsverklaring is moeilijk in het algemeen te beantwoorden. Voorop staat de eigen verantwoordelijkheid van het subsidieverlenende bestuursorgaan voor de controle op een rechtmatige en doelmatige besteding van de gelden. Aan die verantwoordelijkheid wordt gestalte gegeven door enerzijds de subsidie-ontvanger toereikende informatie-verplichtingen op te leggen en anderzijds door in beginsel een accountantsverklaring te eisen.

Of op het beginsel dat een accountantsverklaring vereist is, een uitzondering kan worden gemaakt hangt voor een deel af van de kwaliteit van de informatieverplichtingen en de informatieverstrekking door de subsidie-ontvanger die op basis van die verplichtingen plaatsvindt. Indien het bestuursorgaan in staat is om aldus zelf een oordeel te vellen over de rechtmatigheid en doelmatigheid van de besteding van de subsidiegelden, kan dat aanleiding zijn om van het eisen van een accountantsverklaring af te zien.

Van belang is ook de mate waarin het bestuursorgaan beschikt over voldoende deskundigheid om de door de subsidie-ontvanger verstrekte informatie te beoordelen. De ministeries bijvoorbeeld beschikken over eigen accountantsdiensten, zodat de veronderstelling voor de hand ligt dat zij eerder geneigd zullen zijn een vrijstelling dan wel ontheffing te verlenen dan een gemeente, die niet beschikt over eigen accountants.

Tenslotte speelt de hoogte van het subsidiebedrag een rol. Naarmate dit bedrag lager is, zullen de relatieve kosten van een accountantscontrole omgekeerd evenredig toenemen. Op het moment dat die kosten niet meer in een redelijke verhouding staan tot het subsidiebedrag, zal een accountantscontrole in beginsel achterwege moeten blijven. Dit uitgangspunt heeft bij de rijksoverheid geleid tot het opstellen van richtlijnen, inhoudende dat voor subsidies beneden bepaalde bedragen

geen accountantsverklaring vereist is. Of deze grensbedragen ook buiten de rijksoverheid toegepast kunnen worden, moet worden afgewacht. Het is denkbaar dat daar eerder de neiging zal bestaan een accountsverklaring te eisen, gezien het relatief grotere belang van een subsidie ten opzichte van de totale begroting.

Artikel 4.2.8.5.7

De accountant van de subsidie-ontvanger kan ingevolge dit artikel een taak toebedeeld krijgen bij de controle op de naleving van de aan de subsidie verbonden verplichtingen. Het bestuursorgaan zal in dat geval een aanwijzing moeten geven over de reikwijdte en de intensiteit van de controle, een zogenaamd controle-protocol. Dit protocol bevat een nadere uitwerking van de informatie-verplichtingen die aan de subsidie-ontvanger inzake het afleggen van rekening en verantwoording zijn opgelegd. Daarnaast schrijft het protocol voor welke aandacht de accountant moet besteden aan de naleving van (bepaalde) subsidie-verplichtingen en eventueel welke mate van nauwkeurigheid (tolerantie) de accountant daarbij moet betrachten. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan uit een oogpunt van misbruik en oneigenlijk gebruik gevoelige verplichtingen.

Bij het opstellen van dit protocol zal enerzijds rekening moeten worden gehouden met de specifieke deskundigheid van de accountant en anderzijds met wat uit doelmatigheidsoverwegingen in verband met de kosten van accountantscontrole zinvol is. Om dezelfde redenen is het aan de bijzondere wetgever of het bestuursorgaan overgelaten om te bepalen in welke gevallen een controle-protocol wordt voorgeschreven.

Artikel 4.2.8.5.8

Dit artikel vormt een uitwerking van artikel 4.2.5.3 door te bepalen dat bij de aanvraag tot vaststelling een activiteitenverslag moet worden ingediend. Dit verslag dient een beschrijving te geven van de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend. Verder dient het verslag inzicht te geven in de vraag in hoeverre daarbij is voldaan aan de verplichtingen die over de aard en de omvang van de activiteiten zijn gesteld. Tenslotte dient het verslag een eigen evaluatie van de subsidie-ontvanger te bevatten over de mate waarin de activiteiten hebben bijgedragen aan de voor het subsidiejaar gestelde doeleinden (zie artikel 4.2.8.2.3). Deze laatste eis beoogt enerzijds de subsidie-ontvanger ertoe te brengen zich rekenschap te geven van de effectiviteit van zijn activiteiten en beoogt anderzijds het bestuursorgaan een eerste handvat te geven voor een eigen beoordeling van de effectiviteit van het subsidie-instrument.

De vraag aan welke eisen de eigen evaluatie van de subsidie-ontvanger dient te voldoen, is afhankelijk van de aard van de subsidie-ontvanger en de door hem verrichte activiteiten. Bij wettelijk voorschrift of bij de subsidieverlening kunnen hierover nadere voorschriften worden gegeven.

Artikel 4:12 (Artikel I, onderdeel E)

In artikel 4:12 is, kort gezegd, bepaald dat de in de artikelen 4:7 en 4:8 neergelegde hoorplicht bij de voorbereiding van beschikkingen niet geldt voor financiële beschikkingen waartegen bezwaar of administratief beroep openstaat en waarbij de nadelige gevolgen van de beschikking volledig ongedaan kunnen worden gemaakt. Deze uitzondering is met name opgenomen met het oog op het belastingrecht en het sociale zekerheidsrecht, waar de hoorplicht in verband met de zeer grote aantallen beschikkingen een te grote belasting voor de bestuursorganen zou opleveren.

Artikel 4:12 betekent echter ook, dat bij subsidiebeschikkingen doorgaans geen hoorplicht zal bestaan. Voor subsidiebeschikkingen gaat

het argument van de grote aantallen echter maar gedeeltelijk op. Beschikkingen tot verlening of weigering van een subsidie worden inderdaad in grote aantallen gegeven. Beschikkingen tot het intrekken, ten nadele van de ontvanger wijzigen, lager vaststellen of op grond van artikel 4.2.3.7 of met toepassing van artikel 4.2.6.4 weigeren van beschikkingen zijn echter aanzienlijk zeldzamer, en bovendien zo ingrijpend, dat het horen van de belanghebbende uit oogpunt van zorgvuldigheid noodzakelijk is. Daarom zijn de genoemde typen beschikkingen van de werking van artikel 4:12, eerste lid, uitgezonderd.

Ter vermindering van misverstand zij er op gewezen, dat de gekozen formulering niet meebrengt dat bij deze typen beschikkingen de belanghebbende steeds gehoord moet worden. De beperkingen en uitzonderingen die in de artikelen 4:7 tot en met 4:11 op de hoorplicht zijn aangebracht, gelden ook voor deze beschikkingen onverkort.

5. BELEIDSREGELS (TITEL 4.4)

Inleiding

Het vaststellen van beleidsregels is, indien dit schriftelijk geschiedt, in de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht het nemen van een besluit. Dienovereenkomstig zijn de regels van hoofdstuk 3 over besluiten van toepassing, en is in hoofdstuk 4 een titel over beleidsregels voorzien.

Bij het ontwerpen van deze titel kon er derhalve van worden uitgegaan dat hoofdstuk 3 reeds geldt voor beleidsregels. De eisen inzake de zorgvuldigheid en belangenafweging bij het tot stand brengen van besluiten (afdeling 3.2), inzake advisering (afdeling 3.3), en inzake inwerkingtreding, bekendmaking en mededeling (afdeling 3.6) gelden ook voor de schriftelijke vaststelling en wijziging van beleidsregels. Hetzelfde geldt voor de modelprocedures van de afdelingen 3.4 en 3.5.

Bij de voorbereiding van titel 4.4 inzake beleidsregels bleek overigens dat het gewenst is ook een aantal wijzigingen in hoofdstuk 3 aan te brengen. Zo bleken de bepalingen over de motivering van beschikkingen in hoofdstuk 4 ook geschikt voor beleidsregels en andere besluiten van algemene strekking. Deze bevinding heeft ertoe geleid dat thans wordt voorgesteld de afdeling over de motivering (afdeling 4.1.4) van titel 4.1 over te brengen naar hoofdstuk 3. Een en ander is nader toegelicht in hoofdstuk 3 van deze memorie van toelichting.

Naast deze algemene bepalingen is bij de voorbereiding van de Algemene wet bestuursrecht van meet af aan een afzonderlijke titel 4.4 met bijzondere bepalingen omtrent beleidsregels voorzien. Daaraan bestaat inderdaad behoefte.

Ten eerste is de hantering van beleidsregels uit bestuurlijk en rechtsstatelijk oogpunt van grote betekenis; daarop wordt hieronder nader ingegaan.

Ten tweede vertonen beleidsregels naast enige verwantschap ook belangrijke juridische verschillen met andere rechtsfiguren uit het staats- en bestuursrecht. Kenmerkend voor beleidsregels is dat een bestuursorgaan steeds bevoegd is dergelijke regels vast te stellen voor zover het de uitoefening van zijn eigen of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bestuursbevoegdheid betreft. Algemeen verbindende voorschriften behoeven zich niet daartoe te beperken: zij kunnen zich ook rechtstreeks tot de burger richten. Anders dan bij beleidsregels kan een bestuursorgaan dan ook alleen algemene verbindende voorschriften vaststellen indien daartoe een specifieke grondslag in de wet bestaat. Een uitvloeisel daarvan is dat beleidsregels minder sterk binden dan algemeen verbindende voorschriften.

Ten derde is het ongeschreven recht inzake beleidsregels in de tachtiger jaren weliswaar enigermate uitgekristalliseerd, maar niet eenvoudig kenbaar. Daardoor bestaat in de bestuurspraktijk nog te vaak onzekerheid over of onbekendheid met de in de rechtspraak ontwikkelde regels omtrent het hanteren van beleidsregels.

De rechtszekerheid van alle betrokkenen – bestuursorganen en justitiabelen – vereist dat de Algemene wet bestuursrecht ook met betrekking tot dit onderwerp een aantal afzonderlijke regels stelt. Dat zal de toegankelijkheid van dit onderdeel van het bestuursrecht vergroten en daarmee bewerkstelligen dat bij de hantering van beleidsregels minder problemen en geschillen ontstaan.

Het toenemend belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur na de Tweede Wereldoorlog bracht mee, dat in rechtspraak en literatuur geleidelijk ook aan beleidsregels aanzienlijke juridische betekenis is gehecht. Gewezen zij op de geschriften van J. van Soest (De vorming van stellig belastingrecht door de uitvoerende macht, Utrecht 1958), J.L.H. Cluysenaer (Recht in de welvaartsstaat, Groningen 1959), J. Mannoury (Spiegelrecht, in: opstellen aangeboden aan prof. mr. dr. G. van den Bergh, Alphen aan de Rijn 1960), J. van der Hoeven (Pseudowetgeving, Zwolle 1965; Pseudowetgeving, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1966) en J.H. van Kreveld (Beleidsregels in het recht, Deventer 1983).

Meer rechtstreeks van belang voor het overheidsbeleid inzake beleidsregels zijn het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (Orde in de regelgeving, 's-Gravenhage 1985) en de daarop betrekking hebbende gedachtenwisseling tussen regering en parlement (Kamerstukken II 1986/87, 20 038), alsmede het rapport en de parlementaire discussie inzake de Parlementaire enquête bouwsubsidies (Kamerstukken II 1987/88, 19 623, nr. 30), waarin het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften een van de hoofdpunten vormde. Voorts zijn de per 1 januari 1993 in werking getreden Aanwijzingen voor de Regelgeving mede van toepassing op beleidsregels, voor zover de aard van die regels zich daartegen niet verzet (Aanwijzing 3).

Tenslotte is in de zeventiger en tachtiger jaren in een omvangrijke hoeveelheid uitspraken van de verschillende administratieve rechters het ongeschreven recht inzake beleidsregels verder ontwikkeld. (Vgl. bijv. HR 7-1-1970, BNB 1970, 78; Afd. rechtspraak 10-6-1977, AB 1977, 359; Afd. rechtspraak 24-4-1981, AB 1982, 5; CRvB 8-4-1982, AB 1982, 407); CRvB 30-5-1985, TAR 1985, 153; CBb 4-7-1985, AB 1986, 19; Afd. rechtspraak 12-4-1988, AB 1989, 49; HR 28-3-1990, NJ 1991, 118, AB 1990, 306, BNB 1990, 194).

Het onderscheid met algemeen verbindende voorschriften

Naar heersende leer zijn beleidsregels regels die zonder uitdrukkelijke grondslag in de wet worden gehanteerd bij de uitoefening van beschikkingsbevoegdheden of andere bestuursbevoegdheden. Net als algemeen verbindende voorschriften hebben beleidsregels betrekking op het verkeer tussen bestuur en burger, en niet louter op de interne gang van zaken bij een bestuursorgaan. Maar zij moeten zich beperken tot het gebruik van een bevoegdheid die een bestuursorgaan reeds uit andere hoofde bezit: het woord beleidsregel duidt op het feit dat de wijze waarop het bestuursorgaan een aan dat orgaan toekomende bevoegdheid hanteert voorwerp van de regel is. Omdat dit optreden de burger raakt, ondervindt hij ook de gevolgen van de beleidsregel. Zo geven beleidsregels aan in welke gevallen een vergunning of subsidie zal worden verleend of ingetrokken, welke voorschriften aan de vergunning of subsidie zullen worden verbonden of welke procedure bij de besluitvorming zal worden gevolgd. Deze regels moeten echter blijven binnen de grenzen van hetgeen een bestuursorgaan reeds – in individuele gevallen te beslissen heeft. Een beleidsregel over de vraag welke voorschriften aan een vergunning zullen worden verbonden kan daarom alleen worden vastgesteld indien het bestuursorgaan bevoegd is tot vergunningverlening, en binnen de grenzen van hetgeen het bij die verlening over het daaraan verbinden van voorschriften mag bepalen.

Algemeen verbindende voorschriften kunnen op dezelfde onderwerpen betrekking hebben, maar behoeven zich daartoe niet te beperken: zij kunnen zich ook rechtstreeks tot de burger richten of bepalen over welke

bevoegdheden een bestuursorgaan beschikt. Zij dienen dan ook een uitdrukkelijke grondslag in de wet te hebben. Voor beleidsregels geldt dit niet, behoudens het hierna te bespreken geval bedoeld in artikel 4.4.1, tweede lid.

De bevoegdheid tot beleidsregelgeving werd derhalve tot dusver niet uitdrukkelijk verleend, maar lag als het ware opgesloten in de bestuursbevoegdheid van het bestuursorgaan. Met andere woorden: zonder dat dit uitdrukkelijk bepaald was, impliceerde krachtens ongeschreven recht de bevoegdheid tot het geven van bijvoorbeeld een beschikking tevens de bevoegdheid omtrent de uitoefening van eerstgenoemde bevoegdheid regels te stellen. Deze regels hebben niet uitsluitend interne betekenis, maar moeten ingevolge de beginselen van behoorlijk bestuur bij het geven van de beschikking jegens de burger in acht genomen worden.

Dit laatste betekent tot dusverre dat het bestuursorgaan ook aan een niet uitdrukkelijk en volledig bekend gemaakte beleidsregel gebonden kan zijn. Veel beleidsregels worden pas bij de behandeling van een beroep tegen een beschikking bekend, en dan soms slechts mondeling of gedeeltelijk. In veel gevallen is het de rechter zelf die er bij het bestuursorgaan op aandringt om zijn beleid kenbaar te maken. Dat verschafft de rechter dan een toetsingskader, naast de geldende wettelijke voorschriften, bij het beoordelen van de beroepen beschikking. Soms ook wordt de beleidsregel slechts bekend via de motivering die het bestuursorgaan bij de bekendmaking van de beschikking verstrekt.

Naar heersende opvatting kan een beleidsregel juist door het ontbreken van een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid tot het geven van de burgers bindende voorschriften niet in dezelfde mate binden als een algemeen verbindend voorschrift. Blijkens de jurisprudentie kan de beleidsregelgever zich door het geven van de beleidsregel niet de bevoegdheid ontnemen daarvan in bijzondere gevallen af te wijken (Afd. rechtspraak 16-8-1985, AB 1986, 228; CRvB 16-4-1987, TAR 1987, 139; CBb 4-7-1985, AB 1986, 19).

Door sommige schrijvers is wel bepleit het verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften te verkleinen of zelfs op te heffen. Soms wordt dan gesteld, dat bestuursorganen ook zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag bevoegd zouden moeten zijn om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen ter nadere normering van hun bevoegdheden. In andere gevallen wordt verdedigd, dat het bestuur ook van algemeen verbindende voorschriften in bijzondere gevallen zou moeten kunnen afwijken.

Voor beide standpunten wordt aangevoerd, dat het verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften in de praktijk maar beperkte betekenis zou hebben, alsmede dat het soms toevallig is of de wetgever al dan niet uitdrukkelijk een bevoegdheid tot regelgeving verleent (Zie o.m. I.C. van der Vlies, Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving, 's-Gravenhage 1984, blz. 178; N. Verheij, Regelgeving door ministers, NJB 1985, blz. 1144; D.W.P. Ruiters, Beleidsregels zijn algemeen verbindende voorschriften, Bestuurswetenschappen 1986, blz. 65 en blz. 503).

Andere schrijvers willen echter vasthouden aan het verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (Zie o.m. P.J. Boon, Wetgeving in Nederland, Zwolle 1986, blz. 98; C. A. J. M. Kortmann, Avanti rijp voor de sloop, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1987, blz. 369; A.M. Donner, Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel, Alphen a/d Rijn 1987, blz. 133).

Dit laatste standpunt vindt steun in recente rechtspraak van de Hoge Raad. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad aangegeven, dat sommige beleidsregels kunnen worden aangemerkt als «recht» in de zin van artikel 99 Wet op de rechterlijke organisatie. Dat is het geval, wanneer de beleidsregels behoorlijk zijn bekendgemaakt en zich er naar inhoud en

strekking toe lenen jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast (HR 28-3-1990, NJ 1991, 118, AB 1990, 306, BNB 1990, 194; HR 25-4-1990, BNB 1990, 199; HR 19-6-1990, NJ 1991, 119; HR 29-6-1990, NJ 1991, 120).

In één van de zojuist genoemde arresten overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat deze beleidsregels niettemin niet als algemeen verbindende voorschriften kunnen worden beschouwd, omdat zij berusten op de algemene bestuursbevoegdheid van (in casu) de staatssecretaris van Financiën, en niet op enigerlei specifieke wettelijke grondslag (HR 28-3-1990, NJ 1991, 118, AB 1990, 306, r.o. 4.2).

Tenslotte is naar aanleiding van het Eindrapport «Orde in de regelgeving» van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (zie Kamerstukken II 1986/87, 20 038) en het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwsubsidies (Kamerstukken II 1987/88, 19 623, nr. 30) het primaat van de formele wetgever nadrukkelijk opnieuw bevestigd. Dit heeft regering en parlement tot het standpunt gebracht dat terughoudendheid moet worden betracht met zowel delegatie van regelgevende bevoegdheid als met het creëren van beschikkingsbevoegdheden met een ruime beoordelingsvrijheid.

Het zou in strijd met deze lijn zijn om er voortaan vanuit te gaan dat in beschikkingsbevoegdheden in beginsel steeds zonder uitdrukkelijke wetbepaling de bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften ligt opgesloten. Daarmee zou tekort gedaan worden aan de democratische en rechtsstatelijke waarden die aan het primaat van de wetgever ten grondslag liggen. Het uitgangspunt blijft dat een bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften over een bepaald onderwerp moet berusten op de toedeling van de bevoegdheid om daarover voorschriften te geven. Bij beleidsregels is reeds een toedeling van bevoegdheden vooraf gegaan, bijvoorbeeld een bevoegdheid tot het geven van beschikkingen. Een dergelijke bevoegdheid moet ook steeds op een algemeen verbindend voorschrift berusten: een beleidsregel kan geen bevoegdheid toekennen. De beleidsregels betreffen dan de wijze waarop het reeds bevoegde bestuursorgaan van zijn bevoegdheid gebruik maakt.

Aan het voorgaande doet niet af dat de democratische legitimatie van bepaalde typen algemeen verbindende voorschriften – bijvoorbeeld door een minister, gedeputeerde staten of burgemeester en wethouders gestelde wettelijke voorschriften – soms niet veel sterker is dan die van beleidsregels. Dit vormt onvoldoende reden om het principiële onderscheid te laten vallen. Datzelfde geldt voor de omstandigheid, dat de gebondenheid aan algemeen verbindende voorschriften en die aan beleidsregels elkaar in de praktijk soms naderen.

Wezenlijk is dat het verschil ook in de rechtspraak principieel erkend wordt en praktische gevolgen heeft. Zo heeft de Hoge Raad in zijn meergenoemde rechtspraak uitdrukkelijk aangegeven, dat de erkenning van bepaalde beleidsregels als «recht» in de zin van artikel 99 Wet op de rechterlijke organisatie niet meebrengt dat de rechter deze beleidsregels ambtshalve moet toepassen (HR 28-3-1990, AB 1990, 306), terwijl dit bij algemeen verbindende voorschriften wel het geval is. Daarnaast kan het bestuur bij beleidsregels in bijzondere gevallen door de rechter gedwongen worden uit te leggen waarom, gelet op de merites van het individuele geval, geen uitzondering op de beleidsregel is gemaakt of overwogen (CBb 27-1-1987, SEW 1987, blz. 526; CRvB 16-4-1987, TAR 1987, 139; Afd. rechtspraak 10-2-1987, AB 1987, 397). Weliswaar kunnen de beginselen van behoorlijk bestuur in uitzonderlijke gevallen ook meebrengen dat het bestuur geen strikte toepassing kan geven aan de wet, maar bij de huidige stand van de jurisprudentie bestaan deze bevoegdheid en verplichting duidelijk minder snel dan de bevoegdheid en verplichting om van beleidsregels af te wijken (vgl. bijv. CRvB 6-12-1989, AB 1990, 372, alsmede de zogeheten doorbraak-arresten: HR 12-4-1978,

In de begripsomschrijving van artikel 1:3, vierde lid, wordt daarom vastgehouden aan het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Het eerste begrip houdt naar huidig recht in: naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent (zo reeds HR 10-6-1919, NJ 1919, blz. 647; zie ook «Orde in de regelgeving», blz. 14). Een kenmerkend verschil met beleidsregels is dat deze zich moeten beperken tot het hanteren van een bevoegdheid waarover een bestuursorgaan reeds beschikt. Dit is in artikel 1:3, vierde lid aangegeven door te bepalen dat beleidsregels betrekking hebben op het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan, dus een bevoegdheid die dat orgaan reeds uit andere hoofde bezit.

Daarnaast gaat de bindende kracht van beleidsregels minder ver dan die van algemeen verbindende voorschriften. Dit volgt uit titel 4.4 waarin de rechtsgevolgen van beleidsregels zijn omschreven. De ratio hiervoor is het feit dat het bestuursorgaan regels vaststelt omtrent de eigen of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bestuursbevoegdheid. Het kan niet zo zijn dat het bestuursorgaan zichzelf bij de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid zo sterk bindt dat geen rekening meer kan worden gehouden met bijzondere omstandigheden. Zodanig sterk bindende regels kunnen alleen tot stand worden gebracht door middel van een algemeen verbindend voorschrift.

Uit artikel 4.4.1, eerste lid, volgt dat een bestuursorgaan dat over een bestuursbevoegdheid beschikt, ten aanzien van de uitoefening daarvan beleidsregels kan vaststellen. Hiermee wordt in de wet vastgelegd hetgeen tot nu toe als ongeschreven recht gold. Daarnaast wordt in het tweede lid bepaald dat het bestuursorgaan ook in andere gevallen beleidsregels kan vaststellen, doch slechts voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Het gevolg daarvan is wel dat het ontbreken van een wettelijke grondslag niet meer als een beslissend verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften kan worden beschouwd. In zekere zin vloeit dit reeds voort uit de codificatie van deze rechtsfiguur op zichzelf. Het klassieke verschil bestaat in elk geval niet meer in situaties waarin de beleidsregels zijn gebaseerd op een wettelijk voorschrift, als bedoeld in artikel 4.4.1, tweede lid.

De gekozen benadering heeft het voordeel dat de wetgever nader kan bepalen wie bevoegd zijn tot het vaststellen van beleidsregels. Dit voorkomt dat er in de wetgeving nog weer andere categorieën van regels ontstaan naast het algemeen verbindend voorschrift en de beleidsregel. Men denke aan de regels van artikel 148 Gemeentewet, die blijkens de wetsgeschiedenis een «beleidsregel-achtig karakter» dragen. In de nieuwe opzet zou bepaald kunnen zijn dat de gemeenteraad beleidsregels kan vaststellen voor andere organen van de gemeente.

Samenvattend kenmerken beleidsregels zich ingevolge dit wetsvoorstel niet meer, of althans niet meer in alle gevallen, door het ontbreken van een wettelijke grondslag, maar door het feit dat het regels zijn die worden vastgesteld over de uitoefening van een reeds bestaande bestuursbevoegdheid, en met de rechtsgevolgen zoals die in titel 4.4 zijn omschreven. Dit laatste houdt in dat zij een minder sterk bindende werking hebben dan algemeen verbindende voorschriften.

De inhoud van titel 4.4

Zoals opgemerkt worden, mede als gevolg van de aanpassing van hoofdstuk 3, enige essentiële aspecten van beleidsregelgeving reeds afdoende geregeld in vooral de afdelingen 3.2, 3.6 en 3.7. Beleidsregels dienen op zorgvuldige wijze tot stand te komen, na belangenafweging, in

overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel (afdeling 3.2), eerst in werking te treden na bekendmaking overeenkomstig artikel 3:42 en op een deugdelijke motivering te berusten, die bij de bekendmaking van de beleidsregel dient te worden vermeld (afdeling 3.7). Daarnaast zullen beleidsregels uiteraard in overeenstemming dienen te zijn met de toepasselijke voorschriften van bijzondere wetten of meer algemene wetten, bijvoorbeeld met artikel 1 van de Grondwet.

Door deze bestaande of voorgestelde bepalingen kan in titel 4.4 worden volstaan met een beperkt aantal aanvullende bepalingen. Deze betreffen voornamelijk de bevoegdheid tot en de gebondenheid aan beleidsregelgeving. Daarnaast is in artikel 4.4.4 een aan artikel 3.6.2, tweede lid, verwante, op beleidsregels toegesneden bepaling opgenomen.

In de rechtspraak wordt aan beleidsregelgeving soms de eis gesteld dat bij invoering of wijziging gevestigde belangen worden geëerbiedigd (bijv. Afd. rechtspraak 7-11-1980, AB 1981, 346). Dat is een toepassing van het vertrouwensbeginsel. Of die eis aan alle beleidsregelgeving wordt gesteld en in welke gevallen, alsmede wat concreet uit die eis voortvloeit, valt niet in min of meer algemene zin uit de jurisprudentie af te leiden. Het is daarom nog niet goed mogelijk een evenwichtige en tevens goed toepasbare bepaling terzake in de wet op te nemen. Het ligt ook niet voor de hand dit te doen zonder tegelijkertijd bepalingen omtrent het vertrouwensbeginsel ten aanzien van het geven of wijzigen van beschikkingen en wettelijke voorschriften te overwegen.

Bovendien geeft artikel 3:4 reeds in belangrijke mate richting aan de belangenafweging die bij het geven of wijzigen van de beleidsregel dient plaats te vinden. De nadelige gevolgen van een beleidsregel voor de betrokkenen mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Onder omstandigheden kan het hiermee in strijd zijn, indien bij het invoeren of wijzigen van een beleidsregel bestaande belangen niet geheel of gedeeltelijk worden ontzien. In andere gevallen is de onmiddellijke volledige invoering van een beleidsregel of van een wijziging daarvan zo belangrijk en zijn de nadelen daarvan voor de betrokkenen zo beperkt, dat het gerechtvaardigd is de eventuele gevestigde belangen niet te eerbiedigen. Overigens kan dan nog wegens de bijzondere omstandigheden van het geval het belang bij afwijking van de beleidsregel zo dringend zijn, dat het bestuursorgaan ingevolge artikel 4.4.5 gehouden is in dat geval van de beleidsregel af te wijken.

Al met al is er onvoldoende reden dit onderwerp thans in de wet te regelen.

Dit geldt ook voor een nadere regeling van de procedure bij de voorbereiding van beleidsregels. Zo is wel aangedrongen op een algemene verplichting tot het geven van inspraak bij beleidsregels (Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen in zijn advies over het voorontwerp). Hierover zij opgemerkt dat afdeling 3.4 en 3.5 procedures bevatten die gericht zijn op het betrekken van een ruime kring van belanghebbenden bij de voorbereiding van besluiten. Deze procedures zijn ook geschikt om bij de voorbereiding van beleidsregels gebruikt te worden. Het gaat echter, gezien de daaraan verbonden bestuurslasten, te ver om één van deze procedures bij beleidsregels steeds dwingend voor te schrijven. Het kan beter aan de bijzondere wetgever of aan het bestuursorgaan worden overgelaten in de gevallen, waarin dat aangevoelen is, één van de genoemde afdelingen van toepassing te verklaren.

Artikel 1.3

Thans geeft geen enkel wettelijk voorschrift een omschrijving van het begrip beleidsregel. Ook uit de rechtspraak komt geen scherpe afbakening van dit begrip naar voren. Alleen al gelet op de praktische betekenis die de Algemene wet bestuursrecht nu reeds heeft voor het hanteren van

beleidsregels, dient zij dit begrip te omschrijven. Op grond van de systematiek van de wet is deze begripsomschrijving opgenomen in hoofdstuk 1, door toevoeging van een nieuw vierde lid aan artikel 1:3.

Deze begripsomschrijving bevat alleen de kenmerken van de beleidsregel. In welke gevallen beleidsregels kunnen worden vastgesteld, wordt in artikel 4.4.1 geregeld, terwijl de mate waarin beleidsregels binden in artikel 4.4.5 is neergelegd.

Hieronder wordt nader ingegaan op de afzonderlijke elementen van het begrip beleidsregel.

Een besluit

Dit element brengt tot uitdrukking dat de Algemene wet bestuursrecht betrekking heeft op beleidsregels die bij schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling zijn gegeven. Dit sluit twee aan beleidsregels verwante verschijnselen uit: de slechts mondeling naar buiten gebrachte gedragslijn, en het geleidelijk ontstaan van een vaste bestuurspraktijk.

Wanneer geleidelijk, door een reeks van beslissingen in de uitoefening van de bestuursbevoegdheid, een vaste praktijk ontstaat, wordt – ook in de rechtspraak – het resultaat niet zelden aangeduid als de beleidsregel, het vaste beleid of de vaste praktijk. Dit type «beleidsregel» wordt niet door middel van één handeling gegeven, doch ontstaat door een reeks van besluiten of andere handelingen. Op het ontstaan van een dergelijke «beleidsregel» kunnen de hoofdstukken 3 en 4 gezien hun opzet niet rechtstreeks betrekking hebben. Het vloeit derhalve uit het systeem van de wet voort en het komt de duidelijkheid ook ten goede indien het ontstaan van een dergelijke praktijk buiten het begrip beleidsregel van de Algemene wet bestuursrecht wordt gehouden. Om misverstanden te vermijden zal in deze toelichting dit type niet meer worden aangeduid als beleidsregel doch als vaste bestuurspraktijk.

In dit verband valt nog het volgende op te merken. De gebondenheid aan de vaste bestuurspraktijk zal ingevolge de beginselen van behoorlijk bestuur – met name het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel veelal niet wezenlijk verschillen van de gebondenheid aan beleidsregels in de zin van de wet, zoals die in artikel 4.4.5 is neergelegd. Maar dan zal het bestaan van een vaste praktijk wel aannemelijk moeten worden gemaakt (zie bijv. HR 19-1-1983, BNB 1983, 133). Een enkel precedent of het enkele bestaan van een intern beleidsvoornemen is niet voldoende. Een belangrijk verschil is echter wel dat een op schrift gestelde en bekendgemaakte beleidsregel volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad als «recht» in de zin van artikel 99 Wet R.O. beschouwd kan worden. Een verschil zal voorts zijn dat ingevolge artikel 4.4.3 aan de motivering van een besluit dat op een beleidsregel berust, andere eisen worden gesteld dan aan de motivering van andere besluiten, ook al zijn deze in overeenstemming met een vaste gedragslijn.

Buiten het begrip beleidsregel vallen voorts slechts mondeling bekend gemaakte beleidsvoornemens. Niettemin is het niet uitgesloten, dat een dergelijk voornemen bij een burger dusdanige gerechtvaardigde verwachtingen wekt, dat het bestuursorgaan gehouden is deze te honoreren.

Vorm en aanduiding van een schriftelijk stuk zijn niet beslissend voor de vraag of dat stuk als een besluit kan worden aangemerkt. Het is dus mogelijk dat een beleidsregel is opgenomen in een stuk dat wordt aangeduid als beleidsnota, circulaire of zelfs brief. Daarbij moet dan wel bedacht worden, dat een besluit eerst in werking kan treden nadat het overeenkomstig de voorschriften van afdeling 3.6 is bekendgemaakt (artikel 3:40). Een in een beleidsnota of circulaire opgenomen regel die overigens aan de begripsomschrijving van artikel 1:3, vierde lid, voldoet, heeft dus pas de rechtsgevolgen van een beleidsregel, indien die

beleidsnota of circulaire door publicatie of op een andere geschikte wijze is bekendgemaakt (artikel 3:42). Wat een geschikte wijze van bekendmaking is kan niet in het algemeen gezegd worden; dat hangt mede van aard, inhoud en doelgroep van de beleidsregel af. Bij wijze van voorbeeld zij gewezen op HR 11-12-1991, AB 1992, 390, waarin de Hoge Raad in de sfeer van de inkomstenbelasting het opnemen van een beleidsregel in de toelichting bij het aangiftebiljet als een behoorlijke wijze van bekendmaking aanmerkte.

Niet inhoudende een algemeen verbindende voorschrift

Hiervoor is reeds aangegeven, dat de Algemene wet bestuursrecht het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften handhaaft. Maar omdat het ontbreken van een wettelijke grondslag niet langer het beslissende kenmerk van de beleidsregel is, kan de wetgever voortaan de bevoegdheid tot beleidsregelgeving ook uitdrukkelijk aan een bepaald orgaan toekennen. In algemene zin geschiedt dit in artikel 4.4.1 aan het bestuursorgaan, wiens bevoegdheden voorwerp van de beleidsregels zijn. Er kan echter behoefte bestaan die bevoegdheid ook aan een ander orgaan toe te kennen, of uitdrukkelijk voor te schrijven dat er een beleidsregel moet worden vastgesteld. Zo komt het in de bestaande wetgeving wel eens voor, dat de wetgever een bevoegdheid tot regelgeving toekent, maar tegelijkertijd, al dan niet uitdrukkelijk, aangeeft dat van die regels in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken. Dit is het geval bij de richtlijnen die het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg ingevolge artikelen 11 en volgende van de Wet tarieven gezondheidszorg inzake de uitoefening van zijn eigen goedkeuringsbevoegdheden dient te geven. Hiervoor werd ook het voorbeeld van artikel 148 Gemeentewet genoemd.

Thans worden dergelijke regels, ondanks de afwijkingsbevoegdheid, vaak als algemeen verbindende voorschriften aangemerkt (vgl. voor de richtlijnen van het COTG bijvoorbeeld CBb 3-8-1984, AB 1986, 76; CBb 27-1-1987, SEW 1987, blz. 526). Indien deze regels naar hun object – het geven van voorschriften over een reeds bestaande bestuursbevoegdheid – en naar hun rechtsgevolgen praktisch niet van beleidsregels verschillen, verdient het uit een oogpunt van eenvoud en overzichtelijkheid de voorkeur om dit type regels in het vervolg als beleidsregels te beschouwen en aan te duiden. Het tweede lid van artikel 4.4.1 opent daartoe de mogelijkheid. In de toelichting op genoemd artikellid wordt daarop nader ingegaan.

Dat een algemene regel geeft

De beleidsregel verschilt van de individuele toezegging, doordat niet voor één geval, maar voor een reeks van gevallen wordt aangegeven hoe de betreffende bestuursbevoegdheid zal worden uitgeoefend. Voorts geldt voor de beleidsregel dat zij zich richt tot een open, in abstracto omschreven groep van personen. Deze twee elementen zijn tot uitdrukking gebracht in het begrip «algemene regel». Op deze punten verschilt de beleidsregel niet van een algemeen verbindend voorschrift inzake de uitoefening van een bestuursbevoegdheid.

Omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de interpretatie van wettelijke voorschriften

In de literatuur en in het Eindrapport «Orde in de regelgeving» van de Commissie Wetgevingsvraagstukken worden veelal vier categorieën beleidsregels onderscheiden: binnenwettelijke, buitenwettelijke en tegenwettelijke (of van de wet afwijkende) beleidsregels enerzijds en wetsinterpreterende regels anderzijds.

Binnenwettelijke beleidsregels betreffen de uitoefening van bevoegdheden van bestuursorganen die door een wettelijk voorschrift min of meer genormeerd zijn. Naarmate het wettelijk voorschrift door het toekennen van beoordelings- of beleidsvrijheid bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid meer ruimte geeft voor belangenafweging, is er meer ruimte voor beleidsregelgeving. Die ruimte is zeer groot, indien de bestuursbevoegdheid in het geheel niet door wettelijke voorschriften is genormeerd. Dat is het geval bij buitenwettelijke bestuurstaken, dat wil zeggen taken waarover de wetgever in het geheel niets heeft bepaald. Een voorbeeld daarvan is het verlenen van subsidies zonder wettelijke regeling als basis. Daarop betrekking hebbende beleidsregels worden wel als buitenwettelijke beleidsregels aangeduid.

Het rechtskarakter van deze beleidsregels verschilt niet van dat van binnenwettelijke beleidsregels. Bezie men de praktische betekenis van de verschillende soorten van beleidsregels, dan zal echter duidelijk zijn dat deze groter kan zijn naarmate de ruimte die aan het bestuur is gelaten, groter is. Die ruimte is maximaal indien het om buitenwettelijke beleidsregels gaat. Overigens is de betekenis van buitenwettelijke beleidsregels de laatste jaren sterk teruggedrongen, onder meer door de toenemende wettelijke regulering van financiële verstrekkingen (bijvoorbeeld door de Wet individuele huursubsidie en de Wet op de studiefinanciering.

Deze beide typen van beleidsregels zijn in artikel 1:3, vierde lid, omschreven als «regels omtrent de afweging van belangen of de vaststelling van feiten».

Voor zover een bestuursorgaan de ruimte heeft tot afweging van belangen – hetgeen zowel bij binnenwettelijke als bij buitenwettelijke beleidsregels het geval is – kan het ten aanzien van die belangenafweging beleidsregels geven. Het zal daarbij de relevante geschreven rechtsregels bijvoorbeeld die van hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht – alsook het ongeschreven recht in acht moeten nemen.

Ook kunnen beleidsregels worden vastgesteld omtrent de vaststelling van feiten. Hierbij valt vooral te denken aan regels betreffende de wijze waarop bepaalde grootheden – bijvoorbeeld geluidsniveaus of concentraties van schadelijke stoffen – gemeten worden. Nu de meetmethoden van invloed kunnen zijn op de resultaten van de meting, is het voor betrokkenen van belang dat het bestuursorgaan ook in dit opzicht voorspelbaar en consistent handelt.

Als derde categorie van beleidsregels werd hiervoor die van de tegenwettelijke genoemd. Bij de uitvoering van wetten wordt soms een zekere vrijheid betracht, die niet uitdrukkelijk door de wet geboden wordt, waarbij deze zelf genomen vrijheid vervolgens vaak weer door beleidsregelgeving wordt gereguleerd. Deze beleidsregels worden wel als tegenwettelijke beleidsregels of van de wet afwijkende beleidsregels aangeduid.

Deze categorie beleidsregels is om voor de hand liggende redenen in de begripsomschrijving niet afzonderlijk genoemd. Tegenwettelijke beleidsregels zijn doorgaans wel beleidsregels in de zin van artikel 1:3, vierde lid, maar zij zijn wegens strijd met de wet in beginsel onverbindend. Bevoegdheden van bestuursorganen vinden hun grenzen in de wet, en dat geldt – uiteraard – ook voor de uit artikel 4.4.1 voortvloeiende bevoegdheid het vaststellen van beleidsregels. Indien de wetgever het bestuur geen ruimte heeft gegeven tot een belangenafweging, of een bepaalde wijze van feitenvaststelling heeft voorgeschreven, mag het bestuur daarvan niet afwijken, en derhalve ook geen beleidsregels van die strekking maken. Alleen voor zover op grond van het ongeschreven recht in de rechtspraak wordt erkend dat het bestuur zich in uitzonderlijke gevallen van de wet mag losmaken, ligt dit wellicht anders.

Een en ander is in overeenstemming met het standpunt dat het toenmalige kabinet heeft ingenomen in navolging van het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken: een met de wet strijdig beleid is ongewenst en moet zo snel mogelijk worden beëindigd (Kamerstukken II 1986/87, 20 038, nr. 2, blz. 4).

De begripsomschrijving omvat wel de vierde categorie van beleidsregels: de wetsinterpreterende regels. Artikel 4.4.1 geeft dus ook de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen omtrent de interpretatie van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Vele wettelijke voorschriften bevatten min of meer vage normen, welke nader geconcretiseerd moeten worden alvorens zij in de bestuurspraktijk kunnen worden gehanteerd. Vaak krijgt die concretisering de vorm van door het bestuursorgaan vastgestelde algemene regels. Deze regels worden in de literatuur en in het rapport «Orde in de regelgeving» aangeduid als wetsinterpreterende regels. In dit geval is het bestuursorgaan niet de ruimte gegeven om belangen af te wegen, maar moet het toepassing geven aan een objectief vaag criterium, bijvoorbeeld het criterium «passende arbeid» in artikel 24, eerste lid, onder b, Werkloosheidswet.

Het hierboven aangegeven onderscheid tussen de verschillende categorieën van beleidsregels heeft betekenis wanneer het gaat om de wijze waarop de rechter beleidsregels zal beoordelen. Daar waar het bestuur over beleidsvrijheid beschikt zal het die bij het formuleren van beleidregels kunnen invullen. Uiteraard behoort het daarbij te blijven binnen de grenzen die de wet en de beginselen van behoorlijke bestuur stellen, maar voor zover dat het geval is zal de rechter bij de toetsing van de door het bestuur gemaakte keuzes de vrijheid van het bestuur respecteren. Indien de regels echter betrekking hebben op gevallen waarin geen beleidsvrijheid bestaat, zoals bij wetsinterpreterende regels het geval is, zal de rechter niet een dergelijke afstandelijke houding aannemen. Integendeel, indien hij meent dat de interpretatie die het bestuur van de wet heeft gegeven onjuist is, zal hij de beleidsregel niet als rechtsgeldig aanmerken.

In wezen gaat het hier om hetzelfde verschil als ook bij andere besluiten bestaat: zo valt ook bij beschikkingen te onderscheiden tussen gevallen waarin geen beleidsvrijheid bestaat – gebonden beschikkingen – en die waarin dat wel het geval is. Evenmin als dat bij beschikkingen en andere besluiten het geval is, behoort dit verschil in de mate van rechterlijke toetsing te leiden tot een verschil in de wijze waarop beleidsregels in de Algemene wet bestuursrecht geregeld moeten worden. Het gaat hier immers niet over de wijze van toetsing door de rechter, maar over de vraag hoe bestuursorganen moeten handelen bij het totstandkomen en naleven van beleidsregels.

Gezien het voorgaande kunnen wij de adviezen over het voorontwerp van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet volgen. Daarin wordt het standpunt ingenomen dat, gezien het verschil in toetsing door de rechter tussen regels die het gebruik van beleidsvrijheid normeren en regels die de uitlegging van wettelijke voorschriften betreffen, titel 4.4 niet voor laatstgenoemde regels zou moeten gelden. Een belangrijke reden voor dit standpunt lijkt te zijn dat de gelijke behandeling in de Awb de indruk zou wekken dat de regels ook voor de rechterlijke toetsing op één lijn gesteld moeten worden. Die indruk wordt echter geenszins gewekt, nu de regeling in de Awb over de toetsing niets regelt. Zij is even onjuist als het standpunt dat de regeling voor beschikkingen, die zowel voor vrije als voor gebonden beschikkingen geldt, zou suggereren dat de toetsing door de rechter van die verschillende soorten van beschikkingen op dezelfde manier zou moeten geschieden. Wij onderschrijven dan ook het uitgangspunt van de adviezen – dat er een wezenlijk verschil in toetsing

door de rechter van de verschillende soorten van beleidsregels bestaat – maar achten de voorgestelde regeling daarmee niet in strijd.

Ten aanzien van de overige aspecten is het aangewezen om wetsinterpreterende regels in de Algemene wet bestuursrecht op dezelfde wijze te behandelen als andere beleidsregels. Wetsinterpreterende regels vervullen in het verkeer tussen bestuursorganen en burgers dezelfde functie als andere beleidsregels. Zij zijn voor de voorspelbaarheid en beheersbaarheid van het bestuursoptreden en de gelijkheid van behandeling veelal niet minder belangrijk. In beide gevallen gaat het enerzijds om het bewerkstelligen van eenheid in het bestuursoptreden door te verzekeren dat de invulling van beleidsvrijheid, dan wel de uitleg van wettelijke voorschriften binnen het bestuursorgaan op eenvormige wijze geschiedt, anderzijds om het aan de burger verschaffen van duidelijkheid over de door het bestuursorgaan te volgen gedragslijn. Het is dan ook van belang aan alle soorten beleidsregels in beginsel dezelfde eisen aangaande voorbereiding, vaststelling, bekendmaking en motivering te stellen. Evenmin is er reden deze regels van de toepassing van artikel 4.4.5 uit te zonderen (zie nader de toelichting bij dat artikel).

Hierbij komt nog, dat de verschillende typen beleidsregels in de praktijk vaak sterk verweven zijn. Het afwegen van belangen, het vaststellen van feiten en het uitleggen van wettelijke voorschriften zijn weliswaar te onderscheiden, maar in de praktijk veelal niet te scheiden aspecten van een geïntegreerd besluitvormingsproces. In één beleidsregeling komen vaak regels van verschillende typen voor. Ook om die reden is het noodzakelijk dat de regels inzake voorbereiding, bekendmaking, e.d. voor de verschillende typen gelijk zijn.

Derhalve wordt noch in artikel 1:3, vierde lid, noch in hoofdstuk 3 of titel 4.4 verschil gemaakt tussen de onderscheiden typen beleidsregels. Onder die omstandigheden is er evenmin aanleiding om in de Algemene wet bestuursrecht voor de verschillende typen verschillende aanduidingen te kiezen. Derhalve worden de verschillende hier onderscheiden soorten regels in de Algemene wet bestuursrecht als beleidsregels aangeduid.

Dit alles laat, het zij nogmaals benadrukt, het verschil in de omvang van de rechterlijke toetsing onverlet. De in een wetsinterpreterende regel gegeven uitleg is derhalve in zekere zin altijd voorlopig. Komt de rechter tot het oordeel dat een andere uitleg de juiste is, dan is die uitleg, en niet de wetsinterpreterende regel, voor bestuur en burger bindend. Vanuit het bestuur gezien verschilt ook deze situatie echter niet van de situatie waarin de rechter bij een regel inzake de afweging van belangen tot de conclusie komt dat de beleidskeuze van het bestuur, neergelegd in een beleidsregel, zich niet verdraagt met de toepasselijke wettelijke voorschriften of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In beide gevallen prevaleert uiteindelijk het rechterlijk oordeel boven dat van het bestuur en zal de beleidsregel moeten worden aangepast.

Samenvattend kunnen beleidsregels in de zin van de Algemene wet bestuursrecht dus betrekking hebben op de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij de uitoefening van een bevoegdheid. Deze omschrijving – die om wetssystematische redenen niet, zoals in het voorontwerp, in de bevoegdheidsbepaling van artikel 4.4.1, maar in de definitiebepaling is opgenomen – dekt alle aspecten van de bevoegdheidsuitoefening die voor de burger van belang zijn. Er buiten vallen bijvoorbeeld regels van intern-huishoudelijke aard («Over de verlening van subsidies boven de f 10 000 wordt de interne accountantsdienst vooraf geraadpleegd.») Dergelijke regels mogen uiteraard wel gesteld worden, maar het zijn geen beleidsregels; ze berusten ook niet op artikel 4.4.1, maar op de beheersbevoegdheden van het bestuursorgaan.

Beleidsregels hebben allereerst betrekking op de uitoefening van beschikkingsbevoegdheden, bijvoorbeeld tot verlening of intrekking van vergunningen of subsidies of tot benoeming of ontslag.

Gelet op de functie van beleidsregels in het bestuurlijk en maatschappelijk verkeer en de grondslag van de gebondenheid – gelegen in de beginselen van behoorlijk bestuur – is er echter alle aanleiding het begrip beleidsregel en de ordening daarvan in deze wet niet te beperken tot regels betreffende de uitoefening van beschikkingsbevoegdheden, maar uit te strekken tot regels betreffende alle bevoegdheden van bestuursorganen. Daarbij valt te denken aan bevoegdheden tot het geven van besluiten van algemene strekking, ja zelfs van algemeen verbindende voorschriften. Dat laatste is in de praktijk niet van groot belang, maar denkbaar is bijvoorbeeld dat een gemeenteraad beleidsregels zou opstellen met betrekking tot zijn bevoegdheid tot het vaststellen van bestemmingsplannen. Bepalend is of het geven van de algemene regel, gelet op de omstandigheden, als een publiekrechtelijke rechtshandeling kan worden beschouwd.

Voor algemene regels over de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden geldt hetzelfde. Gegeven het feit dat bestuursorganen gebruik maken van het privaatrecht bij de vervulling van publieke taken, vervullen deze regels in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen dezelfde functie als regels inzake de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Zij dienen dan ook aan hetzelfde wettelijk regime te worden onderworpen. Dit is in overeenstemming met het feit dat de beginselen van behoorlijk bestuur, die in het thans geldende ongeschreven recht de grondslag vormen voor de juridische betekenis van beleidsregels, volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad ook van toepassing zijn bij het gebruik van privaatrecht door bestuursorganen. Verwezen zij naar HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 (tolken) en HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (IKON).

Een en ander past ook in de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht. Afzonderlijke rechtshandelingen van bestuursorganen die betrekking hebben op het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen zijn niet om die reden ook privaatrechtelijk van aard. Zoals in de memorie van toelichting bij artikel 1:3 is uiteengezet (Kamerstukken II 1988/89, 21 221 nr. 3, blz 37), volgt de Algemene wet bestuursrecht niet de «oplostheorie» van de Afdeling rechtspraak, zodat onder het begrip «besluit» ook die rechtshandelingen van bestuursorganen vallen, die betrekking hebben op het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden, maar daarmee niet samenvallen. Voor dit wetsvoorstel heeft dat tot gevolg, dat beslissingen tot goedkeuring of tot vernietiging van een privaatrechtelijke rechtshandeling van andere bestuursorganen, of tot het vaststellen van een beleidsregel over dergelijke rechtshandelingen, besluiten in de zin van artikel 1:3 zijn.

Beleidsregels over de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden leveren derhalve dezelfde soort binding op als beleidsregels over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Indien bijvoorbeeld een bestuursorgaan in een beleidsregel aangeeft in welke gevallen en onder welke voorwaarden het overeenkomsten zal aangaan, zullen burgers daarop mogen afgaan, zoals zij ook mogen afgaan op soortgelijke regels over het verstrekken van subsidies.

Indien vervolgens een overeenkomst onder de aangegeven voorwaarden is aangegaan, zullen die voorwaarden vanaf dat moment de partijen bij de overeenkomst niet meer binden als beleidsregel, maar als onderdeel van de overeenkomst. Voor die situatie heeft de Hoge Raad (HR 10-1-1992, AB 1992, 282, NJ 1992, 670) beslist dat de door een gemeente gepubliceerde algemene voorwaarden voor uitgifte van grond in erfpacht

geen recht in de zin van artikel 99 Wet R.O. zijn: zij binden in die situatie als onderdeel van de inmiddels gesloten overeenkomst. In het midden kan blijven of het ook in die situatie niet wenselijk zou zijn in het belang van de rechtseenheid de algemene voorwaarden als recht te beschouwen, zoals in commentaren op het arrest wel is gesteld. De wetgever behoeft op dit moment geen standpunt in te nemen over de uitleg van artikel 99 Wet R.O..

Wel is het van belang te constateren dat in gevallen, waarin nog geen overeenkomst is gesloten maar de burger verlangt dat dit zal gebeuren conform de bekendgemaakte voorwaarden – hij verlangt dezelfde financiële voorwaarden of dezelfde looptijd als daarin vermeld, doch het bestuursorgaan wil niet onder die condities contracteren – de voorwaarden als beleidsregel zijn aan te merken.

De motivering van het zojuist aangehaalde arrest kan de indruk wekken dat de Hoge Raad ook in die situatie – die in het arrest dus niet aan de orde was – in de algemene voorwaarden geen beleidsregels zou zien. Wij nemen aan dat die indruk onjuist is, aangezien zij in strijd zou zijn met de betekenis die volgens constante jurisprudentie van de Hoge Raad ook in privaatrechtelijke verhoudingen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden toegekend, terwijl juist die beginselen leiden tot de binding aan beleidsregels zoals die in de jurisprudentie algemeen is aanvaard. Hoe dit echter ook zij, in de nu voorgestelde regeling zal er bij de beantwoording van de vraag of een bestuursorgaan bij het aangaan van een overeenkomst mag afwijken van bekendgemaakte algemene voorwaarden van moeten worden uitgegaan dat die voorwaarden in die situatie beleidsregels zijn.

Geen beleidsregels zijn de door een bestuursorgaan gestelde regels die louter betrekking hebben op de interne gang van zaken of de organisatie van de werkzaamheden. Voor zover dergelijke regels al bij besluit worden vastgesteld hebben ze geen betrekking op het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Daaronder worden in het gangbare juridische spraakgebruik immers slechts «externe» bevoegdheden begrepen, dat wil zeggen bevoegdheden van het bestuursorgaan die ingrijpen in rechten of belangen van burgers.

Ter voorkoming van misverstand zij er op gewezen, dat, eveneens overeenkomstig het gangbare spraakgebruik, het begrip bevoegdheid ook strikt gebonden bevoegdheden omvat. In die zin heeft de inspecteur der directe belastingen de bevoegdheid om een belastingaanslag op te leggen, ook al heeft hij veelal niet de vrijheid om van het opleggen daarvan af te zien. Ook regels over het gebruik van dergelijke bevoegdheden kunnen derhalve beleidsregels zijn; veelal zal het dan gaan om wetsinterpreterende regels.

Beleidsregels en plannen

Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat plannen – bijvoorbeeld de indicatieve plannen op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening – voor het grootste deel geen beleidsregels zullen bevatten, hoewel op zichzelf het enkele feit dat een regel is opgenomen in een als «plan» aangeduid document niet uitsluit dat die regel als beleidsregel moet worden aangemerkt. Niet de aanduiding is immers beslissend, maar de vraag of de regel materieel voldoet aan de begripsomschrijving van artikel 1:3, vierde lid.

In de praktijk zullen de beleidsuitspraken in plannen – anders dan de Raad van advies voor de ruimtelijke ordening lijkt aan te nemen – niet snel aan de elementen van deze begripsomschrijving voldoen. Niet iedere uitspraak over toekomstig beleid is een beleidsregel. Naar de inhoud moet het gaan om een algemene, voor herhaalde toepassing vatbare, regel voor het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Derhalve

is een beleidsuitspraak pas een beleidsregel als zij is toegesneden op een specifieke bestuursbevoegdheid, bijvoorbeeld een bevoegdheid tot het verlenen van een bepaald type vergunning of vrijstelling. Of in de woorden van de Hoge Raad: het moet gaan om regels die zich er naar inhoud en strekking toe lenen om jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast (HR 28-3-1990, NJ 1991, 118, AB 1990, 306). Beleidsuitspraken in plannen hebben doorgaans een globaler karakter.

Anders dan in het voorontwerp is in de definitie geen verwijzing naar de bevoegdheidsbepaling van artikel 4.4.1 opgenomen. Dit houdt verband met de in het nieuwe tweede lid van artikel 4.4.1 neergelegde mogelijkheid, dat bij wettelijke voorschrift de bevoegdheid tot beleidsregelgeving wordt toegekend aan een ander dan het als regel bevoegde bestuursorgaan. Hierop wordt nader ingegaan in de toelichting bij artikel 4.4.1, tweede lid.

TITEL 4.4

Artikel 4.4.1

Dit artikel geeft aan onder welke omstandigheden een bestuursorgaan bevoegd is tot het vaststellen van beleidsregels. Daarmee wordt de bevoegdheid tot beleidsregelgeving, die tot dusver in de bestuursbevoegdheid geïmpliceerd werd geacht, uitdrukkelijk in de wet vastgelegd. Zoals in de algemene toelichting op het onderdeel beleidsregels uiteen is gezet, betekent dit niet dat beleidsregels nu toch algemeen verbindende voorschriften worden, omdat zij nu wettelijk worden geregeld. Het feit dat in artikel 4.4.1 de bevoegdheid wordt vastgelegd om regels te stellen die een ander karakter hebben dan algemeen verbindende voorschriften, maakt duidelijk dat het hier om een andere rechtsfiguur gaat. Dienovereenkomstig zijn de rechtsgevolgen in deze titel dan ook anders geregeld dan die van algemeen verbindende voorschriften.

Indien een bestuursorgaan bij de uitoefening van een bevoegdheid over veel ruimte voor belangenafweging beschikt of vage wettelijke criteria moet hanteren, kan het van groot belang zijn dat beleidsregels worden vastgesteld. Daardoor wordt de uitoefening van de bestuursbevoegdheid beter beheersbaar en is een gelijke, niet willekeurige behandeling van de justitiabelen beter gewaarborgd. Dat geldt vooral als zeer veel besluiten moeten worden genomen, en in het bijzonder als dat krachtens mandaat of gedeconcentreerd gebeurt.

Bovendien vergroot beleidsregelgeving de voorspelbaarheid van het bestuursoptreden. Dit is zowel in het belang van de rechtszekerheid van de burger als van de doeltreffendheid van het bestuursoptreden, omdat de burger zich dan meer zal richten naar de bakens die het bestuursorgaan heeft uitgezet.

Een en ander heeft de Commissie Wetgevingsvraagstukken in haar Eindrapport «Orde in de regelgeving» gebracht tot de stelling dat uit een ruim omschreven bestuursbevoegdheid impliciet niet alleen de bevoegdheid, maar ingevolge de beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel zelfs een verplichting tot beleidsregelgeving voortvloeit (blz. 21).

Tegen het opnemen van een zo ruime verplichting tot beleidsregelgeving in de Algemene wet bestuursrecht zijn echter drie bezwaren aan te voeren.

In de eerste plaats kunnen er goede redenen zijn om ondanks de ruimte voor belangenafweging of wetsuitleg (vooralsnog) geen beleidsregels vast te stellen. Soms verschaft de wetgever deze ruimte omdat nog niet goed in algemene zin valt aan te geven hoe de belangenafweging of nadere wetsuitleg dient plaats te vinden. In verband hiermee zal het in

bepaalde gevallen evenmin mogelijk of verantwoord zijn terstond na de inwerkingtreding van de wet min of meer uitgewerkte beleidsregels vast te stellen. Gelet op de eisen die onder meer uit de artikelen 3:2 en 3:4 voortvloeien, zullen beleidsregels van de vereiste kwaliteit in die gevallen meestal pas kunnen worden vastgesteld nadat eerst enige ervaring met het gebruik van de nieuwe bestuursbevoegdheid is opgedaan. Uiteraard betekent dit niet dat het bestuursorgaan bij afwezigheid van beleidsregels naar willekeur zou mogen handelen. De te nemen besluiten zullen immers vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de wet moeten voldoen aan de artikelen 3:2 en 3:4. Derhalve zal het bestuur zich op dat tijdstip een beeld moeten hebben gevormd van een beleid dat bij de uitvoering zal worden gevoerd. Het kan nuttig zijn dit beeld reeds aanstonds vast te leggen in een beleidsregel, die in een later stadium indien nodig kan worden bijgesteld aan de hand van de ervaringen en de mogelijk veranderde inzichten. Zoals gezegd geldt dit echter niet in alle gevallen, zodat een algemene verplichting tot beleidsregelgeving ongewenst is.

In de tweede plaats kan de ruimte voor belangenafweging verschaft zijn opdat het bestuursorgaan bij het gebruik van de bestuursbevoegdheid plannen zal kunnen vaststellen. Planning kan eveneens bijdragen aan een consistent, beheersbaar en voorspelbaar gebruik van de bestuursbevoegdheid, ook al worden daarbij niet op dezelfde wijze algemene criteria geformuleerd als bij het vaststellen van beleidsregels.

In de derde plaats zou een bepaling, die inhoudt dat bij het gebruik van een bestuursbevoegdheid «in beginsel» of «zo enigszins mogelijk» beleidsregels moeten worden vastgesteld, te onbepaald zijn. De twee hiervoor genoemde bezwaren laten zien dat het bestuursorgaan zich in tamelijk veel gevallen terecht op een dergelijke clausule zou kunnen beroepen. Daardoor zou een dergelijke bepaling aan bestuursorganen, burgers en de rechter te weinig houvast bieden en te weinig praktische betekenis hebben.

Deze bezwaren gelden niet indien geleidelijk een bestendige bestuurspraktijk is ontstaan. Dan is het goed mogelijk en uit een oogpunt van algemene kenbaarheid ook wenselijk deze bestendige praktijk in beleidsregels neer te leggen, tenzij het even goed mogelijk is de bestuurspraktijk in wettelijke voorschriften vast te leggen.

Tegen deze achtergrond heeft de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht in het voorontwerp voorgesteld te bepalen, dat een bestuursorgaan dat bij het gebruik van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten of het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen een vaste gedragslijn volgt, verplicht is deze in een beleidsregel neer te leggen, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat. Het praktische belang daarvan is onder meer dat bij het neerleggen van een vaste gedragslijn in een beleidsregel ingevolge artikel 3:42 de kenbaarheid van de gedragslijn is gewaarborgd, alsmede dat het bestuursorgaan dan ingevolge afdeling 3.7 verplicht is de inhoud van de regel deugdelijk te motiveren.

Hoewel, zoals hiervoor reeds bleek, de argumenten voor dit voorstel ons in beginsel aanspreken, dient anderzijds rekening gehouden te worden met de lasten die een dergelijke verplichting voor het bestuur meebrengt. Daarbij speelt ook een rol, dat niet eenvoudig is aan te geven wanneer een vaste gedragslijn ook voor de burgers een zodanige betekenis heeft dat omzetting in een schriftelijke beleidsregel gewenst is.

Alles afwegende hebben wij daarom, in afwijking van het voorontwerp, geen verplichting tot het vaststellen van beleidsregels voorgesteld. Artikel 4.4.2 uit het voorontwerp is dan ook komen te vervallen. Wij verwachten overigens, dat artikel 4.4.3, waarin is bepaald dat, indien een beleidsregel is vastgesteld en bekendgemaakt, bij de motivering van besluiten met een verwijzing naar die beleidsregel kan worden volstaan, bestuursorganen in voldoende mate zal aanmoedigen om beleidsregels vast te stellen en

bekend te maken. Het ligt dan ook minder in de rede om daarnaast nog een uitdrukkelijke verplichting tot het vaststellen van beleidsregels op te nemen.

Eerste lid

De meeste beleidsregels worden vastgesteld door het bestuursorgaan, dat over de desbetreffende bestuursbevoegdheid beschikt zelf, dan wel in mandaat namens dat bestuursorgaan.

Een hoger bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid van een ander bestuursorgaan, is vanuit die verantwoordelijkheidspositie bevoegd en soms zelfs verplicht de uitoefening van de bestuursbevoegdheid te sturen door onder meer algemene instructies. De Hoge Raad heeft dit nadrukkelijk uitgesproken met betrekking tot de bevoegdheid van de Minister van Financiën betreffende de uitoefening van aan de belastinginspecteurs geattribueerde beschikkingsbevoegdheden (HR 12-4-1978, NJ 1979, 533; AB 1979, 262; BNB 1978, 135-137). Indien het verantwoordelijke, hogere bestuursorgaan deze instructies bekend maakt, mag de burger, juist omdat het hogere bestuursorgaan verantwoordelijk is, erop rekenen dat het lagere bestuursorgaan zich zowel tot zijn voordeel als tot zijn nadeel aan de instructies zal houden. In literatuur en rechtspraak wordt dan ook terecht aangenomen, dat het lagere bestuursorgaan aan deze instructies in beginsel op dezelfde wijze gebonden is als aan door dat orgaan zelf gegeven beleidsregels. Het wetsvoorstel (artikel 1:3, vierde lid, in verbinding met artikel 4.4.1) zet deze lijn voort door ook deze algemene instructies, mits deze schriftelijk zijn gegeven en geen algemeen verbindende voorschriften zijn, als beleidsregels aan te merken. In titel 4.4 wordt geen onderscheid gemaakt tussen deze beleidsregels en beleidsregels van het bestuursorgaan dat zelf over de bestuursbevoegdheid beschikt.

Indien een bestuursbevoegdheid wordt gemandateerd, is de mandaatgever, en niet de gemandateerde, bevoegd daarover beleidsregels te geven. De bevoegdheid komt immers nog steeds aan de mandaatgever toe, zij het dat zij namens hem door de gemandateerde wordt uitgeoefend. Het mandaat van een beschikkingsbevoegdheid impliceert niet dat ook de veel ingrijpender bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels wordt gemandateerd. In veel gevallen zal het bestuursorgaan deze laatste bevoegdheid zelf willen blijven uitoefenen. Indien een bevoegdheid aan een groot aantal ambtenaren wordt gemandateerd, zou het uiteraard ook ongewenst zijn dat die ambtenaren elk hun eigen beleidsregels zouden kunnen vaststellen.

Anderzijds behoeft niet te worden uitgesloten – en dat is in artikel 1A.1.1.2 dan ook niet geschied – dat de bevoegdheid tot beleidsregelgeving zelf uitdrukkelijk gemandateerd wordt. Het is denkbaar dat bijvoorbeeld een beschikkingsbevoegdheid wordt gemandateerd aan een aantal ambtenaren van een uitvoerende dienst, en tegelijk de beleidsregelbevoegdheid aan het hoofd van de dienst.

Voor het geval een bestuursbevoegdheid wordt gedelegeerd, is gekozen voor het stelsel dat zowel de delegans als de delegataris beleidsregels kunnen geven over het gebruik van de gedelegeerde bevoegdheid. De delegataris kan zijn eigen verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid niet waarmaken zonder de mogelijkheid beleidsregels te stellen. Een correcte bevoegdheidsuitoefening vergt immers in veel gevallen het vaststellen van beleidsregels.

Anderzijds is het gewenst dat de delegans de mogelijkheid behoudt om de uitoefening van een gedelegeerde bevoegdheid op hoofdlijnen te sturen. Naar heersende leer is de delegans dan ook bevoegd de delegataris algemene aanwijzingen te geven (zie ook de toelichting bij artikel

1A.1.2.4). Deze algemene aanwijzingen worden in het wetsvoorstel aangemerkt als beleidsregels. Dit is het meest in overeenstemming met de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht en de plaats die beleidsregels daarin innemen. Kenmerkend voor beleidsregels is immers, dat zij een in sterke mate bindend effect hebben, maar toch, anders dan algemeen verbindende voorschriften, het bestuursorgaan in geval van bijzondere omstandigheden nopen na te gaan of een afwijking van die regels aangewezen is. In geval van delegatie zal de delegans, voordat hij tot delegatie overging, wel de bevoegdheid hebben gehad tot het stellen van beleidsregels, maar niet die tot het geven van algemeen verbindende voorschriften. Het is hiermee moeilijk te verenigen dat de regels die hij voor het uitoefenen van zijn bevoegdheid kan geven, en die na delegatie blijft bestaan in de vorm van de mogelijkheid algemene aanwijzingen te geven, door de delegatie van karakter zouden veranderen. Een bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften kan de delegans aan zijn bevoegdheid tot delegatie dus niet ontnemen; slechts indien hij op andere grond reeds dergelijke voorschriften zou mogen vaststellen, zal hij die uiteraard behouden.

Wij hebben daarom, anders dan in het voorontwerp, in artikel 4.4.1 uitdrukkelijk neergelegd dat een bestuursorgaan beleidsregels kan geven met betrekking tot een door hem gedelegeerde bevoegdheid. In geval van strijd tussen de beleidsregels van de delegans en die van de delegataris gelden in beginsel eerstgenoemde; men zie nader de toelichting bij artikel 4.4.5.

Het komt nogal eens voor, dat over de uitoefening van een bestuursbevoegdheid uitspraken worden gedaan door organen, die volgens artikel 4.4.1 niet bevoegd zijn om beleidsregels vast te stellen. Men denke aan de richtlijnen die de centrale overheid, zonder daartoe bij wettelijk voorschrift de bevoegdheid te hebben verkregen, uitvaardigt omtrent de wenselijk geachte bevoegdheidsuitoefening door lagere overheden. Een ander voorbeeld vormen de uitspraken die een vertegenwoordigend lichaam – alweer, zonder dat daartoe bij wettelijk voorschrift de bevoegdheid is gegeven doet inzake de wijze waarop het bestuursorgaan dat aan het vertegenwoordigend lichaam verantwoording verschuldigd is, zijn bestuursbevoegdheid in algemene zin dient uit te oefenen. Genoemd kunnen ook worden de algemene aanbevelingen van overlegorganen of adviescolleges omtrent de bevoegdheidsuitoefening door de betrokken bestuursorganen. In al deze gevallen worden richtlijnen, oordelen of adviezen gegeven door organen of instellingen die zelf geen verantwoordelijkheid voor de bevoegdheidsuitoefening van het betrokken bestuursorgaan dragen – al achten zij het wel tot hun taak het betrokken bestuursorgaan van hun opvatting te verwittigen.

Deze richtlijnen, oordelen of aanbevelingen kunnen niet de betekenis van beleidsregels hebben, omdat zij niet zijn vastgesteld door organen die over een bevoegdheid tot beleidsregelgeving beschikken. Dit is in overeenstemming met hetgeen in het algemeen geldt indien een besluit is genomen door een orgaan dat daartoe niet de bevoegdheid heeft. Genoemde richtlijnen of aanbevelingen hebben dan ook niet de rechtsgevolgen die titel 4.4 aan beleidsregels verbindt. Zij kunnen het betrokken bestuursorgaan dan ook niet direct binden. Indirect kan er wel een zekere binding ontstaan, omdat de beginselen van behoorlijk bestuur onder omstandigheden met zich kunnen brengen, dat het bestuursorgaan op die richtlijnen, oordelen of aanbevelingen zorgvuldig acht slaat en daarvan, net als van adviezen in het algemeen, niet zonder goede reden afwijkt (vgl. artikel 3.6.5). Dit zal met name het geval zijn wanneer de aanbevelingen op technisch of wetenschappelijk onderzoek gebaseerd zijn, zoals bijvoorbeeld in het milieurecht nogal eens het geval is.

Dit is echter onvoldoende reden om aan dergelijke, in beginsel niet bindende, richtlijnen en adviezen als bindend voor het betrokken

bestuursorgaan te beschouwen. Daarmee is, dit voor alle duidelijkheid, niet gezegd dat het geven van dergelijke richtlijnen, oordelen of adviezen onrechtmatig zou zijn. Bepaald is slechts, dat deze niet de rechtsgevolgen hebben die titel 4.4 aan beleidsregels verbindt.

De zojuist bedoelde richtlijnen, uitspraken en adviezen kunnen wel de rechtsgevolgen van beleidsregels krijgen indien een tot beleidsregelgeving bevoegd bestuursorgaan deze richtlijnen overneemt en daarmee tot eigen beleidsregels maakt. Dit komt met name bij van rijkswege uitgegeven richtlijnen op het terrein van het milieubeleid nogal eens voor.

Het overnemen van richtlijnen en dergelijke vergt een uitdrukkelijke schriftelijke beslissing van het bestuursorgaan, inhoudende dat de richtlijnen voortaan bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid in acht genomen zullen respectievelijk dienen te worden. Net als beleidsregels die het bestuursorgaan geheel op eigen initiatief maakt, zullen ook deze beleidsregels eerst als zodanig in werking treden als ze overeenkomstig artikel 3:42 bekendgemaakt zijn. Indien het bestuursorgaan – of het bestuursorgaan onder de verantwoordelijkheid waarvan het werkzaam is – de van elders aangedragen regels stilzwijgend overneemt door daaraan bij de afzonderlijke besluiten in de uitoefening van de bestuursbevoegdheid toepassing te geven, ontstaat er geen beleidsregel in de zin van de wet, hooguit een vaste bestuurspraktijk.

Weer anders is het geval waarin de beleidsregel van een vergelijkbaar bestuursorgaan – een ander college van burgemeester en wethouders, een andere minister, het bestuur van een andere bedrijfsvereniging – aan het betreffende bestuursorgaan wordt voorgehouden. Dan is er wel een beleidsregel in de zin van de wet, maar deze betreft niet de bevoegdheidsuitoefening door het betrokken bestuursorgaan. Met andere woorden: de beleidsregel geldt niet voor laatstbedoeld orgaan, en bindt dit orgaan derhalve niet.

Tot slot zij opgemerkt, dat het krachtens artikel 4.4.1 bevoegde bestuursorgaan in sommige gevallen ook bevoegd is tot het geven van beleidsregels, indien het tevens over de bevoegdheid beschikt om terzake van de uitoefening van een bevoegdheid algemeen verbindende voorschriften te stellen. Het is, zeker bij nieuw beleid, denkbaar dat het bestuursorgaan er voor zou willen kiezen eerst enige tijd met beleidsregels te werken alvorens tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften over te gaan. Deze mogelijkheid staat echter niet in alle gevallen open. Beleidsregels zijn in de eerste plaats niet mogelijk indien het bestuursorgaan niet bevoegd, maar verplicht is om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. In die situatie zijn beleidsregels zonder meer uitgesloten. Beleidsregels kunnen dan wel nog een rol spelen bij de concretisering van het betreffende algemeen verbindende voorschrift. Indien het algemeen verbindende voorschrift nog vage termen of discretionaire elementen bevat, kunnen die op hun beurt gaandeweg nader worden ingevuld door beleidsregels.

Beleidsregels zijn in beginsel wel mogelijk indien het bestuursorgaan bevoegd doch niet verplicht is tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften. Voor de beantwoording van de vraag of dit in een concreet geval mogelijk is, weegt de bedoeling van de wetgever het zwaarst. Het kan zo zijn dat de wetgever er uitdrukkelijk voor gekozen heeft om de nadere regels uitsluitend in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift te laten vaststellen. De omstandigheid dat in de wet aan een bestuursorgaan de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften wordt toegekend, behoeft op zichzelf niet tot het aannemen van een dergelijke bedoeling te leiden.

In veel gevallen echter zal de wetgever zich niet uitdrukkelijk over de toelaatbaarheid van beleidsregels hebben uitgelaten. Of beleidsregels dan zijn toegestaan, hangt af van verschillende factoren. Mede van belang is of de door de wetgever gekozen vorm waarin de nadere regelgeving moet worden gegoten, met bijzondere waarborgen is omkleed. Dit is bijvoorbeeld het geval bij algemene maatregelen van bestuur en bij ministeriële regelingen, waarvoor een voorhangprocedure geldt. In die situatie ligt het gebruik van beleidsregels niet in de rede. In gevallen waarin beleidsregels in vergelijking tot de door de wetgever gekozen vorm van nadere regelgeving niet of nauwelijks met minder waarborgen omkleed, ligt de situatie anders. Van belang daarbij is dat ook voor de totstandkoming van beleidsregels procedurele waarborgen gelden. Gewezen kan worden op hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht, waarin onder meer regels zijn opgenomen inzake de voorbereiding en bekendmaking van besluiten. Deze voorschriften gelden ook voor beleidsregels. Op die grond menen wij dat beleidsregels in die situaties eerder zijn toegestaan.

Of de nadere regelgeving met bijzondere waarborgen is omkleed, behoeft naar onze mening niet doorslaggevend te zijn. Ook andere factoren kunnen een rol spelen. Van belang zou kunnen zijn of het gaat om een open geformuleerde delegatiebepaling of dat de regelgeving betrekking heeft op concreet omschreven onderwerpen. In het eerste geval heeft de wetgever kennelijk geen helder omlind idee gehad omtrent de inhoud van de nadere regels en zijn beleidsregels daarom eerder toelaatbaar. In het laatstgenoemde geval zal het gebruik van beleidsregels in de regel daarentegen niet zijn toegestaan. Ten slotte is een belangrijke factor of met behulp van de nadere regels verplichtingen aan burgers kunnen worden opgelegd. Is dit het geval dan is het gebruik van beleidsregels uiteraard uitgesloten.

Het voorgaande samenvattend zijn wij van mening dat in plaats van algemeen verbindende voorschriften onder bepaalde omstandigheden beleidsregels kunnen worden vastgesteld. Niettemin blijkt ook uit het voorgaande dat een zorgvuldige afweging zal moeten plaatsvinden. De beleidsregels zullen bovendien in veel gevallen tijdelijk van aard zijn. Zoals hiervoor reeds is gesteld is zal het vooral bij nieuw beleid voor de hand liggen om enige tijd met beleidsregels te werken alvorens tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften wordt overgegaan. Dit betekent dat het in bepaalde situaties zal gaan om een overgangsfase, waarbij de beleidsregels een tussenstap vormen op weg naar de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften.

Mede naar aanleiding van het advies van de Sociaal-Economische Raad kan nog worden opgemerkt, dat een beleidsregel het gebruik van een bevoegdheid niet uitputtend hoeft te regelen. In de praktijk zal de mate van gedetailleerdheid van de in feite gevolgde vaste gedragslijn ook de mate van gedetailleerdheid van de beleidsregel bepalen. Het is immers zeer wel mogelijk dat een bestuursorgaan bijvoorbeeld een vergunning in bepaalde categorieën gevallen steeds weigert, zonder dat dit impliceert dat in andere gevallen nooit geweigerd wordt. In zo'n geval kan een beleidsregel worden geformuleerd van het type: «De vergunning wordt in ieder geval geweigerd, indien...». Een beleidsregel kan, met andere woorden, ook zelf nog discretionaire elementen of vage termen bevatten.

Tweede lid

Het eerste lid van artikel 4.4.1 geeft aan, welke bestuursorganen als regel bevoegd zijn beleidsregels vast te stellen voor de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid. In de praktijk zullen de meeste beleidsregels op deze bepaling zijn terug te voeren. Onder omstandigheden kan het echter gewenst zijn dat ook andere bestuursorganen beleidsregels kunnen vaststellen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij verzelfstandiging van

overheidstaken. Het kan dan voorkomen, dat de wetgever de betrokken bestuursbevoegdheden aan een nieuw zelfstandig bestuursorgaan wil attribueren, maar het tegelijk wenselijk acht dat de Kroon of een minister de uitoefening van die bevoegdheden nog in algemene zin kan sturen. Zulks kan bereikt worden door de Kroon, respectievelijk de minister, de bevoegdheid te geven terzake algemeen verbindende voorschriften te stellen, maar het komt voor dat de wetgever, gelet op de aard van de materie, het zelfstandig bestuursorgaan de bevoegdheid wil geven in bijzondere gevallen van de door de Kroon of de minister gestelde regels af te wijken. Thans gebeurt dit soms door de betrokken regels aan te duiden als richtlijnen of door de afwijkingsbevoegdheid met zoveel woorden in de wet neer te leggen. Hiervoor is reeds het voorbeeld genoemd van de richtlijnen die het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg op grond van artikel 11 e.v. van de Wet tarieven gezondheidszorg dient te geven. Hetzelfde resultaat kan in dergelijke gevallen echter op veel eenvoudiger wijze worden bereikt door de Kroon of de minister de bevoegdheid te geven beleidsregels vast te stellen over het gebruik van de bevoegdheden van het zelfstandig bestuursorgaan.

Daarom is, anders dan in het voorontwerp, thans in artikel 4.4.1, tweede lid, uitdrukkelijk vastgelegd dat bij wettelijk voorschrift ook aan andere dan de in artikel 4.4.1, eerste lid, bedoelde bestuursorganen de bevoegdheid kan worden verleend om beleidsregels vast te stellen. Dit heeft het voordeel, dat het in beginsel niet langer nodig is om naast algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels een derde categorie van regels die van algemeen verbindende voorschriften met afwijkingsmogelijkheid – te onderscheiden. Het bestuursrechtelijk systeem wordt zodoende eenvoudiger. De wetgever die een bestuursorgaan de bevoegdheid wil geven regels te stellen over de uitoefening van een bevoegdheid door een ander bestuursorgaan, dat niet onder verantwoordelijkheid van eerstgenoemd bestuursorgaan werkzaam is, noch krachtens delegatie optreedt, heeft voortaan de keus uit twee mogelijkheden: hij kan hetzij een bevoegdheid tot beleidsregelgeving, hetzij een bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te geven toekennen. In het eerste geval is er wel een afwijkingsmogelijkheid, in het tweede geval niet.

Benadrukt zij dat de uit artikel 4.4.1, tweede lid, voortvloeiende keuzemogelijkheid voor de wetgever niet tot gevolg mag hebben dat er meer beleidsregels of daarmee vergelijkbare regels worden vastgesteld dan thans het geval is. De bepaling beoogt slechts een vereenvoudiging te bewerkstelligen in situaties waarin de wetgever behoefte heeft aan toekenning van een afwijkingsbevoegdheid. Daarmee blijft onverlet dat steeds kritisch zal moeten worden gezien of een dergelijke afwijkingsbevoegdheid noodzakelijk is. Ter vermijding van misverstand zij voorts herhaald dat beleidsregels alleen betrekking kunnen hebben op de uitoefening van een bestuursbevoegdheid. Bestaat behoefte aan de mogelijkheid om af te wijken van voorschriften die rechtstreeks de rechtspositie van burgers regelen, dan zal daarin in het desbetreffende wettelijk voorschrift zelf moeten worden voorzien.

Het is in het thans voorgestelde stelsel uiteraard wel gewenst, dat de wetgever steeds duidelijk aangeeft welk type regels hij op het oog heeft. Gelet op de bestaande wetgevingstraditie zal moeten worden aangenomen dat met een bevoegdheid tot regelgeving een bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften is bedoeld, tenzij duidelijk blijkt van een andere bedoeling van de wetgever. Die andere bedoeling dient tot uiting te komen door in de wettekst uitdrukkelijk het woord beleidsregel te gebruiken. Zulks zal worden neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving, terwijl voorts bij de aanpassingswetgeving de bestaande wetgeving met dit uitgangspunt in overeenstemming zal worden gebracht.

Benadrukt zij nog, dat het voorgaande geenszins beoogt af te doen aan de belangrijkste verschillen tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Zo blijft gelden, dat bij beleidsregel niet rechtstreeks verplichtingen aan burgers kunnen worden opgelegd. Wil de wetgever een bestuursorgaan tot dit laatste in staat stellen, dat zal hij een toereikende bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften moeten creëren. Ook beoogt artikel 4.4.1, tweede lid, niets te veranderen aan de verbindende kracht van beleidsregels in vergelijking tot algemeen verbindende voorschriften. Beleidsregels met de in artikel 4.4.1, tweede lid, bedoelde wettelijke grondslag hebben dezelfde verbindende kracht als beleidsregels zonder wettelijke grondslag. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet verschilt deze van de verbindende kracht van algemeen verbindende voorschriften.

Artikel 4.4.3

Indien een vaste gedragslijn in een beleidsregel is neergelegd, kan het bestuursorgaan bij de motivering van met toepassing van die beleidsregel genomen afzonderlijke besluiten naar die beleidsregel verwijzen. Dit betekent, dat de bij de totstandkoming van het beleid in algemene zin gemaakte keuzen niet steeds opnieuw behoeven te worden gemotiveerd. Dat is immers reeds bij het tot stand brengen van de beleidsregel gebeurd. Bij de motivering van afzonderlijke besluiten kan dan veelal worden volstaan met een korte verwijzing naar (de motivering van) de toegepaste beleidsregel, alsmede de overweging dat geen sprake is van een bijzonder geval dat tot afwijking van de regel zou kunnen nopen (vgl. bijv. Afd. rechtspraak 14-8-1979, AB 1980, 636; CRvB 22-12-1978, AB 1980, 44). Dit is een niet onbelangrijke verlichting van de uit de motiveringsplicht voortvloeiende bestuurslasten.

De keerzijde daarvan is neergelegd in artikel 4.4.3. Een verwijzing naar een vaste gedragslijn, die niet in een beleidsregel is neergelegd, kan niet gelden als een toereikende motivering van een besluit. Uiteraard staat het het bestuursorgaan vrij in het kader van de motivering een dergelijke gedragslijn te noemen, maar dat kan niet als een motivering gelden.

De achtergrond hiervan is dat er bij een niet in een beleidsregel neergelegde gedragslijn geen garantie is, dat de motivering van de gedragslijn voor betrokkenen kenbaar is, en zelfs niet dat de aan de gedragslijn ten grondslag liggende keuzen gemotiveerd zijn. In zo'n geval zal het bestuursorgaan bij ieder afzonderlijk besluit ook over het in algemene zin gevoerde beleid verantwoording moeten afleggen. Indien een vaste gedragslijn niet in een beleidsregel is neergelegd, zijn de afzonderlijke besluiten dus niet reeds daarom onrechtmatig, maar zij moeten wel aan zwaardere motiveringseisen voldoen dan met toepassing van een beleidsregel genomen besluiten. Is de motivering van het afzonderlijke besluit in dit licht onvoldoende, dan kan dit in rechte tot vernietiging leiden. Deze benadering kan ook in recentere jurisprudentie worden aangetroffen (bijv. Afd. rechtspraak 12-4-1988, AB 1989, 49).

Voor alle duidelijkheid zij nog opgemerkt dat artikel 4.4.3 niet betekent dat naast bijvoorbeeld een beleidsnota steeds afzonderlijke beleidsregels moeten worden opgesteld, wil het bestuur daarnaar kunnen verwijzen. Wanneer de nota zelf regels bevat die naar hun inhoud als beleidsregels kunnen worden aangemerkt, is het voldoende om de nota zelf overeenkomstig artikel 3:42 bekend te maken.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat ook indien een beleidsregel is toegepast, het bestuursorgaan, bijvoorbeeld bij verschil van mening over de kwalificatie van de feiten, zonodig zal moeten motiveren waarom de beleidsregel in het concrete geval van toepassing is geacht. Bovendien zal het bestuursorgaan in voorkomende gevallen moeten aangeven,

waarom geen of juist wel bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4.4.5, die tot afwijking van de beleidsregel nopen, aanwezig zijn geacht.

Artikel 4.4.4

Evenals bij andere besluiten is het ook bij beleidsregels uit een oogpunt van rechtszekerheid belangrijk, dat de betrokkenen weten binnen welk juridisch kader zij gegeven zijn. Artikel 3.6.2, tweede lid, mist ten aanzien van beleidsregels echter praktische betekenis, omdat de beleidsregel zelf geen wettelijke grondslag heeft. De bestuursbevoegdheid waarop de beleidsregel betrekking heeft, zal echter vaak wel bij wettelijk voorschrift zijn gecreëerd. Het is dan voor de betrokkenen van belang om te weten om welk wettelijk voorschrift het gaat. Artikel 4.4.4 verplicht dit bij de bekendmaking van de beleidsregel te vermelden.

De woorden «zo mogelijk» zijn opgenomen omdat beleidsregels ook betrekking kunnen hebben op bestuursbevoegdheden zonder specifieke wettelijke grondslag. Men denke aan bevoegdheden tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen.

Artikel 4.4.5

Uit de rechtspraak blijkt enerzijds dat het bestuursorgaan zich aan de voor hem geldende beleidsregels dient te houden, anderzijds dat het bestuursorgaan zich door het geven van beleidsregels niet de bevoegdheid kan ontnemen om in bijzondere gevallen van beleidsregel af te wijken (o.m. Afd. rechtspraak 10-6-1977, AB 1977, 359). Het bestaan van deze afwijkingsbevoegdheid brengt met zich mee, dat in de daarvoor in aanmerking komende gevallen zorgvuldig onderzocht dient te worden of er reden is voor afwijking, alsmede dat inderdaad afwijking plaatsvindt als de redelijkheid dat vereist (o.m. CRvB 13-10-1987, RSV 1988, 118; CBb 4-7-1985, AB 1986, 19; Afd. rechtspraak 10-2-1987, AB 1987, 397).

Eenzijds ligt het voor de hand dat de beleidsregel normaal gesproken bindt. Beleidsregels hebben voor het bestuursorgaan alleen maar zin als het zich tegenover de burger in beginsel op deze regels kan beroepen, ook als de burger zich daardoor benadeeld voelt. Omgekeerd eisen de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid dat de burger zich tegenover het bestuursorgaan in beginsel op de beleidsregel kan beroepen, ook al acht het bestuursorgaan dat bezwaarlijk. Beide rechtsgevolgen van beleidsregels worden door artikel 4.4.5 gewaarborgd.

Anderzijds ligt het voor de hand dat de beleidsregel nimmer volledig kan binden. Dan zou de beleidsregel immers volledig de werking van een wettelijk voorschrift verkrijgen, ondanks de omstandigheid dat de in onze rechtsstaat daarvoor vereiste bevoegdheidsverlening bij wettelijk voorschrift ontbreekt. Ook dit uit de rechtspraak naar voren komend beginsel is artikel 4.4.5 neergelegd.

Het vaststellen van beleidsregels heeft dus zowel voor het bestuursorgaan als voor de burgers voor- en nadelen.

Het voordeel voor het bestuursorgaan is onder meer dat het gebruik van zijn bevoegdheid tot het geven van besluiten of het verrichten van andere handelingen vereenvoudigd wordt. De belangenafweging of de nadere wetsuitleg die het bestuursorgaan bij het gebruik van zijn bevoegdheid dient te verrichten, vindt reeds in algemene zin bij het voorbereiden en geven van de beleidsregel plaats. Dit brengt met zich dat – indien de beleidsregel voldoet aan de eisen van onder meer afdeling 3.2 – bij het gebruik van de bestuursbevoegdheid in de veelal talloze, afzonderlijke gevallen binnen de reikwijdte van de beleidsregel niet meer per geval afzonderlijk de in artikel 3:2 bedoelde kennisvergaring en de in artikel 3:4 bedoelde belangenafweging behoeven plaats te vinden.

Uiteraard behouden deze artikelen ook indien een beleidsregel tot stand is gebracht onverkort hun gelding, maar in het normale geval zal het bestuursorgaan dan kunnen volstaan met toepassing van de beleidsregel, omdat reeds bij de totstandkoming daarvan is voldaan aan de uit de artikelen 3:2 en 3:4 voortvloeiende eisen. Voor zover dat niet het geval is, zal uiteraard weer wel een op het afzonderlijke geval toegespitste kennisvergaring en belangenafweging moeten plaatsvinden. Dit doet zich met name voor indien er aanwijzingen zijn dat sprake zou kunnen zijn van bijzondere omstandigheden.

Een en ander brengt, zoals in de toelichting op artikel 4.4.3 reeds werd opgemerkt, met zich dat het tevens veel eenvoudiger wordt om in de afzonderlijke gevallen de door artikel 3.6.1 geëiste deugdelijke motivering te geven. Het geven van zorgvuldig overwogen en geformuleerde beleidsregels kan aldus veel bestuurslasten bij het gebruik van bestuursbevoegdheden besparen.

Voor de burger heeft een beleidsregel het voordeel, dat het bestuursoptreden beter voorspelbaar wordt en de behoorlijkheid daarvan met behulp van de beleidsregel eenvoudiger getoetst kan worden. Dit laatste vergemakkelijkt ook de controle door de rechter, vertegenwoordigende lichamen, hogere bestuursorganen en de Nationale ombudsman.

Dit alles geldt slechts binnen de reikwijdte van de beleidsregel. Een beleidsregel beoogt lang niet altijd alle discretionaire elementen van de betreffende bestuursbevoegdheid of alle relevante vage normbestanddelen uitputtend te regelen. Soms heeft de beleidsregel slechts op een deel van de discretionaire elementen of vage criteria betrekking. Soms ook geeft de beleidsregel bijvoorbeeld uitsluitend aan in welke gevallen de betreffende vergunning in ieder geval zal worden geweigerd respectievelijk verleend of ingetrokken, daarmee beogende dat ook in de niet door de beleidsregel bestreken gevallen weigering respectievelijk verlening of intrekking mogelijk is.

Indien de beleidsregel het gebruik van de bestuursbevoegdheid niet volledig regelt, zullen buiten de reikwijdte van de beleidsregel per afzonderlijk geval volledige kennisvergaring en volledige belangenafweging moeten plaatsvinden en zal een op het afzonderlijke geval toegespitste motivering moeten worden gegeven.

Ook binnen de reikwijdte van de beleidsregel zal dit soms vereist zijn. Niet zelden zal de beleidsregel immers zelf ook discretionaire elementen of objectieve vage formuleringen bevatten.

Uiteraard is een bestuursorgaan uitsluitend gebonden aan de beleidsregels, die voor de bevoegdheidsuitoefening door dat bestuursorgaan gelden. Dat zijn derhalve de regels gegeven door dat bestuursorgaan zelf, door een bestuursorgaan onder de verantwoordelijkheid waarvan de bevoegdheid wordt uitgeoefend of eventueel door een ander bestuursorgaan dat de bevoegdheid tot beleidsregelgeving heeft. Regels gegeven door andere organen vallen hier niet onder.

Circulaires waarmee de centrale overheid lagere overheden beoogt te beïnvloeden, zijn derhalve geen beleidsregels betreffende de bestuursbevoegdheden van de lagere overheden. Mogelijk zijn zij wel beleidsregels betreffende de bestuursbevoegdheden van de centrale overheid zelf, bijvoorbeeld betreffende de bevoegdheid tot spontane vernietiging, tot het onthouden van goedkeuring, tot het geven van aanwijzingen of tot het verlenen van rijksbijdragen.

Welke beleidsregel geldt indien beleidsregels conflicteren, valt aan de hand van de rechtspraak niet aan te geven. Het ligt voor de hand de voor conflicterende wetgeving geldende regels zoveel mogelijk analoog toe te passen: de latere regel gaat voor de eerdere, de bijzondere voor de algemene, de hogere voor de lagere. Het laatste kan van praktisch belang zijn bij delegatie en indien zowel het bestuursorgaan aan wie een

bevoegdheid toekomt, als het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid de bevoegdheid wordt uitgeoefend beleidsregels vaststellen. Overigens ligt het, indien twee bestuursorganen beleidsregels kunnen geven over het gebruik van dezelfde bevoegdheid, natuurlijk voor de hand dat deze bestuursorganen hun voorgenomen beleidsregels zoveel mogelijk op elkaar afstemmen.

Indien het bestuursorgaan de beleidsregel niet overeenkomstig artikel 3:42 bekend maakt, of de beleidsregel het resultaat is van onzorgvuldige voorbereiding of onzorgvuldige belangenafweging, dan wel in strijd is met een wettelijk voorschrift, het gelijkheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel, kan het bestuursorgaan zich uiteraard evenmin op de beleidsregel beroepen. Net als een onrechtmatig wettelijk voorschrift is de beleidsregel dan onverbindend, dat wil zeggen: zij geldt niet.

In beginsel kan ook de burger zich tegenover het bestuursorgaan niet op een onverbindende beleidsregel beroepen. Onder omstandigheden kunnen het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel het bestuursorgaan evenwel verplichten jegens die burger voor wie dit gunstig is, toch overeenkomstig de onverbindende beleidsregel te handelen. Het gelijkheidsbeginsel kan hiertoe verplichten, indien overeenkomstig de onverbindende beleidsregel inmiddels een vaste bestuurspraktijk is ontstaan. Het vertrouwensbeginsel kan een rol spelen, omdat het bekend maken van de onverbindende beleidsregel een sterke gerechtvaardigde verwachting kan doen ontstaan, die, gelet op alle betrokken belangen, geheel of gedeeltelijk gehonoreerd dient te worden. Wanneer dit het geval is, laat zich vooralsnog niet goed door de wetgever regelen. Het is beter de ontwikkeling in de rechtspraak af te wachten. Dat biedt ook de mogelijkheid een wettelijke regeling van dit punt af te stemmen op andere bepalingen betreffende de toepassing van het vertrouwensbeginsel, zoals de regeling van de intrekking en wijziging van beschikkingen.

De gebondenheid aan beleidsregels vloeide tot dusverre voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Doordat zij voortaan direct uit artikel 4.4.5 zal voortvloeien, wordt in zoverre de werking van de beginselen van behoorlijk bestuur beperkt. Toch blijven deze beginselen ook ten aanzien van beleidsregels naast de Algemene wet bestuursrecht van betekenis. Behalve in het zojuist genoemde geval van onverbindende beleidsregels zullen de beginselen van behoorlijk bestuur ook hun betekenis behouden voor het bij de invoering of wijziging van beleidsregels in acht te nemen overgangsrecht. Daarbij zal, naast bijvoorbeeld artikel 3:4, vooral op het vertrouwensbeginsel acht geslagen moeten worden (vgl. bijv. Afd. rechtspraak 24-4-1981, AB 1982, 5; Afd. rechtspraak 7-11-1980, AB 1981, 346).

Voorts blijven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverminderd van belang voor aan beleidsregelgeving verwante verschijnselen die buiten de werkingssfeer van titel 4.4 vallen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de gebondenheid aan de vaste bestuurspraktijk, die – al dan niet op basis van interne beleidslijnen – door een reeks van afzonderlijke beschikkingen of andere handelingen ontstaan is. Het is zeker thans niet goed mogelijk dergelijke verschijnselen in een algemene wet te reguleren.

Hiervoor is reeds aangegeven op welke gronden het bestuursorgaan de bevoegdheid en verplichting behoudt in bijzondere gevallen van de beleidsregel af te wijken. Dat kan alleen in bijzondere gevallen, dat wil zeggen: gelet op de bijzonderheden van het geval. Afwijking in normale gevallen behoort niet mogelijk te zijn. Immers, een structurele afwijking in normale, door de beleidsregel voorziene, gevallen betekent materieel een wijziging van de beleidsregel. Dat behoort uit oogpunt van rechtszekerheid niet via een afwijking, maar via een overeenkomstig artikel 3:42

bekend te maken wijziging te geschieden. Een incidentele afwijking in een normaal geval zou snel in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel.

Afwijking van de beleidsregel is mogelijk als aan twee cumulatieve eisen is voldaan. Ten eerste moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Ten tweede dienen deze met zich te brengen dat de nadelige of voordelige gevolgen van handelen overeenkomstig de beleidsregel onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. In dit laatste ligt in voorkomende gevallen tevens een verwijzing besloten naar de onderliggende wettelijke regeling. Bij (rechtmatige) binnenwettelijke beleidsregels zijn de met de beleidsregel te dienen doelen immers per definitie afgeleid van de met de onderliggende wettelijke regeling te dienen doelen.

Afwijking is derhalve mogelijk en geboden, indien de strikte naleving van de beleidsregel, gelet op de strekking van de beleidsregel en de onderliggende wettelijke regeling, in het onderhavige geval niet nodig is en bovendien een onevenredig nadeel voor de belanghebbenden zou opleveren (vgl. bijv. CRvB 16-12-1985, RSV 1986, 157; Vz. CBb 15-3-1985, AB 1986, 4). Het omgekeerde, te weten dat de strikte naleving van de beleidsregel, gelet op de strekking van de beleidsregel en de onderliggende wettelijke regeling, niet terecht zou zijn en bovendien een onevenredig voordeel voor de belanghebbende zou opleveren, is eveneens denkbaar, al zijn daarvan in de jurisprudentie nauwelijks voorbeelden te vinden.

Ook indien aan de belanghebbende een toezegging is gedaan, die slechts door afwijking van de beleidsregel gehonoreerd kan worden, kan het bestuursorgaan hiertoe op grond van het vertrouwensbeginsel inderdaad verplicht zijn.

De in artikel 4.4.5 neergelegde afwijkingsmogelijkheid dient uiteraard in overeenstemming met het recht te worden gebruikt. Het spreekt vanzelf, dat artikel 4.4.5 het bestuursorgaan nooit de bevoegdheid, laat staan de verplichting, geeft om een rextens onjuiste uitleg van de wet te hanteren. Dat geldt bij alle soorten beleidsregels. De opvatting van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak dat de ruimte voor afwijking bij wetsinterpretierende regels kleiner is dan bij andere beleidsregels kan in sommige gevallen juist zijn, maar heeft geen algemene geldigheid. De vraag of moet worden afgeweken zal hier immers beantwoord moeten worden aan de hand van de wettelijke regel. Indien de beleidsregel een interpretatie geeft van een vaag wettelijke criterium, zoals «passende arbeid», kan het zeer wel zijn dat dit criterium voor de normale gevallen in de beleidsregel goed is uitgewerkt. Denkbaar is echter dat een dergelijke, doorgaans juiste, uitwerking niet met de wet in overeenstemming is indien de betrokken persoon in uitzonderlijke omstandigheden verkeert, of een uitzonderlijk, van het normale patroon afwijkend, arbeidsverleden heeft. Het feit dat die omstandigheden leiden tot gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met het beleid te dienen doelen nopen dan tot de conclusie dat de wetgever in die situatie het resultaat van de beleidsregel niet zal hebben gewild.

Overigens maakt het bij de toetsing door de rechter van de gerechtvaardigdheid van de afwijking wel verschil of het gaat om een wetsinterpretierende regel of om een andere beleidsregel. In het eerste geval is het immers uiteindelijk aan de rechter om te bepalen tot welk resultaat de toepassing van de wet in het concrete geval moet leiden, zodat hij ook moet beoordelen in hoeverre het volgen of juist afwijken van de beleidsregel juist is. Bij andere beleidsregels ligt dit anders, omdat de rechter dan de beoordelingsruimte van het bestuur moet respecteren.

De afwijkingsbevoegdheid moet bij alle beleidsregels onder meer met inachtneming van de artikelen 3:2 en 3:4 worden uitgeoefend. De door artikel 3:4 binnen de grenzen van de wet geëiste belangenafweging is

daarbij van bijzonder belang indien de te overwegen afwijking gunstig is voor de ene belanghebbende, maar ongunstig voor een andere belanghebbende (bijv. Afd. rechtspraak 30-4-1977, AB 1977, 308; Afd. rechtspraak 9-5-1978, AB 1979, 223). Afwijking is namelijk, anders dan de Raad voor het Binnenlands Bestuur in zijn advies veronderstelt, ook ten nadele van een burger mogelijk, en wel wanneer toepassing van de beleidsregel in een bijzonder geval onevenredige gevolgen zou hebben voor een andere belanghebbende – het bestuursorgaan zelf daaronder begrepen.

De zorgvuldige belangenafweging die artikel 3:4 eist, brengt mee dat het bestuursorgaan attent dient te zijn op de mogelijkheid van bijzondere omstandigheden die afwijking zouden rechtvaardigen en bereid dient te zijn een afwijking te overwegen als daarom verzocht wordt. Dat blijft het kernpunt van het verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften.

Deze zorgvuldige belangenafweging speelt derhalve op twee niveaus een rol: bij de totstandkoming van de beleidsregel zelf, en bij de toepassing daarvan in het concrete geval. Immers, de beleidsregel is een besluit dat ook als zodanig aan de eisen van afdeling 3.2 moet voldoen. Is dat niet het geval, dan staat een met toepassing van die beleidsregel genomen besluit reeds daarom aan vernietiging bloot. Doch ook indien de beleidsregel als zodanig aan alle daaraan gestelde eisen voldoet, is het mogelijk dat toepassing daarvan in een concreet geval door bijzondere omstandigheden niet met artikel 3:4 verenigbaar zou zijn. In dat geval is afwijking van de beleidsregel geboden.

De door artikel 4.4.5, in samenhang met artikel 3:4, voorgeschreven belangenafweging biedt voldoende ruimte om – zonodig door afwijking van de beleidsregel – recht te doen aan de belangen van derden. Er is derhalve geen reden om, zoals de Raad van advies voor de ruimtelijke ordening bepleit heeft, een ruimere afwijkingsmogelijkheid te creëren voor rechtsverhoudingen waarbij derden-belanghebbenden betrokken zijn.

Evenmin is een afzonderlijke regeling nodig voor rechtsverhoudingen tussen overheden. Indien een bestuursorgaan zich bijvoorbeeld als aanvrager van of derde-belanghebbende bij een vergunning tegenover een ander bestuursorgaan op een beleidsregel beroept, heeft eerstgenoemd bestuursorgaan evenzeer aanspraak op rechtszekerheid en gelijke behandeling als een burger in een vergelijkbare positie. Daarnaast kan, wanneer een beleidsregel mede het resultaat is van beleidsmatige afstemming tussen twee overheidsorganen, de vraag rijzen in hoeverre deze overheidsorganen jegens elkaar aan het overeengekomen beleid gebonden zijn. Dan gaat het echter niet om de vraag of de betrokken organen nog tot een incidentele afwijking bevoegd zijn die mogelijkheid kan ingevolge artikel 4.4.5 nooit worden uitgesloten maar om de vraag in hoeverre de betrokken bestuursorganen hun beleid(sregels) nog eenzijdig kunnen wijzigen. Op deze vraag heeft artikel 4.4.5 echter geen betrekking.

Derhalve wordt voor alle typen beleidsregels en voor alle typen rechtsverhoudingen dezelfde mate van binding aan beleidsregels voorgesteld. Voor een te vergaande juridificatie van het beleid behoeft daarbij niet te worden gevreesd. Ook bij het opstellen van beleidsregels kan een bestuursorgaan de nodige flexibiliteit verzekeren. Wij wezen er reeds op, dat een beleidsregel het gebruik van een bevoegdheid niet uitputtend behoeft te regelen. Het is zeer wel mogelijk dat een bestuursorgaan kiest voor de vaste gedragslijn dat bijvoorbeeld een vergunning in bepaalde gevallen steeds geweigerd zal worden, maar tegelijk aangeeft daarmee niet te willen uitsluiten dat ook in andere gevallen geweigerd wordt. Die andere gevallen worden dan niet door de beleidsregel bestreken, zodat een beslissing tot weigering in zo'n geval ook geen

afwijking van de beleidsregel is, en dus dat is de keerzijde – ook niet door een verwijzing naar de beleidsregel gemotiveerd kan worden.

In een aantal gevallen heeft de bijzondere wetgever bepaald, dat bij de uitoefening van een bevoegdheid rekening moet worden gehouden met een plan. Zo moet krachtens artikel 8.8, tweede lid, van de Wet milieubeheer bij de beslissing op vergunningaanvragen rekening worden gehouden met het voor het desbetreffende bestuursorgaan geldende milieubeleidsplan. Daarmee wordt een lichtere graad van binding beoogd dan die welke uit artikel 4.4.5 voortvloeit. Dat zal veelal geen probleem zijn, omdat, zoals eerder aangegeven, plannen veelal niet als beleidsregels kunnen worden aangemerkt. Juist ook in verband met het verschil in de mate van binding verdient het ook geen aanbeveling beleidsregels in plannen op te nemen. Niettemin kan, doordat de Algemene wet bestuursrecht een materieel begrip beleidsregel hanteert, niet geheel worden uitgesloten dat een onderdeel van een plan als beleidsregel moet worden aangemerkt. In dat geval geldt voor die beleidsregel artikel 4.4.5 onverkort. Het kan immers niet de bedoeling zijn, dat een bestuursorgaan artikel 4.4.5 opzij zou kunnen zetten door een beleidsregel tot «plan» te bestempelen.

Ook indien de beleidsregel niet is vastgesteld door het bestuursorgaan dat de bevoegdheid uitoefent, maar door het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid zij wordt uitgeoefend, blijft eerstgenoemd bestuursorgaan jegens de burger bevoegd omtrent afwijking van de beleidsregel te beslissen. Deze beslissing is immers onlosmakelijk met de bevoegdheidsuitoefening verbonden. Of voor deze beslissing de goedkeuring van het bestuursorgaan onder de verantwoordelijkheid waarvan de bevoegdheid wordt uitgeoefend vereist is, betreft alleen de interne verhouding tussen beide bestuursorganen. De beslissing omtrent het al dan niet afwijken van de beleidsregel kan derhalve niet deugdelijk gemotiveerd worden met uitsluitend een beroep op het oordeel van het hogere bestuursorgaan. Zij zal slechts op de eerder vermelde belangenafweging mogen berusten, waarbij voor het betrokken bestuursorgaan zelf het gemotiveerde oordeel van het hogere bestuursorgaan uiteraard van betekenis zal zijn.

Indien de bevoegdheid waarop de beleidsregel betrekking heeft is gedelegeerd, is uitsluitend de delegataris bevoegd te beslissen omtrent afwijking, ook als de beleidsregels door het delegerende bestuursorgaan zijn vastgesteld. Immers, het delegerende bestuursorgaan kan de gedelegeerde bevoegdheid niet meer zelf uitoefenen (artikel 1A.1.2.5), en derhalve ook niet de daarmee onlosmakelijk verbonden afwijkingsbevoegdheid. Evenmin kan de afwijkingsbevoegdheid bij het delegatiebesluit worden uitgesloten; zij volgt immers dwingend uit artikel 4.4.5.

Wegens die onverbreekelijke samenhang impliceert ook mandaat van een bestuursbevoegdheid in beginsel tevens mandaat van de bevoegdheid tot afwijking van de beleidsregel. Dit sluit echter niet uit dat in een mandaatbesluit wordt bepaald dat de gemandateerde, indien hij afwijking noodzakelijk acht, de voorgenomen beslissing aan de mandaatgever moet voorleggen. Anders dan bij delegatie kan de mandaatgever immers de gemandateerde bevoegdheid wel zelf blijven uitoefenen (artikel 1A.1.1.7).

6. HANDHAVING (HOOFDSTUK 5)

Algemeen

1. Inleiding

Aandacht van de wetgever voor een goede regeling van de handhaving van wettelijke voorschriften is noodzakelijk. Dat inzicht ligt aan verschillende beleidsnota's van de laatste jaren ten grondslag. Wij noemen de nota's «Zicht op wetgeving» (Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2) waarin paragraaf 2.2.5. aandacht vroeg voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van wettelijke regels, «Met vaste hand» (Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nrs. 1-2) en «Aspecten van de rechtshandhaving op het gebied van de sociale zekerheid» (Kamerstukken II 1991/92, 22 457, nrs. 1-2). Een laatste voorbeeld is de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets milieubeleid en milieuregelgeving, die de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer op 7 maart 1994 aan de Tweede Kamer heeft toegezonden (Kamerstukken II 1993/94, 22 343, nr. 15). Uit de hiervoor genoemde en andere aan de Tweede Kamer gerichte standpunten blijkt dat het kabinet streeft naar een terugdringing van het handhavingstekort.

Het is goed om ook op deze plaats te constateren dat dit streven niet slechts betrekking heeft op de handhaving van autonome nationale regels. Het omvangrijke complex van rechtstreeks toepasselijke regelgeving van de Europese Gemeenschappen vraagt evenzeer om een adequaat handhavingsniveau. In beginsel dragen de lid-staten zorg voor het toezicht op en de uitvoering en sanctionering van die regelgeving, met inachtneming van de eisen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht en de door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde jurisprudentie. In de notitie over de verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het strafrecht, die de eerste ondergetekende op 19 maart 1992 aan de Tweede Kamer heeft gezonden (Kamerstukken II 1991/92, 22 300 VI, nr. 39), is daarover reeds het nodige gezegd.

Vanouds vindt de handhaving van wettelijke voorschriften haar begin met het toezicht op de naleving van die voorschriften. Toezichthouders voeren regelmatig controles uit, dus zonder dat van de overtreding van een wettelijk voorschrift hoeft te zijn gebleken. Hiervan gaat een belangrijk preventief effect uit. Het toezicht kan tot resultaat hebben dat de wettelijke voorschriften zonder verdere sanctiemiddelen worden nageleefd. Het toezicht omvat een breed scala van activiteiten, vaak ook in voorlichtende en adviserende zin. Daardoor kan reeds in een vroeg stadium worden voorkomen dat een met de wet strijdige situatie ontstaat of kan door middel van aansporingen of waarschuwingen worden bewerkstelligd dat regels alsnog worden nageleefd.

Indien waarschuwingen geen effect sorteren, loopt het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften in de regel uit op het gebruik van handhavingsmiddelen met een meer dwingend karakter. Er zal dan een verantwoorde keuze moeten worden gemaakt uit de middelen die het handhavende orgaan ter beschikking staan. Daarbij is van belang dat regels veelal niet alleen via het strafrecht, maar ook langs bestuursrechtelijke of privaatrechtelijke weg kunnen worden gehandhaafd, dan wel door middel van een combinatie daarvan. Niet alleen de uitoefening van het gekozen middel, maar ook de keuze van het middel zelf wordt bepaald door overwegingen van proportionaliteit, subsidiariteit, doelmatigheid en doeltreffendheid.

Van bestuursrechtelijke handhaving pleegt men te spreken indien toezicht wordt uitgeoefend of sancties worden opgelegd door bestuursorganen (die niet met strafvordering zijn belast). Strafrechtelijke sancties worden opgelegd door de strafrechter of door autoriteiten krachtens de

wet met strafvordering belast. Op deze wijze kan weliswaar een eenduidig, formeel onderscheid worden gemaakt, dit neemt niet weg dat sommige bestuursrechtelijke sancties naar aard en doelstelling veel met strafsancities gemeen hebben. Men denke aan de bestuursrechtelijke boete (veelal aangeduid als: administratieve boete) die goed vergeleken kan worden met de strafrechtelijke boete. Van handhaving via het privaatrecht is sprake indien de overtreder van bestuursrechtelijke voorschriften in een civiele procedure (al dan niet door de overheid) op de naleving van het bestuursrecht wordt aangesproken.

De drie wegen kunnen in beginsel alle open staan. Dat kan de vraag oproepen of de Algemene wet bestuursrecht geen voorschriften zou kunnen bevatten omtrent de te maken keuze in een concreet geval van overtreding van bestuursrechtelijke normen. Daarbij speelt vooral het probleem van de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties: de primaire vraag is of een keuze gemaakt moet worden dan wel dat een cumulatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties (in beginsel) geoorloofd moet zijn. Vervolgens is er de vraag: als een keuze gemaakt moet worden, dient de wetgever dan een voorkeur te bepalen voor een van beide stelsels?

Enig onderzoek heeft ons tot het inzicht gebracht dat in ieder geval in dit wetsvoorstel geen «kiesregels» omtrent sanctionering kunnen worden geformuleerd. In de eerste plaats geldt hiervoor het argument dat in hoofdstuk 5, zoals thans voorgesteld, weliswaar enkele belangrijke bestuursrechtelijke sancties (bestuursdwang en dwangsom), maar (nog) niet alle bestuursrechtelijke sancties worden geregeld. Het lijkt niet verstandig kiesregels te formuleren alvorens ook andere bestuursrechtelijke sancties in de Algemene wet bestuursrecht zijn opgenomen. Daar komt als bezwaar bij dat het (nog) niet duidelijk is welke die kiesregels zouden moeten zijn. De in ons bestuursrecht voorkomende sancties verschillen sterk naar aard, doel en strekking. Dat maakt de formulering van enkele algemene kiesregels tot een gecompliceerde zaak.

Onderzoek heeft uitgewezen, dat bij afwezigheid van een wettelijke beperking de rechtspraak er van uit gaat dat een cumulatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties geoorloofd is.¹ Zo heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een strafrechtelijke reactie mogelijk is nadat de verdachte reeds een strafbepaling (bij wijze van administratieve sanctie) in het kader van de uitvoering van de Algemene Bijstandswet opgelegd heeft gekregen. Noch artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht noch artikel 14, zevende lid, van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten noch het vertrouwensbeginsel staan aan een cumulatie in de weg (HR 21 mei 1991, NJ 1991, 728, AB 1992, 15 en HR 5 februari 1991, NJ 1991, 402). In dit verband kan ook worden gewezen op de uitspraak van de Afdeling voor de Geschillen van bestuur van de Raad van State van 15 mei 1992 (nr. G 04.90 1341/705), waarin de eigen verantwoordelijkheid van burgemeester en wethouders werd bevestigd, onafhankelijk van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de betrokken overtreder.

Een ander voorbeeld betreft de toepassing van bestuursdwang, welke niet in de weg staat aan een strafrechtelijke reactie. Andersom kan in de praktijk een veroordeling door de strafrechter aanleiding zijn om een vergunning in te trekken bij wijze van bestuursrechtelijke sanctie.

Voor enkele situaties, met name waar het betreft de combinatie strafrechtelijke veroordeling en bestuursrechtelijke boete, heeft de wetgever in een aantal wetten voorschriften gegeven die zo een cumulatie voorkomen. Overigens kent ons recht geen algemeen verbod van de combinatie bestuursrechtelijke sanctie en strafrechtelijk ingrijpen. Het ligt voor de hand deze problematiek nader te bezien, indien – in het kader van de vierde tranche – bepalingen omtrent de bestuursrechtelijke boete in de Algemene wet bestuursrecht worden opgenomen.

¹ L. J. J. Rogier, Strafsancities, administratieve sancties en het *una via*-beginsel, diss., Arnhem 1992.

Over dit onderwerp merken wij ten slotte nog op dat het wetsvoorstel wel voorzieningen bevat die beogen samenloop te voorkomen tussen de in dit wetsvoorstel geregelde sancties (bestuursdwang en dwangsom) onderling. Hierop wordt in § 3 nader ingegaan.

2. Codificatie en harmonisatie van bestuursrechtelijke sancties in de Algemene wet bestuursrecht

Een goede regeling van bestuursrechtelijke sancties in de Algemene wet bestuursrecht kan er toe bijdragen dat het handhavingstekort verder wordt teruggedrongen. In de in de inleiding genoemde kabinetsnota's is op het belang van bestuursrechtelijke handhaving gewezen. De rechtsbetrekking tussen burger en bestuur kenmerkt zich door een zekere wederkerigheid. Wederzijds bestaan rechten en verplichtingen. Vallen in andere hoofdstukken van de Algemene wet bestuursrecht vooral verplichtingen van bestuursorganen in het oog, in hoofdstuk 5 ligt meer het accent op de verplichtingen van de burger tot naleving van wettelijke voorschriften.

Een goede regeling van bestuursrechtelijke sancties houdt in ieder geval in:

- het toekennen van voldoende bevoegdheden. Aan de overheid toekomende handhavingsbevoegdheden moeten haar in staat stellen de burgers zo nodig te dwingen om de wettelijke voorschriften te respecteren en na te leven;
- de handhaving moet op efficiënte wijze kunnen geschieden. Deze eis ziet op het aspect dat de kosten van het hanteren van handhavingsbevoegdheden door de overheid als een doelmatige besteding van overheidsmiddelen beschouwd moeten kunnen worden;
- recht moet ook gedaan worden aan rechtsstatelijke eisen van bescherming van de burgers tegen niet gerechtvaardigde of te zware inbreuken op vrijheden, aantasting van (vermogens)rechten of belangen van burgers, waaronder begrepen een bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Hoe aan deze drie eisen door de wetgever moet worden voldaan is voor zover het gaat om de vraag over welke sanctiemogelijkheden bestuursorganen dienen te beschikken, in algemene zin weinig te zeggen. In de Algemene wet bestuursrecht wordt daarom niet heel in het algemeen aan bestuursorganen een samenstel van bestuursrechtelijke sanctiemogelijkheden toegekend. De opzet is dat de bijzondere wetgever beziet en in de toekomst blijft bezien welke sancties hij nodig en verantwoord acht. In het kader van het streven naar harmonisatie en codificatie dat aan de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht ten grondslag ligt, past echter dat per type sanctie (bijvoorbeeld: bestuursdwang) in deze wet algemene regels gegeven worden die het bestuursorgaan bij de uitoefening van zo een sanctie in acht moet nemen. Anders gezegd: of ter handhaving van bepaalde wettelijke voorschriften voor de ene of voor de andere sanctie of voor een combinatie van sanctiemogelijkheden moet worden gekozen, kan niet verantwoord in algemene zin in de Algemene wet bestuursrecht bepaald worden. Dat dient elders in de wetgeving te geschieden. Maar wel is de Algemene wet een geschikte plaats om (secundaire) regels te geven voor de wijze waarop en de beperkingen waaronder sancties kunnen worden toegepast.

In de Nederlandse bestuursrechtelijke wetgeving vaker voorkomende bestuursrechtelijke sancties zijn: bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom-oplegging, intrekking van een vergunning of van een andere begunstigende beschikking en de bestuursrechtelijke boete. Van de intrekking van een positieve beschikking bij wijze van reactie op een overtreding van wettelijke voorschriften wordt in de rechtspraak aangenomen dat deze sanctie ook zonder uitdrukkelijke grondslag in de

wet mogelijk is, tenzij uit het wettelijk stelsel van het tegendeel blijkt. Dit laat overigens onverlet dat het gewenst is om de bevoegdheid tot intrekking van een beschikking uitdrukkelijk te regelen (vgl. aanwijzing 140 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). De overige sancties mogen door een bestuursorgaan uitsluitend worden toegepast indien daartoe bij of krachtens de wet aan dat bestuursorgaan de bevoegdheid daartoe is verleend. De bestuursrechtelijke sancties verschillen onderling naar aard, doel en strekking. Sommige sancties zijn rechtstreeks of primair gericht op een correctie van de onrechtmatige situatie of het voorkomen van herhaling van een verboden gedraging. Zulke sancties noemt men wel reparatoir. Bij uitstek reparatoir is bestuursdwang, waarbij het immers gaat om het door feitelijk (overheids)optreden ongedaan maken of alsnog doen van hetgeen is verricht of nagelaten in strijd met de wettelijke voorschriften. Ook de oplegging van een last onder dwangsom moet als reparatoir worden beschouwd. De bestuursrechtelijke boete heeft daarentegen een punitief of retributief karakter: bij deze sanctie gaat het om het treffen van de overtreder in zijn portemonnaie met dezelfde doelstelling als bij de strafrechtelijke boete voorop staat. De intrekking van een vergunning kan, afhankelijk van de omstandigheden waaronder en de grond waarop de intrekking geschiedt, een meer reparatoir of een meer punitief karakter hebben.

Een en ander roept de vraag op wat voor de thans geregelde sancties de betekenis is van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 14 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Beide verdragsartikelen geven degene tegen wie een «vervolg» (in de authentieke tekst: «criminal charge») wordt ingesteld een aantal rechten, waarvan het recht op een eerlijke en openbare behandeling van de zaak door een onafhankelijke en onpartijdige instantie het voornaamste is.

Op grond van de jurisprudentie van het Europese hof voor de Rechten van de Mens staat vast, dat ook bestuursrechtelijke sancties een «strafvervolg» in de zin van artikel 6 EVRM (en dus naar alle waarschijnlijkheid ook in de zin van artikel 14 IVBPR) kunnen opleveren (EHRM 21-2-1984, Publ. ECHR, Ser. A, Vol. 73). Algemeen aanvaard is echter, dat dit slechts voor punitieve en niet voor reparatoire bestuurlijke sancties geldt. Op reparatoire sancties zijn de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR dus niet van toepassing (zie o.m. H. D. van Wijk/W. Konijnenbelt/R. M. van Male, Hoofdstukken van administratief recht, 8e druk, Utrecht 1993, blz. 487; P. Nicolaï, B. K. Olivier, L. J. A. Damen, H. Troostwijk, Bestuursrecht, 4e druk, Amsterdam 1993, blz. 424).

Derhalve zijn genoemde verdragsartikelen in ieder geval niet van toepassing op de toepassing van bestuursdwang en op het opleggen van een last onder dwangsom; deze sancties worden algemeen als reparatoir beschouwd (Nicolaï e.a., a.w., blz. 444; N. Verheij, «Onder dexel van politie»; het Nederlandse bestuursrecht onder het EVRM, in: A. W. Heringa, J. G. C. Schokkenbroek, J. van der Velde (red.), 40 jaar EVRM, Leiden 1990; zie ook Afd. geschillen 1-6-1992, AB 1992, 458). Het karakter van de inning van de dwangsom is omstreden. Sommige schrijvers beschouwen de inning als een punitieve sanctie, waarbij de waarborgen van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR in acht moeten worden genomen. Zij wijzen er daarbij op dat de inning slechts kan geschieden indien na de overtreding naar aanleiding waarvan de dwangsom is opgelegd, een tweede overtreding heeft plaatsgevonden. De inning zou dan niet meer ten doel hebben de feitelijke situatie in overeenstemming met het recht te brengen, maar louter om de overtreder in zijn portemonnaie te treffen (zie o.m. W.G.A. Hazewindus, De administratieve dwangsom, NJB 1992, blz. 1068; L. J. J. Rogier, strafsancities, administratieve sancties en het una via-beginsel, Arnhem 1992, blz. 129). Anderen wijzen er echter op, dat het innen van de dwangsom niet los kan worden gezien van het opleggen

daarvan. Zij wijzen er op dat de inning van de dwangsom in feite niet meer is dan de uitvoering van de eerdere dwangsombeschikking, welke uitvoering noodzakelijk is om te voorkomen dat de oplegging van de dwangsom zijn reparatoire werking verliest (F. C. M. A. Michiels, De boete in opmars, oratie VU 1994; vgl. ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, a.w. blz. 508, die een tussenstandpunt innemen). Daaraan zou kunnen worden toegevoegd, dat de inning weliswaar niet rechtstreeks strekt tot het voorkomen of ongedaan maken van overtredingen, maar dat zij dáárin niet verschilt van de oplegging. Beide zijn indirecte dwangmiddelen, die hun betekenis vooral ontleen aan hun preventieve werking.

Het is derhalve op zijn minst twijfelachtig of de inning van de dwangsom een punitief karakter heeft, terwijl voor de bestuursdwang en de oplegging van de dwangsom onomstreden is dat zij geen punitief karakter hebben. Naar ons oordeel nopen de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR bij de thans in hoofdstuk 5 geregelde sancties dan ook niet tot het opnemen van bijzondere wettelijke waarborgen. Ook in het verleden (o.m. bij de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet en de Wet milieubeheer) heeft de wetgever daartoe overigens geen aanleiding gezien.

Bestuursrechtelijke sancties kunnen wegens de verschillen in aard, doel en strekking niet zonder meer over één kam worden geschoren. Het is thans nog een open vraag of op een zinvolle wijze algemene bepalingen die gelijkelijk kunnen gelden voor alle bestuursrechtelijke sancties kunnen worden geformuleerd. In dit wetsvoorstel is er voorshands voor gekozen twee van de voornaamste bestuursrechtelijke sancties, de bestuursdwang en de bestuursrechtelijke dwangsom, te regelen (zie de voorgestelde afdelingen 5.2 en 5.3).

Het ligt in het voornemen om in de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht een plaats in te ruimen voor algemene regels omtrent de bestuursrechtelijke boete en de intrekking bij wijze van sanctie. De Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht verricht thans onderzoek naar de mogelijkheden voor dergelijke regels en zal vervolgens voorstellen doen.

3. Bestuursdwang en dwangsom

De bestuursdwang en de bestuursrechtelijke dwangsom staan de laatste jaren volop in de belangstelling, niet in de laatste plaats omdat ook in verschillende recente wetten deze beide onderwerpen ruime aandacht kregen.

Voor de regeling van de bestuursdwang zij in de eerste plaats gewezen op hoofdstuk VIII, § 4, van de Gemeentewet, hoofdstuk VIII, § 4, van de Provinciewet en hoofdstuk IX, § 4, van de Waterschapswet.

Wat betreft de dwangsom valt daarnaast te wijzen op de bij Wet van 3 september 1990, Stb. 478, in de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne opgenomen artikelen 61ap tot en met 61at. Het equivalent van die artikelen vindt men thans in de artikelen 18.9 tot en met 18.11 en 18.14 tot en met 18.16 van de Wet milieubeheer. Voor het tijdstip waarop de Wet van 3 september 1990 in werking trad, was artikel 28a Hinderwet van kracht, welke bepaling in 1981 in de Hinderwet was opgenomen.

De voorgestelde bepalingen voor de Algemene wet bestuursrecht zijn door genoemde regelingen geïnspireerd. Wat betreft de afdeling bestuursdwang kan in hoofdzaak bij de regeling in de Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet worden aangesloten. Een gelukkige omstandigheid daarbij is, dat deze drie regelingen ook onderling nagenoeg geheel overeenstemmen. De thans voorgestelde regeling van de dwangsombevoegdheid sluit enerzijds aan bij de regeling zoals die in de Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet is voorzien, anderzijds is aangesloten bij de (genoemde) regeling van de dwangsom in de Wet milieubeheer. Op een aantal punten van ondergeschikte aard is gekozen voor nieuwe oplossingen of betere redacties van voorschriften.

Van een regeling van de bestuursdwangbevoegdheid en de dwangsombevoegdheid in de Algemene wet bestuursrecht zal een belangrijke harmoniserende werking uitgaan. De afzonderlijke regelingen van de bestuursdwangbevoegdheid in de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet zullen kunnen vervallen, behalve voor zover zij de toekenning (attributie) en delegatie van de bestuursdwangbevoegdheid bevatten. Ook waar elders in de wetgeving een bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang wordt toegekend (veelal aan ministers of – bij uitzondering – aan rijksambtenaren), blijven de desbetreffende wettelijke voorschriften bestaan. Maar een regulering van de bestuursdwangbevoegdheid in de afzonderlijke wetten wordt overbodig doordat de Algemene wet bestuursrecht daarin voorziet. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de regelingen ter zake van de dwangsombevoegdheid, zoals opgenomen in de Gemeentewet, de Provinciewet, de Waterschapswet en de Wet milieubeheer.

Wat betreft de dwangsombevoegdheid geldt als uitgangspunt dat die bevoegdheid algemeen ter beschikking komt voor de bestuursorganen die op grond van enig wettelijk voorschrift over een bestuursdwangbevoegdheid beschikken. De koppeling in het wetsvoorstel van de dwangsombevoegdheid aan de bestuursdwangbevoegdheid roept de vraag op of van beide bevoegdheden ook tegelijkertijd of eventueel na elkaar gebruik kan worden gemaakt. In de opzet van het wetsvoorstel moet terzake van een reactie op een overtreding gekozen worden voor de toepassing van een van beide middelen. Die keuze wordt bepaald door overwegingen van effectiviteit en efficiency. Het wetsvoorstel wil echter niet de mogelijkheid bieden dat ten einde een overtreding ongedaan te maken zowel besloten wordt tot het toepassen van bestuursdwang als een last onder dwangsom wordt opgelegd. De voorgestelde artikelen 5.2.12 en 5.3.5 sluiten die mogelijkheid met zoveel woorden uit. In beginsel is het evenmin mogelijk bestuursdwang aan te zeggen om daarmee de gevolgen van een overtreding ongedaan te maken en tegelijkertijd een last onder dwangsom op te leggen ten einde een herhaling van de overtreding te voorkomen. De gedachte is dat zo een combinatie in het algemeen ook niet nodig zal zijn. Indien het bestuursorgaan met bestuursdwang handhavend optreedt zal daarvan in de regel een voldoende speciaal preventieve werking uitgaan. Alleen indien een gevaar voor herhaling van de overtreding klaarblijkelijk is, hetgeen soms op grond van de omstandigheden van het geval zal kunnen worden aangenomen, is naast de toepassing van bestuursdwang ten aanzien van de reeds begane overtreding tevens een last onder dwangsom mogelijk ten aanzien van de reeds dreigende herhaling van de overtreding. De artikelen 5.2.12 en 5.3.5 verzetten zich hiertegen niet, omdat toepassing van bestuursdwang alsdan een reactie is op de reeds gepleegde overtreding en de last onder dwangsom betrekking heeft op een dreigende toekomstige overtreding.

Zoals uit de bewoordingen van de genoemde artikelen blijkt, is niet uitgesloten dat eerst de weg van bestuursdwang wordt ingeslagen, maar dat het bestuursorgaan nadien besluit zijn beschikking tot toepassing van bestuursdwang in te trekken en vervolgens overgaat tot het opleggen van een last onder dwangsom, of omgekeerd. Tot het eerste kan aanleiding bestaan indien het besluit tot toepassen van bestuursdwang bij nader inzien op uitvoeringsproblemen stuit. Uit de artikelen 5.2.12 en 5.3.5 volgt wel dat niet hangende het ene sanctiemiddel tot toepassing van het andere sanctiemiddel besloten kan worden.

4. Codificatie en harmonisatie van toezichtsbevoegdheden

Voorafgaande aan een regeling van bestuursdwang en de bestuurlijke dwangsom in de afdelingen 5.2 en 5.3 bevat afdeling 5.1 een algemene regeling van de bevoegdheden van zogeheten toezichthouders.

In een groot aantal bijzondere wetten op voornamelijk bestuursrechtelijk terrein wordt geregeld welke personen worden belast met het houden van toezicht op de naleving van het bij of krachtens die wetten bepaalde. Het toezicht op de naleving (soms ook wel aangeduid als «controle» of «inspectie») is vanouds een belangrijk bestuurlijk handhavingsinstrument. Het kan alleen effectief zijn als de toezichthouders beschikken over bevoegdheden die hen in staat stellen de hun opgedragen taak daadwerkelijk uit te oefenen. In de meeste wetten waarbij personen worden belast met een toezichthoudende taak, worden aan die personen dan ook de noodzakelijke bevoegdheden toegekend. Regelmatig terugkerende bevoegdheden zijn: betreden van plaatsen, inzien van bescheiden, doorzoeken van vervoermiddelen en hun lading, onderzoeken en opnemen van goederen, nemen van monsters en verlangen van inlichtingen.

Bij kennisneming van de desbetreffende bepalingen in de bijzondere wetgeving vallen de verschillen in redactie en omvang van de bevoegdheden onmiddellijk op. Ten dele lijken deze verschillen het gevolg van min of meer bewust gedane keuzen. Voor een groot deel zijn zij evenwel in de loop van de jaren ontstaan zonder dat aan die verschillen een rationele, bewuste keuze ten grondslag lijkt te liggen. Hierbij moet worden bedacht dat deze bepalingen voor het merendeel tot stand zijn gekomen in een tijd waarin het belang van harmonisatie minder op de voorgrond stond. Daar komt bij dat dergelijke bepalingen vaak letterlijk en figuurlijk het sluitstuk van een wettelijke regeling vormen en als zodanig tijdens het wetgevingsproces meestal weinig aandacht trekken. Het resultaat van deze ontwikkelingen is een tamelijk onoverzichtelijk geheel aan bevoegdheden. Uit het oogpunt van rechtszekerheid voor de burger en de toezichthouders zelf is deze situatie weinig bevredigend.

Aan deze bezwaren kan tegemoet worden gekomen door in een afzonderlijke afdeling van de Algemene wet bestuursrecht een afgewogen algemene regeling tot stand te brengen met betrekking tot de bevoegdheden van toezichthouders, welke tot nu toe steeds in afzonderlijke wetten zijn voorzien. De voorgestelde afdeling 5.1 strekt er in hoofdzaak toe het systeem waarbij in de bijzondere wetgeving steeds opnieuw bevoegdheden aan toezichthouders worden toegekend te vervangen door een systeem waarbij centraal, in de Algemene wet bestuursrecht, een aantal bevoegdheden wordt verleend, die deze personen voor de vervulling van hun taak nodig hebben. Het betreft hier bevoegdheden die in de bijzondere wetgeving thans reeds veelvuldig aan toezichthouders plegen te worden toegekend en die in algemene zin kunnen worden omschreven. De Algemene wet bestuursrecht bevat dus een weerspiegeling van het gebruikelijke pakket van bevoegdheden dat men in tal van bijzondere wetten aantreft.

5. Toezicht en opsporing

Naast het toezicht staat de opsporing van strafbare feiten. Vast staat dat degenen die met toezicht zijn belast ook kunnen optreden indien er (nog) geen sprake is van een concrete verdenking dat een strafbaar feit is gepleegd. Dit ligt anders bij opsporingshandelingen, die in beginsel eerst mogen worden verricht indien er sprake is van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd. Dit theoretisch te maken onderscheid tussen toezicht en opsporing wordt overigens in de praktijk door de toezichthouder die tevens opsporingsambtenaar is niet altijd als een scherp onderscheid beleefd. Daarbij moet worden aangetekend dat onder het regime van wetgeving van minder recente datum waarbij de wetgever nog niet van dit onderscheid tussen toezicht en opsporing uitging, de ruimte om opsporingshandelingen te verrichten minder is begrensd (vgl. HR 30-10-1984, NJ 1985, 275). Uit een recente uitspraak van de Hoge Raad is inmiddels ook duidelijk geworden dat de in de Wet op de economische

delicten «in het belang van de opsporing» toegekende bevoegdheden aan krachtens die wet aangewezen «opsporingsambtenaren» ook kunnen worden aangewend indien nog geen sprake is van een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering (HR 9-3-1993, NJ 1993, 633). De Hoge Raad kwam tot dit oordeel met een beroep op de wetsgeschiedenis van de Wet op de economische delicten, in het bijzonder de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 21 mei 1969, Stb. 232, tot nadere wijziging van de Wet op de economische delicten (Kamerstukken II 1968/69, 9608, nr. 5, blz. 2). Daarin is uiteengezet dat de opsporing in het kader van de Wet op de economische delicten zich niet alleen kan richten op gevallen waarin sprake is van een concrete verdenking van een door een bepaalde persoon gepleegd delict. Zijn er aanwijzingen, dat een economisch voorschrift niet is nageleefd, dan brengt het belang van de opsporing mee dat door monsterneming e.d. wordt nagegaan waar zich in concreto een overtreding voordoet. Uitdrukkelijk is daarbij evenwel door de regering aangetekend dat in de gevallen dat de wetgever daarenboven de behoefte voelt aan de bevoegdheden tot monsterneming en het doen stilhouden en controleren van voertuigen in het kader van een «administratief toezicht», zonder dat direkt gezegd kan worden dat dit in het belang van de opsporing geschiedt, daarin afzonderlijk bij de wet behoort te worden voorzien.

Hoewel de afbakening tussen toezicht en opsporing in de jurisprudentie dus is genuanceerd – ook in de literatuur is het onderscheid niet onomstreden gebleven¹ –, menen wij om de hieronder uiteen te zetten redenen dat het verstandig is om in beginsel aan een onderscheid tussen toezicht en opsporing vast te houden. Er zij in dit verband nog op gewezen dat de bijzondere wetgever de laatste twee decennia aanleiding heeft gezien om het onderscheid tussen toezicht en opsporing in tal van bijzondere wetten scherper tot uitdrukking te brengen. In tal van wetten waarin dat nog niet het geval was, zijn afzonderlijke bepalingen gewijd aan het toezicht op de naleving van het bij of krachtens die wet bepaalde. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de invoeging van de artikelen 19 tot en met 19g van de In- en uitvoerwet bij de wet van 24 maart 1988 (Stb. 227).

In de eerste plaats is het van belang te constateren dat toezicht moet worden beschouwd als een bestuurlijke activiteit. In dit verband zij verwezen naar hetgeen daarover is opgemerkt in de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht (blz. 43/44). Hoofdstuk 2 en – door toepassing van artikel 3:1, tweede lid – de afdelingen 2 tot en met 4 van hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht stellen reeds procedurele vereisten aan de uitoefening van toezicht. Toezicht onderscheidt zich op dit punt van de opsporing van strafbare feiten, waarop de Algemene wet bestuursrecht ingevolge artikel 1:6 niet van toepassing is.

In de tweede plaats zijn ook de gevolgen die voor betrokkenen voortvloeien uit hetgeen is geconstateerd in het kader van toezicht enerzijds en in het kader van opsporing anderzijds verschillend. Anders dan opsporing is toezicht immers niet zelden vooral preventief gericht. Toezichthouders staan dicht bij het uitvoerende bestuur en zijn veelal onderdeel of verlengstuk daarvan. Zoals hiervoor reeds uiteengezet, behoort het in veel gevallen tot de taak van de toezichthouders om adviezen te verstrekken ter bevordering van een goede naleving van de voorschriften. Constateren toezichthouders bijvoorbeeld tijdens een routinecontrole dat een voorschrift niet volledig wordt nageleefd, dan zullen zij in eerste instantie veelal volstaan met een aansporing of een waarschuwing. Lukt deze aanpak niet, dan kan gekozen worden voor hetzij een melding aan het tot bestuursrechtelijke sancties bevoegde gezag hetzij tot het overschakelen naar het strafvorderlijke systeem. Niet onmiddellijk hoeft zo'n constatering dus te leiden tot een strafvorderlijk

¹ Geen voorstanders van dit onderscheid zijn: P. J. J. van Buuren, Toezicht en opsporing, in: J. P. Balkema en C. J. C. F. Fijnaut (red.), De politieke handhaving van strafwetgeving, Lochem 1986; H. C. Moorman, Toezichthoudende bevoegdheid van opsporingsambtenaren ingevolge de Wet op de Economische Delicten, Milieu en Recht (1988), nr. 11; G. Knigge, Van Opsporing en strafvordering, Delikt en delinkwint 1990, blz. 936 e.v. Tot een positiever oordeel komt: G. P. A. Aler, De politiebevoegdheid bij opsporing en controle (diss.), Zwolle 1982.

optreden. Als de betrokkene nalatig blijft, dan staat nog te bezien of het strafrecht als handhavingvorm het meest geschikt is. De reserve-functie van het strafrecht houdt immers in dat voor minder ernstige inbreuken op de rechtsorde zo veel mogelijk andere wijzen van handhaving in aanmerking komen, bijvoorbeeld van bestuursrechtelijke aard (vgl. het rapport Rechtshandhaving van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, nr. 35 (1988), blz. 23 en de reeds genoemde kabinetsnota Met vaste hand (paragrafen 2.3 en 3.5).

Wat betreft het overschakelen naar het strafvorderlijke systeem merken wij nog het volgende op. Veelal zijn de toezichthouders ook opsporingsambtenaren. In die laatste hoedanigheid zijn zij bevoegd tot het hanteren van de opsporings- en dwangbevoegdheden die het Wetboek van Strafvordering en/of de Wet op de economische delicten aan de opsporingsambtenaar toekent. Ook zijn zij in die hoedanigheid bevoegd tot het maken van een proces-verbaal waaraan volledige bewijskracht toekomt. Processen-verbaal van ambtenaren met beperkte opsporingsbevoegdheid (bijvoorbeeld ten aanzien van delicten genoemd in één specifieke wet) hebben overigens alleen volledige bewijskracht ten aanzien van de door hen opgespoorde feiten waartoe zij bevoegd waren en niet ten aanzien van andere strafbare feiten waarop zij zijn gestuit. Een schriftelijk verslag ten aanzien van zo'n ander strafbaar feit vereist dus nog aanvullend bewijs (zie HR 9-1-1928, NJ 1928, 212; HR 22-7-1948, NJ 1948, 39; HR 26-6-1962, NJ 1962, 470).

Wij wezen er hiervoor reeds op dat er op zichzelf een vloeiende overgang is van de toezichthoudende rol naar een eventuele opsporingsfase. Dit gegeven leidt in de praktijk evenwel niet tot grote problemen, mits de toezichthouders die tevens met de opsporing van strafbare feiten zijn belast zich tijdig realiseren dat zij in de opsporingsfase zijn gekomen (dat wil zeggen dat een concrete verdenking gerezen is) en dat zij dus bijvoorbeeld de verdachte moeten wijzen op zijn recht om te zwijgen (artikel 29 Wetboek van Strafvordering). Er zijn ook toezichthouders die geen opsporingsbevoegdheid bezitten. Dezen moeten bij de constatering van een strafbaar feit volstaan met het doen van aangifte.

Uitgaande van het (relatieve) verschil tussen toezicht en opsporing staan wij een systeem voor waarbij de opsporingsbevoegdheden zoveel mogelijk algemeen geregeld worden in het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten, terwijl de bevoegdheden in het kader van het toezicht zoveel mogelijk algemeen geregeld worden in de Algemene wet bestuursrecht. In zo een algemene regeling voorziet afdeling 5.1, waarop zo nodig een bijzondere wet nog een aanvulling kan geven of in een enkel geval een uitzondering kan worden gemaakt. De regeling beoogt geen wijziging te brengen in de huidige verhouding tussen de uitoefening van toezichtsbevoegdheden en opsporingsbevoegdheden. Met de opnemings in de Algemene wet bestuursrecht van een afzonderlijke afdeling met inhoudelijke bepalingen over toezicht wordt teruggekomen op het voornemen om de bevoegdheden van toezichthouders en opsporingsambtenaren tezamen te regelen in één wet, een Algemene wet toezicht en opsporing. De redenen om van dit voornemen af te zien, liggen besloten in hetgeen hiervoor is weergegeven: er zijn belangrijke verschillen tussen toezicht en opsporing, die het regelen van deze onderwerpen in één algemene «handhavingswet» bij nader inzien minder rechtvaardigen.

AFDELING 5.1 TOEZICHT

Afdeling 5.1 kent de volgende bevoegdheden toe:

- a. het betreden van plaatsen, met medeneming van de benodigde apparatuur, en het zich doen vergezellen door andere personen;
- b. het vorderen van inlichtingen;

c. het vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden alsmede het maken van kopieën;

d. het onderwerpen van zaken aan onderzoek, opnemings- en monsterneming alsmede het daartoe openen van verpakkingen en het zo nodig meenemen van de zaken;

e. het onderzoeken van vervoermiddelen en hun lading en het van de bestuurder vorderen van inzage van wettelijk voorgeschreven bescheiden alsmede het daartoe doen stilhouden en naar een andere plaats overbrengen van het vervoermiddel.

Voorts is een medewerkingsplicht opgenomen met de mogelijkheid om medewerking te weigeren indien men tot geheimhouding is verplicht.

Gestreefd is naar de totstandbrenging van een afgewogen samenstel van bevoegdheden die voor een goede uitoefening van toezicht noodzakelijk zijn en tegelijkertijd de vrije rechtssfeer van burgers zoveel mogelijk respecteren. Dit heeft ertoe geleid dat in afdeling 5.1 die bevoegdheden zijn opgenomen die thans reeds veelvuldig in bijzondere wetten worden toegekend. Als bijlage bij deze memorie is een eerste inventarisatie opgenomen van toezichtsbevoegdheden in de bijzondere wetgeving. Daaruit blijkt dat de in de Awb voorgestelde bevoegdheden niet ongebruikelijk zijn. Harmonisatie van wetgeving staat hier dus op de voorgrond. Volledige harmonisatie van toezichtsbevoegdheden is evenwel onmogelijk. Voor sommige terreinen zal het aan de ene kant immers niet nodig zijn dat de betrokken toezichthouder over alle genoemde bevoegdheden beschikt. Daarom is ten eerste een algemene beperking aangebracht in het gebruik van de bevoegdheden door vastlegging van het evenredigheidsbeginsel en is ten tweede voorzien in de mogelijkheid om voor die terreinen de bevoegdheden in algemene zin – bij wettelijk voorschrift dan wel bij een besluit dat wordt genomen door het bestuursorgaan dat de toezichthouder als zodanig aanwijst – te beperken. Aan de andere kant zal in een beperkt aantal gevallen de behoefte kunnen bestaan aan andere bevoegdheden naast die welke in de Algemene wet bestuursrecht zijn vermeld, welke specifiek zijn toegesneden op de voorschriften waarop het toezicht in dat geval betrekking heeft. Een voorbeeld is de bevoegdheid om kasten, laden en andere dergelijke bergplaatsen te openen, die thans onder andere in artikel 55 van de Waarborgwet 1986 aan toezichthouders is toegekend. Vanzelfsprekend dienen er zwaarwegende redenen te zijn om in de bijzondere wetgeving nog andere bevoegdheden toe te kennen.

Met betrekking tot het systeem van toekenning van bevoegdheden is nog een andere variant overwogen. Deze variant strekt ertoe dat in de Algemene wet bestuursrecht een opsomming wordt gegeven van bevoegdheden die aan toezichthouders kunnen worden toegekend, waaruit de bijzondere wetgever vervolgens een keuze kan maken. Op deze wijze zou kunnen worden voorkomen dat toezichthouders de beschikking krijgen over bevoegdheden die op zichzelf voor de uitoefening van hun taak niet noodzakelijk zijn, hetgeen – althans op papier – een geringere inbreuk zou betekenen op de vrije rechtssfeer van de burger. Als overwegend bezwaar tegen deze variant geldt evenwel dat dan opnieuw grote verschillen zouden ontstaan in de omvang van de bevoegdheden in de diverse bijzondere wetten. Het gevaar bestaat immers dat de verschillende bijzondere wetgevers bij de keuze van de in dat geval door hen toe te kennen bevoegdheden niet steeds dezelfde afwegingen maken. Hierdoor zou de onoverzichtelijke situatie als hierboven beschreven blijven bestaan, hetgeen ongewenst is. Zoals reeds vermeld, waarborgen in het thans voorgestelde systeem, waarbij bevoegdheden rechtstreeks door de Algemene wet bestuursrecht worden toegekend, het wettelijk vastgelegde evenredigheidsbeginsel en de mogelijkheid om eventueel algemene beperkingen aan te brengen, dat toezichthouders geen gebruik maken van bevoegdheden die in het kader van de vervulling van hun taak geen betekenis hebben. Voorts moet er op worden gewezen dat in

afdeling 5.1 alleen die bevoegdheden zijn opgenomen die thans reeds veelvuldig in bijzondere wetten worden toegekend. Het gaat dus geenszins om uitzonderlijke bevoegdheden.

Uit het bovenstaande blijkt dat wij bij een afweging tussen het belang van een vrije rechtssfeer van burgers enerzijds en het belang van een adequate en evenwichtige toedeling van bevoegdheden anderzijds van oordeel zijn dat het de meest wenselijke weg is om in de Awb enkele algemene bevoegdheden op te nemen en toe te kennen aan toezichthouders.

Een stelsel waarbij het initiatief tot toedeling van bevoegdheden steeds ligt bij de bijzondere wetgever, achten wij uit een oogpunt van harmonisatie minder aantrekkelijk. Wat betreft de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de vrije rechtssfeer van de burger, is er in onze ogen uiteindelijk weinig verschil tussen de diverse varianten. Op papier lijkt het overlaten van de keuze van de bevoegdheden aan de bijzondere wetgever uit dat oogpunt wellicht verkieslijker, in de praktijk mogen daarvan echter niet al te hoge verwachtingen worden gekoesterd. Veeleer mag worden verwacht dat de bijzondere wetgever in de regel het zekere voor het onzekere zal nemen en een pakket aan bevoegdheden zal toekennen dat in omvang niet of nauwelijks verschilt van de bevoegdheden die volgens dit wetsvoorstel rechtstreeks door de Awb worden toegekend.

Naast de bepalingen waarbij bevoegdheden worden toegekend, bevat afdeling 5.1 enkele regels over de wijze waarop toezichthouders hun taak dienen te vervullen. Hiervoor werd reeds gewezen op de vastlegging van het evenredigheidsbeginsel. Als algemene regel is vastgelegd dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik maakt, indien dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Deze regel is thans in tal van bevoegdheidsbepalingen in de bijzondere wetgeving steeds afzonderlijk opgenomen. Op de reikwijdte van dit beginsel wordt nader ingegaan in de toelichting bij artikel 5.1.3. In de tweede plaats is voorgescreven dat een toezichthouder een legitimatiebewijs bij zich dient te dragen en dat in beginsel desgevraagd aanstonds dient te tonen. De bedoeling van deze verplichting is, dat burgers steeds kunnen vragen met wie zij van doen hebben en er zo van verzekerd kunnen zijn dat, en desgewenst kunnen controleren of, zij te maken hebben met bevoegdelijk optredende toezichthouders.

De voorgestelde regeling heeft tot gevolg dat in de bijzondere wetgeving een groot aantal bepalingen waarbij aan toezichthouders bevoegdheden worden toegekend, kan vervallen. Ook voorschriften met betrekking tot de legitimatie door toezichthouders kunnen worden geschrapt. Aldus vindt een belangrijke en omvangrijke harmonisatie plaats in de bestuursrechtelijke wetgeving op dit terrein. Alleen al in de wetten in formele zin gaat het om enige honderden te schrappen bepalingen. Op een enkel punt zal deze sanering kunnen leiden tot bescheiden inhoudelijke wijzigingen in de omvang van bepaalde bevoegdheden. Belangrijk voordeel is evenwel dat over de gehele linie de eenheid van wetgeving – een van de doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht – door deze operatie wordt bevorderd. Het recht wordt beter toegankelijk, hetgeen voor toezichthouders, belanghebbenden en de rechterlijke macht van groot belang is.

Slechts in de onderwerpen met betrekking tot toezicht die zich niet lenen voor regeling in een algemene wet blijft de bijzondere wetgeving voorzien. In de eerste plaats blijft in de bijzondere wetgeving geregeld welke personen worden belast met een toezichthoudende taak en welk orgaan deze personen als zodanig aanwijst. In de tweede plaats moet gedacht worden aan de eventuele verlening van andere, specifiekere bevoegdheden dan die in welke afdeling 5.1 voorziet. Verwezen zij naar hetgeen daarover hiervoor reeds is opgemerkt.

Verwacht mag worden dat van de in afdeling 5.1 gehanteerde terminologie een voorbeeldwerking uitgaat naar de bijzondere wetgeving. Zo ligt

het in de rede dat in de bijzondere wetgeving steeds de term «toezicht» wordt gehanteerd in plaats van termen als «controle», «inspectie» en «handhaving», die onvoldoende weergeven of sprake is van toezicht of opsporing. Deze terminologie zal door middel van de aanpassingswetgeving consequent worden doorgevoerd in de bestaande wetgeving. De term «handhaving» kan overigens wel worden gebruikt voor de aanduiding van toezicht, opsporing en andere vormen van handhaving tezamen.

Artikel 5.1.1

Het onderhavige artikel bepaalt het bereik van afdeling 5.1. Blijkens de omschrijving gaat het om personen die «bij of krachtens wettelijk voorschrift» met het houden van toezicht zijn belast. Uitgangspunt is dat een tot de centrale overheid behorend orgaan de bevoegdheid om toezichthouders aan te wijzen ontleent aan een wet in formele zin. Soms vindt de aanwijzing in de wet zelf plaats: zo worden in artikel 13 van de Wet arbeid gehandicapte werknemers de ambtenaren van de Arbeidsinspectie met een toezichthoudende taak belast. Meestal delegeert de wet dit onderwerp echter; vaak aan een minister, zoals bijvoorbeeld in artikel 60 van de Drank- en Horecawet. Soms ook worden bestuursorganen van lagere overheden in medebewind geroepen om toezichthouders aan te wijzen: zo wordt in artikel 13 van de Wet op de bejaardenoordeelen aan gedeputeerde staten opgedragen om toezichthoudende ambtenaren aan te wijzen. Ten slotte moet worden gewezen op aanwijzingen bij of krachtens autonome verordeningen van lagere overheden. De term «wettelijk voorschrift» is gekozen mede met het oog op deze verordeningen.

Toezichthouders kunnen zowel individueel als categoriaal worden aangewezen. Bij een individuele aanwijzing worden personen met toezicht belast door hen met name te noemen of door middel van de aanduiding van hun functie. Een dergelijke aanwijzing is een beschikking en moet ingevolge artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht worden bekendgemaakt door toezending of uitreiking aan de betrokkene. Bij een categorale aanwijzing wordt in het aanwijzingsbesluit veelal de dienst genoemd waartoe de met toezicht belaste personen behoren. Dergelijke aanwijzingen hebben het karakter van een besluit van algemene strekking en worden ingevolge artikel 3:42 van de Algemene wet bestuursrecht op andere wijze bekendgemaakt.

Als regel wordt het toezicht opgedragen aan ambtenaren. Het komt echter ook voor dat niet-ambtenaren met een toezichthoudende taak worden belast. Zo heeft de verzelfstandiging van enkele overheidsdiensten tot gevolg gehad dat in de bijzondere wetgeving in enkele gevallen werknemers van privaatrechtelijke ondernemingen als toezichthouders zijn aangewezen. In dit verband kan worden gewezen op de artikelen 52 van de Waarborgwet 1986, 29b van de IJkwet en 30w, eerste lid, van de Wet op de kansspelen, die een uitdrukkelijke grondslag bevatten om niet-ambtenaren met toezicht te belasten. Hoewel met het verlenen van toezichthoudende bevoegdheden aan personen buiten het overheidsapparaat terughoudend wordt omgesprongen, zijn er onvoldoende redenen om gevallen waarin niet-ambtenaren met toezicht zijn belast buiten het bereik van afdeling 5.1 te laten. In artikel 5.1.1 is daarom geen beperking aangebracht tot ambtenaren. Om deze reden is voorts gekozen voor de neutrale term «toezichthouder», die zowel ambtenaren als andere personen omvat. Daarbij is aansluiting gezocht bij de terminologie gehanteerd in paragraaf 5b van de IJkwet.

In de regel worden toezichthouders belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de wet of verordening op grond waarvan zij als toezichthouder zijn aangewezen. Het komt echter ook voor dat bij een wet of verordening aan toezichthouders (tevens) het

toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere wetten of verordeningen wordt opgedragen. Zo belast artikel 18.4 van de Wet milieubeheer in beginsel ook ambtenaren met het toezicht op de naleving van andere milieuwetten dan de Wet milieubeheer zelve. Om deze reden wordt in artikel 5.1.1 gesproken over «enig wettelijk voorschrift».

Voorts is in de tekst van artikel 5.1.1 tot uitdrukking gebracht dat het toezicht niet alleen betrekking heeft op de naleving van wettelijke voorschriften, maar ook op de naleving van hetgeen krachtens wettelijk voorschrift anderszins is bepaald. Daarbij valt met name te denken aan vergunningvoorschriften.

Wat de reikwijdte van afdeling 5.1 betreft, moeten tot slot nog twee punten van afbakening in het oog worden gehouden. Het eerste punt betreft de gevallen waarin in de bijzondere wetgeving aan toezichthouders ook andere taken dan het houden van toezicht zijn toegekend, waarvoor evenwel dezelfde bevoegdheden gelden. Als voorbeeld kan worden genoemd de inspectie van het onderwijs, die ingevolge artikel 227 van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs niet alleen met toezicht is belast, maar ook met andere taken. Bij de uitoefening van al haar taken is de inspectie ingevolge artikel 228, eerste lid, bevoegd om instellingen van wetenschappelijk onderwijs te betreden. Vanzelfsprekend moet de vermelding van dergelijke bevoegdheden voor andere doeleinden dan toezicht in de bijzondere wetgeving gehandhaafd blijven. In de tweede plaats moet van het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften worden onderscheiden (het toezicht op) de uitvoering van wettelijke voorschriften. Ook in dat kader kent de bijzondere wetgeving bepaalde bevoegdheden toe, soortgelijk aan sommige bevoegdheden uit afdeling 5.1. Een voorbeeld is de in artikel 25 Werkloosheidswet neergelegde bevoegdheid om inlichtingen te vragen aan werknemers door bedrijfsverenigingen, die ingevolge artikel 98 Werkloosheidswet zijn belast met de uitvoering van de in die wet geregelde verzekering. Ook in die gevallen blijven de desbetreffende bepalingen in de bijzondere wetgeving gehandhaafd.

Artikel 5.1.2

Een verplichting tot legitimatie door toezichthouders treft men ook thans reeds aan in een aantal bijzondere, met name meer recente, wetten. Een voorbeeld is artikel 15 van de Wet structurele sanering binnenvaart. Voorts moet worden gewezen op artikel 1, eerste lid, van het wetsvoorstel Algemene wet op het binnentreden (Kamerstukken I 1993/94, 19 073, nr. 259), dat deze verplichting aan onder andere toezichthouders oplegt waar het het binnentreden in woningen betreft. Anders dan bij het binnentreden in woningen het geval is, geldt de in artikel 5.1.2 neergelegde legitimatieplicht alleen indien het tonen van het legitimatiebewijs wordt verzocht. De aard van de toezichthoudende werkzaamheden brengt met zich mee dat het telkens ongevraagd moeten tonen van het legitimatiebewijs geen redelijk doel dient. Veelal zal de toezichthouder immers reeds bekend zijn bij degene ten aanzien van wie toezicht wordt uitgeoefend of zal de toezichthouder zijn bezoek reeds tevoren hebben aangekondigd.

Het bovenstaande betekent dat de stringenter regeling van de Algemene wet op het binnentreden – verplichting tot legitimatie ook ongevraagd indien het gaat om het binnentreden in een woning – geldt in aanvulling op de algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht. Dit geldt ook voor de in artikel 1, tweede lid, van de Algemene wet op het binnentreden gemaakte uitzonderingen op de verplichting om zich bij het binnentreden in een woning te legitimeren.

Ten einde de herkenbaarheid van toezichthouders te bevorderen, zal door de Minister van Justitie een model van een legitimatiebewijs worden vastgesteld. In het eerste lid van artikel 5.1.2 is bepaald dat de uitgifte van het legitimatiebewijs geschiedt door het bestuursorgaan onder verant-

woordelijkheid waarvan de toezichthouder werkzaam is. In redactioneel opzicht is hier aangesloten bij de artikelen 3:5 en 7:13, eerste lid, onderdeel b, van de Algemene wet bestuursrecht. Ingevolge het derde lid van artikel 5.1.2 bevat het legitimatiebewijs een foto en vermeldt het in ieder geval naam en hoedanigheid van de toezichthouder. Daarbij is aansluiting gezocht bij het soortgelijke voorschrift in artikel 1, derde lid, van de Algemene wet op het binnentreden.

Artikel 5.1.3

In tal van wettelijke bepalingen waarbij aan toezichthouders bevoegdheden worden verleend, is de beperking opgenomen dat de desbetreffende bevoegdheid slechts wordt uitgeoefend «voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is». Het op deze wijze neergelegde evenredigheidsbeginsel houdt in ieder geval in dat de toezichthouder een bevoegdheid niet mag uitoefenen als dat voor de vervulling van zijn taak niet redelijkerwijs noodzakelijk is. Dit betekent onder meer dat een aantal bevoegdheden die krachtens de Algemene wet bestuursrecht aan toezichthouders toekomen voor sommige toezichthouders geen betekenis hebben, omdat de aard van de voorschriften op welke naleving zij toezien, zulks met zich meebrengt. Voorts vloeit uit het evenredigheidsbeginsel voort dat de toezichthouder zijn bevoegdheid op de voor de burger minst belastende wijze dient uit te oefenen.

Voorgesteld wordt thans om dit beginsel in artikel 5.1.3 als algemeen geldende norm op te nemen. Dit betekent dat de genoemde beperking niet meer steeds afzonderlijk behoeft te worden vermeld in bepalingen waarbij aan toezichthouders een bevoegdheid wordt verleend, hetgeen de leesbaarheid van de desbetreffende bepalingen ten goede komt. Voorts wordt zo buiten twijfel gesteld dat de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit gelden ten aanzien van de uitoefening van alle aan een toezichthouder toekomende bevoegdheden, dus ook in de gevallen waarbij de clausule in bijzondere wetsbepalingen thans niet expliciet is opgenomen.

Het evenredigheidsbeginsel brengt in ieder geval met zich mee dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend jegens de personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast. Het is derhalve niet noodzakelijk een dergelijke clausulering uitdrukkelijk op te nemen, zoals thans in een aantal bijzondere wetten wel het geval is (zie bijvoorbeeld artikel 10, derde lid, van de Sanctiewet 1977). Onder het regime van de Algemene wet bestuursrecht vloeit deze beperking reeds voort uit artikel 5.1.3. Hetzelfde geldt voor het object van de uitoefening van een bevoegdheid. Twee voorbeelden kunnen dit duidelijk maken. In artikel 18, derde lid, van de Wet tot behoud van cultuurbezit is de bevoegdheid tot het vorderen van inzage van bescheiden beperkt tot bescheiden die op een beschermd voorwerp betrekking hebben; artikel 12, eerste lid, van de Wet energiebesparing toestellen beperkt de bevoegdheid tot onderzoek van goederen tot toestellen en installaties zoals in die wet gedefinieerd. In de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht biedt artikel 5.1.3 reeds voldoende waarborg dat bij het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de genoemde wetten geen inzage wordt gevorderd van andere bescheiden respectievelijk dat geen andere goederen worden onderzocht dan die welke verband houden met de wettelijke voorschriften waarop het toezicht in het concrete geval betrekking heeft. Slechts bij de relatief vergaande bevoegdheden om vervoermiddelen en hun lading te onderzoeken, van de bestuurder inzage te vorderen van wettelijk voorgeschreven bescheiden en daartoe zo nodig het vervoermiddel te doen stilhouden en overbrengen (artikel 5.1.9) is ervoor gekozen om

duidelijkheidshalve het evenredigheidsbeginsel, toegespitst op de bevoegdheden in kwestie, expliciet tot uitdrukking te brengen.

Het is een eis van zorgvuldigheid dat een toezichthouder bij de uitoefening van een hem verleende bevoegdheid aan de betrokkene de reden meedeelt waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken. Ook zal een toezichthouder in de regel niet tot de uitoefening van een hem toegekende bevoegdheid kunnen overgaan als de betrokkene reeds (desgevraagd) te kennen heeft gegeven vrijwillig medewerking te verlenen. Artikel 5.1.3 is het formeel-juridische aanknopingspunt voor de inachtneming van dergelijke zorgvuldigheidseisen.

Er zij nog op gewezen dat artikel 5.1.3 een specifieke invulling geeft aan artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, waarin het evenredigheidsbeginsel reeds in algemene zin is neergelegd. Dit beginsel geldt ingevolge artikel 3:1, tweede lid, immers ook voor andere handelingen dan besluiten, echter voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Om eventuele twijfel weg te nemen over de toepasselijkheid op de uitoefening van toezicht van de algemene norm van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is het onderhavige artikel van belang. Daarnaast noodzaakt de aard van de handelingen in kwestie – feitelijk handelen dat rechtstreeks ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer van de burger – tot een zekere aanscherping van die algemene norm.

Artikel 5.1.4

Dit artikel biedt de mogelijkheid om aan een toezichthouder toekomende bevoegdheden te beperken. In de eerste plaats moet gedacht worden aan beperkingen ten aanzien van bepaalde (categorieën) toezichthouders. Zo zal bijvoorbeeld de behoefte kunnen bestaan dat medewerkers beneden een bepaalde rang over een beperkter aantal bevoegdheden beschikken. Daarnaast is het mogelijk om de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid door alle toezichthouders op een bepaald terrein geheel uit te sluiten, indien de bevoegdheid voor het desbetreffende terrein nimmer noodzakelijk zal zijn. Zoals vermeld in de toelichting op artikel 5.1.3, vloeit uit dat artikel overigens reeds voort dat, ook als geen uitdrukkelijke beperking is aangebracht, dan geen gebruik wordt gemaakt van de desbetreffende bevoegdheid. Opgemerkt zij nog dat artikel 5.1.4 de bijzondere wetgever vanzelfsprekend niet de mogelijkheid ontnaemt om zo nodig juist aanvullende bevoegdheden toe te kennen. Hierop is in het algemeen deel van dit hoofdstuk reeds ingegaan.

Op grond van artikel 5.1.4 kunnen algemeen geldende beperkingen worden aangebracht. De beperking moet immers zijn opgenomen in een wettelijk voorschrift – gedacht moet worden aan de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder als zodanig wordt aangewezen – of in een besluit – in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, hetgeen onder andere betekent: schriftelijk en naar buiten toe kenbaar – van het bestuursorgaan dat de toezichthouder als zodanig aanwijst. Een zodanige beperking heeft externe werking; de beperking wordt ook naar buiten toe kenbaar gemaakt door middel van de bekendmaking van het wettelijk voorschrift of het desbetreffende besluit van het bestuursorgaan.

Tot slot zij er nog op gewezen dat het aanbeveling verdient om een beperking van de in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen bevoegdheden als volgt te redigeren: «De toezichthouder beschikt niet over de bevoegdhe(i)d(en), vermeld in (de) artikel(en) van de Algemene wet bestuursrecht.».

Aan de artikelen 5.1.5 en 5.1.7 tot en met 5.1.9 is op zodanige wijze vorm gegeven dat ook gemakkelijk en ondubbelzinnig kan worden verwezen naar leden van die artikelen, indien toekenning van een gedeelte van de in die artikelen vermelde bevoegdheden niet noodzakelijk

wordt geacht. In de Aanwijzingen voor de regelgeving zal de hiervoor vermelde redactie worden voorgeschreven.

Artikel 5.1.5

Artikel 5.1.5 verschaft de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen. Onder «plaatsen» kunnen niet alleen erven en andere terreinen worden begrepen, maar ook gebouwen en woningen. Een uitzondering geldt voor het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner. Uitgangspunt is namelijk dat deze bevoegdheid in het kader van toezicht slechts in uitzonderingsgevallen dient te bestaan (zie hierover ook de uiteenzetting in paragraaf 2 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de binnentredingsbepalingen (Kamerstukken II 1991/92, 22 539, nr. 3, blz. 3/4). Voor de bevoegdheid om een woning zonder toestemming van de bewoner binnen te treden zal steeds – ingevolge artikel 12, eerste lid, van de Grondwet – een grondslag moeten bestaan in een bijzondere wet. Dit betekent dat in de Algemene wet bestuursrecht slechts in algemene zin de toegang wordt verzekerd tot bedrijfspanden, bedrijfsterreinen en dergelijke, ook zonder toestemming van de rechthebbende, en tot woningen voor zover het binnentreden niet zonder de toestemming van de bewoner geschiedt. Wat deze laatste categorie betreft, gelden de procedureregels van artikel 1 van de Algemene wet op het binnentreden.

Wat betreft de redactie van dit artikel is aansluiting gezocht bij de Algemene wet op het binnentreden en de aanpassingswetgeving daarbij. In dit verband zij nog gewezen op artikel 12 van de Algemene wet op het binnentreden. Dat artikel heeft betrekking op het betreden van enkele bijzondere plaatsen, te weten vergaderruimten van algemeen vertegenwoordigende organen, plaatsen waar godsdienstoefeningen of bezinningssamenkomsten van levensbeschouwelijke aard worden gehouden en ruimten waarin terechtzittingen worden gehouden. Gedurende de tijden dat deze ruimten als zodanig in gebruik zijn, is het binnentreden van die plaatsen ingevolge artikel 12 van de Algemene wet op het binnentreden slechts in zeer beperkte mate toegestaan. Het eerste lid van artikel 5.1.5 beoogt vanzelfsprekend niet om deze beperking te doorbreken.

De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen houdt niet het «doorzoeken» van die plaatsen in. De Algemene wet bestuursrecht geeft toezichthouders dus niet de bevoegdheid om willekeurig kasten, laden en andere bergplaatsen te openen. In gevallen waarin die bevoegdheid desalniettemin noodzakelijk is, dient deze te worden verschaft door de bijzondere wetgever. Wij verwijzen daarvoor naar hetgeen daarover in de inleiding op deze artikelsgewijze toelichting is vermeld. Indien het betrokken toezicht daarop specifiek betrekking heeft, is het overigens wel mogelijk dat bijvoorbeeld een kast en de inventaris zelf voorwerp zijn van onderzoek in de zin van artikel 5.1.8. Zo zal in het kader van het toezicht op de naleving van de Warenwetgeving in de keuken van een restaurant de hygiënische staat van keukenkasten en daarin aanwezig keukengerei kunnen worden onderzocht.

In een aantal gevallen is in de bijzondere wetgeving uitdrukkelijk geregeld dat toezichthouders plaatsen kunnen betreden «met hun apparatuur». Bijvoorbeeld kan worden gewezen op artikel 18.5, derde lid, van de Wet milieubeheer en op artikel 31d van de Vleeskeuringswet. Deze toevoeging is in artikel 5.1.5 overgenomen om volledig zeker te stellen dat toezichthouders die de desbetreffende plaatsen betreden ten einde aldaar bijvoorbeeld zaken te onderzoeken of monsters te nemen (vgl. artikel 5.1.8), de daarvoor benodigde apparatuur mee kunnen nemen, ook als die apparatuur groot van omvang is. Overigens is ook de bevoegdheid tot medeneming van apparatuur vanzelfsprekend onderworpen aan het in artikel 5.1.3 neergelegde evenredigheidsbeginsel.

Het derde lid van artikel 5.1.5 maakt het mogelijk dat een toezichthouder zich bijvoorbeeld laat vergezellen door technisch deskundigen. De vergezellende personen kunnen ook deskundigen zijn die ter uitvoering van de bevoegdheden van de toezichthouder hun deskundigheid kunnen aanwenden. Men denke bijvoorbeeld aan deskundigen op het gebied van het nemen van monsters. Voorts maakt deze bepaling het mogelijk dat nationale toezichthouders worden vergezeld door EG-ambtenaren aan wie in een EG-regeling is opgedragen toe te zien op de toepassing en handhaving van die regeling. Deze bevoegdheid tot «controle op controle» houdt dus niet het recht in om zelf rechtstreeks toezicht uit te oefenen op burgers en bedrijven. Met nadruk zij er ten slotte op gewezen dat uit deze bepaling niet voortvloeit dat ook aan de personen die de toezichthouder vergezellen, de bevoegdheden toekomen die aan de toezichthouder zijn toegekend. Bovendien mogen in gevolge artikel 5.1.3 geen andere personen worden meegenomen dan redelijkerwijs voor het uitvoeren van de taak door de toezichthouder nodig zijn.

Artikel 5.1.6

De in artikel 5.1.6 opgenomen bevoegdheid om inlichtingen te vorderen zal kunnen worden geëffectueerd doordat degenen aan wie de inlichtingen worden gevraagd op grond van artikel 5.1.10, eerste lid, verplicht zijn om medewerking te verlenen. De medewerking bestaat in dat geval uit het naar waarheid antwoorden. Men kan weigeren om antwoord te geven, voor zover men is onderworpen aan een geheimhoudingsplicht. Artikel 5.1.10, tweede lid, biedt hiervoor een voorziening. Daarnaast geldt uiteraard ook ten aanzien van de in artikel 5.1.6 vermelde bevoegdheid de algemene beperking van artikel 5.1.3.

Artikel 5.1.7

Met de woorden «gegevens en bescheiden» in artikel 5.1.7 is aansluiting gezocht bij elders in de Algemene wet bestuursrecht gehanteerde terminologie (zie bijvoorbeeld artikel 4:2, tweede lid). In tal van wetten wordt aan toezichthouders de bevoegdheid verleend inzage te verlangen van «boeken en andere zakelijke bescheiden». In de voorgestelde bepaling worden «boeken» niet meer afzonderlijk genoemd. Ondernemingen en particulieren leggen hun administratie steeds vaker vast in elektronische bestanden in plaats van in boeken of andere documenten. De term «gegevens» omvat ook gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd. In het voetspoor van de desbetreffende bepalingen in de bijzondere wetgeving is vastgelegd dat de bevoegdheid slechts betrekking heeft op zakelijke gegevens en bescheiden. Gegevens en bescheiden van persoonlijke aard vallen daar dus buiten. Dergelijke gegevens en bescheiden kunnen in het kader van een opsporingsonderzoek slechts worden ingezien volgens de daarvoor geldende algemene regels van het Wetboek van Strafvordering. Ter voorkoming van misverstand zij overigens opgemerkt dat ook gegevens die zijn opgenomen in persoonsregistraties een zakelijk karakter kunnen hebben. De onderhavige bepaling verhindert dus niet dat toezichthouders – uiteraard voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak redelijkerwijs nodig is – dergelijke gegevens kunnen inzien. Zo zal bijvoorbeeld de onderwijsinspectie inzage kunnen vorderen van de leerlingenadministratie van een school. Voor zover het gaat om gegevens uit persoonsregistraties van instanties in de publieke en semi-publieke sector, zij er nog op gewezen dat bij de uitoefening van de onderhavige bevoegdheid rekening moet worden gehouden met artikel 18, derde lid, van de Wet persoonsregistraties. Artikel 18, derde lid, handelt over het desgevraagd verstrekken van deze gegevens aan personen of instanties met een publiekrechtelijke taak, waaronder toezichthouders moeten worden

gerekend. Verstrekking van deze gegevens is dan mogelijk voor zover een toezichthouder die gegevens behoeft voor de uitvoering van zijn taak en de persoonlijke levenssfeer van de geregistreeerde daardoor niet onevenredig wordt geschaad.

Het tweede lid van artikel 5.1.7 biedt de mogelijkheid tot het maken van kopieën. De term «afschrift» is vermeden ten einde buiten twijfel te stellen dat ook gegevens die langs geautomatiseerde weg zijn vastgelegd, kunnen worden overgenomen op diskettes e.d. Ook kunnen kopieën worden gemaakt door het «uitprinten» van dergelijke gegevens.

Het eerder genoemde evenredigheidsbeginsel brengt voorts met zich mee dat de in het derde lid vermelde termijn om gegevens en bescheiden met het oog op het maken van kopieën mee te nemen, zo kort mogelijk dient te zijn. Voorts zij er op gewezen dat, indien zulks de voorkeur van de belanghebbende heeft en de faciliteiten daarvoor aanwezig zijn, de kopieën onmiddellijk ter plaatse moeten worden vervaardigd. Om misverstanden tussen de belanghebbende en de toezichthouder achteraf te voorkomen, is het meenemen van gegevens en bescheiden slechts mogelijk tegen afgifte van een schriftelijk bewijs. Een dergelijk vereiste treft men thans bijvoorbeeld ook aan in artikel 47, eerste lid, onder b, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen.

Artikel 5.1.8

Overeenkomstig het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt in dit artikel gesproken over onderzoek, opneming en monsterneming van «zaken». De term «opneming» in het eerste lid omvat niet alleen het (op)meten van zaken, maar bijvoorbeeld ook het wegen daarvan.

Wat de onderzoeks-, opnemings- en monsternemingsbevoegdheid betreft, zij nog opgemerkt dat in de bijzondere wetgeving soms een schadevergoedingsregeling is opgenomen. Als voorbeeld kan worden genoemd artikel 51, tweede lid, van de Wet milieugevaarlijke stoffen. Aangezien een dergelijke regeling niet algemeen kan worden voorgeschreven, blijft hier een taak voor de bijzondere wetgever om te bezien of in bepaalde gevallen een uitdrukkelijke regeling ter zake is aangewezen. Hetzelfde geldt voor regelingen met betrekking tot het nemen van een tweede monster, zoals bijvoorbeeld is voorgeschreven in artikel 26, derde lid, van de Warenwet.

Met betrekking tot het meenemen van zaken op grond van het derde lid geldt mutatis mutandis hetzelfde als hetgeen is vermeld bij de toelichting op artikel 5.1.7, derde lid.

De zorgvuldigheid eist dat, voor zover zulks mogelijk is, ook genomen monsters worden teruggegeven, zonder dat dat de rechthebbende daarom uitdrukkelijk behoeft te vragen. In het vierde lid is dit vastgelegd. Om onnodige bestuurslasten te voorkomen, kan het in voorkomende gevallen aanbeveling verdienen om tevoren aan de rechthebbende te vragen of hij prijs stelt op teruggave.

Artikel 5.1.9

Het eerste respectievelijk tweede lid bevatten de bevoegdheid tot onderzoek van vervoermiddelen respectievelijk de lading daarvan. Als zodanig gaat het hier om een specifieke bevoegdheid ten opzichte van de in artikel 5.1.8 vermelde bevoegdheid tot het onderzoeken van zaken. Een specifieke regeling is noodzakelijk, omdat deze relatief vergaande bevoegdheid met meer uitdrukkelijke waarborgen dient te worden omringd. Uitdrukkelijk is bepaald dat slechts vervoermiddelen met betrekking waartoe de toezichthouder een toezichthoudende taak heeft object van onderzoek kunnen zijn. De lading mag slechts worden onderzocht als met het vervoermiddel «naar zijn redelijk oordeel» zaken worden vervoerd met betrekking waartoe de toezichthouder een toezicht-

houdende taak heeft. Op deze wijze is een expliciete uitwerking gegeven aan het in artikel 5.1.3 neergelegde evenredigheidsbeginsel. Er zij nog op gewezen dat de hier geregelde bevoegdheid zich niet beperkt tot situaties waarbij steeds de bestuurder of een andere betrokkene in of bij het vervoermiddel verkeert. Ook indien het vervoermiddel in onbeheerde staat wordt aangetroffen, kan de bevoegdheid worden uitgeoefend. Wel brengt artikel 5.1.3 met zich mee dat dan eerst pogingen in het werk gesteld moeten worden om de beheerder van het vervoermiddel op te sporen.

In de meeste gevallen zal het onderzoek door de toezichthouder zich toespitsen op de lading van het betrokken vervoermiddel. In een aantal gevallen kan het evenwel ook noodzakelijk zijn het vervoermiddel zelf aan een onderzoek te onderwerpen. Dit is het geval indien het toezicht betrekking heeft op naleving van voorschriften waaruit voortvloeit dat het vervoermiddel zelf aan bepaalde eisen moet voldoen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake in de Diergeneesmiddelenwet (vgl. artikel 54, onder c) en de Wet personenvervoer (vgl. artikel 83, derde lid). Ook is het soms noodzakelijk om met de aard van de lading verband houdende hulpmiddelen te onderzoeken, die deel uitmaken van het vervoermiddel (vgl. artikel 27, eerste lid, van de Warenwet). De bevoegdheid tot onderzoek van het vervoermiddel zelf maakt dit in beginsel mogelijk.

Het derde lid heeft betrekking op gevallen waarin toezichthouders bijvoorbeeld dienen toe te zien of bestuurders in het bezit zijn van vervoersbewijzen, taxivergunningen e.d. Het moet gaan om wettelijk voorgeschreven bescheiden.

Als het toezicht op een andere wijze dan door stilhouding en/of overbrenging even doelmatig kan worden uitgeoefend, vloeit uit het beginsel van subsidiariteit, dat mede besloten ligt in artikel 5.1.3, voort dat de relatief vergaande bevoegdheden opgenomen in het vierde lid, niet worden uitgeoefend. Zo zal het belang van uitoefenen van steekproefgewijs toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften niet het ophouden van onderweg zijnde bestuurders rechtvaardigen, indien het benodigde toezicht even zo goed of zelfs beter op andere wijze kan worden uitgeoefend. Een uitdrukkelijke bepaling ter zake, zoals thans bijvoorbeeld nog is opgenomen in artikel 16, tweede lid, van de Tabakswet is niet noodzakelijk in het licht van de hiervoor aan artikel 5.1.3 gegeven uitleg.

In enkele bijzondere wetten is een delegatiebepaling opgenomen die ertoe strekt dat door de betrokken minister met medebetrokkenheid van de Minister van Justitie regels (kunnen) worden gesteld over de wijze waarop vorderingen tot stilhouden moeten worden gedaan. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de artikelen 16, derde lid, van de Warenwet, 27, derde lid, van de Tabakswet, en 83, vierde lid, van de Wet personenvervoer. In het vijfde lid van artikel 5.1.9 wordt thans een wettelijke grondslag geschapen voor één uniforme ministeriële regeling op dit punt. Daarbij zal aansluiting worden gezocht bij de thans bestaande regelingen.

Er zij nog op gewezen dat de term «vervoermiddel» in dit artikel niet slechts voertuigen omvat, maar ook vaar- en luchtvaartuigen. Om voor de hand liggende redenen is met betrekking tot het doen stilhouden van vervoermiddelen (vierde lid) een uitzondering gemaakt voor luchtvaartuigen.

Artikel 5.1.10

Het eerste lid maakt het mogelijk dat toezichthouders de hun toekomende bevoegdheden daadwerkelijk kunnen effectueren. Als voorbeeld kan worden genoemd het geval waarbij een toezichthouder overeenkomstig zijn bevoegdheid van artikel 5.1.8, eerste lid, de inhoud wil onderzoeken van een kist die zich onder een andere, zware kist bevindt.

Hij kan dan op grond van de onderhavige bepaling vorderen dat de bovenste kist wordt verplaatst. Een ander voorbeeld biedt de situatie waarin een toezichthouder overeenkomstig de in artikel 5.1.9, tweede lid, toegekende bevoegdheid de lading van een vrachtauto wil doorzoeken. Hij mag dan vorderen dat de deuren die toegang geven tot de laadruimte voor hem worden geopend, indien deze zijn afgesloten. Voorts ligt het in de rede dat de medewerkingsplicht ook het desverlangd openen van verpakkingen omvat. Om deze reden is in artikel 5.1.8 niet voorzien in een afzonderlijke bevoegdheid voor de toezichthouder om daartoe een vordering te doen. Onder omstandigheden kan de medewerkingsplicht voor de betrokkene ook inhouden dat hij desverlangd blijft staan. Een afzonderlijke bevoegdheid tot het staande houden van personen, bijvoorbeeld met het oog op onderzoek van zaken (vgl. artikel 5.1.8), is in dit licht bezien overbodig.

Uit de bewoordingen van de voorgestelde bepaling blijkt dat de medewerkingsplicht betrekking heeft op alle gevallen waarin de betrokkene de uitoefening van een toezichthoudende bevoegdheid moet gedogen. Het gaat hier dus zowel om de in de artikelen 5.1.5 tot en met 5.1.9 vermelde bevoegdheden als om eventuele andere bevoegdheden die bij bijzondere wet zijn verleend. Voorts betekent dit dat de plicht tot medewerking ook betrekking heeft op de in de artikelen 5.1.6 en 5.1.7 opgenomen bevoegdheden tot het vorderen van inlichtingen en inzage van gegevens en bescheiden. Het is derhalve niet nodig om daarnaast afzonderlijke verplichtingen op te nemen tot het verschaffen van de gevorderde inlichtingen en tot afgifte van de gevorderde gegevens en bescheiden.

Aan een verzoek tot medewerking zal op eerste vordering door de betrokkene moeten worden voldaan. Indien de medewerking wordt geweigerd, kan bestuursdwang worden toegepast indien de bijzondere wetgever in die mogelijkheid heeft voorzien (vgl. artikel 5.2.2). Wat betreft de strafrechtelijke sanctionering wordt het volgende opgemerkt. Het niet verlenen van medewerking is thans veelal in de bijzondere wetgeving strafbaar gesteld. De strafsancties lopen sterk uiteen. Niet zelden is ook culpoze overtreding strafbaar gesteld. Met het oog op een uniforme handhaving van de medewerkingsplicht verdient het de voorkeur voor de strafrechtelijke handhaving van deze norm artikel 184, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht als uitgangspunt te hanteren. Hierin is onder andere strafbaar gesteld degene «die opzettelijk niet voldoet aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast». In het tweede lid van genoemd artikel wordt met de bedoelde ambtenaar gelijkgesteld «ieder die, krachtens wettelijk voorschrift, voortdurend of tijdelijk met enige openbare dienst is belast». Die bepaling maakt artikel 184, eerste lid, dus ook toepasbaar ten aanzien van bevelen of vorderingen door toezichthouders die geen ambtenaar zijn. Uit het karakter van de medewerkingsplicht vloeit voort dat het niet naleven daarvan alleen strafbaar dient te zijn, indien dat opzettelijk geschiedt. Culpoze niet-medewerking is in de praktijk niet goed denkbaar. Indien de toezichthouder mondeling om medewerking verzoekt (bijvoorbeeld door het vorderen van inlichtingen of van inzage van boeken en bescheiden), zal hij zijn verzoek herhalen, indien de toezichthouder het verzoek niet heeft verstaan. Indien de toezichthouder door middel van een teken om medewerking verzoekt, bijvoorbeeld een stopteken aan een bestuurder van een vervoermiddel, treft de bestuurder geen verwijt wanneer deze het teken niet ziet. Culpoze strafbaarstellingen hebben betekenis wanneer iemand een op hem rustende bijzondere rechtsplicht niet nakomt. Hij moet dan echter wel in de gelegenheid zijn om van de omstandigheden die de plicht doen ontstaan, kennis te nemen. Iemand die een verzoek om medewerking niet verstaat of waarneemt, verkeert niet in een dergelijke

omstandigheid. Hem kan daarom geen strafrechtelijk relevant verwijt worden gemaakt.

Een en ander betekent dat in de bijzondere wetgeving de bepalingen waarbij het – al dan niet opzettelijk – niet naleven van de medewerkingsplicht strafbaar wordt gesteld, zullen worden geschrapt.

Het tweede lid van artikel 5.1.10 bevat de mogelijkheid om de medewerking te weigeren, voor zover uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift een geheimhoudingsplicht bestaat. De redactie van deze bepaling is gemoderniseerd ten opzichte van soortgelijke bepalingen in de bijzondere wetgeving en sluit ook aan bij de geheimhoudingsbepaling, opgenomen in artikel 2:5 van de Algemene wet bestuursrecht. De mogelijkheid om ingevolge het tweede lid de verlening van medewerking te weigeren, heeft betrekking op alle gevallen waarin het eerste lid de betrokkene in beginsel tot medewerking verplicht. De weigering om medewerking te verlenen kan dus ook betrekking hebben op andere dan in de Algemene wet bestuursrecht vermelde bevoegdheden en kan ook bestaan uit het niet verstrekken van inlichtingen of van gegevens en bescheiden.

Met betrekking tot de in de medewerkingsplicht opgesloten verplichting tot het verstrekken van inlichtingen moet ten slotte nog het volgende worden opgemerkt. De inlichtingenplicht strekt tot voldoening aan een verzoek, gedaan door een toezichthouder bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen, in het kader van het houden van toezicht. Zoals aangegeven in het slot van het algemeen deel van deze toelichting kan een toezichthouder optreden indien er (nog) geen sprake is van een concrete verdenking dat een strafbaar feit is gepleegd. Er is dan geen verdachte en het geven van inlichtingen speelt zich buiten de strafrechtelijke sfeer af. De inlichtingenplicht geldt in dat geval onverkort, behoudens de uitzonderingen voortvloeiend uit artikel 5.1.10, tweede lid, en met inachtneming van de beperkingen die het eerste lid van dat artikel stelt. Dit komt anders te liggen, indien vervolgens een concrete verdenking van een strafbaar feit ontstaat. In dat geval kan degene die als verdachte wordt gehoord een beroep doen op het in artikel 29, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering neergelegde recht om niet te antwoorden. Op degene die verdachte hoort, rust de verplichting om aan deze mede te delen dat hij niet verplicht is tot antwoorden (artikel 29, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering). Bij de parlementaire behandeling van de Wet wapens en munitie is uitvoerig ingegaan op de omstandigheid dat de nakoming van de mededelingsplicht door degene ten aanzien van wie toezichthoudende bevoegdheden worden uitgeoefend terwijl hij (nog) geen verdachte is, kan leiden tot zelf-beschuldiging (Kamerstukken II 1984/85, 14 413, nr. 9, blz. 22). Van de zijde van de regering is gesteld dat in een dergelijke toegespitste hypothetische situatie de burger in feite de keuze heeft om zelf het moment te bepalen waarin de omslag van toezichthoudende naar opsporende bevoegdheid plaatsvindt. Voldoet hij aan zijn mededelingsplicht, dan levert hij feiten die een grond vormen voor een verdenking. Voldoet hij niet aan zijn mededelingsplicht, dan kan daardoor in samenhang met andere omstandigheden redelijkerwijs een verdenking ontstaan. In andere gevallen zal het niet nakomen van de mededelingsplicht onvoldoende zijn voor het ontstaan van een verdenking. Alsdan kan de niet-nakoming van deze plicht door middel van artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht worden gesanctioneerd.

AFDELING 5.2 BESTUURSDWANG

De opzet van de regeling van deze afdeling is als volgt. Artikel 5.2.1 geeft een definitie van hetgeen onder bestuursdwang wordt verstaan. Deze begripsomschrijving heeft een tweeledige bedoeling. In de eerste plaats maakt de bepaling duidelijk tot welke handelingen een bestuurs-

orgaan bevoegd is, wanneer de wetgever aan een bestuursorgaan de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang toekent. Opgemerkt zij, dat dit toekennen van de bestuursdwangbevoegdheid niet geschiedt in de Algemene wet bestuursrecht zelf, maar in andere bestuursrechtelijke wetten dient te geschieden (zie de toelichting op artikel 5.2.2). Daarnaast beoogt de definitiebepaling veilig te stellen dat het van toepassing zijn van de artikelen 5.2.4 en volgende niet afhankelijk is van de formulering van een bestuursdwangbevoegdheid in enig wettelijk voorschrift. Een bevoegdheid die door de wetgever niet is benoemd of anders is genoemd, maar valt onder de opsomming van handelingen in de definitie, is een (bijzondere vorm van een) bestuursdwangbevoegdheid. De uitoefening van die bevoegdheid wordt beheerst door de artikelen 5.2.4 en volgende (tenzij de wetgever uitdrukkelijk anders bepaalt). Hierbij zij aangetekend dat de Raad voor het binnenlands bestuur (Rbb) en de Arbo-raad hebben opgemerkt dat er in enkele bijzondere wetten bevoegdheden voorkomen, die de vraag oproepen of zo een speciale bevoegdheid bestuursdwang behelst of niet. Als voorbeelden zijn onder meer genoemd artikel 43a, eerste lid, Wegenverkeerswet en artikel 37 Arbeidsomstandighedenwet. Wij nemen ons voor deze en andere gevallen waarin twijfel mogelijk is, bij de aanpassingswetgeving te bezien. Indien in de hier bedoelde wettelijke bepalingen bestuursdwang beoogd wordt, zal naar de Algemene wet bestuursrecht verwezen kunnen worden. Indien geen bestuursdwang bedoeld is, zal dat – zo nodig – nog verduidelijkt worden in de betreffende wetsartikelen.

Artikel 5.2.2 stelt veilig dat de zo belangrijke bevoegdheid van toepassing van bestuursdwang alleen op grond van de wet kan bestaan.

Artikel 5.2.4 is een uiterst belangrijke bepaling. Hierin is onder meer bepaald dat een schriftelijke beslissing tot toepassing van bestuursdwang als een beschikking geldt. Dit is zowel van betekenis omdat daaruit volgt dat de materieelrechtelijke voorschriften van de hoofdstukken 3 en 4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zijn, alsmede dat in zaken van bestuursdwang bezwaar en beroep mogelijk is. De bepaling houdt rekening met de verschillende gradaties van spoed die in de praktijk nodig kunnen zijn.

Artikel 5.2.5 bepaalt dat kostenverhaal regel is, zij het dat het bestuursorgaan daarvan (geheel of gedeeltelijk) kan afzien. Daarentoe behoort de overtreder aanstonds duidelijkheid te worden verschaft.

Artikel 5.2.6 regelt de invordering en de daarbij noodzakelijke rechtsbescherming.

De artikelen 5.2.8 tot en met 5.2.11 regelen aan de bestuursdwangbevoegdheid verbonden bevoegdheden, waarvan de toepassing – afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval – bepaald niet in alle gevallen aan de orde is. In de toelichting op de afzonderlijke artikelen wordt op deze bevoegdheden teruggekomen.

Artikel 5.2.12 ten slotte voorkomt, zoals hiervoor reeds gememoreerd, dat bestuursdwang kan worden toegepast met betrekking tot een overtreding ter zake waarvan reeds een last onder dwangsom is opgelegd.

Artikel 5.2.1

Artikel 5.2.1 geeft een definitie van het begrip bestuursdwang. Zoals bekend is de term bestuursdwang synoniem met politiedwang. Laatstbedoelde term wordt uit de tijd geacht. Zij heeft ook als bezwaar dat «politiedwang» ten onrechte doet veronderstellen dat aan deze vorm van overheidsdwang altijd inzet van de politie te pas moet komen. Die indruk zou onjuist zijn. Bij de toepassing van bestuursdwang kan de hulp of aanwezigheid van politieambtenaren noodzakelijk of gewenst zijn, maar dat is zeker geen algemene regel.

De in het voorontwerp opgenomen begripsomschrijving stemde

nagenoeg geheel overeen met die van de Gemeentewet (artikel 125, tweede lid), Provinciewet (artikel 122, tweede lid), Waterschapswet (artikel 61, eerste lid) en Wet milieubeheer (artikel 18.7, eerste lid). Toegevoegd was het woord «ontruimen» ten einde zeker te stellen dat ook het ontruimen van een terrein of een gebouw tot de bestuursdwangbevoegdheid moet worden gerekend. Vergeleken met genoemde wetten waren in het voorontwerp eveneens toegevoegd de woorden «door feitelijk handelen». Deze begripsomschrijving ging in essentie terug op een beproefde omschrijving uit de gemeentewet van 1851. Uit de definitie bleek dat het bij bestuursdwang gaat om feitelijke handelingen van bestuursorganen ter handhaving van wettelijke voorschriften. De opsomming «wegnemen, ontruimen, beletten, in de vorige toestand herstellen of verrichten van hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijke voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten» dekte, zo was de bedoeling, alle denkbare handelingen die nodig kunnen zijn om wettelijke voorschriften daadwerkelijk te effectueren.

Gelet op deze uitleg menen wij bij nadere overweging dat de bestuursdwangbevoegdheid algemener kan worden omschreven. De reeds in het voorontwerp in artikel 5.2.1 geïntroduceerde woorden «door feitelijk handelen» kunnen de enumeratie van de vormen waarin door of vanwege het bestuursorgaan wordt opgetreden, vervangen. Wij tekenen hierbij uitdrukkelijk aan dat daarmee niet is beoogd de bestaande reikwijdte van de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang te beperken of uit te breiden. In dit verband merken wij in de eerste plaats op dat ook de voorgestelde omschrijving van bestuursdwang mede beoogt te omvatten het treffen van maatregelen om verdere nadelige gevolgen van de betrokken overtreding te voorkomen. Dit lag in de begripsomschrijving uit het voorontwerp besloten in het woord «beletten». In de tweede plaats vallen ook maatregelen tot het geheel of gedeeltelijk buiten werking stellen van een inrichting (bijvoorbeeld als bedoeld in artikel 1.1, vierde lid, Wet milieubeheer) of het stilleggen van werkzaamheden onder de begripsomschrijving van artikel 5.2.1. Deze maatregelen lagen reeds besloten in de woorden «beletten» en/of «ontruimen» en «wegnemen» uit het voorontwerp en vallen eveneens onder het bereik van de thans voorgestelde begripsomschrijving. Gelet op het voorgaande zal, mede in aanmerking nemend artikel 5.2.9, in de aanpassingswetgeving worden voorgesteld artikel 18.8, eerste en tweede lid, Wet milieubeheer te doen vervallen.

Evenals uit de in het voorontwerp opgenomen definitie blijkt ook thans uit het ongewijzigd gebleven deel van de definitie dat ook krachtens wettelijke voorschriften gestelde verplichtingen zo nodig door de overheid met feitelijke maatregelen gehandhaafd kunnen worden. Te denken valt hier in het bijzonder aan aan een vergunning verbonden voorschriften.

Een bekend probleem betreft de vraag in hoeverre een bestuursorgaan dat in beginsel over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt, van die bevoegdheid ook reeds gebruik kan maken voor het tijdstip waarop gesproken kan worden van een overtreding van wettelijke voorschriften. Dit betreft de vraag naar de mogelijkheid van preventieve bestuursdwang. Soms wordt uit het woord «beletten» in de huidige begripsomschrijving wel afgeleid dat de mogelijkheid van een preventief optreden aanwezig geacht moet worden. Voorop moet worden gesteld dat «beletten» primair ziet op gevallen waarin met een overtreding reeds een aanvang is gemaakt en het er dus om gaat continuering van het verboden handelen door bestuursdwang te voorkomen. Bij de mogelijkheid van preventieve bestuursdwang gaat het echter om de vraag of reeds met bestuursdwang mag worden opgetreden voordat een wettelijk voorschrift is overtreden.

Duidelijk is dat een bestuursorgaan niet reeds bestuursdwang mag toepassen indien nog niet eens van een naderend begin van een overtreding kan worden gesproken. Meer in het algemeen staat het de overheid in een rechtsstaat niet vrij om gedragingen te verhinderen of te voorkomen die – ofschoon daaruit wellicht het voornemen tot het plegen van een verboden handeling mag worden afgeleid – zelf nog geen verboden karakter hebben. Anderzijds behoeft de overheid ook niet altijd te wachten totdat de verboden handeling heeft plaats gehad. Zoals uit de woordkeus van artikel 5.2.1 voortvloeit, waar wordt gesproken van «beletten» hetgeen in strijd met de gestelde regels «is of wordt gedaan», kan ook handhavend worden opgetreden zodra met het plegen van een verboden handeling een allereerste begin is gemaakt. Hetzelfde geldt zodra redelijkerwijs geen andere gevolgtrekking meer mogelijk is dan dat zonder het ingrijpen van het bestuur een overtreding van wettelijke voorschriften zal plaats hebben. Men vergelijkte over dit punt de memorie van antwoord, blz. 193–194, en de derde nota van wijziging bij de Gemeentewet (Kamerstukken II 1988/89, 19 403, nrs. 10 en 11), waar in verband met dit punt een kleine wijziging in de tekst van artikel 125 is aangebracht, een wijziging die in de woordkeus van artikel 5.2.1 is gevolgd. Men vergelijkte ook HR 1-5-1987, NJ 1989, 646, waar de Hoge Raad uitsprak dat ook bij gegronde vrees tot voortzetting van de verboden exploitatie van een inrichting de overheid bevoegd is tot bestuursdwang, ook al is op dat ogenblik de verboden exploitatie onderbroken.

Het voordeel van de twijfel zal echter aan de potentiële overtreder moeten worden gelaten. Eerst op het allerlaatste ogenblik voor het plegen van een verboden handeling zal het bestuursorgaan, zo nodig, reeds mogen overgaan tot een beletten van de verboden handeling of gedraging.

Wanneer bijvoorbeeld een ondernemer via de pers aankondigt met de verkoop van artikelen te willen starten in een opslagloods waarin dat volgens het bestemmingsplan verboden is, kunnen burgemeester en wethouders niet (preventief) beletten dat de loods als (provisorische) verkoopruimte wordt ingericht. Zij behoeven echter niet per se te wachten met het treffen van maatregelen tot het moment waarop de verkoop is begonnen. Het staat burgemeester en wethouders vrij kort voor de aanvang van de verkoop zodanige maatregelen te treffen dat het publiek niet de verkoopruimte kan betreden, wanneer uit het gedrag van de ondernemer redelijkerwijs niet anders kan worden geconcludeerd dan dat hij zonder het ingrijpen van overheidswege met de verboden gedragingen zal beginnen.

Van de mogelijkheid preventief met bestuursdwang op te treden, voor welke mogelijkheid, zo bleek in het vorenstaande, in essentie nauwelijks ruimte bestaat, moet worden onderscheiden de mogelijkheid op een tijdstip voorafgaande aan een overtreding reeds een (voorwaardelijk) besluit tot handhaving door middel van bestuursdwang te nemen en dit besluit aan de potentiële overtreder bekend te maken overeenkomstig het bepaalde in artikel 5.2.4, tweede lid. Het ligt voor de hand aan te nemen dat voor het voorafgaand besluiten en waarschuwen meer ruimte bestaat dan voor het daadwerkelijk feitelijk optreden. Een dergelijke vroegtijdige waarschuwing kan immers juist als (beoogd) effect hebben dat van het begaan van een overtreding wordt afgezien.

Toch zijn ook hier de mogelijkheden in beginsel beperkt. Het wettelijk stelsel gaat er vanuit dat bij een besluit tot toepassen van bestuursdwang het bestuursorgaan de feitelijke situatie precies kan overzien en op dat moment een volledige belangenafweging kan maken. Aan dat vereiste kan alleen worden voldaan indien met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat een overtreding op een afzienbare termijn zal worden begaan. Vandaar dat in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak voor het besluiten tot en een aanzeggen van bestuursdwang wel als criterium werd aangehouden, dat het gevaar dat een overtreding van een

voorschrift zal plaats vinden, *klaarblijkelijk* moet zijn (Afd. rechtspraak 1-2-1985, AB 1985, 587). Op dit punt zal de Algemene wet bestuursrecht geen veranderingen te weeg brengen.

Van de zijde van de Raad voor het binnenlands bestuur is voorgesteld om expliciet een regeling terzake van de zogenoemde preventieve aanzegging van bestuursdwang in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Het voorafgaand aan het plegen van een overtreding reeds mogen aanzeggen van bestuursdwang betreft uitzonderlijke situaties die – zo volgt uit rechtspraak – nog juist onder de voorgestelde bepalingen zullen zijn begrepen. Een afzonderlijke wettelijke regeling van de preventieve aanzegging van bestuursdwang is niet nodig en zou het gevaar in zich dragen dat daarvan een ruimer gebruik zou kunnen worden gemaakt dan door de wetgever beoogd wordt. Het is onze opzet om preventieve aanzegging van bestuursdwang niet onmogelijk te maken, maar anderzijds dient in het belang van de rechtszekerheid van de burgers voor deze mogelijkheid slechts een bescheiden plaats in het wettelijk stelsel te worden ingeruimd. Het gaat hier immers om grensgevallen op de rand van wat nog juist wel en wat niet meer geoorloofd moet zijn. Wij laten de ontwikkeling ten aanzien van de mogelijkheid tot preventieve aanzegging derhalve liever aan de rechtspraak over.

Opgemerkt zij overigens nog dat het bestuursorganen wel vrij staat informatieve waarschuwingen te zenden. Een dergelijke informele waarschuwing is niet het resultaat van een besluit tot toepassing van bestuursdwang, maar houdt de mededeling in dat als een bepaalde verboden handeling wordt verricht, de aangeschreven ernstig rekening dient te houden met het voornemen van bestuursorgaan om in dat geval niet werkeloos te zullen toezien. Zo een vooraankondiging wordt in het wetsvoorstel niet gereguleerd en geldt ook niet als een beschikking in de zin van deze wet.

Vergelijking van artikel 5.2.1 met de overeenkomstige artikelen 125 Gemeentewet, 122 Provinciewet en 61 Waterschapswet leert dat in de Algemene wet bestuursrecht niet is overgenomen de in genoemde wetten opgenomen bepaling: «Bij de toepassing van bestuursdwang is een ieder verplicht deze toepassing te gedogen.»

Naar onze mening spreekt de inhoud van dit voorschrift zo zeer vanzelf, dat het overbodig voorkomt dit in de wet vast te leggen. In de genoemde wetten had de geciteerde bepaling vooral de functie veilig te stellen dat de waarschuwing voorafgaand aan bestuursdwang als een beschikking in de zin van de Wet Arob zou moeten worden gezien. Naar onze mening is het bedoelde voorschrift daarvoor in de Algemene wet bestuursrecht niet nodig. Daarop wordt teruggekomen in de toelichting op artikel 5.2.4. Overigens kan worden gewezen op het bepaalde in de artikelen 180 en vooral 184 Wetboek van Strafrecht, welke bepalingen de verplichting om de toepassing van bestuursdwang niet te belemmeren langs strafrechtelijke weg voldoende sanctioneren.

Artikel 5.2.2

Zoals reeds opgemerkt gaat het wetsvoorstel uit van een systeem waarin de Algemene wet bestuursrecht wel voorschriften geeft omtrent de toepassing van bestuursdwang, maar niet regelt welke bestuursorganen over die bevoegdheid beschikken.

Overwogen is of niet in de Algemene wet bestuursrecht een algemene regeling omtrent de toekenning van de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang kan worden opgenomen. Voordeel daarvan zou zijn, dat iedere twijfel omtrent het al dan niet bestaan van die bevoegdheid (eventueel krachtens ongeschreven recht) wordt weggenomen en dat door het toekennen van die bevoegdheid een maximale harmonisatie zou worden bereikt. Dit in tegenstelling tot de huidige situatie bij het rijk, waar in tientallen wetten aan ministers een bevoegdheid tot toepassing van

bestuursdwang wordt toegekend. In zeer vele andere wetten wordt deze bevoegdheid echter niet aan de ministers of aan onder hun verantwoording werkzame ambtenaren verleend. Naar moet worden aangenomen, beschikken de ministers in die gevallen niet over bedoelde bevoegdheid op grond van het ongeschreven recht.

De toekenning van een algemene bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang aan de ministers zou aansluiten bij de regeling van bestuursdwang bij gemeentes en provincies; de bestuursorganen daarvan beschikken krachtens de Gemeentewet (artikel 125, eerste lid) en de Provinciewet (artikel 122, eerste lid) over een algemeen omschreven bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang. Eenzelfde regeling is voor de waterschappen aan te treffen in de Waterschapswet (artikel 61, eerste lid).

Een en ander zou inhouden dat in de Algemene wet bestuursrecht, behalve aan bestuursorganen van gemeentes, provincies en waterschappen, ook aan bestuursorganen van het rijk een soortgelijke bevoegdheid zou worden toegekend. Dit zou betekenen dat de huidige situatie, waarin aan ministers steeds per wet die bevoegdheid wordt gegeven, vervangen zou worden door een algemene toekenning.

Onderzoek heeft echter uitgewezen dat in veel gevallen een ministeriële bestuursdwangbevoegdheid op zichzelf wel denkbaar zou zijn, maar in de praktijk niet wordt gemist. Daarom is besloten niet over te gaan tot het opnemen van een algemene bestuursdwangbevoegdheid voor organen van de centrale overheid in dit wetsvoorstel.

Hiervan uitgaande verdient het, terwille van de eenheid van het systeem, de voorkeur de bestuursdwangbevoegdheden van gemeentebesturen, provinciale besturen en waterschapsbesturen niet in de Algemene wet bestuursrecht neer te leggen, maar regeling daarvan een plaats te laten houden in de organieke wetten.

Voor de centrale overheid betekent dit de handhaving van het systeem dat per afzonderlijke wet moet worden gezien of de bestuursdwangbevoegdheid een noodzakelijke of wenselijke voorziening is. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan kan worden volstaan met het opnemen van een voorschrift waarin wordt bepaald, dat de minister ter uitvoering van bij of krachtens de desbetreffende wettelijke regeling gestelde wettelijke voorschriften bevoegd is bestuursdwang toe te passen.

Wel is het gewenst dat de Algemene wet bestuursrecht geen onzekerheid laat bestaan over de vraag of bestuursdwang ook op grond van het ongeschreven recht kan worden toegepast. Aangezien het om een mogelijk ingrijpende bevoegdheid gaat, past het in een rechtsstaat dat de basis ervoor in de wet wordt gelegd. Dienovereenkomstig bepaalt artikel 5.2.2 dat een wettelijke grondslag steeds is vereist.

In het algemeen zal gekozen worden voor een regeling bij de wet. De bepaling sluit echter niet uit dat een wettelijke regeling uitdrukkelijk voorziet in een delegatiebevoegdheid. Als voorbeeld wordt hier genoemd artikel 129, derde lid, Gemeentewet, waarin is geregeld dat de bestuursdwangbevoegdheid kan worden overgedragen aan een commissie als daar bedoeld.

Opgemerkt zij nog dat artikel 5.2.2 er niet aan in de weg staat dat op grond van het geschreven of ongeschreven volkenrecht onder omstandigheden kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een dwangbevoegdheid, welke met de bestuursdwangbevoegdheid overeenkomt. De Algemene wet bestuursrecht is immers op situaties die uitsluitend door het volkenrecht worden beheerst, niet van toepassing.

Artikel 5.2.3

Voor alle duidelijkheid is in deze bepaling aangegeven dat de regeling van afdeling 5.2 niet geldt indien wordt opgetreden ter onmiddellijke

handhaving van de openbare orde. De bepalingen van afdeling 5.2 zijn voor een dergelijk optreden niet geëigend, en ook thans wordt het feitelijk handhaven van de openbare orde door ambtenaren van de politie niet door dergelijke bepalingen beheerst. Gezien echter de begripsomschrijving van artikel 5.2.1 kan worden verdedigd dat het hier om bestuursdwang gaat. Teneinde op dit punt geen onzekerheid te laten bestaan is dit geval in artikel 5.2.3 uitdrukkelijk uitgezonderd.

Het begrip «optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde» dient beperkt opgevat te worden. Gedacht kan worden aan gevallen waarin de burgemeester bevelen geeft ter handhaving van de openbare orde indien deze is verstoord, of waarin opgetreden wordt tegen overtreding van een samenscholingsverbod. Maar wanneer een burgemeester op grond van een plaatselijke verordening een bevel tot sluiting van een horeca-inrichting geeft op gronden aan het belang van de bescherming van de openbare orde ontleend, is op de effectuering van het sluitingsbevel de regeling van de bestuursdwang van toepassing. Het sluiten van de inrichting (zo nodig door dicht te timmeren) is immers op zich beschouwd niet het onmiddellijk handhaven van de openbare orde, doch de handhaving van het sluitingsbevel. Wel kan het eventueel verwijderen en het verwijderd houden van café-bezoekers beschouwd worden als het onmiddellijk handhaven van de openbare orde.

Artikel 5.2.4

Dit artikel kan als sleutelbepaling van de wettelijke regeling van bestuursdwang worden beschouwd. Het volgt in belangrijke mate de regeling in de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet. Mede in verband met de inpassing in het systeem van de Algemene wet bestuursrecht wijkt het echter in opzet enigszins af van de overeenkomstige artikelen 130, 127 en 66 van die wetten.

Evenals in die wetten is het uitgangspunt dat de beslissing tot toepassing van bestuursdwang schriftelijk moet worden genomen en dan als een beschikking geldt. Dit is in het eerste lid bepaald.

Het gevolg hiervan is tweemaal. In de eerste plaats zijn de regels over besluiten in hoofdstuk 3 en die over beschikkingen in hoofdstuk 4 van toepassing. Daarnaast heeft de bepaling tot gevolg dat de rechtsmiddelen die in het algemeen tegen beschikkingen openstaan, ook in dit geval kunnen worden aangewend.

Uit de voorschriften van de in dit wetsvoorstel voorgestelde afdeling 3.7 omtrent de motivering van besluiten volgt niet zonder meer, dat de bestuursdwangbeschikking moet vermelden welk wettelijk voorschrift overtreden is. In navolging van de jurisprudentie achten wij het stellen van het vereiste dat wordt vermeld welk voorschrift door de aangeschrevene is overtreden, wel zonder meer redelijk. Deze eis is daarom in artikel 5.2.4, tweede lid, verwoord. Overigens vloeit uit het voorgestelde artikel 3.6.2, tweede lid, (thans: artikel 4:17, tweede lid) voort dat bij de bekendmaking van de beschikking moet worden vermeld op welk wettelijk voorschrift de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang berust.

Wat de bekendmakingsregeling van afdeling 3.5 betreft, moet rekening worden gehouden met de noodzaak zowel de overtreder als de andere belanghebbenden op de hoogte te stellen. Indien bijvoorbeeld een illegaal bouwwerk voorwerp van bestuursdwang wordt, moet zowel degene die zonder vergunning heeft gebouwd, de overtreder dus, als de gebruiker of eigenaar die zelf niet illegaal heeft gebouwd, onder de bekendmakingsplicht vallen.

In het derde lid is in afwijking van het voorontwerp het gebruik van de term «belanghebbende» vervangen door «rechthebbenden op gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang zal worden toegepast». Daarnaast wordt apart nog de aanvrager van de beschikking genoemd. De term «belanghebbende» wordt in dit artikellid vermeden om te

voorkomen dat het bestuursorgaan in onzekerheid zou geraken ten aanzien van de vraag aan wie het besluit om bestuursdwang toe te passen (de bestuursdwangaanschrijving) moet bekendmaken. Daarbij gaat het vooral om de vraag tot welke personen de bekendmaking, die volgens het systeem van de Awb correct dient te geschieden om te bewerkstelligen dat een besluit in werking treedt, beperkt mag worden. Indien de bestuursdwangaanschrijving aan «belanghebbenden» bekend zou moeten worden gemaakt, zou het bestuursorgaan zich steeds hebben af te vragen aan welke eventuele omwonenden of concurrenten het besluit mede bekend zou moeten worden gemaakt. Bekendmaking aan hen in de zin van artikel 3:40 is dus volgens het wetsvoorstel niet noodzakelijk. Het is duidelijk dat een bestuursdwangaanschrijving wel moet worden gezonden aan degene die een recht van gebruik heeft op de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang zal worden toegepast. Dit zijn in ieder geval de eigenaar, maar ook de huurder, de pachter, en de vruchtgebruiker. Voorts moet de overtreder een bekendmaking ontvangen, hetgeen in het bijzonder van belang is met het oog op de mogelijkheid van kostenverhaal. Zijn belang om tijdig van de bestuursdwangaanschrijving op de hoogte te zijn en zelf nog maatregelen te treffen om de daadwerkelijke uitoefening van bestuursdwang overbodig te maken, is groot. Meestal zal de overtreder ook rechthebbende op de zaak zijn, maar rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheid dat de overtreder geen rechthebbende (meer) is. Het spreekt overigens vanzelf dat wanneer de overtreder of een rechthebbende aan het bestuursorgaan niet bekend is, het bestuursorgaan kan volstaan met een bekendmaking aan de wel bekende personen die in het derde lid worden genoemd. Het derde lid bevat voor bestuursdwangaanschrijvingen dus een nadere invulling van de in artikel 3:41, eerste lid, vastgelegde regel dat de bekendmaking van besluiten geschiedt aan de belanghebbenden tot wie zij zijn gericht, onder wie begrepen de aanvrager. De onderhavige bepaling laat echter artikel 3:43 onverlet waar het gaat over de eventuele mededeling van bestuursdwangaanschrijvingen aan onder meer degenen die bij de voorbereiding hun zienswijze naar voren hebben gebracht. Voorts staat het het bestuursorgaan vrij tot mededeling aan andere belanghebbenden over te gaan, indien het meent dat zulk een mededeling nut heeft of behoorlijk is.

Uit de regel van artikel 5.2.4, eerste lid, dat de schriftelijke beslissing als een beschikking geldt, volgt dat ook de voorschriften uit hoofdstuk 4 omtrent de voorbereiding en motivering van beschikkingen van toepassing zijn. Zo vloeit uit artikel 4:7, eerste lid, voort dat de geadresseerde van een bestuursdwangaanschrijving te voren in de gelegenheid dient te worden gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen, tenzij een van de uitzonderingen van artikel 4:11 van toepassing is. Dit voorschrift brengt dus mede dat niet rauwelijs tot bestuursdwang mag worden besloten, alvorens contact met de aan te schrijven belanghebbende heeft plaats gehad.

De betekenis van het vierde lid is, dat als hoofdregel geldt dat het bestuursorgaan de belanghebbenden in de gelegenheid moet stellen binnen een bepaalde termijn zodanige maatregelen te treffen dat de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang niet nodig is. De voorgestelde bepaling legt op het bestuursorgaan de plicht om de te nemen maatregelen te omschrijven. Met deze regeling is bedoeld bij de huidige rechtspraak aan te sluiten. Dit betekent onder meer dat van het bestuursorgaan mag worden verlangd dat het voldoende nauwkeurig in de beschikking omschrijft, welke maatregelen moeten worden getroffen om te voorkomen dat met bestuursdwang daadwerkelijk zal worden ingegrepen. Van het bestuursorgaan wordt met andere woorden verwacht dat het een duidelijke «last» geeft. Die «last» behoeft niet per definitie precies hetzelfde in te houden als een verplichting aan de overtreder een einde te maken. Soms zal het bestuur met minder verreikende maatre-

gelen op grond van een belangenafweging genoeg willen nemen. Indien bijvoorbeeld een kapverbod (op grond van voorschriften van een bestemmingsplan of een plaatselijke verordening) is overtreden is ook denkbaar dat het bestuur de overtreder de keus biedt tussen het opnieuw beplanten van de plaats waar ten onrechte is gekapt of het beplanten van een alternatieve strook.

Opgemerkt zij dat de omstandigheid dat het bestuursorgaan ingevolge het vierde lid een termijn moet stellen waarbinnen belanghebbenden nog zelf maatregelen kunnen nemen, niet betekent dat (het voortduren van) de gewraakte overtreding gedurende die termijn rechtmatig is. Het verboden handelen kan tegenover derden een onrechtmatige daad inhouden. Ook blijft mogelijkerwijze sprake van een strafbaar feit waartegen door het openbaar ministerie in beginsel kan worden opgetreden.

De verplichting een termijn te gunnen om zelf nog maatregelen te treffen geldt, zo bepaalt het vijfde lid, niet indien de toepassing van bestuursdwang als spoedeisend gekwalificeerd wordt. Het eerste lid van artikel 5.2.4 blijft in dat geval betekenis houden, met als gevolg dat nodig blijft een schriftelijke beslissing, die aan de belanghebbenden bekend moet worden gemaakt alvorens te worden uitgevoerd.

Soms ontbreekt zelfs de tijd een besluit tot toepassen van bestuursdwang tevoren op schrift te stellen en aan belanghebbenden mede te delen. In dat geval voorziet artikel 5.2.4, zesde lid. Een beroep op het zesde lid van deze bepaling is alleen gerechtvaardigd indien de noodzaak terstond op te treden veroorzaakt wordt door de illegale situatie zelf en niet door de omstandigheid dat het bestuur eerst lange tijd gedraald heeft met het nemen van noodzakelijke besluiten. In plaats van het bepaalde in het derde en vierde lid geldt dan de verplichting aan de overtreder en eventuele andere belanghebbenden zo spoedig mogelijk achteraf schriftelijk mededeling te doen van de beslissing tot toepassing van bestuursdwang. Er zij op gewezen dat ingevolge artikel 6:8 de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift in dit geval ingaat zodra de alsnog op schrift gestelde beslissing overeenkomstig artikel 3:41 aan de belanghebbende is bekendgemaakt.

Artikel 5.2.5

Het eerste lid bevat de hoofdregel omtrent het kostenverhaal: de overtreder is gehouden tot betaling van de kosten, tenzij de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen. Deze hoofdregel treft men ook aan in de artikelen 131, eerste lid, Gemeentewet, 128, eerste lid, Provinciewet en 67, eerste lid, Waterschapswet.

Ingevolge het tweede lid bestaat voor het bestuursorgaan de verplichting de overtreder daarvoor te waarschuwen door in de beschikking melding te maken van het feit dat de kosten voor zijn rekening zullen komen. Zulks kan op eenvoudige wijze geschieden door naar artikel 5.2.5, eerste lid, te verwijzen.

Ingevolge het derde lid komen de kosten slechts dan niet voor rekening van de overtreder, indien het bestuursorgaan dit in de beschikking heeft bepaald. Uit de opzet van dit artikel en de gekozen redactie vloeit voort, dat het bestuursorgaan in beginsel niet behoeft te motiveren waarom bestuursdwang op kosten van de overtreder zal plaatsvinden. Kostenverhaal is regel. Veeleer behoeft het aannemen van een uitzondering op de hoofdregel een motivering, zij het dat de overtreder weinig belang zal hebben de gronden voor het aannemen van de uitzondering op schrift te hebben.

De opzet van artikel 5.2.5 sluit op deze wijze aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. Beide rechterlijke colleges zijn niet spoedig geneigd om het maken van een uitzondering op de hoofdregel van kostenverhaal verplicht te achten. De jurisprudentie heeft vooral bekendheid gekregen door het verhaal van

kosten bij het bestrijden van kakkerlakken en faraomieren in woonhuizen. In de uitspraak «Delftse kakkerlakken» (Afd. rechtspraak 23-8-1983, AB 1984, 17) sloot de Afdeling rechtspraak zich aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 3-4-1981, NJ 1981, 504). De Afdeling rechtspraak overwoog:

«Voor het maken van een zodanige uitzondering bestaat geen aanleiding op grond van het enkele feit dat het euvel waarop de aanschrijving betrekking heeft niet te wijten is aan de toestand van de woningen of de wijze van bewoning. Daarnaast zal zich de situatie moeten voordoen dat bij de bestrijding van het euvel het algemeen belang in die mate is betrokken, dat moet worden geoordeeld dat de kosten in redelijkheid niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene zouden behoren te komen. In het onderhavige geval zou van een dergelijke situatie sprake kunnen zijn, indien de reden voor het aanzeggen van politiedwang zou zijn gelegen in het voorkomen van een uitbreiding van de besmetting met ongedierte naar andere woningen in de stad.»

Het derde lid beoogt slechts aan te geven in welk geval het bestuur verplicht is te bepalen dat zal worden opgetreden niet op kosten van de overtreder. Indien een als overtreder aangeschreven belanghebbende meent dat ten onrechte is nagelaten om een uitzondering op de hoofdregel te maken, door na te laten te bepalen dat niet op zijn kosten bestuursdwang zal worden uitgeoefend, staan voor hem de mogelijkheden van bezwaar en beroep op de administratieve rechter open. Het gevolg van het nalaten deze rechtsmiddelen daartegen aan te wenden behoort te zijn, dat het feit dat de kosten op hem zullen worden verhaald niet meer ter discussie staat. Wel kan in de verzetsprocedure op grond van artikel 5.2.6 eventueel de hoogte van de in rekening gebrachte kosten nog ter discussie worden gesteld. Op dit punt wijkt het wetsvoorstel overigens niet af van de bestaande rechtspraktijk zoals die in de jurisprudentie vorm is gegeven.

Het vierde en vijfde lid zijn met een kleine redactionele aanpassing overgenomen uit de artikelen 131, tweede lid, Gemeentewet, 128, tweede lid, Provinciewet en 67, tweede lid, onderdeel a, Waterschapswet.

Artikel 5.2.6

Op de betekenis van deze bepaling werd hiervoor al kort ingegaan. De regeling inzake invordering bij dwangbevel en de verzetsprocedure is overgenomen uit de Provincie- en Waterschapswet (respectievelijk de artikelen 132, 129 en 68, eerste en tweede lid), welke regelingen voortbouwen op de soortgelijke regelingen in de voorlopers van die wetten.

Wel is de termijn voor het indienen van verzet aangepast aan de algemene termijn voor bezwaar en beroep van zes weken in de Algemene wet bestuursrecht. Er is geen goede reden om hier voor een kortere of langere termijn te kiezen. Met deze uniformering van termijnen wordt tevens al enigszins voortuitgelopen op het in het nader rapport uitgesproken voornemen om geschillen over de uitvaardiging van dwangbevelen op bestuursrechtelijk terrein, zoals bij het kostenverhaal van bestuursdwang en de invordering van verbeurde dwangsommen, onder de competentie van de bestuursrechter te brengen.

De regeling omtrent bevoorrechtiging van de aan de toepassing van bestuursdwang verbonden kosten, zoals opgenomen in artikel 5.2.7 van het voorontwerp, is niet overgenomen. In het licht van artikel 3:284 van het Burgerlijk Wetboek bestaat aan deze bepaling geen behoefte. In dit verband zij ook gewezen op het bij het parlement aanhangige wetsvoorstel dat er mede toe strekt dergelijke voorrechten uit de bestaande wetgeving te schrappen (Kamerstukken II 1992/93, 22 942, nrs. 1-2).

Artikel 5.2.8

Artikel 5.2.8, eerste lid, wijkt enigszins af van de overeenkomstige bepaling in de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet (respectievelijk de artikelen 127, 124 en 63). De bevoegdheid om plaatsen, niet zijnde woningen, zonder de toestemming van de rechthebbenden te betreden, is beperkt tot de mogelijkheid zulks te doen zonder de toestemming van de overtreder alsmede eventuele andere rechthebbenden als bedoeld in artikel 5.2.4, derde lid. Deze personen zijn immers gewaarschuwd en in de gelegenheid gesteld de uitvoering van de beschikking te voorkomen door zelf maatregelen te nemen. Zij kunnen dan niet op basis van hun privaatrechtelijke zeggenschap de uitvoering van de beschikking verhinderen. In het zeldzame geval dat bestuursdwang alleen kan worden toegepast door terreinen te betreden die toebehoren aan een gerechtigde die niet als rechthebbende in de zin van artikel 5.2.4, derde lid, kan worden beschouwd, behoeft het bestuursorgaan de toestemming van de gerechtigde of dient in plaats van bestuursdwang toe te passen, gekozen te worden voor het opleggen van een last onder dwangsom.

Wij hebben voorts nog de inhoud van de zogenoemde «plaagstroken-regeling» uit de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet niet in de *Algemene wet bestuursrecht* overgenomen (vgl. respectievelijk de artikelen 127, tweede tot en met vijfde lid, 124, tweede tot en met vijfde lid, en 63, tweede tot en met vijfde lid, van die wetten). Deze regeling ziet op het geval dat derden op grond van het privaatrecht de uitoefening van bestuursdwang zouden kunnen verhinderen. De indruk bestaat dat die gevallen betrekkelijk zelden voorkomen. Wij zullen echter nog nader bezien of aan een dergelijke regeling wellicht toch behoefte bestaat.

Wel is in artikel 5.2.8, tweede lid, een bijzondere regeling omtrent het verlenen van een machtiging tot het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner opgenomen, omdat het daar gaat om de wel noodzakelijke bevoegdheid in bepaalde gevallen ter uitoefening van bestuursdwang in woningen te kunnen binnentreden. Deze regeling stemt overeen met de tekst van de artikelen 127, tweede lid, Gemeentewet, 124, tweede lid, Provinciewet en 63, zesde lid, Waterschapswet, zoals deze komen te luiden na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot wijziging van binnentredingsbepalingen (Kamerstukken I 1993/94, 22 539, nr. 260).

Artikel 5.2.9

Deze bepaling komt inhoudelijk overeen met de artikelen 128 Gemeentewet, 125 Provinciewet en 64 Waterschapswet. Anders dan in het voorontwerp het geval was, is thans uit intern harmonisatieoogpunt tekstueel aansluiting gezocht bij de redactie van artikel 5.2.10, eerste lid. Van de bevoegdheid om gebouwen, terreinen en hetgeen zich daarin of daarop bevindt, te verzegelen, kan soms nuttig gebruik worden gemaakt. Voordeel van verzegeling is dat een verzegeling praktisch eenvoudig is aan te brengen. In plaats van ingrijpende fysieke maatregelen zoals dichttimmeren van gebouwen of weghalen van machines of andere inventaris, wordt volstaan met een min of meer symbolische handeling met een juridische betekenis. In dat laatste schuilt ook de zwakte van verzegeling. Wanneer belanghebbenden niet bereid zijn zich aan de rechtstoestand van de verzegeling te houden, zal toch nader met bestuursdwang of met het opleggen van een dwangsom moeten worden opgetreden.

In het wetsvoorstel wordt verzegeling als een (bijzondere) vorm van bestuursdwang behandeld. Daaruit vloeit voort dat niet de mogelijkheid wordt geboden om een combinatie toe te passen van verzegeling en het opleggen van een dwangsom. De enige directe sanctie die op het verbreken van een verzegeling is gesteld, is een strafsancie. Er zij aan

herinnerd dat het verbreken van een verzegeling als in dit voorschrift bedoeld in artikel 199 van het Wetboek van Strafrecht strafbaar is gesteld.

Artikel 5.2.10

Ook dit artikel is overgenomen uit de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet (respectievelijk de artikelen 126, 123 en 62).

Het tweede lid schrijft voor dat afschrift van een proces-verbaal moet worden verstrekt aan degene die de zaken onder zijn beheer had. Als zodanig kan worden beschouwd degene die de zaken in zijn macht had op het tijdstip van uitoefening van bestuursdwang. Meestal zal deze persoon ook de rechthebbende zijn, maar het is denkbaar dat deze persoon niet tevens rechthebbende is. Door de term rechthebbende in het tweede lid niet te gebruiken, wordt voorkomen dat het bestuursorgaan zich in de vraag moet verdiepen of degene onder wiens beheer de zaken werden aangetroffen tevens ook de rechthebbende is. Vordert iemand afgifte van de zaak, dan zal hij wel aannemelijk moeten maken dat hij als rechthebbende kan worden beschouwd.

Het derde lid, dat onder meer voorschrijft dat de meegevoerde zaken dienen te worden teruggegeven aan de rechthebbende, staat er niet aan in de weg dat uit andere wettelijke voorschriften kan voortvloeien dat teruggave niet is toegestaan. Te denken valt aan de mogelijkheid dat na de toepassing van bestuursdwang strafvorderlijk beslag is gelegd op de meegevoerde zaken.

In het vierde lid wordt een onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de overtreder tevens rechthebbende is ten aanzien van de meegenomen en opgeslagen zaken en het geval waarin een ander dan de overtreder als rechthebbende moet worden beschouwd. Omdat de rechthebbende die niet tevens de overtreder is, niet gehouden is de kosten van toepassing van bestuursdwang te betalen, is het niet redelijk dat hij die kosten wel zou moeten voldoen alvorens de hem toebehorende zaak terug te verkrijgen. Anderzijds is het wel redelijk dat deze rechthebbende de kosten van bewaring van zijn zaak aan de overheid vergoedt.

Artikel 5.2.11

De tekst van dit artikel komt – afgezien van de verwijzingen naar artikelen uit de Algemene wet bestuursrecht – vrijwel letterlijk overeen met de tekst van de artikelen 134 Gemeentewet, 131 Provinciewet en 69 Waterschapswet.

Van het bestuursorgaan dat bestuursdwang heeft toegepast, mag niet worden verlangd dat het meegevoerde en opgeslagen zaken gedurende onbepaalde tijd bewaart. Daarom heeft het bestuursorgaan op grond van artikel 5.2.11, eerste lid, het recht van parate executie, wanneer de meegevoerde en opgeslagen zaken na dertien weken nog niet aan de rechthebbende konden worden teruggegeven.

Ten opzichte van de tekst van de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet is in het eerste lid «na de opslag» vervangen door «na de meevoering», omdat dat moment met meer zekerheid is te bepalen en als een juister tijdstip van ingang voor de termijn die het bestuur heeft kan worden beschouwd.

Artikel 5.2.12

Artikel 5.2.12 beoogt te voorkomen dat bestuursdwang wordt toegepast met betrekking tot een overtreding ter zake waarvan reeds een dwangsomoplegging loopt. Hoewel zulks ook reeds uit de woorden «in plaats daarvan» in artikel 5.3.1 kan worden afgeleid, stellen wij voor dit verbod op samenloop expliciet te regelen. In dit verband is van belang dat het – mutatis mutandis – redactioneel gelijklopende artikel 5.3.5 het

spiegelbeeld bevat van artikel 5.2.12. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar § 3 van het algemeen deel van de toelichting op dit hoofdstuk.

AFDELING 5.3 DWANGSOM

Eén van de bezwaren van het feit, dat de dwangsombevoegdheid stapje voor stapje in de bestuursrechtelijke wetgeving via de Hinderwet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Wet bodembescherming, de Gemeentewet, de Provinciewet, de Waterschapswet, de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne en de Wet milieubeheer is ingevoerd, is dat nooit ten principale is stilgestaan bij de vraag of deze sanctiebevoegdheid in handen van het bestuur moet worden gelegd (met de mogelijkheid van een beroep op de rechter), dan wel dat de wet deze zware bevoegdheid in handen van de rechter behoort te leggen, die van die bevoegdheid gebruik kan maken op verzoek van het bestuur. Voor een keuze voor elk van beide (bestuur of rechter) zijn argumenten aan te voeren.

Een belangrijk argument om het bestuur de dwangsombevoegdheid te verlenen, is de wenselijkheid zorg te dragen voor een handhavingsmiddel, dat snel en slagvaardig kan worden ingezet. Wanneer het bestuur voor de toepassing van dit middel eerst de rechter moet benaderen, doet dat aan de snelheid en slagvaardigheid geen goed. Ook al zou een soort kort geding-procedure aan dit bezwaar tegemoet kunnen komen, er blijft toch een belangrijk verschil in snelheid en bestuurslast. Wanneer het bestuur de weg naar de rechter moet bewandelen om de oplegging van een dwangsom te verkrijgen, betekent dat het inbouwen van drempels en vertraging. Vanuit de wenselijkheid het bestuursrecht effectief te kunnen handhaven, zou de keuze voor dwangsomoplegging door de rechter bepaald dat nadeel hebben.

Een tweede argument voor de keuze van het bestuur als primair bevoegd orgaan komt naar voren wanneer de vraag gesteld wordt: wie moet verantwoordelijk zijn voor een effectief handavingsbeleid, het bestuur of de rechter? Het lijdt weinig twijfel dat de zorg voor een effectieve handhaving van bestuursrechtelijke normen tot het takenpakket van het bestuur moet worden gerekend. Het bestuur kan voor het handavingsbeleid politiek verantwoordelijk worden geacht en op die verantwoordelijkheid door de volksvertegenwoordiging worden aangesproken, de onafhankelijke rechter niet. Daarbij is van belang dat het bij het opleggen van een dwangsom niet gaat om een punitieve sanctie, maar om een reparatoire of preventieve sanctie. Dat betekent dat in beginsel niet of nauwelijks rekening behoeft te worden gehouden met de persoon van de dader of met de vraag of de dader schuld treft. De dwangsom is geen strafsancie, waaraan het karakter van «vergelding» toekomt. De redenen die er bestaan om in het strafprocesrecht het opleggen van straf aan de rechter toe te vertrouwen, hangen vooral samen met het uitgangspunt dat de persoon van de dader en omstandigheden waaronder hij zijn daad verrichtte mede bepalend dienen te zijn voor het oordeel over de strafbaarheid en de strafmaat die passend is. In de traditie van de rechtsstaat komt laatstgenoemde taak eerder toe aan een onafhankelijke rechter (strafrechter) dan aan het bestuur.

Bij de bestuurlijke dwangsom ligt dat in zoverre anders, dat dwangsomoplegging er slechts op gericht mag zijn de burger te laten doen wat hij volgens de wet toch al moet of moest doen. Die beperking heeft de dwangsom gemeen met bestuursdwang. Ook bestuursdwang mag niet verder strekken dan te doen hetgeen de burger volgens de wet moet doen. In de literatuur wordt de bestuursdwangbevoegdheid veelal beschouwd als een aan de uitvoeringstaak accessoire bevoegdheid.¹ Dat betekent dat de vraag of met bestuursdwang moet worden opgetreden primair ter beantwoording aan het bestuursorgaan moet worden gelaten en niet tot de verantwoordelijkheid van de onafhankelijke rechter mag

¹ Zie voor een overzicht: P. J. J. van Buuren en F. C. M. A. Michiels, Bestuursdwang, Zwolle 1989, p. 17-20 en voorts: P. J. J. van Buuren en G. T. J. M. Jurgens, De dwangsom in het milieurecht, in: Milieurecht in stelling, Utrechtse opstellen over actuele thema's in het milieurecht, Zwolle 1990, p. 48-71.

worden gerekend. Omdat dwangsom en bestuursdwang veelal alternatieve middelen zijn en ook qua strekking sterk op elkaar lijken (beide zijn gericht op direct doen naleven van verplichtingen), moet ook de dwangsomoplegging primair worden toevertrouwd aan het bestuur. Wel dient tegen een besluit tot het opleggen van een dwangsom, evenals tegen een aanschrijving tot bestuursdwang, beroep bij de administratieve rechter open te staan.

Men zou daar tegenover kunnen stellen dat het opleggen van een dwangsom een dermate ingrijpend en potentieel gevaarlijk middel is, dat dat middel in een rechtsstaat alleen door de rechter na een rechterlijke procedure behoort te worden gehanteerd. Bij de kwalificatie «potentieel gevaarlijk middel» moet bedacht worden, dat een dwangsom niet alleen volstrekt ten onrechte kan worden opgelegd (dat kan met een bestuursdwangaanschrijving ook gebeuren), maar het bovendien in beginsel bijzonder eenvoudig is een dwangsom op te leggen. Bij een bestuursdwangaanschrijving realiseert het bestuursorgaan zich beter dat de aanschrijving in principe van overheidswege geëffectueerd zal moeten worden, indien aan de waarschuwing geen gevolg wordt gegeven. Juist de moeilijke praktische uitvoerbaarheid van een bestuursdwangaanschrijving weerhoudt een bestuurder er dikwijls van die weg in te slaan. Bij het opleggen van een dwangsom speelt dat probleem niet. Met andere woorden: juist de omstandigheid dat een dwangsom doorgaans een effectief middel kan zijn, maakt het een aantrekkelijk middel. De aantrekkingskracht van het middel maakt dat de kans bestaat dat het bestuur er te snel en te vaak naar grijpt. Zou het dan, zo rijst de vraag, toch niet beter zijn wanneer men de hantering van dit middel in handen van de rechter zou leggen?

Bij de beantwoording van die vraag moet worden vooropgesteld, dat – zoals hiervoor reeds uiteengezet – het niet past bij de onafhankelijke positie van de rechter, dat aan hem zou worden toevertrouwd om met de dwangsom een handhavingsbeleid te voeren. Dat betekent dat een taakverdeling waarbij een bestuursorgaan wel verzoekt, maar de rechter volledig naar eigen inzicht een beleid voert en bepaalt of al dan niet een dwangsom wordt opgelegd en, zo ja, hoe dat gebeurt, niet passend is. Hooguit zou men kunnen denken aan een samenspel tussen bestuur en rechter, waarbij het bestuur in beginsel door de rechter daarom te verzoeken bepaalt, of en op welke wijze een dwangsom wordt opgelegd en aan de rechter de taak is om te controleren of er inderdaad reden is een dwangsom op te leggen en of aan de daarvoor te stellen voorwaarden is voldaan. Maar als men daaraan denkt, is het verschil niet groot met het systeem waarin het bestuursorgaan zelf de dwangsom oplegt en de belanghebbende vervolgens het initiatief kan nemen zich tot de rechter te wenden ten einde schorsing of vernietiging te krijgen. Dit laatste systeem verdient dan toch wel de voorkeur, omdat het de slagvaardigheid ten goede komt (bestuur legt zelf rechtstreeks op) en in dat systeem de verantwoordelijkheid duidelijker blijft. Voor een ieder is duidelijk dat het bestuursorgaan dat de dwangsom oplegt, daarvoor volledig de verantwoordelijkheid neemt en draagt. Kiest men voor het andere systeem, waarin de rechter de dwangsom oplegt, dan kan het bestuur zich toch altijd ten dele achter de rug van de rechter verschuilen.

Naar valt aan te nemen heeft de wetgever in het recente verleden om bovenstaande redenen voor het systeem gekozen, waarin het in beginsel effectieve maar ook wel potentieel gevaarlijke middel van de dwangsom in handen van het bestuur en niet van de rechter is gelegd. In het thans aan de orde zijnde wetsvoorstel wordt deze keuze gecontinueerd.

In de bestaande wetgeving is de dwangsombevoegdheid steeds gekoppeld aan de bestuursdwangbevoegdheid. Die koppeling blijft onmiddellijk bij lezing van de tekst van de wettelijke bepalingen. Zo luidt bijvoorbeeld artikel 136 van de Gemeentewet:

«Het orgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen kan, indien het gelaedeerde belang zich daartegen niet verzet, bepalen dat de overtredener een door het orgaan vastgestelde dwangsom verbeurt.»

De koppeling van de dwangsombevoegdheid aan de bestuursdwangbevoegdheid houdt in dat een dwangsom niet kan worden opgelegd, wanneer niet tevens een bestuursdwangbevoegdheid bestaat. Die koppeling lijkt een goed uitgangspunt. Aan deze koppeling doet niet af, dat soms in een concreet geval het alternatief van bestuursdwang feitelijk onuitvoerbaar is en dus alleen de dwangsom als sanctie vanwege het bestuur in aanmerking komt. Voldoende is dat de bestuursdwangbevoegdheid in beginsel bestaat.

In het wetsvoorstel is dus in aansluiting op de door de wetgever reeds eerder ingeslagen weg gekozen voor een koppeling van de dwangsombevoegdheid aan de bestuursdwangbevoegdheid. Dit wil niet zeggen dat wij ons niet kunnen voorstellen dat de wetgever in de toekomst in bepaalde gevallen zal willen kiezen voor een dwangsombevoegdheid zonder deze te koppelen aan een bestuursdwangbevoegdheid. Op dit moment bestaan daartoe echter nog geen plannen. Maar wanneer de (bijzondere) wetgever daarvoor kiest, ligt het voor de hand dat verwezen wordt naar de daarvoor in aanmerking komende bepalingen van afdeling 5.3 van de Algemene wet bestuursrecht.

Artikel 5.3.1

Artikel 5.3.1 sluit enerzijds aan bij de tekst van de overeenkomstige bepalingen in de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet (respectievelijk de artikelen 136, eerste en tweede lid, 133, eerste en tweede lid, en 71, eerste en tweede lid), anderzijds bij de daarvan op details verschillende regeling van artikel 18.9 Wet milieubeheer. De verschillen met genoemde bepalingen zijn inhoudelijk minimaal.

Een taalkundige wijziging, die beter aangeeft wat er werkelijk geschiedt, is dat het wetsvoorstel spreekt van het opleggen van een last onder dwangsom, waar in de bestaande wetgeving in de dwangsombeepalingen staat dat een dwangsom wordt opgelegd. Daarop sluit aan dat in het tweede lid wordt vermeld tot welke mogelijkheden het opleggen van een last (onder dwangsom) beperkt blijft. Genoemde mogelijkheden zijn er alle op gericht de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen of te doen blijven met de rechtens behorende situatie. Uit de alternatieve opsomming mag niet worden afgeleid dat een combinatie van bijvoorbeeld een last tot ongedaan maken en een last gericht op het voorkomen van verder overtreding onmogelijk is. Ook een combinatie van ongedaan laten maken en een last gericht op het voorkomen van herhaling is niet uitgesloten. De functie van het tweede lid is dat duidelijk wordt gemaakt tot welke mogelijkheden een last onder dwangsom beperkt is.

Voor wat betreft de vraag of een last onder dwangsom mag worden opgelegd voordat een (eerste) overtreding is begaan, menen wij dat aansluiting moet worden gezocht bij het antwoord op de vraag of bestuursdwang mag worden aangezegd voordat een overtreding is gepleegd (zie de toelichting op artikel 5.2.1). Dit komt er op neer dat indien het gevaar van het plegen van een overtreding *klaarblijkelijk* is, ook zonder dat een mogelijke herhaling sprake is, een last onder dwangsom mag worden opgelegd.

Aanvankelijk werd door de wetgever bij de introductie van de dwangsombevoegdheid in de Hinderwet (artikel 28a) als voorwaarde voor de keuze van de dwangsom in plaats van de bestuursdwang als voorwaarde gesteld, dat de oplegging van de dwangsom «passender met het oog op de betrokken overtreding» moest zijn. Dit criterium bleek in de praktijk moeilijk hanteerbaar. In de Wet milieubeheer, de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet heeft de wetgever er daarom voor

gekozen het criterium dat de dwangsomoplegging passender moet zijn, te laten vallen. Bij deze keuze sluit het onderhavige wetsvoorstel aan. Duidelijkheidshalve merken wij op dat de woorden «in plaats daarvan» in het eerste lid slechts beogen tot uitdrukking te brengen dat de dwangsombevoegdheid gekoppeld is aan de bestuursdwangbevoegdheid.

Gehandhaafd is de voorwaarde dat het belang, dat het overtreeden voorschrijft beoogt te beschermen, zich niet tegen de keuze voor de dwangsomoplegging mag verzetten. Dit criterium dekt ook het in artikel 18.9, eerste lid, van de Wet milieubeheer gekozen criterium dat «het belang van de bescherming van het milieu» zich niet tegen de keuze voor het middel van de dwangsom mag verzetten. Voor het overige laat de wet aan het bevoegde bestuursorgaan beleidsvrijheid om te kiezen voor het ene handhavingsmiddel of voor het andere.

Het voorgestelde artikel 5.3.1, vierde lid, bevat, anders dan artikel 18.9, tweede lid, Wet milieubeheer, wel de mogelijkheid, dat het bestuursorgaan de dwangsom vaststelt op een bedrag ineens. Ook de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet bevatten deze mogelijkheid. Bij het vaststellen van de dwangsomregeling in de Wet milieubeheer heeft de wetgever besloten de mogelijkheid een dwangsom vast te stellen op een bedrag ineens, niet op te nemen, omdat hij vreesde dat de dwangsom dan zou kunnen gaan functioneren als een soort afkoopsom. Bij nader inzien bestaat voor deze vrees onvoldoende grond. Indien een dwangsom op een bedrag ineens is vastgesteld en verbeurd wordt, ligt de conclusie voor de hand dat de dwangsom te laag was vastgesteld. In beginsel heeft het bestuursorgaan dan de bevoegdheid opnieuw een (eventueel hogere) dwangsom op te leggen. In plaats daarvan bestaat ook de bevoegdheid alsnog over te gaan tot toepassing van bestuursdwang. In het wetsvoorstel is, uitgaande van deze opvatting, de mogelijkheid van een bedrag ineens wel weer opgenomen. Bij het aanpassen van de Wet milieubeheer zal van de keuze die de wetgever thans in de Algemene wet bestuursrecht maakt worden uitgegaan, omdat het niet nodig is op dit punt in de Wet milieubeheer een afwijkende regeling in stand te laten. Overigens zij opgemerkt dat wij geen voorkeur voor de dwangsom ineens hebben. Het gaat er om dat ook van die mogelijkheid in daarvoor in aanmerking komende situaties gebruik kan worden gemaakt.

Wat het vijfde lid betreft, merken wij op dat deze regeling in praktisch opzicht overeenkomt met artikel 18.9, derde lid, Wet milieubeheer. Die bepaling zal in de aanpassingswetgeving dan ook kunnen vervallen. Overigens zij benadrukt dat de termijn gedurende welke een last kan worden uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd, door het bestuursorgaan zo kort mogelijk moet worden gesteld. Afhankelijk van de situatie zal de termijn kunnen variëren van enkele uren tot tot enkele weken of maanden.

In het wetsvoorstel komt geen bepaling voor die overeenkomt met artikel 18.14 Wet milieubeheer. Genoemd artikel 18.14 regelt de bevoegdheid voor een ieder om het bevoegd gezag te verzoeken om gebruik te maken van zijn dwangsombevoegdheid. In het systeem van de Algemene wet bestuursrecht past zo een bepaling niet. Weliswaar kan altijd iedereen het bevoegd bestuursorgaan verzoeken ter zake van een overtreding een last onder dwangsom op te leggen, maar in het systeem van de Awb is eerst sprake van een aanvraag (artikel 1:3, eerste lid) indien zo een verzoek afkomstig is van een belanghebbende (als bedoeld in artikel 1:2). Indien het bestuursorgaan weigert een last onder dwangsom op te leggen, zal in het systeem van de Awb alleen voor belanghebbenden (waaronder eerst en vooral de aanvrager) de mogelijkheid van bezwaar en beroep open staan. De afwijkende regeling van de Wet milieubeheer leidt tot een andere uitkomst. Omdat daar uitdrukkelijk een ieder het recht heeft gekregen een verzoek tot het opleggen van een dwangsom te doen, moet worden aangenomen dat voor degene wiens verzoek niet gehonoreerd wordt de mogelijkheden van bezwaar en beroep open staan, ongeacht of

hij overigens als belanghebbende is te beschouwen. Op dit punt zal bij de aanpassing van de Wet milieubeheer aan de Algemene wet bestuursrecht moeten worden onderzocht of en in hoeverre er voldoende redenen zijn de speciale bepaling van artikel 18.14 Wet milieubeheer te laten voortbestaan. Het voorgaande betreft de rechtsbescherming ter zake van de weigering tot *oplegging* van een last onder dwangsom. Los hiervan staat het vraagstuk van de rechtsbescherming van derden bij het achterwege blijven van de *invordering* van een verbeurde dwangsom. Zoals is aangegeven in punt 8.18 van het nader rapport bij het onderhavige wetsvoorstel, zal aan de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht worden verzocht om bij gelegenheid van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht tevens een uniforme regeling te ontwerpen die voorziet in bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de invordering van geldschulden door de overheid. Hierbij zal vanzelfsprekend ook de rechtsbescherming bij het niet-invorderen van dwangsommen worden betrokken.

Artikel 5.3.2

Voor de invordering van verbeurde dwangsommen is de regeling van de invordering van de kosten van bestuursdwang gevolgd. Verwezen zij naar hetgeen hierover in de toelichting op artikel 5.2.6 is opgemerkt.

Artikel 5.3.3

Artikel 5.3.3 is overgenomen uit de artikelen 137 Gemeentewet, 134 Provinciewet en 72, eerste en tweede lid, Waterschapswet.

De regel van het eerste lid is reeds langer bekend uit artikel 611, eerste lid, Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Als algemene regel ligt de bepaling ook voor de hand, omdat, wanneer in een concreet geval een algehele of gedeeltelijke onmogelijkheid (overmacht) bestaat om aan een wettelijke verplichting te voldoen, een dwangsom niet behoort te worden verbeurd. Toepassing van deze bepaling laat onverlet dat het bestuursorgaan andere maatregelen kan treffen. Zo behoeft het bevoegde bestuursorgaan zich niet altijd bij de onmogelijkheid om een bepaald vergunningsvoorschrift na te leven neer te leggen. Er kan aanleiding zijn om in zo een geval de vergunning in te trekken en de activiteit geheel te doen beëindigen. De Wet milieubeheer kent geen bepaling die met artikel 5.3.3, eerste lid, overeenkomt. Onderzocht zal moeten worden of er voldoende klemmende redenen zijn deze uitzonderingssituatie ten opzichte van de Algemene wet bestuursrecht te handhaven.

De bepaling van artikel 5.3.3, tweede lid, kent de Wet milieubeheer in artikel 18.11, eerste lid, wel. Van een inhoudelijk verschil met laatstgenoemde bepaling is geen sprake.

Artikel 5.3.4

De artikelen 138 Gemeentewet, 135 Provinciewet en 72, derde en vierde lid, Waterschapswet hebben model gestaan voor deze bepaling. In de milieuwetgeving is geen bepaling omtrent de verjaring opgenomen. Voorgesteld wordt de betrekkelijk korte verjaringstermijn van zes maanden uit de hiervoor genoemde artikelen over te nemen.

Artikel 5.3.5

Artikel 5.3.5 beoogt te voorkomen dat een dwangsom wordt opgelegd met betrekking tot een overtreding ter zake waarvan reeds een bestuursdwangtoepassing loopt. Artikel 5.2.12 bevat hiervan het spiegelbeeld. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar § 3 van het algemeen deel van de toelichting op dit hoofdstuk.

7. MANDAAT EN DELEGATIE (TITEL 10.1)

Algemeen

De onderhavige afdelingen regelen de mogelijkheid voor bestuursorganen hun bevoegdheden te mandateren of te delegeren. Het leerstuk van mandaat en delegatie is zodanig uitgekristalliseerd, dat de voorgestelde regeling in hoge mate kan worden beschouwd als een neerslag van het geldende recht. Niettemin bestaan op onderdelen nog onduidelikheden waarvoor juist een wettelijke regeling een oplossing kan bieden.

Gemeenschappelijk aan mandaat en delegatie is dat deze beide rechtsfiguren een bestuursorgaan de mogelijkheid geven een aan dat bestuursorgaan toekomende bevoegdheid door een ander te laten uitoefenen.

Bij mandaat gaat het om een bevoegdheidsuitoefening waarvoor het mandaterende bestuursorgaan verantwoordelijk blijft, en waarover het dan ook de zeggenschap blijft behouden. Rechtsens geldt een in mandaat genomen besluit als een besluit van de mandaatgever: de rechtsgevolgen zijn dezelfde als wanneer de mandaatgever zelf het besluit tot stand had gebracht.

Mandaat is te beschouwen als de publiekrechtelijke tegenhanger van de volmacht uit het privaatrecht.

Delegatie is daarentegen een overdracht van bevoegdheid. De verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de overgedragen bevoegdheid berust niet langer bij de delegans, maar komt bij degene aan wie de bevoegdheid is gedelegeerd te liggen; deze oefent haar verder zelfstandig uit. Daarmee stemt overeen dat het delegerende bestuursorgaan de zeggenschap over de wijze van uitoefening in beginsel kwijt is. Terwijl men mandaat kan beschouwen als een vorm van vertegenwoordiging, is daarvan bij delegatie geen sprake. De overgedragen bevoegdheid wordt zelfstandig en op eigen naam uitgeoefend.

Teneinde verwarring te voorkomen verdient het in het algemeen aanbeveling dat het bestuursorgaan dat de bevoegdheid mandateert of delegeert met zoveel woorden aangeeft dat het om mandaat respectievelijk delegatie gaat. Dit is vooral van belang voor degene aan wie de bevoegdheid gemandateerd of gedelegeerd wordt; de burger die met een concreet besluit geconfronteerd wordt, verkrijgt via de eis van artikel 1A.1.1.10 respectievelijk artikel 1A.1.2.7 duidelijkheid.

AFDELING 10.1.1 MANDAAT

Zoals hierboven aangegeven kan mandaat als de publiekrechtelijke tegenhanger van de volmacht worden beschouwd. Hiermee stemt overeen dat mandaat ten dele een rol speelt die vergelijkbaar is met die van de volmacht in het privaatrecht. Bij iedere organisatie, zowel in de publieke als in de private sector, pleegt het recht bevoegdheden toe te kennen aan het orgaan dat met de leiding van de organisatie is belast. In de praktijk is het echter uitgesloten dat de leiding van een grote organisatie al die bevoegdheden zelf uitoefent. De minister is als hoofd van zijn departement met een veelheid van bevoegdheden bekleed, maar zal een groot deel van de besluiten die ter uitoefening daarvan nodig zijn door zijn ambtenaren laten nemen. Het bestuur van een grote naamloze vennootschap zal op vergelijkbare wijze vele rechtshandelingen door werknemers in dienst van de vennootschap laten verrichten.

Uit dit voorbeeld blijkt dat het mandaat veelal samengaat met een andere band die er tussen mandaatgever en gemandateerde bestaat. Wanneer een minister of een ander bestuursorgaan mandaat verleent aan een ambtenaar die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam is, bestaat er reeds een ondergeschiktheidsverhouding, gegrond op het ambtelijk dienstverband. Hetzelfde verschijnsel doet zich overigens ook in het

privaatrecht voor. Ook daar gaan volmachtsverlening en arbeidscontract vaak samen.

Tussen mandaat en volmacht bestaan naast overeenkomsten ook verschillen. Deze vloeien voort uit de verschillende materie die door deze rechtsfiguren worden bestreken: de volmacht is van belang voor zeer uiteenlopende rechtshandelingen, waaronder in de eerste plaats die welke het vermogen van de volmachtgever raken, terwijl het mandaat op de uitoefening van een bestuursbevoegdheid ziet. Het is eigen aan het bestuursrecht dat het zorgt voor waarborgen voor een zo goed mogelijk uitoefenen van de publieke taak, waarborgen waarop het privaatrecht niet is toegesneden.

Een en ander roept de vraag op welke betekenis voor de mandaatfiguur moet worden toegekend aan de schakelbepaling van artikel 3:79 BW waarin de regeling van de volmacht ook buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Onder de omschrijving «buiten het vermogensrecht» is, naar moet worden aangenomen, in beginsel ook het bestuursrecht begrepen; men zie Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3: vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1990, blz. 1015–1017. Dit vloeit voort uit het feit dat de bepalingen die in het BW als regels van privaatrecht zijn geformuleerd, ten dele een meer algemeen karakter hebben: zij geven uitdrukking aan regels die gemeenschappelijk zijn aan het privaatrecht en het bestuursrecht. Nu voor het bestuursrecht een zelfstandige regeling over het mandaat in de wet wordt opgenomen, geeft de wetgever nauwkeuriger aan welke bepalingen voor mandaat gelden, en daarmee ook in hoeverre van gemeenschappelijke regels sprake is. Door deze aanpak wordt voorkomen dat met betrekking tot de veel voorkomende mandaatsfiguur onnodige onzekerheid blijft bestaan. Aan de verdere rechtsontwikkeling kan worden overgelaten in hoeverre er behoefte wordt gevoeld in de gevallen waarin de bepalingen over mandaat niet voorzien, soms toch bij die betreffende de volmacht aansluiting te zoeken.

In de afdeling over mandaat is ernaar gestreefd niet nodeloos een andere regeling te treffen dan met betrekking tot de volmacht is geschied. Anderzijds doen de zelfstandige bepalingen over het mandaat recht aan de niet onbelangrijke verschillen die met het privaatrecht bestaan. Zo komt in het privaatrecht volmacht niet alleen in arbeidsrechtelijke verhoudingen veel voor, maar ook in het kader van andere overeenkomsten. De overeenkomst van lastgeving (art. 7:400 BW) gaat zo veelvuldig gepaard met volmachtsverlening, dat in het oude wetboek de volmacht niet duidelijk van de lastgeving werd onderscheiden (artt. 1829 e.v.). Ook leent een aantal bepalingen uit het privaatrecht met betrekking tot de volmacht zich niet goed voor (onverkorte) toepassing op mandaat. Te noemen vallen de artikelen 3:69 tot en met 3:71 BW (betrachting, instaan door de gevolmachtigde voor de aanwezigheid van volmacht respectievelijk overlegging van de volmacht of een onverwijld bevestiging door de volmachtgever).

Anders dan in het privaatrecht is het in het bestuursrecht veel minder gebruikelijk mandaat te verlenen aan anderen dan ondergeschikten. Daarvoor bestaan ook goede redenen. In het bestuursrecht wordt een bevoegdheid aan een bepaald bestuursorgaan toegedeeld omdat dit bestuursorgaan het meest geschikt wordt geacht om die taak in overeenstemming met het algemeen belang uit te oefenen. Daarbij spelen niet alleen de positie en de deskundigheid van het betrokken bestuursorgaan een rol, maar ook de mogelijkheid van goede controle op de taakuitvoering. Met het oog daarop worden bestuursbevoegdheden vaak toegekend aan organen die een verantwoordingsplicht hebben jegens een vertegenwoordigend lichaam. Minister, gedeputeerde staten en burgemeester en wethouders hebben een verantwoordingsplicht jegens het

parlement, onderscheidenlijk provinciale staten en de gemeenteraad. De reden van toedeling aan juist deze bestuursorganen is meestal niet zozeer gelegen in het feit dat men verwacht dat zij zelf alle besluiten nemen waartoe de toegekende bevoegdheid de gelegenheid biedt, maar dat men een verantwoordingsplicht van deze organen voor de uitoefening daarvan wenst.

Tegen deze achtergrond is het veelvuldig voorkomen van mandaat aan ambtenaren die het verantwoordelijke bestuursorgaan bij zijn taakuitoefening bijstaan begrijpelijk en aanvaardbaar. De ambtelijke rechtspositie brengt immers mee dat het bestuursorgaan leiding geeft aan de werkzaamheden, en daarbij te allen tijde bevoegd is aanwijzingen te geven. De ambtenaar is verplicht zich conform die aanwijzingen te gedragen. Door deze interne verhouding is het bestuursorgaan in staat zijn verantwoordelijkheid te dragen: ook al oefent het een bevoegdheid niet zelf uit, toch kan het door het geven van goede instructies voor een juiste taakbehandling zorg dragen. Voor het resultaat is het bestuursorgaan jegens het vertegenwoordigende lichaam verantwoordelijk.

Mandaatverlening is dan ook bij uitstek geschikt in hiërarchische verhoudingen. Het is het middel voor een bestuursorgaan om tot een rationele taakverdeling te komen, zonder daarbij de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van die bevoegdheden te verliezen. Het feit dat de figuur van het mandaat goed aansluit op de eisen die het bestuursrecht stelt aan de wijze van werken binnen de overheidsorganisatie, heeft ertoe geleid de bepalingen van mandaat van overeenkomstige toepassing te verklaren indien binnen de organisatie van één bestuursorgaan volmacht wordt verleend; verwezen zij naar artikel 1A.1.1.12.

Mandaat aan anderen dan ondergeschikten past minder goed in dit beeld. Hoewel uit de mandaatfiguur voortvloeit dat de mandaatgever steeds aanwijzingen kan geven over de wijze van uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid, is dit voor een niet-ondergeschikte een afwijking van het normale patroon van zijn werkzaamheden. Voor een ondergeschikte sluit het daarop juist goed aan. Voor hem geldt dat ook langs andere weg verzekerd is dat hij optreedt overeenkomstig de instructies van de mandaatgever; uit het hiërarchisch verband kunnen sancties voortvloeien indien daarmee in strijd wordt gehandeld. Jegens de niet-ondergeschikte bestaan deze sancties niet. Wel kan het mandaat steeds worden beëindigd, en is de gemandateerde eventueel aansprakelijk voor de gevolgen van een bevoegdheidsuitoefening in strijd met de instructies.

In de jurisprudentie en de literatuur wordt, in overeenstemming met het bovenstaande, mandaat aan ondergeschikten algemeen aanvaard ook zonder dat de wet daartoe een grondslag biedt. Buiten dat geval bestaat minder duidelijkheid. Indien de wetgever zwijgt, wordt mandaat aan niet-ondergeschikten in verschillende gevallen wel aanvaard, maar in bijzondere gevallen ook niet, zonder dat duidelijkheid bestaat over de vraag waar de grens moet worden getrokken. Zo werden bij voorbeeld niet aanvaard mandaat van de bevoegdheid op een bezwaarschrift te beslissen door een niet aan de Commissie Vestigingsaangelegenheden ondergeschikte Bezwaarcommissie (CBB 15-11-1988, AB 1990, 510), en mandaat van de beslissing over het verzoek tot reservering van een invalidenparkeerplaats door burgemeester en wethouders aan de hoofdcommissaris van politie waar het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens niet in voorzag (Afd. geschillen van bestuur 5-3-1990, AB 1990, 291). Wel werd aanvaard mandaat door de Minister van Justitie aan de hoofden van politie van de bevoegdheid te beslissen omtrent een vestigingsvergunning respectievelijk een verblijfsvergunning op grond van de Vreemdelingenwet (Afd. rechtspraak 19-12-1985, AB 1986, 398 en Afd. rechtspraak 24-2-1986, AB 1987, 190).

Nu er in de praktijk behoefte aan mandaat aan niet-ondergeschikten blijkt te bestaan, verdient het de voorkeur dit toe te staan, mits tegelij-

kertijd wordt verzekerd dat de mandaatgever zijn verantwoordelijkheid kan blijven waarmaken. Daartoe wordt in artikel 1A.1.1.4 voorgeschreven dat de niet-ondergeschikte slechts als gemandateerde kan optreden indien hij met het mandaat heeft ingestemd. Daarmee verplicht hij zich overeenkomstig de aanwijzingen van de mandaatgever te handelen, en staat ook tegenover derden vast dat hij over de gemandateerde bevoegdheid beschikt. Dientengevolge zal hij ook niet kunnen weigeren haar uit te oefenen indien dat in de gegeven omstandigheden verlangd kan worden.

Niet alleen vloeit uit het karakter van de mandaatsfiguur voort dat de mandaatgever een aanwijzingsbevoegdheid bezit, maar ook dat de mandaatverlening niet privaatief werkt. Ook in dit opzicht stemt de mandaatverlening overeen met de privaatrechtelijke volmachtverlening. Uiteraard is het wel mogelijk dat rechtshandelingen van de mandaatgever zonder zin of zelfs onrechtmatig zijn, gelet op reeds door de gemandateerde verrichte handelingen waaraan de mandaatgever gebonden is. Wanneer door de gemandateerde op regelmatige wijze een subsidie is verleend zal de mandaatgever de subsidie niet meer kunnen weigeren, waar dit zonder de voorafgaande handelingen van de gemandateerde wel mogelijk zou zijn geweest.

Evenals dat bij de volmacht het geval is zijn er aan het mandaat beperkingen verbonden. De accenten zijn echter verschillend. Dit vloeit voort uit de verschillende materie waarop de volmacht respectievelijk het mandaat betrekking hebben.

Voor mandaat geldt dat in vele mandaatsbesluiten wordt bepaald dat mandaat is beperkt tot beslissingen van niet-pincipiële aard. Daarbij komt dan nog, dat mandaatverlening op zich zelf niet geoorloofd is indien de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. Een onbegrensde mogelijkheid van mandaatverlening zou de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor de goede gang van zaken te veel uithollen. Voor deze materie zij verder verwezen naar de toelichting bij artikel 1A.1.1.1a.

Artikel 1A.1.1.1

Artikel 1A.1.1.1 omschrijft mandaat als de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen. Deze redactie staat er niet aan in de weg, dat mandaat plaatsvindt aan een met name genoemd persoon dan wel aan een bepaalde functie (bijvoorbeeld het hoofd van de politie). Voor mandaat aan niet-ondergeschikten zij verwezen naar het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk en de toelichting op artikel 1A.1.1.4.

Artikel 1A.1.1.1a

Zoals in het algemene deel van dit hoofdstuk werd opgemerkt, is het hier bepaalde de kern van mandaatsuitoefening. Om die reden is deze bepaling, anders dan in het voorontwerp, direct achter de definitiebepaling van artikel 1A.1.1.1 geplaatst.

Handelt de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid, dan wordt een door hem genomen besluit aan de mandaatgever toegerekend (zie bij voorbeeld Afd. rechtspraak 15-11-88, AB 1989, 267). Het besluit geldt derhalve als een besluit van laatstgenoemde, en heeft dezelfde juridische consequenties als een door hemzelf genomen besluit. De bepaling komt overeen met artikel 3:66 BW, dat voor de volmacht eenzelfde regeling geeft.

De bepaling dat een binnen de grenzen van het mandaat genomen besluit geldt als een besluit van de mandaatgever, betekent niet dat een buiten de grenzen van die bevoegdheid genomen besluit onder alle omstandigheden niet aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend.

Het vertrouwensbeginsel beschermt degene die op de aanwezigheid van een geldig mandaat vertrouwt en daarop ook mocht vertrouwen.

Op basis van de jurisprudentie over dat beginsel zal men moeten aannemen dat er aanleiding bestaat voor een dergelijke toerekening indien aan twee voorwaarden is voldaan. Allereerst moet het bestuursorgaan door zijn gedrag het vertrouwen hebben gewekt dat er een rechtsgeldig mandaat bestond. Het gaat daarbij in beginsel niet om gedrag van de gemandateerde, maar om dat van het bestuursorgaan in wiens naam is gehandeld. In de tweede plaats zal vast moeten staan dat de wederpartij in redelijkheid op de gewekte schijn van bevoegdheid heeft mogen afgaan.

Onder die omstandigheden zal degene die belang heeft bij het toerekenen van het in gepretendeerd mandaat genomen besluit aan het bestuursorgaan, zich op het vertrouwensbeginsel kunnen beroepen. Hij zal dit uiteraard slechts doen, indien het besluit voor hem gunstig is, bij voorbeeld indien het een subsidieverlening betreft. Gezien de beperkte jurisprudentie over deze casuspositie komt het weinig voor dat in dergelijke omstandigheden door het bestuursorgaan een beroep op het ontbreken van een geldig mandaat wordt gedaan. Om die reden is er thans van afgezien een uitdrukkelijke bepaling over dit onderwerp op te nemen. Daartoe bestaat des te minder aanleiding, nu artikel 3:61, tweede lid, B.W. zich goed leent voor overeenkomstige toepassing op het mandaat.

Iets meer jurisprudentie lijkt te bestaan over gevallen, waarin degene die door een in mandaat genomen besluit in zijn belang is getroffen, dat besluit bestrijdt met de stelling dat aan het mandaat een gebrek kleefde (men zie bij voorbeeld CRvB 19-287, AB 1987, 437, Vz. Afd. rechtspraak 21-3-88, AB 1988, 494, CRvB 14-11-91, TAR 1992, 5). In die gevallen speelt het vertrouwensbeginsel uiteraard geen rol, integendeel; de wederpartij is er juist op uit de geldigheid van het mandaat – en daarmee van het genomen besluit – te bestrijden. Dan zal artikel 1A.1.1.1a beslissend zijn, hetgeen inhoudt dat bij gebreke van (voldoende) mandaat geen toerekening van het besluit aan het bestuursorgaan plaats kan vinden. Er moet dan van een onbevoegd genomen besluit worden gesproken.

In deze laatste situatie rijst de vraag, of het onbevoegd genomen besluit door het bestuursorgaan kan worden bekrachtigd. Daarbij is een veelheid van casusposities denkbaar. Relevant is de termijn waarbinnen bekrachtiging nog zou kunnen plaatsvinden (men zie KB 21-4-87, AB 1987, 538, waarin bekrachtiging na het verstrijken van de beroepstermijn niet werd aanvaard), het karakter (ook in verband met de rechtsbescherming) van de bekrachtiging, de regels die op het besluit van toepassing zijn indien de relevante regelgeving tussen het moment van het nemen van het in gepretendeerd mandaat genomen besluit en de bekrachtiging is gewijzigd, enzovoort. De jurisprudentie biedt op dit moment nog onvoldoende aanknopingspunten voor opnemings van bepalingen over bekrachtiging in de Algemene wet (vgl. Afd. rechtspraak 28-10-1988, AB 1989, 153, KB 21-4-1987, AB 1987, 538 en CRvB 21-5-1992, TAR 1992, 150).

Artikel 1A.1.1.2

In dit artikel wordt neergelegd dat een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft tot mandaatverlening. Daarnaast bevat het de beperkingen op die bevoegdheid.

Conform de heersende leer en de jurisprudentie (met name HR 1-4-1966, AB 1966, 497; NJ 1966, 455; voorts CRvB 22-2-1990, TAR 1990, 86) wordt in het eerste lid bepaald, dat mandaatverlening geoorloofd is, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. Daarbij wordt uitdrukkelijk gesproken van «de» mandaatverlening; het gaat erom of de aard van de bevoegdheid zich in concreto tegen de mandaatverlening verzet.

Het zal zich niet vaak voordoen dat een wettelijk voorschrift zich uitdrukkelijk tegen mandaatverlening verzet; veelal zal uit het stelsel van de bepalingen moeten worden afgeleid dat mandaat niet is toegestaan (men zie bij voorbeeld KB 19-5-87, AB 1988, 411).

Er kunnen zich twee gevallen voordoen waarin de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet. Ten eerste het geval dat de bevoegdheid een zodanig karakter heeft, dat mandaatverlening in het geheel uitgesloten moet worden geacht, omdat de besluitvorming door het orgaan dat de wetgever heeft aangewezen (meestal het hoogste politieke orgaan) moet plaatsvinden. Bij wijze van voorbeeld kan worden genoemd de bevoegdheid van de Minister van VROM aanwijzingen te geven aan gemeenten op grond van artikel 37 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Aan de jurisprudentie kunnen worden ontleend de voorbeelden van het opleggen van een disciplinaire straf (men zie CRvB 1-9-88, TAR 1988, 204) en het geven van bepaalde noodbevelen door de burgemeester (Afd. rechtspraak 17-12-1991, AB 1992, 550 en Hof Amsterdam 4-5-1990, AB 1991, 30). Het gaat in die gevallen immers om een zeer zware bevoegdheid. Ten tweede is er het geval dat de aard van de bevoegdheid niet ten principale aan mandaatverlening in de weg staat, maar dat de mandaatverlening in concreto, gelet op de aard van de bevoegdheid, niet is toegestaan (zoals bij het hieronder te noemen voorbeeld van mandaatverlening van de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels aan meer personen, en het in het derde lid neergelegde geval van beslissen op een bezwaarschrift). Ook de positie van de gemandateerde, op zichzelf of ten opzichte van de mandaatgever, kan er toe leiden dat de aard van de bevoegdheid aan de mandaatverlening in de weg staat. Daarbij moet bij voorbeeld gedacht worden aan de situatie dat de te mandateren bevoegdheid niet in de sfeer van de normale bevoegdheidsuitoefening van de gemandateerde ligt (zo is het bij voorbeeld niet denkbaar dat de bevoegdheid tot het afgeven van verblijfsvergunningen wordt gemandateerd aan de directeur FEZ van een gemeente); ook het feit dat de gemandateerde zelf belanghebbende is bij de uitoefening van die bevoegdheid kan bij voorbeeld aan de mandaatverlening in de weg staan.

De grenzen die mandaatbesluiten aan het mandaat stellen, komen zowel voor in exacte als in meer open vorm. Bij dit laatste valt te denken aan mandaatbesluiten zoals die op ministeries niet ongebruikelijk zijn, waarin criteria als «van principiële of niet-principiële aard» worden gebruikt. Artikel 1A.1.1.2 laat zich niet uit over de manier waarop het mandaat moet worden omschreven. Wel kan er op gewezen worden dat een meer vaag omschreven mandaat voor de mandaatgever eerder het risico meebrengt, dat derden het mandaat ruimer opvatten dan het is bedoeld.

In het tweede lid wordt niet-limitatief een aantal gevallen gespecificeerd waarin mandaatverlening niet is toegestaan. Erkend zij, dat in de praktijk behoefte kan bestaan aan een duidelijke, limitatieve afbakening van de gevallen waarin mandaat wel en waarin het niet is toegestaan. Verder gaan dan de opsomming van het tweede lid, in samenhang met het eerste lid, zou echter het risico van onnodige beperking van de mogelijkheden in de praktijk met zich brengen.

Zo zou het bij voorbeeld niet praktisch zijn om mandaat van de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels te verbieden. Het moet mogelijk zijn dat aan één functionaris zowel de bevoegdheid tot het geven van beschikkingen als de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels terzake wordt gemandateerd. Ook is het mogelijk dat deze vervolgens de bevoegdheid tot het afdoen van de beslissing (onder)mandateert aan verschillende, aan hem ondergeschikte ambtenaren. Het is echter ongewenst dat hij daarbij ook de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels aan deze ambtenaren zou (onder)mandateren, omdat er

dan over de uitoefening van dezelfde bevoegdheid op hetzelfde niveau verschillende beleidsregels zouden kunnen bestaan. In dat laatste geval staat artikel 1A.1.1.2, eerste lid, aan de mandaatverlening in de weg.

Het in het tweede lid, onder a, bepaalde sluit de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften van mandaatverlening uit, tenzij bij verlening van die bevoegdheid in mandaatverlening is voorzien. Zo kan een minister, wanneer deze de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels bij algemene maatregel van bestuur gedelegeerd heeft gekregen, deze bevoegdheid niet mandateren aan een directeur-generaal indien in de algemene maatregel van bestuur niet in de mandaatverlening is voorzien. Wanneer de raad ingevolge artikel 156 Gemeentewet een verordenende bevoegdheid aan het college van burgemeester en wethouders heeft gedelegeerd, is mandaat aan een ambtenaar niet mogelijk indien het delegatiebesluit daarin niet voorziet.

De figuur van mandaat tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften aan een secretaris-generaal of een directeur-generaal komt in de huidige bestuurspraktijk overigens nog al eens voor. Een dergelijk mandaat is naar onze mening echter over het algemeen niet wenselijk en ook niet nodig. Het is van belang dat de politiek verantwoordelijke bewindspersoon zelf de regeling vaststelt.

Indien is voorgeschreven dat een besluit met een versterkte meerderheid moet worden genomen is dat een indicatie dat de betreffende wetgever dat besluit van een zodanig gewicht heeft geacht, dat mandaatverlening evenmin toelaatbaar moet worden geoordeeld (onderdeel b). Voorts kan het zijn dat de verplichting bepaalde besluiten in het openbaar te nemen in de weg kan staan aan mandaatverlening, indien door de mandaatverlening aan dit vereiste niet meer zou worden voldaan.

In het voorontwerp wordt het standpunt ingenomen dat, gelet op het feit dat het administratief beroep mede een waarborg beoogt te scheppen voor de juiste uitoefening van bestuursbevoegdheden, het beslissen op beroep van mandaatverlening moet worden uitgesloten (onderdeel c). Het beslissen op een bezwaarschrift wordt in het voorontwerp niet van mandaatverlening uitgesloten, omdat deze vorm van mandaat in de bestuurspraktijk niet geheel kan worden gemist.

De Raad voor het binnenlands bestuur wees erop dat aan mandaatverlening van het beslissen op beroep in sommige gevallen behoefte bestaat. Anderzijds werden door onder andere de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven vraagtekens geplaatst bij het ontbreken van het verbod van mandaatverlening van de bevoegdheid te beslissen op een bezwaarschrift. Wij menen dat er onvoldoende aanleiding is de in het voorontwerp gemaakte keuze te wijzigen. Gelet op de aard van de bevoegdheid kan mandaatverlening terzake van het beslissen op een beroepsschrift niet worden toegestaan. Op het algemene uitgangspunt dat mandaatverlening terzake van het beslissen op een bezwaarschrift mogelijk moet blijven, moet één uitzondering worden gemaakt. Het is ongewenst dat het mogelijk zou zijn dat de functionaris die de primaire beslissing nam waartegen bezwaar wordt gemaakt, via mandaat ook weer degene zou zijn die op dat bezwaar zou beslissen (zie CBb 15-5-1988, uitspraken CBb 1988 nr. 24). Het derde lid van artikel 1A.1.1.2 staat aan zo'n mandaatverlening in de weg.

Het onthouden van goedkeuring aan en de vernietiging van besluiten zijn zodanige ingrepen in de autonomie van overigens zelfstandige organen, dat deze besluiten door het toezichthoudend orgaan zelf moeten worden genomen (onderdeel d).

Overwogen is nog een andere uitsluitingsgrond van mandaat in het tweede lid op te nemen, namelijk mandaat van de bevoegdheid tot het beperken van grondrechten. In bepaalde gevallen kan de betrokken bevoegdheid uit haar aard niet worden gemandateerd; in die richting gaan bij voorbeeld eerdergenoemde uitspraken Vz. Afd. rechtspraak 31-7-1989, AB 1990, 315 en Hof Amsterdam 4-5-1990, AB 1991, 30, waar het ging om de bevoegdheid tot het beperken van het recht op bewegingsvrijheid. Het lijkt ons echter niet juist hier een algemeen verbod van mandaat op te nemen, omdat het in bepaalde gevallen geen bezwaar behoeft te ontmoeten de bevoegdheid tot beperking van grondrechten te mandateren. Te denken valt aan sommige bevoegdheden die de burgemeester heeft op grond van de Wet openbare manifestaties of de Zondagswet. Toetsing dient plaats te vinden in het kader van het eerste lid van dit artikel, namelijk de vraag of de bevoegdheid in concreto zich verzet tegen de mandaatverlening.

Artikel 1A.1.1.4

Dit artikel ziet op de bevoegdheid tot mandaatverlening aan anderen dan ondergeschikten. Een voorbeeld hiervan vormt de mandaatverlening door de Minister van Binnenlandse Zaken aan de Raad van Beheer van de Stichting Administratie Indonesische Pensioenen (een zelfstandig bestuursorgaan) wat de uitvoering betreft van onder meer de Garantiewet Burgerlijk Overheidspersoneel Indonesië. Zoals eerder opgemerkt wordt voor de bevoegdheid tot mandaatverlening aan anderen dan ondergeschikten geen bijzondere wettelijke grondslag geëist. Wel is het in dat geval nodig dat de gemandateerde de mandaatverlening aanvaardt. In plaats van een eenzijdige rechtshandeling is er dan een afspraak. Deze aanvaarding heeft tot gevolg dat tussen mandaatgever en gemandateerde de rechtsverhouding ontstaat, zonder welke de mandaatgever de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid niet zou kunnen dragen.

De bepaling is van toepassing indien de gemandateerde niet werkzaam is onder verantwoordelijkheid van de mandaatgever, dat wil zeggen niet aan hem ondergeschikt is. Van een dergelijke ondergeschiktheid is volgens de gewone ambtelijke verhoudingen sprake indien de gemandateerde een ambtenaar is in dienst van het mandaatverlenende bestuursorgaan. Het is ook daarbuiten denkbaar dat een bestuursorgaan ondergeschikt is aan een ander bestuursorgaan. Hiervan is zeker sprake indien laatstgenoemd bestuursorgaan de bevoegdheid bezit zowel algemene als bijzonder aanwijzingen te geven.

De eis van instemming die in dit artikel is opgenomen behelst geen vormvereiste. In veel gevallen ligt voorafgaand overleg voor de hand. Dit zal veelal uitlopen op schriftelijke instemming, maar van die instemming kan ook blijken uit de uitoefening van het mandaat. Wanneer de gemandateerde heeft ingestemd met het mandaat, onderwerpt hij zich aan de verplichtingen die een gemandateerde ingevolge deze afdeling heeft (bij voorbeeld de inlichtingenplicht); bovendien kan hij in voorkomende gevallen niet meer weigeren het mandaat uit te oefenen. Het stellen van de eis dat de instemming schriftelijk wordt gegeven, zoals de VNG in haar advies suggereert, lijkt ons te zwaar. Zeker indien het gaat om mandaat aan een groot aantal gelijke ambten (bij voorbeeld de burgemeesters) leidt een dergelijke eis tot onnodige administratieve belasting.

Uit de hiërarchische verhouding vloeit voort dat ook de instemming van degene onder wiens verantwoordelijkheid de gemandateerde werkzaam is, vereist is; dit om zijn verantwoordelijkheid voor het functioneren van de gemandateerde waar te kunnen maken. De gemandateerde moet namelijk van twee kanten aanwijzingen opvolgen: via de mandaatsverhouding met de mandaatgever, en via de hiërarchische band met zijn eigen bovengeschikte. Dit zal echter in de praktijk van het concrete geval

moeten worden opgelost. Met de Raad voor het binnenlands bestuur kan worden opgemerkt, dat mandaatverlening aan ambten van een andere bestuurslaag (zoals van een minister aan een burgemeester) een uitzonderlijk karakter zou moeten hebben. Dit in verband met de verantwoordelijkheidsrelaties die in de andere bestuurslaag bestaan. Deze mogelijkheid kan echter in de praktijk niet gemist worden.

Indien bij wettelijk voorschrift uitdrukkelijk is voorzien in de mandaatverlening, is de instemming als bedoeld in dit artikel niet meer nodig. Hierin is thans in een tweede lid uitdrukkelijk voorzien. De wetgever heeft dan immers reeds voorzien in de mogelijkheid van de mandaatverlening, zodat deze de gevolgen heeft die deze afdeling aan mandaat verbindt. Uit het wettelijke voorschrift zal uiteraard moeten blijken ten aanzien van welke gemandateerden de wetgever mandaat mogelijk heeft willen maken.

In de literatuur wordt voor mandaat aan niet-ondergeschikten wel de aanvullende eis gesteld, dat de gemandateerde bevoegdheid ligt in de sfeer van de normale bevoegdheid van de gemandateerde (H. D. van Wijk/W. Konijnenbelt/R. M. van Male, Hoofdstukken van administratief recht, achtste druk, Utrecht 1993, blz. 140). Het is niet noodzakelijk deze eis in de onderhavige afdeling afzonderlijk op te nemen. Voor zover de bevoegdheid buiten die sfeer ligt, staat artikel 1A.1.1.2, eerste lid, reeds aan mandaat in de weg.

Artikel 1A.1.1.5

Onderscheiden dient te worden tussen algemeen mandaat, dat wil zeggen het verschaffen van de bevoegdheid om een bepaalde categorie van besluiten namens het bestuursorgaan te nemen, en mandaat voor een bepaald geval. Bij algemeen mandaat is het terwille van de duidelijkheid van bevoegdheidsverdeling nodig de eis te stellen dat van de bevoegdheid om krachtens mandaat besluiten te nemen uit een schriftelijk stuk blijkt; men zie Afd. rechtspraak 16-7-1991, Gst. 6934 nr. 4. Degenen die betrokken zijn bij besluiten van een bestuursorgaan moeten immers kunnen nagaan of mandaat is verleend. Overigens zij opgemerkt dat het in verband met diezelfde duidelijkheid, en ter voorkoming van mogelijke bewijsproblemen voor de rechter, in het algemeen aanbeveling verdient dat ook een bijzonder mandaat schriftelijk wordt verleend. De Raad voor het binnenlands bestuur wijst hier terecht op. Het moet echter mogelijk blijven in sommige gevallen te volstaan met een mondelinge verlening, zodat een wettelijke verplichting ons niet wenselijk voorkomt; men zie CRvB 7-5-1992, AB 1992, 689, waarin een mondelinge mandaatverlening voor een specifiek geval naast een schriftelijk algemeen mandaat werd toegestaan.

Een schriftelijk verleend algemeen mandaat is een besluit dat overeenkomstig artikel 3:42 bekend moet worden gemaakt. Het bestuursorgaan moet zorgdragen voor een geschikte wijze van bekendmaking. Mede in verband met de regels omtrent deze materie in het privaatrecht zou het bijhouden van een algemeen toegankelijk register, waarin alle mandaatverleningen door een bepaald bestuursorgaan te vinden zijn, onder omstandigheden als een goede vorm van bekendmaking kunnen gelden.

Artikel 1A.1.1.6

Om de verantwoordelijkheid die de mandaatgever heeft voor het in mandaat genomen besluit te kunnen waarmaken, dient hij steeds instructies te kunnen geven over de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid. Dit kenmerk van mandaat is in het eerste lid opgenomen.

De bevoegdheid instructies te geven kan, zoals ook in de tekst van de bepaling tot uitdrukking is gebracht, bij wijze van algemene instructie

geschieden of door middel van een instructie die voor een bepaald, concreet geval wordt gegeven. Anders dan bij delegatie zijn bij mandaat aanwijzingen denkbaar die een volledig intern karakter hebben. Deze gelden niet als een besluit, en behoeven dan ook niet gepubliceerd te worden. Indien de aanwijzingen een vaste gedragslijn bevatten en zij ook overigens aan de criteria van artikel 1:3, vierde lid, voldoen, dienen zij te worden beschouwd als beleidsregels, en worden daaraan de rechtsgevolgen van titel 4.4 verbonden. Verwezen wordt naar de toelichting op titel 4.4.

Het tweede lid bepaalt, dat de gemandateerde de mandaatgever op diens verzoek inlichtingen verschaft over de uitoefening van de bevoegdheid. Ook dit is een noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen waarmaken van de verantwoordelijkheid. In het licht van de inlichtingenplicht krijgt ook het instemmingsvereiste van artikel 1A.1.1.4 bij mandaat aan niet-ondergeschikten extra betekenis. Ondergeschikten zijn immers reeds uit hoofde van hun ondergeschiktheid verplicht tot het verschaffen van de inlichtingen. Met de instemming neemt de niet-ondergeschikte gemandateerde eveneens de inlichtingenplicht op zich.

Artikel 1A.1.1.7

Na hetgeen in het algemeen deel is gezegd behoeft dit artikel geen nadere toelichting. Het betreft hier een wezenskenmerk van mandaat.

Artikel 1A.1.1.8

De mandaatgever moet het mandaat kunnen beëindigen indien hij een voortzetting daarvan niet langer voor zijn verantwoordelijkheid kan nemen. Omdat hij steeds kan worden aangesproken op de wijze waarop de bevoegdheid wordt uitgeoefend, moet hij immers over de middelen kunnen beschikken die nodig zijn om die verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Daartoe behoort ook de bevoegdheid het mandaat beëindigen, zoals uit dit artikel voortvloeit.

De praktische consequentie van deze bepaling is, dat de mandaatgever zichzelf (of zijn ambtsopvolgers) niet de bevoegdheid tot intrekking kan ontnemen. Ook wanneer bij een overeenkomst of een overeenkomst-achtige afspraak bevoegdheden zijn gemandateerd, en daarbij is bepaald dat beëindiging niet of slechts in bepaalde gevallen (bijvoorbeeld na een zeker tijdsverloop) kan plaatsvinden, volgt uit artikel 1A.1.1.8 dat de beëindiging toch mogelijk is.

Dit betekent niet dat bepalingen over beëindiging geheel zonder effect zijn. Zo zal de bepaling dat een mandaat voor een jaar wordt verleend, tot gevolg hebben dat het na die periode niet meer bestaat, behoudens uiteraard de mogelijkheid van een nieuw besluit. Ook is het denkbaar dat een – niet-ondergeschikte – gemandateerde zodanige kosten voor een goede uitoefening van het mandaat heeft gemaakt, dat het in het licht van de beginselen van behoorlijk bestuur redelijk is dat daarvoor bij voortijdige intrekking een zekere compensatie wordt geboden. Men bedenke echter dat, afgezien van dit financiële aspect, het belang van een goede bevoegdheidsuitoefening, en niet het belang van de gemandateerde, de doorslag moet geven bij de vraag of het mandaat moet worden voortgezet.

Zoals eerder werd opgemerkt, brengt de eis van een duidelijke bevoegdheidsverdeling mee dat het wenselijk is te bepalen, dat een algemeen mandaat schriftelijk wordt verleend. Het ligt voor de hand dat ook intrekking van een algemeen mandaat schriftelijk plaatsvindt. Dit is in het tweede lid bepaald.

Artikel 1A.1.1.9

Gelet op de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid ligt het in de rede dat niet de gemandateerde maar het bestuursorgaan zelf bepaalt of en zo ja in hoeverre het de gemandateerde vrijstaat om anderen te belasten met de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheden.

Uit de formulering van het eerste lid kan worden afgeleid dat de mogelijkheid van ondermandaat niet behoeft te zijn gecreëerd bij de mandaatverlening, maar dat de mandaatgever ook op een later tijdstip kan bepalen dat ondermandaat mogelijk zal zijn. Dit sluit aan bij het rapport ABAR (5e druk, Alphen a/d Rijn 1984, blz. 49), en de daar genoemde uitspraak CRvB 16-7-1966, RSV 1966, 122.

Het tweede lid verklaart de bepalingen over mandaat van overeenkomstige toepassing op ondermandaat. Ook daarvoor geldt dus bij voorbeeld dat het, indien het een algemeen ondermandaat betreft, schriftelijk moet worden verleend (artikel 1A.1.1.5) en dat het steeds kan worden beëindigd (artikel 1A.1.1.9).

Ingevolge de definitie van artikel 1A.1.1.1 moet de mandaatgever een bestuursorgaan zijn. De parallelie met ondermandaat gaat in zoverre niet op, dat artikel 1A.1.1.9 ook van toepassing is indien de gemandateerde zelf geen bestuursorgaan is. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak wezen hier terecht op. Om die reden worden de overige bepalingen van afdeling 10.1.1 ook van overeenkomstige toepassing verklaard.

Naar aanleiding van opmerkingen van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, is in het eerste lid de bevoegdheid tot onder«mandaat»verlening in vergelijking met het voorontwerp duidelijker tot uitdrukking gebracht.

Artikel 1A.1.1.10

Ook naar buiten moet duidelijk zijn dat de gemandateerde de bevoegdheid uitoefent onder verantwoordelijkheid van de mandaatgever. Daarom wordt in dit artikel voorgeschreven, dat in een besluit dat krachtens mandaat wordt genomen, moet worden aangegeven namens welk bestuursorgaan de gemandateerde handelt. Men zie CRvB 25-9-1990, TAR 1990, 219 en Afd. rechtspraak 29-7-1992, Gst. 6950 nr. 4. Met opzet is hier gekozen voor de term «bestuursorgaan»; ook wanneer sprake is van ondermandaat dient bij het besluit in ieder geval de oorspronkelijke mandaatgever te worden vermeld. Niet is voorgeschreven dat ieder die in een soms lange keten van ondermandaten voorkomt, wordt genoemd. Dat zou voor de meeste burgers eerder verwarrend dan verhelderend zijn.

In dit verband zij nog opgemerkt, dat de burger uiteraard moet kunnen nagaan of de gemandateerde wel bevoegdelijk namens de mandaatgever optreedt. Voor de algemene mandaatsbesluiten is te dezen artikel 3:42 van belang, dat bekendmaking van deze besluiten voorschrijft. Verwezen zij naar de toelichting bij artikel 1A.1.1.5. Bovendien kan de burger zich – zo nodig met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur – wenden tot het bestuursorgaan met het verzoek kennis te nemen van het mandaatsbesluit.

Het zal meestal wel het duidelijkste zijn, wanneer uit de ondertekening (in plaats van elders in het besluit) blijkt namens welk bestuursorgaan het besluit is genomen. Een wettelijke eis van die strekking, zoals de VNG voorstelt, lijkt ons echter niet noodzakelijk.

Artikel 1A.1.1.11

Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen afdoenings- en ondertekeningsmandaat. In het licht van de definitie van artikel 1A.1.1.1 is

het niet juist bij ondertekening namens een bestuursorgaan van «mandaat» te spreken, omdat het hier niet gaat om het nemen van besluiten. De bevoegdheid tot ondertekening hangt echter zo nauw met mandaat samen (getuige de veel gebruikte term ondertekenings-«mandaat»), dat regeling daarvan in afdeling 10.1.1 voor de hand ligt.

Als algemeen uitgangspunt behoort te gelden dat degene die een besluit neemt het besluit ook ondertekent; afdoening en ondertekening dienen hand in hand te gaan. Desalniettemin kan het onder omstandigheden gewenst zijn dat de ondertekening door een ander geschiedt dan door degene die het besluit genomen heeft. Zo kan een minister, die een beslissing heeft genomen, in het buitenland zijn op het moment waarop het besluit in de vereiste schriftelijke vorm is opgemaakt. Hiertegen behoeft uit juridisch oogpunt geen bezwaar te bestaan. De beslissing die de rechtshandeling constitueert wordt door het bevoegde bestuursorgaan zelf genomen. De omstandigheid dat van die rechtshandeling wordt kennisgegeven door een schriftelijk stuk, ondertekend namens dat bestuursorgaan, laat die beslissing onverlet.

In het onderhavige artikel wordt dan ook vastgelegd dat ondertekenings«mandaat» in beginsel mogelijk is; dit is echter anders indien een wettelijk voorschrift of de aard van de bevoegdheid zich ertegen verzet. Overigens zal dit laatste minder snel het geval zijn dan bij afdoeningsmandaat; een duidelijk voorbeeld, waarbij de aard van de bevoegdheid in de weg staat aan ondertekenings«mandaat», is de ondertekening van koninklijke besluiten. De artikelen 75 en 105 van de Gemeentewet, waarin is bepaald dat stukken die van de raad of het college van burgemeester en wethouders uitgaan, door de burgemeester en de secretaris worden ondertekend, vormen een voorbeeld van een geval waarin een wettelijk voorschrift in de weg staat aan ondertekeningsmandaat. In die ondertekening door deze bij de vergadering aanwezige functionarissen is een waarborg gelegen dat de besluiten de resultaten van de vergadering juist weergeven. Indien echter afdoeningsmandaat is verleend, behoeven deze bepalingen niet in de weg te staan aan ondertekening door de gemandateerde (KB 25-8-1988, nr. 50, Gem.st. 6867, blz. 487).

Naar buiten dient kenbaar te worden gemaakt, dat het besluit door het bevoegde bestuursorgaan zelf is genomen, zodat geen verwarring met mandaat mogelijk is. Aldus bepaalt het tweede lid. Onvoldoende duidelijk is daarom «De minister van ..., voor deze...», al zal ook de bureaucratisch juiste ondertekening «Overeenkomstig de door de minister geparafeerde minute» niet voor iedereen verhelderend zijn. Beter zou zijn: «Overeenkomstig het door de minister genomen besluit».

Artikel 1A.1.1.12

Ingevolge dit artikel zijn de bepalingen in deze afdeling van overeenkomstige toepassing indien het bestuursorgaan binnen zijn eigen organisatie volmacht verleent om een privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten. Het zou ongewenst zijn indien de regeling van mandaat en volmacht binnen een bestuursorgaan verschillend zou zijn. Men zal zich zelfs niet altijd bewust zijn of men nu krachtens mandaat dan wel krachtens volmacht handelt. De op de ministeries geldende regels inzake de uitoefening van tekenbevoegdheid onderscheiden ook niet wat betreft de uitoefening van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden. Daarbij dient te worden bedacht dat het van min of meer toevallige omstandigheden kan afhangen of de publiekrechtelijke dan wel de privaatrechtelijke weg wordt gekozen. Wordt bij de regeling van het mandaat derhalve aangesloten bij de volmacht, anderzijds gelden de bepalingen inzake mandaat voor de volmachtverlening door bestuursorganen, in hun kwaliteit van vertegenwoordiger van de achterliggende rechtspersoon. De bevoegdheidstoedeling in het bestuursrecht met de

bijzondere aandacht voor verantwoordelijkheid en controle, heeft immers niet alleen betrekking op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden maar ook op die van privaatrechtelijke aard.

Het artikel brengt mee dat de onderhavige afdeling ook van toepassing is voor wat betreft de volmacht tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling die door een bestuursorgaan aan een ondergeschikte is gegeven. De bepalingen van deze afdeling derogeren derhalve ook voor dat geval aan titel 3.3 BW. Dat neemt niet weg dat die titel, voor zover niet met deze bepalingen in strijd, toepassing kan vinden. Als de bepalingen van deze afdeling niet zouden derogeren aan titel 3.3 BW, zou dit in een aantal situaties tot ongewenste uitkomsten leiden. Een goed voorbeeld is artikel 3:74 BW dat de figuur van de onherroepelijke volmacht in het leven roept. Een onherroepelijke volmacht zou strijdig zijn met het uitgangspunt dat het bestuursorgaan steeds de verantwoordelijkheid draagt voor de wijze waarop een bevoegdheid door een ondergeschikte uitgeoefend wordt. Bij een dergelijke verantwoordelijkheid hoort ook nadrukkelijk de mogelijkheid om een verleende volmacht te kunnen beëindigen. Daarom is het noodzakelijk dat op dit punt de regeling van mandaat aan het BW derogeert.

Een ander voorbeeld is artikel 3:61 BW. Dit artikel bepaalt dat een volmacht ook stilzwijgend, bijvoorbeeld door aanstelling in een bepaalde functie, verleend kan worden. Ook bij de overheid komt het voor, dat aan een functie bepaalde volmachten zijn verbonden. Terwille van de rechtszekerheid dienen deze volmachten dan echter wel schriftelijk te zijn vastgelegd. Dit wordt bewerkstelligd, doordat via de onderhavige bepaling ook artikel 1A.1.1.5, dat bepaalt dat een algemeen mandaat schriftelijk wordt verleend, van overeenkomstige toepassing is op de bestuurlijke volmacht.

Voor het overige zijn de bepalingen van het BW van toepassing, zij het dat een aantal daarvan praktische betekenis mist, zoals de bepalingen over dood en ondercuratelestelling van de volmachtgever. Op volmacht aan niet-ondergeschikten is het BW onverkort van toepassing.

Voor de gevolgen van het niet in acht nemen van de bepalingen van afdeling 10.1.1 voor de volmacht is met name het vertrouwensbeginsel van belang. Wij verwijzen naar de toelichting bij artikel 1A.1.1.1a.

Het artikel ziet zowel op het verlenen van volmacht tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen, als op het verlenen van machtiging tot het verrichten van handelingen die noch een besluit, noch een privaatrechtelijke rechtshandeling zijn. Bij dit laatste geval gaat het dan om niet-schriftelijke beslissingen en andere handelingen niet zijnde privaatrechtelijke rechtshandelingen; bij wijze van voorbeeld van laatstbedoelde handelingen zij genoemd het in ontvangst nemen van verklaringen als bedoeld in artikel 3:60, tweede lid, BW.

AFDELING 10.1.2 DELEGATIE

Delegatie van de bevoegdheid om besluiten te nemen vormt een veel ingrijpender inbreuk op de verdeling van bevoegdheden in de bestuursorganisatie dan mandaatverlening. Delegatie heeft tot gevolg dat de delegans de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de bevoegdheid verliest, en deze niet meer zelf mag uitoefenen (zie artikel 1A.1.2.5). Dit leidt er toe, dat delegatie niet dan met een grondslag in een wettelijk voorschrift kan worden verleend.

Een strijdpunt met betrekking tot delegatie is of delegatie aan ondergeschikten mogelijk is. De heersende leer is, dat delegatie aan ondergeschikten mogelijk is, maar dat de delegatie de ondergeschiktheidsverhouding ook wat betreft de gedelegeerde bevoegdheid niet doorbreekt (zie bij voorbeeld Rapport ABAR, 5e druk, Alphen a/d Rijn 1984, blz. 30-31). Het heeft echter geen zin de mogelijkheid van delegatie aan

ondergeschikten te handhaven, nu hieraan het wezenskenmerk van delegatie – nl. zelfstandige bevoegdheidsuitoefening – ontbreekt. Daarom wordt in artikel 1A.1.2.2 bepaald, dat delegatie slechts mogelijk is aan niet onder de verantwoordelijkheid van de delegans werkzame bestuursorganen. Bij het overlaten van de bevoegdheidsuitoefening aan ondergeschikten is mandaatverlening de aangewezen figuur.

In de Gemeentewet en de Provinciewet zijn artikelen opgenomen die delegatieverlening aan ondergeschikte ambtenaren mogelijk maken (artikelen 166 en 177 respectievelijk 164 en 177). Zij werden opgenomen bij wijze van uitzondering op bovenstaand uitgangspunt, waarbij gedacht werd aan een beperkt aantal gevallen van zuiver technische uitvoering (men zie Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nr. 3, blz. 57 en Kamerstukken II 1988/89, 19 403, nr. 10, blz. 108). Het voorontwerp spreekt een duidelijke voorkeur uit voor vasthouden aan het uitgangspunt dat delegatie aan ondergeschikten uit een oogpunt van zuiverheid van bestuurlijke verhoudingen ongewenst is, en dat genoemde bepalingen bij de invoeringswet geschrapt zouden moeten worden. De Raad voor het binnenlands bestuur betreurt een dergelijke keuze, en wijst op de inconsistentie met attributie, die wel aan ondergeschikten kan worden verleend. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten kan met de gemaakte keuze instemmen. Wij delen het standpunt van het voorontwerp, dat het ongewenst is dat een innerlijk tegenstrijdige regeling van verantwoordelijkheid, die het gevolg is van delegatie aan ondergeschikten, mogelijk blijft. Wij zullen dan ook in de aanpassingswetgeving voorstellen de Provinciewet en de Gemeentewet met dit standpunt in overeenstemming te brengen.

Naast de delegatie van de eigen bevoegdheid besluiten te nemen, bestaat ook de figuur waarbij het bestuursorgaan een bevoegdheid die niet aan zichzelf behoort aan een ander delegeert. Deze figuur sui-generis (rapport-ABAR, 5de druk, Alphen a/d Rijn 1984, blz. 29; H. D. van Wijk/W. Konijnenbelt/R. M. van Male, Hoofdstukken van administratief recht, achtste druk, Utrecht 1993, blz. 136) komt in enkele wetten voor, met als voornaamste voorbeeld de artikelen 165 en 178 Gemeentewet, waarin is bepaald dat de raad op voorstel van het college van burgemeester en wethouders respectievelijk de burgemeester bevoegdheden van die organen kan toekennen aan een commissie.

Anders dan in het voorontwerp is mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State thans in artikel 1A.1.2.8 (nieuw) bepaald, dat op de overdracht door een bestuursorgaan van een bevoegdheid van een ander bestuursorgaan tot het nemen van besluiten afdeling 10.1.2 – met uitzondering van artikel 1A.1.2.4 – van overeenkomstige toepassing is.

Anders dan bij mandaat het geval is, is hier geen regeling getroffen voor het eventueel verder overdragen van de bevoegdheid door degene aan wie gedelegeerd is («onderdelegatie»). Dit is ook niet nodig, omdat in tegenstelling tot mandaat voor delegatie een wettelijke grondslag vereist is. Dit brengt mee dat de wet regelt in hoeverre onderdelegatie is toegestaan. Is over onderdelegatie niets bepaald, dan is zij ingevolge artikel 1A.1.2.3 niet toegestaan.

Door de delegatie wordt degene aan wie een bevoegdheid gedelegeerd wordt, voor wat betreft die bevoegdheid bestuursorgaan. Dit betekent dat hij die bevoegdheid ingevolge artikel 1A.1.1.2 kan mandateren. Dit geldt eveneens voor «onderdelegatie».

Artikel 1A.1.2.1 en 1A.1.2.2

Naast hetgeen hierboven is opgemerkt over delegatie aan ondergeschikten, wordt hier volstaan met het volgende. Naar aanleiding van het advies van de SER over het voorontwerp wordt hier nog opgemerkt, dat

van ondergeschiktheid bij commissies in het algemeen geen sprake zal zijn. Delegatie aan een commissie is in de regel dus niet in strijd met artikel 1A.1.2.2. Delegatie van een orgaan aan zijn secretaris kan wel in strijd komen met dit artikel, indien de secretaris in een hiërarchische relatie tot het orgaan staat.

Artikel 1A.1.2.3

Dit artikel bevat de kernbepaling over de toelaatbaarheid van delegatie; zij is slechts toegestaan indien dit bij wettelijk voorschrift mogelijk is gemaakt. Het karakter van delegatie, waarbij een wijziging in de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming optreedt, brengt mee dat de wetgever (in materiële zin) uitdrukkelijk met een overdracht van die bevoegdheid moet hebben ingestemd. Men zie bij voorbeeld Afd. rechtspraak 28-10-1988, AB 1989, 153 en CRvB 16-4-1992, TAR 1992, 122.

Uit het voorgaande volgt dat ook subdelegatie niet geoorloofd is, zonder dat de wetgever die de delegatie toestond, in die mogelijkheid van verdere delegatie heeft voorzien. Dit geldt ook voor delegatie van wetgevende bevoegdheid, zoals uit de jurisprudentie valt af te leiden; met name kan worden gewezen op HR 25 januari 1926, NJ 1926 blz. 246 (kachels van Jamin), HR 19 januari 1931, NJ 1932, 439 (snoekvissen) en HR 26 november 1957, NJ 1958, 53 (vuurwerk).

Indien subdelegatie niet is toegestaan, zal delegatie van wetgevende bevoegdheid echter wel de mogelijkheid kunnen omvatten uitvoerende taken aan bestuursorganen toe te delen. Daaraan wordt de algemene grens gesteld dat die taken niet mogen bestaan uit het nemen van besluiten die algemeen verbindende voorschriften inhouden: dat zou immers subdelegatie zijn. Gaat het echter niet om een dergelijk voorschrift, maar om een besluit van algemene strekking, dan verzet artikel 1A.1.2.3 zich daartegen niet. Met deze benadering wordt een in beginsel duidelijke grens getrokken tussen hetgeen wel en niet is toegestaan. Zij sluit in uitkomst aan bij de lijn die de Hoge Raad in deze materie heeft getrokken (men zie HR 8 mei 1953, NJ 1953, 614, en HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467), al werd in die jurisprudentie het onderscheid tussen algemeen verbindend voorschrift en besluit van algemene strekking niet als zodanig gemaakt.

Tenslotte zij opgemerkt, dat de basis voor de delegatie kan zijn gelegen zowel in de regeling die de bevoegdheid attribueerde (of een op haar beurt daarop gebaseerde regeling), als in een algemene bevoegdheid zoals bijvoorbeeld de Gemeentewet en de Provinciewet die geven.

Artikel 1A.1.2.4

Zelfstandige bevoegdheidsuitoefening door de delegataris zou illusoir worden gemaakt, indien de delegans aan de delegataris instructies zou kunnen geven hoe te beslissen in een concreet geval. Delegatie veronderstelt dat aan de delegataris een zelfstandig oordeel toekomt ter zake van de beslissing in het concrete geval. Daarom wordt algemeen aangenomen dat de delegans geen bijzondere instructies aan de delegataris mag geven.

Ingevolge artikel 4.4.1 kan het bestuursorgaan, evenals degene aan wie de bevoegdheid is gedelegeerd, beleidsregels vaststellen omtrent de uitoefening van de bevoegdheid. Verwezen wordt naar de toelichting bij dat artikel. In het eerste lid van het onderhavige artikel wordt tot uitdrukking gebracht dat dit ook de enige weg is waarlangs het bestuursorgaan na de overdracht nog instructies kan geven over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid. Ingevolge de definitie van artikel 1:3, vierde lid, gaat het om regels omtrent het afwegen van belangen, het

vaststellen van feiten of het uitleggen van wettelijke voorschriften. Voor de volledigheid wijzen wij erop dat in het delegatie-besluit uiteraard ook beperkingen in de overdracht kunnen worden opgenomen, bijvoorbeeld door te bepalen dat zij slechts geldt voor besluiten waarmee een bepaald maximumbedrag is gemoeid. Het gaat dan om een clausulering van de delegatie. Indien het gaat om delegatie van de bevoegdheid regels te stellen, dan lossen de regels zich meestal op in het besluit waarbij de delegatie werd verleend. Desalniettemin is het denkbaar dat nog wel beleidsregels over de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid worden gesteld.

De in het tweede lid opgenomen inlichtingenplicht is noodzakelijk zowel in verband met de bevoegdheid beleidsregels te geven als ten behoeve van de bevoegdheid de delegatie te beëindigen van artikel 1A.1.2.6. Door deze bepaling kan het bestuursorgaan ook beter voldoen aan de inlichtingenplicht die het heeft jegens een algemeen vertegenwoordigend lichaam. Zo is het gewenst dat bij voorbeeld het parlement inlichtingen van de minister kan krijgen over de gedelegeerde taakuitoefening, ook al is de minister daarvoor zelf niet meer verantwoordelijk.

Artikel 1A.1.2.5

De zelfstandigheid van degene aan wie de bevoegdheid is gedelegeerd zou evenzeer illusoir worden gemaakt, indien de delegans in voorkomende gevallen de bevoegdheidsuitoefening aan zich zou kunnen trekken. Artikel 1A.1.2.5 sluit dat uit. Men zie bij voorbeeld Ambtenarengerechtigd 's-Gravenhage 14-8-1987, TAR 1988, 61 en Vz. Afd. rechtspraak 23-8-1990, Gst. 6916, 8. Hoewel men al uit artikel 1A.1.2.1 zou kunnen afleiden dat de delegatie, die immers als overdracht is omschreven, tot het hier geregelde gevolg leidt, is het gewenst dit uitdrukkelijk in de wet vast te leggen; daardoor ontstaat ook een tegenhanger van artikel 1A.1.1.7 over mandaat.

Dit artikel laat uiteraard onverlet, dat de delegans zich bij de delegatie de uitoefening van een bepaald gedeelte van de bevoegdheid kan voorbehouden.

Anders dan in het voorontwerp was voorgesteld wordt op de in het artikel geformuleerde regel geen uitzondering gemaakt voor het geval het gaat om delegatie van een regelgevende bevoegdheid. Ook dan behoort het bestuursorgaan, dat over een dergelijke bevoegdheid beschikte, maar die aan een ander heeft gedelegeerd, niet meer zelf tot uitoefening van die bevoegdheid over te gaan. Het is ongewenst dat twee bestuursorganen tegelijkertijd bevoegd zijn over dezelfde materie besluiten te nemen; dit geldt voor besluiten tot regelgeving evenzeer als voor andere besluiten.

Dit is ook het uitgangspunt geweest bij de regeling van de delegatie in de nieuwe Gemeentewet en de Provinciewet. Indien de gemeenteraad een aan hem toegekende bevoegdheid tot regelgeving delegeert aan het college van burgemeester en wethouders, is het ongewenst dat de raad de betrokken bevoegdheid zelf nog kan uitoefenen. Ditzelfde geldt bij andere gevallen van delegatie van regelgevende bevoegdheid door een bestuursorgaan. Indien bijvoorbeeld bij algemene maatregel van bestuur een specifieke regelgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd aan een minister of aan de gemeenteraden – men denke aan de bevoegdheid termijnen of procedure-regels voor het indienen van aanvragen vast te stellen of de hoogte van bepaalde subsidies aan de prijsontwikkeling aan te passen – dan behoort de vaststelling van die termijnen of de aanpassing aan de prijsontwikkeling door het aangewezen orgaan te geschieden, en niet bij algemene maatregel van bestuur. Wordt dat laatste toch gewenst, dan behoort de delegatie te worden ingetrokken. Deze regeling verdient de voorkeur boven een dubbele bevoegdheid tot het stellen van regels. Voor het geval van delegatie door een algemene maatregel van bestuur aan een ministeriële regeling is de kwestie

overigens van weinig praktisch belang. Het stellen van regels bij algemene maatregel van bestuur geschiedt dan immers onder verantwoordelijkheid van de minister aan wie de bevoegdheid was gedelegeerd. Daaruit zal veelal moeten worden afgeleid dat beoogd is de delegatie in te trekken, al verdient het uiteraard ook in dit geval de voorkeur zulks expliciet te doen.

Uiteraard handelt de bepaling niet over delegatie door de wetgever in formele zin: het vaststellen van wetten wordt niet beheerst door de bepalingen in de Awb over besluiten, maar door de Grondwet.

Artikel 1A.1.2.6

Hoewel de delegans de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de bevoegdheid door de delegataris in concreto verliest, is hij wel aanspreekbaar voor wat betreft de beslissing tot delegatie en voor de handhaving daarvan. Indien hij van oordeel is dat de delegatie ondoelmatig is of dat van de gedelegeerde bevoegdheid een onjuist gebruik wordt gemaakt, moet hij derhalve de delegatie ongedaan kunnen maken. Het onderhavige artikel voorziet hier in.

Intrekking van de delegatie geschiedt bij besluit. De intrekking dient vanzelfsprekend te voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Evenals dat bij mandaat het geval kan zijn, kunnen – bij voorbeeld in het geval is afgesproken dat de delegatie voor een bepaalde periode zal worden verleend – de beginselen meebrengen dat bij voortijdige intrekking een zekere compensatie van gemaakte kosten wordt geboden.

Artikel 1A.1.2.7

Voor delegatie geldt, evenals voor mandaatverlening, dat de burger moet kunnen nagaan of de delegataris wel bevoegd is. Daarom verplicht dit artikel tot vermelding van de vindplaats van het delegatiebesluit. Bij regelgeving kan het overigens de voorkeur verdienen die vermelding in de toelichting op te nemen (vgl. Aanwijzing 86 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). Het delegatiebesluit zal, anders dan een besluit tot mandaatverlening, veelal moeten worden gepubliceerd in een officiële publikatie, nu een dergelijk besluit moet worden gekwalificeerd als een algemeen verbindend voorschrift.

Artikel 1A.1.2.8

De figuur van delegatie, zoals geregeld in de voorgaande bepalingen van deze afdeling, heeft betrekking op het geval dat het bestuursorgaan dat zelf een bevoegdheid bezit, deze overdraagt aan een ander. Het komt echter ook voor dat het besluit tot overdracht wordt genomen door een ander bestuursorgaan dan dat over de bevoegdheid beschikt. Uiteraard moet de bevoegdheid daartoe wel in de wet zijn toegekend. Het meest bekende voorbeeld daarvan is artikel 165 Gemeentewet. Omdat de meeste regels van de afdeling ook op deze rechtsfiguur van toepassing behoren te zijn, is in het voorgestelde artikel een bepaling van die strekking opgenomen. In de literatuur was daarop ook aangedrongen: verg. W. Konijnenbelt, *Attributie, delegatie en mandaat in de Algemene wet bestuursrecht*, in: W. Konijnenbelt (red.), *De derde tranche, Alphen a/d Rijn 1992*, blz. 11).

In het eerste lid is slechts artikel 1A.1.2.4 uitgesloten van de van overeenkomstige toepassing.

In dat artikel is onder meer de bevoegdheid van het overdragende orgaan geregeld om beleidsregels te geven over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid. Indien de overdracht echter door een ander orgaan geschiedt, is het minder duidelijk dat het orgaan wiens

bevoegdheid wordt overgedragen nog wel de bevoegdheid tot beleidsregelgeving behoort te behouden.

Daarom wordt in het tweede lid van artikel 1A.1.2.8 bepaald dat de bevoegdheid om dit na de overdracht te doen uitdrukkelijk moet worden toegekend. Die toekenning kan hetzij bij wettelijk voorschrift geschieden – de overdracht moet altijd op een wettelijke grondslag berusten – hetzij bij het besluit tot overdracht. Is noch bij wettelijk voorschrift, noch bij het besluit tot overdracht iets daaromtrent bepaald, dan ontbreekt de bevoegdheid.

In het derde lid is een bepaling opgenomen over het verstrekken van gegevens, het onderwerp waarover het tweede lid van artikel 1A.1.2.4 handelt. Niet alleen het oorspronkelijk bevoegde orgaan, maar ook het orgaan dat tot de overdracht besloot zal behoefte kunnen hebben aan de gegevens; het laatste mede in verband met de vraag of de overdracht gehandhaafd moet blijven. Voorgesteld wordt te bepalen dat aan beide organen inlichtingen over de uitoefening van de overgedragen bevoegdheid verschaft moeten worden.

8. TOEZICHT OP BESTUURSORGANEN (TITEL 10.2)

Algemeen

Deze titel bevat in hoofdzaak een aantal bepalingen over de klassieke vormen van toezicht op bestuursorganen namelijk enerzijds de goedkeuring en anderzijds de schorsing en vernietiging. De goedkeuring is zoals bekend een vorm van preventief toezicht. Goedkeuring is een voorwaarde voor het in werking treden van een besluit. Vernietiging al dan niet voorafgegaan door een schorsing is een vorm van toezicht achteraf. Het besluit is reeds tot stand gekomen en in werking getreden, maar wordt door de vernietiging van zijn werking beroofd.

Men kan bij de regeling van het toezicht op bestuursorganen een aantal vragen onderscheiden:

- a. Is ter zake van een bepaalde bestuurstaak enigerlei vorm van toezicht noodzakelijk, en zo ja, welke vorm is dan aangewezen?
- b. Op welke wijze kan toezicht worden gevestigd?
- c. Welke regels behoren met betrekking tot de uitoefening van toezicht op bestuursorganen te gelden?

De vraag onder a. leent zich niet voor beantwoording in algemene zin en derhalve ook niet voor regeling in de Algemene wet bestuursrecht. Van geval tot geval zal de wetgever dienen te beslissen of een, en zo ja welke, vorm van toezicht aangewezen moet worden geacht. Wel kan worden opgemerkt, dat terughoudendheid met toezicht het leidende beginsel dient te zijn. In dit verband kan worden verwezen naar de algemene beschouwing over het toezicht op bestuursorganen in de memorie van toelichting bij de Gemeentewet (Kamerstukken II 1985/86, 19 403 nr. 3, blz. 13-23).

De wijze van vestiging van toezicht en de regels voor de uitoefening van toezicht lenen zich wel voor opnemings in de Algemene wet bestuursrecht. Zowel wat de regeling van het goedkeuringsrecht als die van het schorsings- en vernietigingsrecht betreft is aangesloten bij de Gemeentewet. Deze regeling heeft ook haar vertaling gevonden in de Provinciewet en in de nieuwe Waterschapswet. De bredere werking van de Algemene wet bestuursrecht heeft echter tot gevolg dat de in genoemde wetten getroffen regeling niet altijd zonder meer kan worden overgenomen.

Het moge duidelijk zijn dat wanneer de in dit wetsvoorstel voorziene regels omtrent goedkeuring, vernietiging en schorsing tot wet worden verheven de over dezelfde materie in de bijzondere wetgeving gestelde regels in beginsel bij de aanpassingswetgeving zullen moeten worden geschrapt.

In sommige commentaren op het voorontwerp is naar voren gebracht, dat in het voorontwerp onvoldoende rekening zou zijn gehouden met het feit, dat het toezicht zoals dat geregeld is in Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet betrekking heeft op openbare lichamen met democratische legitimatie. De Raad voor het binnenlands bestuur vraagt zich af of de voorgestelde toezichtsregeling niet teveel beperkingen oplegt aan toezichthoudende organen indien het minder democratisch gelegitimeerde zelfstandige bestuursorganen betreft. Wij merken dienaangaande op, dat er onzes inziens onvoldoende aanleiding is met betrekking tot de toezichtsbevoegdheden die in dit onderdeel van het wetsvoorstel worden geregeld te onderscheiden tussen het toezicht op de publiekrechtelijke corporaties enerzijds en de zelfstandige bestuursorganen anderzijds. In de nota «Functioneel bestuur, waarom en hoe?» heeft de tweede ondergetekende de verschillende posities van de bovenbedoelde organen uiteengezet. De toedeling van taken aan zelfstandige bestuursorganen mag er

niet toe leiden dat de hoofdstructuur van de staatsorganisatie wordt aangetast. Dat betekent ondermeer dat bij de takentoedeling het verschil in democratische legitimatie een belangrijke rol zal spelen. Vaak zal de sterkere democratische legitimatie van provincies, gemeentes of waterschappen reeds bepalend zijn bij de toedeling van bevoegdheden aan hetzij deze bestuursorganen hetzij zelfstandige bestuursorganen.

Wij wijzen er overigens op dat de Awb het mogelijk maakt meer of minder besluiten aan goedkeuring te onderwerpen, alsmede de gronden voor de onthouding van goedkeuring meer of minder ruim te omschrijven. Een verdergaande differentiatie zou afbreuk doen aan de doorzichtigheid van de regeling van deze toezichtsbevoegdheden en is gelet op de daaraan voorafgaande beslissing over de bevoegdheidstoedeling ook niet nodig.

De voorgestelde regeling is beperkt tot een regeling van de rechtsfiguren, goedkeuring, schorsing en vernietiging. In de commentaren op het voorontwerp is er op gewezen dat andere vormen van toezicht buiten de voorgestelde regelingen blijven. De Raad voor het binnenlands bestuur wijst daarbij met name op het zogenaamde positieve toezicht in de vorm van aanwijzingen en richtlijnen. Hoezeer deze figuur ook door het bestuursorgaan jegens hetwelk zij wordt ingesteld als «ondertoezichtstelling» zou kunnen worden gevoeld, in het kader van de Algemene wet bestuursrecht kan zij niet als toezicht worden beschouwd. Gebruik van deze figuur jegens gemeenten en provincies moet, zoals in de memorie van antwoord bij het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet uitvoerig is uiteengezet, worden beschouwd als een vorm van medebewind, en wel medebewind door middel van concreet werkende besluiten (Kamerstukken II 1988/89, 19 403, nr. 10, blz. 32–36). Gelet op artikel 124, tweede lid, van de Grondwet is daarvoor jegens gemeenten en provincies een formeel-wettelijke basis nodig; artikel 108, tweede lid, Gemeentewet en artikel 105, tweede lid, Provinciewet kaderen dit in door deze figuur slechts bij wet (of, in het geval van gemeenten, krachtens de wet bij provinciale verordening) toe te staan. Een algemene regeling over aanwijzingen en richtlijnen, geldend voor alle bestuursorganen, is op dit moment nog niet opportuun.

De vrees die wel is geuit dat de regeling van een beperkt aantal toezichtsfiguren zou leiden tot een vlucht in ongeregelde toezichtsfiguren delen wij niet, waarbij wij aantekenen dat het feit dat een bepaalde rechtsfiguur in de Algemene wet bestuursrecht niet expliciet is geregeld, niet betekent dat deze ongeregeld zou zijn.

AFDELING 10.2.1 GOEDKEURING

Artikel 1A.2.1.1

Artikel 1A.2.1.1 geeft een omschrijving van het begrip goedkeuring. Maatgevend voor de rechtstreekse toepasselijkheid van deze afdeling is of een bepaalde toezichtsvorm voldoet aan de elementen van de in dit artikel gegeven begripsomschrijving. Of de betreffende toezichtsvorm in de bijzondere wet uitdrukkelijk als «goedkeuring» is benoemd doet derhalve niet ter zake.

De goedkeuring is één van de vormen van voorafgaand toezicht. Het kenmerk van goedkeuring is dat het wordt genomen ten aanzien van een al bestaand maar nog niet werkend besluit. Met de goedkeuring wordt toestemming verleend voor de inwerkingtreding van het aan goedkeuring onderworpen besluit. Naast goedkeuring wordt gewezen op een andere vorm van voorafgaand toezicht, waarbij evenwel nog geen besluit voorhanden is en de door het toezichthoudend orgaan te verlenen toestemming zich richt op het opheffen van de belemmering voor het

onder toezicht gestelde orgaan om juist een besluit te kunnen nemen. Aan deze laatste vorm van voorafgaand toezicht is artikel 1A.2.1.8 gewijd.

In het voorontwerp werd in plaats van toestemming het woord instemming gebruikt. Uit de commentaren is gebleken, dat vrij algemeen aan instemming een verdergaande betekenis wordt gehecht dan aan toestemming. Instemming zou impliceren, dat een bestuursorgaan zijn goedkeuring slechts zou kunnen geven, indien het toezichthoudende orgaan het voorliggende besluit geheel voor zijn rekening zou willen nemen. Dat is uitdrukkelijk niet de bedoeling, zoals ook uit de toelichting bij het voorontwerp blijkt. Daarom wordt in het wetsvoorstel van toestemming gesproken en niet meer van instemming.

Afdeling 10.2.1 is van toepassing op de goedkeuring door bestuursorganen van besluiten van andere bestuursorganen en heeft daardoor betrekking op toezichtsrelaties binnen het bestuur. Daarbij is in eerste instantie gedacht aan het toezicht van een bestuurslaag op een andere, maar ook toezichtsrelaties binnen een bestuurslaag kunnen eronder vallen. Men denke aan het toezicht van de raad op burgemeester en wethouders of aan het toezicht van een minister op besluiten van een zelfstandig bestuursorgaan.

De goedkeuringsfiguur veronderstelt dat het bestuursorgaan waarop toezicht wordt gehouden niet werkt onder de verantwoordelijkheid van de toezichthouder. Is dat laatste wel het geval, zoals bij mandaatverlening, dan behoort via interne procedures bereikt te worden dat geen besluiten worden genomen die het verantwoordelijke orgaan niet voor zijn rekening wil nemen. Maar extern behoort de inwerkingtreding van een binnen het mandaat vallend besluit van de gemandateerde niet afhankelijk te zijn van de goedkeuring van de mandaatgever. Dat zou immers de merkwaardige consequentie hebben dat – ingeval van niet-goedkeuring – zowel het besluit van de gemandateerde als het besluit tot onthouding van goedkeuring aan de mandaatgever zouden worden toegerekend, terwijl beide besluiten van tegengestelde strekking zijn.

Toezicht van bestuursorganen op particulieren valt buiten het bereik van deze afdeling. Daarover wordt het volgende opgemerkt. Het komt veelvuldig voor dat bijvoorbeeld subsidiebeschikkingen aan particulieren voorschriften bevatten die inhouden dat bepaalde beslissingen slechts onder goedkeuring van het bestuursorgaan dat de subsidie verleent, mogen worden genomen. Een beslissing die zonder de vereiste goedkeuring tot stand komt, is echter niet imperfect. Het niet in acht nemen van het goedkeuringsvereiste in deze gevallen zal ertoe kunnen leiden dat de subsidie wordt verminderd of zelfs wordt ingetrokken; het verhindert echter niet de «inwerkingtreding» van de beslissing. Het gaat hier derhalve ook daarom niet om een goedkeuring zoals omschreven in dit artikel.

In de begripsomschrijving wordt de terminologie «besluit van een bestuursorgaan» gebezigd. De toevoeging «van een bestuursorgaan» is strikt genomen overbodig, maar is opgenomen om de leesbaarheid van het artikel te bevorderen.

De beslissing van een bestuursorgaan omtrent goedkeuring is een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht en dient derhalve naast de bijzondere eisen die deze afdeling stelt te voldoen aan de algemene eisen die de Algemene wet bestuursrecht ter zake van besluiten stelt. Zo geldt uiteraard ook voor goedkeuringsbesluiten dat zij niet in werking kunnen treden voordat zij bekend zijn gemaakt. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze inwerkingtreddingsregeling

uiteraard los staat van de eventuele terugwerkende kracht van het aan goedkeuring onderworpen besluit.

Afzonderlijk aandacht verdient nog de vraag of de goedkeuring van het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen door deze afdeling wordt beheerst.

Voor zover de goedkeuring de privaatrechtelijke rechtshandeling zelf zou betreffen, moet het antwoord negatief luiden: Een privaatrechtelijke rechtshandeling is immers geen besluit.

Van de privaatrechtelijke rechtshandeling moet echter worden onderscheiden de beslissing tot het aangaan van de rechtshandeling, zoals die op grond van publiekrechtelijke voorschriften moet worden genomen. Men denke aan de beslissing van de gemeenteraad tot het aangaan van een geldlening, die voorafgaat aan de door de burgemeester namens de gemeente te sluiten overeenkomst. Die beslissing is een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht. Op de goedkeuring van dergelijke besluiten is derhalve deze afdeling van toepassing.

Artikel 1A.2.1.2

De Grondwet bepaalt in het derde lid van artikel 132 dat besluiten van gemeente- en provinciale besturen slechts aan voorafgaand toezicht kunnen worden onderworpen in bij of krachtens de wet te bepalen gevallen. Ten aanzien van waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen ontbreekt een dergelijke bepaling. Daar volstaat de Grondwet met de regel dat de wet het toezicht regelt (artikel 133, derde lid; artikel 134, derde lid).

In de verschillende hiervoor onder «Algemeen» genoemde wetten is een nadere invulling gegeven aan de grondwettelijke regels. Daarbij is steeds gekozen voor een beperkter voorafgaand toezicht dan de Grondwet op zichzelf toelaat. Zo is in de Gemeentewet bepaald dat besluiten van gemeentebesturen slechts aan voorafgaand toezicht (kunnen) worden onderworpen in bij de wet of krachtens de wet bij provinciale verordening bepaalde gevallen. De mogelijkheid tot het stellen van een goedkeuringsvereiste krachtens de wet is dus sterk beperkt. De Provinciewet kent slechts voorafgaand toezicht in bij de wet bepaalde gevallen. In de toelichting op beide voorstellen werd die regeling gemotiveerd met de stelling dat het ter bescherming van de gemeentelijke en provinciale beleidsvrijheid gewenst is dat de gevallen waarin besluiten aan preventief toezicht mogen worden onderworpen in de wet zelf worden genoemd (Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nr. 3, blz. 176).

In de Waterschapswet zijn de categorieën besluiten van waterschapsbesturen waarvan provinciale staten kunnen bepalen dat ze aan goedkeuring onderworpen zullen zijn limitatief opgesomd. Achtergrond hiervan is dat de regering blijkens de memorie van toelichting als motief voor het instellen van preventief toezicht alleen de noodzaak tot coördinatie en integratie aanvaardbaar acht. Daaruit vloeit een zeer sterke beperking voort van de categorieën besluiten waarvoor preventief toezicht mogelijk is.

De Algemene wet bestuursrecht zal gelden voor de bestuursorganen van alle in de Grondwet vermelde openbare lichamen, alsmede voor alle bestuursorganen die in de bijzondere wetgeving hun grondslag vinden. Bij het opstellen van een algemeen geldende regeling van het voorafgaand toezicht op al deze bestuursorganen rijst de vraag voor welke norm de wetgever moet opteren: de grondwettelijke norm voor besluiten van provinciale en gemeentebesturen (goedkeuring slechts in bij of krachtens de wet te bepalen gevallen), of een andere norm. Die andere norm kan

dan zijn een ruimere of een beperktere dan de grondwettelijke. Een ruimere norm moet worden afgewezen. Ten eerste omdat zij, wat de goedkeuring van besluiten van provinciale en gemeentelijke bestuursorganen betreft, zou strijden met de Grondwet. Ten tweede omdat zij, wat de goedkeuring van besluiten van andere bestuursorganen betreft, weliswaar grondwettelijk toelaatbaar zou zijn, doch niet zou stroken met het streven naar terugdringing van het voorafgaand toezicht.

Ook het over de hele lijn voorschrijven van een beperktere norm dan de grondwettelijke, vervat in artikel 132, derde lid, verdient niet de voorkeur, hoezeer dit in de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet inmiddels wel is geschied. De categorie andere openbare lichamen en zelfstandige bestuursorganen is echter zo omvangrijk en van zulk een diverse pluimage dat bij voorbeeld een voorschrift dat inhoudt dat de wet steeds de gevallen moet bepalen waarin voorafgaand toezicht is toegestaan, te ver zou gaan.

Gelet op een en ander wordt als algemene regel gekozen voor de grondwettelijke norm uit artikel 132, derde lid, van de Grondwet: besluiten van bestuursorganen kunnen slechts aan goedkeuring worden onderworpen in bij of krachtens de wet te bepalen gevallen. Aldus is in ieder geval verzekerd dat elke goedkeuringsbepaling te herleiden is tot een formeel-wettelijke grondslag. Vanzelfsprekend staat het de bijzondere wetgever vrij een beperktere regeling te treffen, indien hij een sterkere reductie van voorafgaand toezicht wenselijk acht. Als gezegd is in de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet reeds van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

Artikel 1A.2.1.3

Terughoudendheid met toezicht dient het uitgangspunt te zijn. Het zou aantrekkelijk zijn, wanneer in de Algemene wet bestuursrecht zelf zodanige toetsingsgronden zouden kunnen worden geformuleerd, dat deze terughoudendheid materieel wordt vastgelegd. Het is echter niet goed mogelijk de gewenste terughoudendheid in een algemene formule te vatten. Daarom is in overeenstemming met het voorontwerp voor een meer procedurele benadering gekozen. Wanneer een goedkeuringsrecht wordt gecreëerd zal het bestuursorgaan waaraan het goedkeuringsrecht is toegekend, buiten strijd met het recht slechts goedkeuring mogen onthouden op gronden die uitdrukkelijk in de wet in formele zin staan vermeld. De bijzondere wetgever krijgt hiermede de opdracht zorgvuldig te bezien welke toetsingsgronden naast strijd met het recht in concreto van toepassing zouden behoren te zijn. Aldus is het voorzover het de toetsingsgronden betreft de taak van de bijzondere wetgever aan de terughoudendheid met toezicht gestalte te geven. Niet ondenkbaar is dat het in sommige gevallen niet mogelijk is de gronden voor onthouding van goedkeuring nauwkeurig te specificeren. Dan zal gebruik kunnen worden gemaakt van een algemene omschrijving zoals bijvoorbeeld «strijd met het algemeen belang». In deze toetsingsgrond ligt overigens een beperking besloten. Immers het oordeel van de toezichthouder dat hij een bepaald besluit niet geheel op die wijze zou hebben genomen rechtvaardigt niet een onthouding van goedkeuring wegens strijd met het algemeen belang. Pas wanneer de bezwaren overwegend zijn zal onthouding van goedkeuring wegens strijd met het algemeen belang kunnen plaatsvinden.

Deze regeling zal tot gevolg hebben dat daar waar de bijzondere wetgeving geen criteria bevat voor het onthouden van goedkeuring, alsnog criteria in de wet zullen moeten worden opgenomen voorzover althans de toetsingsmaatstaf strijd met het recht onvoldoende wordt geacht.

Ook aan de in de bijzondere wet opgenomen criteria voor de onthouding van goedkeuring zal een zekere vaagheid inherent zijn. De toezichthouder zal aan deze criteria in de goedkeuringspraktijk een nadere invulling moeten geven. Op grond van artikel 4.4.1 kan het bestuursorgaan deze nadere invulling in een beleidsregel neerleggen. Met de Raad voor het binnenlands bestuur zijn wij van oordeel, dat het wenselijk is dat dat gebeurt. Wij menen echter dat het te ver zou gaan de toezichthouder te verplichten tot het vaststellen van beleidsregels voor die gevallen.

Overeenkomstig de regeling van de spontane vernietiging komt het criterium «strijd met het recht» in de plaats van de vroegere, beperktere, grond: strijd met de wet. Wanneer strijd met het recht wordt geconstateerd is onthouding van goedkeuring overigens niet verplicht. Er zijn situaties denkbaar dat deze strijd zo beperkt is dat onthouding van goedkeuring een te zwaar middel zou zijn. Te denken valt daarbij aan de gebreken die worden bedoeld in artikel 6:22.

Artikel 1A.2.1.3a

Ook in toezichtsverhoudingen dient het rechterlijk oordeel voor zo ver het gaat om rechtsvragen te prevaleren. Daarom wordt in dit artikel bepaald dat goedkeuring niet mag worden onthouden op rechtsgronden die in strijd zijn met een in casu relevante uitspraak van de rechter. Men kan hier denken aan de situatie dat een bestuursorgaan, na vernietiging door de rechter van zijn eerdere goedgekeurde besluit, een nieuw besluit moet nemen. Voor vernietiging gaat de wetgever reeds langer van deze benadering uit: vgl. artikel 1A.2.2.5 en de toelichting daarbij. Omdat het mogelijk is dat uitsluitend het bestuursorgaan waarvan het besluit aan goedkeuring is onderworpen, partij is geweest in de procedure bij de rechter, is het nodig deze bepaling op te nemen. Indien het goedkeurend orgaan wel altijd partij zou zijn, zou het bestuursorgaan reeds uit dien hoofde aan de uitspraak van de rechter zijn gebonden.

Artikel 1A.2.1.4

In dit artikel wordt de gedeeltelijke goedkeuring geregeld. In vergelijking met artikel 261 van de Gemeentewet, dat dezelfde strekking heeft, is de redactie van artikel 1A.2.1.4, eerste lid, enigszins aangescherpt door te bepalen dat een besluit alleen dan gedeeltelijk kan worden goedgekeurd, indien gedeeltelijke inwerkingtreding strookt met aard en inhoud van het besluit. In voornoemd artikel van de Gemeentewet wordt bepaald dat goedkeuring niet gedeeltelijk kan worden verleend, tenzij aard en inhoud van het besluit zich daartegen niet verzetten. Deze redactie doet evenwel naar onze opvatting –, bij nadere overweging – te zeer afbreuk aan de hoofdregel dat gedeeltelijk ingrijpen – ongeacht overigens of dat plaatsvindt in het kader van goedkeuring of vernietiging – niet plaatsvindt.

Bij gedeeltelijke goedkeuring bestaat het risico dat een besluit resteert dat niet overeenstemt met de bedoelingen van het orgaan dat het besluit heeft genomen. Terughoudendheid bij het uitoefenen van toezicht brengt daarom ook mee dat in principe steeds een oordeel wordt uitgesproken over het aan goedkeuring onderworpen besluit in zijn geheel. Het eerste lid van dit artikel legt dit beginsel vast. Gedeeltelijke goedkeuring is slechts toelaatbaar indien zulks strookt met de aard en inhoud van het besluit. Ook in de jurisprudentie wordt dit criterium aangehouden (zie bijvoorbeeld KB 4-5-1970, OB 1971, XIV.2, 31698 en KB 28-2-1972, AB 1972, 164). Indien bijvoorbeeld een besluit ter goedkeuring wordt voorgelegd, dat een aantal min of meer zelfstandige onderdelen bevat, bestaat er geen bezwaar tegen, dat een bestuursorgaan dat overwegende bezwaren heeft tegen een bepaald onderdeel van dat besluit, aan dat

onderdeel goedkeuring onthoudt en voor het overige goedkeuring verleent. Ook bij een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan, dat weliswaar een samenhangend beeld van de gewenste ruimtelijke ordening van een bepaald gebied geeft, kan in het algemeen in redelijkheid niet worden volgehouden, dat gedeeltelijke goedkeuring niet toelaatbaar zou zijn, omdat daarmee aan de zelfstandigheid van de gemeente tekort zou worden gedaan. Overigens zal niet te snel mogen worden aangenomen dat een besluit niet een samenhangend geheel vormt. In incidentele gevallen wordt bij een wettelijk vereiste van goedkeuring bij voorbaat bepaald dat aan een aan goedkeuring onderworpen besluit niet gedeeltelijk de goedkeuring kan worden onthouden (zie bijvoorbeeld KB 17-9-1980, AB 1981, 41 alsmede Afd. rechtspraak 14-12-1982, Gem.st. 6755). Dan is uiteraard de vraag of gedeeltelijke goedkeuring zou stroken met de aard en inhoud van het besluit niet meer aan de orde.

Tenslotte wordt opgemerkt, dat als een besluit gedeeltelijk wordt goedgekeurd het goedgekeurde deel als zelfstandig besluit in werking zal kunnen treden. Een eventueel beroep tegen het besluit tot onthouding van goedkeuring aan het resterende deel van het betrokken besluit doet daaraan niet af.

In het tweede lid wordt de goedkeuring voor bepaalde tijd uitgesloten. Het goedkeuringsrecht is in artikel 1.A.2.1.1 omschreven als de voor de inwerkingtreding van een besluit vereiste instemming van een ander bestuursorgaan. Goedkeuring betekent derhalve het vervullen van een voorwaarde voor het in werking treden van het aan goedkeuring onderworpen besluit. Het zou met het karakter van het goedkeuringsrecht in strijd zijn goedkeuring voor bepaalde tijd toelaatbaar te achten. Dan zou het toezichthoudende orgaan, zoals in het rapport ABAR (vijfde druk, Alphen a/d Rijn 1984) terecht wordt opgemerkt, zich voor een bepaalde termijn een min of meer voortdurend toezicht kunnen verschaffen op de door het besluit in het leven geroepen toestand (zie bijvoorbeeld HR 21-11-1951, NJ 1952, 2, en KB 2-5-1950, ARB 1951, blz. 360). Het is uiteraard anders indien het aan toezicht onderworpen orgaan, al dan niet als gevolg van een daartoe strekkende suggestie van de toezichthouder, zelf een tijdsbepaling opneemt in een aan goedkeuring onderworpen besluit.

Overeenkomstig de geldende opvatting wordt in het tweede lid ook de goedkeuring onder voorwaarden uitgesloten. In de jurisprudentie wordt ervan uitgegaan dat het stellen van voorwaarden bij een besluit tot goedkeuring niet is toegestaan indien daarin in de regeling van het goedkeuringsvereiste niet uitdrukkelijk is voorzien. Zie bijvoorbeeld KB 5-4-1956, ARB 1956, 554 en KB 15-6-1972, AB 1973, 77. Zowel een ontbindende als een opschortende voorwaarde scheppen een te grote onzekerheid en zouden bovendien de besluitvorming bij het aan toezicht onderworpen orgaan te sterk beïnvloeden.

In sommige gevallen voorziet de bijzondere wet thans in de mogelijkheid om een besluit onder voorwaarden goed te keuren. Zo kan worden gewezen op de artikelen 69, derde lid, van de Wet op het basisonderwijs en artikel 77, derde lid, van de Interimwet speciaal onderwijs en voortgezet speciaal onderwijs. In het kader van de noodzakelijke aanpassingswetgeving zal moeten worden bezien of deze bepalingen in overeenstemming moeten worden gebracht met de algemene lijn of dat er doorslaggevende redenen zijn om deze bepalingen in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht te handhaven. Daarbij zal onder meer een rol kunnen spelen de vraag of het goedkeurende bestuursorgaan zelf in betekende mate wordt getroffen door de gevolgen van het besluit dat ter goedkeuring wordt voorgelegd.

Er bestaat zo mogelijk nog sterker bezwaar tegen wat wel wordt genoemd de goedkeuring onder verplichtende voorwaarde, wat in feite neerkomt op het wijzigen van het besluit door het toezichthoudend orgaan. Het is uiteraard wel mogelijk dat het toezichthoudend orgaan in het kader van het te voeren overleg de gerezen bezwaren kenbaar maakt, waarna het onder toezicht gestelde orgaan zelf de afweging kan maken of daaraan tegemoet gekomen zal worden dan wel dat het risico van onthouding van goedkeuring gelopen zal worden.

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat de goedkeuring weliswaar wordt verleend, maar dat gelijktijdig enkele kleinere bezwaren tegen het besluit kenbaar worden gemaakt met het verzoek het besluit zodanig te wijzigen dat daaraan tegemoet wordt gekomen. Deze praktijk is aanvaardbaar, als maar duidelijk is, dat het aan het besluitnemend orgaan is om te beslissen in hoeverre aan de bezwaren tegemoet zal worden gekomen.

Ook de mogelijkheid van intrekking van de goedkeuring wordt in het tweede lid uitgesloten. Als dat wel mogelijk zou zijn, zou het toezichthoudend orgaan in feite permanent toezicht kunnen uitoefenen en dat zou in strijd zijn met het karakter van het goedkeuringsrecht.

Artikel 1A.2.1.6

Het is een eis van zorgvuldigheid dat het bestuursorgaan dat het betrokken besluit heeft genomen in de gelegenheid wordt gesteld overleg te voeren met het toezichthoudend orgaan, indien dit laatste overweegt geheel of gedeeltelijk goedkeuring aan het voorgelegde besluit te onthouden (zie het vergelijkbare artikel 1A.2.2.9 bij vernietiging). Er kan een zekere parallel getrokken worden met artikel 4:7 dat een bestuursorgaan onder omstandigheden verplicht de belanghebbende te horen, alvorens een afwijzende beslissing te nemen. Een van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 4:7 zou echter onvoldoende recht doen aan de verhouding die tussen toezichthoudend bestuursorgaan en onder toezicht gesteld orgaan dient te bestaan (bestaat). Het artikel biedt het toezichthoudend orgaan de gelegenheid gerezen bezwaren kenbaar te maken; anderzijds biedt dit het onder toezicht gestelde bestuursorgaan de mogelijkheid nader de beweegredenen uiteen te zetten die tot het besluit, zoals het er ligt, hebben geleid. Onder omstandigheden zal dit overleg ertoe kunnen leiden dat het voorgelegde besluit wordt herzien of dat het toezichthoudende orgaan over de aanvankelijke bezwaren heenstapt en alsnog goedkeuring verleent.

Deze mogelijkheid tot het voeren van overleg moet niet worden verward met de vaak voorkomende praktijk dat er ook al voorafgaand aan het nemen van het aan goedkeuring onderworpen besluit contact is met het toezichthoudend orgaan. Een dergelijk contact heeft een meer adviserend karakter en zal zich doorgaans uitsluitend op ambtelijk niveau afspelen. Dat laat de eigen verantwoordelijkheid van het besluitnemend orgaan onverlet. De gelegenheid tot overleg als bedoeld in dit artikel moet worden geboden nadat het aan goedkeuring onderworpen besluit is genomen en heeft daardoor een meer formeel karakter. Of er bij het onder toezicht gestelde orgaan behoefte bestaat aan dergelijk overleg zal onder meer afhangen van de aard van de bij het toezichthoudend orgaan gerezen bezwaren en van de vraag in hoeverre er al contacten zijn geweest voorafgaand aan het nemen van het besluit. Van dergelijke factoren zal het ook afhangen of overleg op bestuurlijk niveau gewenst is dan wel of met ambtelijk overleg kan worden volstaan. Het artikel verplicht in ieder geval niet tot daadwerkelijk overleg, laat staan tot het succesvol beëindigen daarvan. De wenselijkheid dat binnen een beperkte

termijn een definitief besluit omtrent goedkeuring wordt genomen (zie artikel 1A.2.1.7) weegt zwaarder.

Wanneer het overleg niet tot overeenstemming leidt en de toezichthouder goedkeuring aan het genomen besluit onthoudt, ligt voor het bestuursorgaan de weg naar de rechter open.

Artikel 1A.2.1.7

In dit artikel is de procedure geregeld die moet leiden tot het besluit omtrent goedkeuring. Uitgangspunt hierbij is dat binnen een betrekkelijke korte tijd zekerheid moet bestaan of de goedkeuring al dan niet wordt verleend. Men vergelijk de regeling over de aanvraag van een beschikking.

Het besluit omtrent goedkeuring moet in principe binnen drie maanden worden bekendgemaakt aan het onder toezicht gestelde orgaan, met een mogelijkheid tot verdaging van het besluit voor maximaal drie maanden. Als hoofdregel geldt dat indien niet binnen die termijn een beslissing is genomen en meegedeeld het betrokken besluit geacht wordt te zijn goedgekeurd (vierde lid). Deze constructie valt in de bestaande wetgeving reeds regelmatig aan te treffen en komt ook in de Gemeentewet voor. Het alternatief, namelijk een ex lege onthouding van goedkeuring, is niet wenselijk. Dat zou in strijd zijn met het uitgangspunt van een terughoudend toezicht. Niettemin is het mogelijk dat de belangen van derden bij een onthouding van goedkeuring aan een bepaald soort besluit zo groot zijn, dat goedkeuring ex lege niet aanvaardbaar moet worden geacht. Voor die gevallen is er in voorzien dat bij wettelijk voorschrift van de hier gegeven hoofdregel kan worden afgeweken.

Het kan voorkomen dat in concrete gevallen de in het eerste lid genoemde termijn te lang of juist te kort is. Daarom is bepaald dat bij wettelijk voorschrift desgewenst een andere termijn kan worden vastgesteld. Meer en meer komt het voor dat besluiten moeten worden voorgelegd aan de Europese Commissie. Uiteraard is de Commissie niet gebonden aan de regels die in de Algemene wet bestuursrecht worden gesteld. De duur van de besluitvormingsprocedure bij de Commissie is daarmee gegeven. Dit zou kunnen betekenen, dat de termijn in het eerste lid zodanig moet worden gekozen dat de Brusselse procedure daarbinnen redelijkerwijs kan worden afgerond. Anderzijds is denkbaar, dat de verplichting de Europese Commissie te consulteren wordt verlegd van het goedkeurende orgaan naar het primair besluitende orgaan.

In navolging van de Gemeentewet vangt de goedkeuringstermijn aan met de verzending ter goedkeuring. De reden hiervoor is dat de verzenddatum, anders dan de datum van ontvangst bij het toezichthoudend orgaan, bij het onder toezicht gestelde orgaan exact bekend is. Daarbij komt dat het toezichthoudend orgaan niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad, indien bij voorbeeld als gevolg van vertraging in de postbestelling de termijn, waarbinnen het zich over het besluit kan beraden, enigszins wordt bekort.

De Gemeentewet kent een langere verdagingstermijn voor die gevallen waarin het besluit omtrent goedkeuring moet worden genomen door de Kroon. Omdat over een voornemen tot onthouding van goedkeuring in dat geval de Raad van State moet worden gehoord, is extra tijd nodig. Dat principe is hier overgenomen. In alle gevallen waarin het advies van een adviseur als bedoeld in artikel 3:5 is vereist kan het besluit omtrent goedkeuring eenmaal voor ten hoogste zes maanden worden verdaagd (vgl. artikel 1A.2.2.12 over de verlenging van de schorsing).

In het eerste lid is, zoals eerder toegelicht, de mogelijkheid geopend bij wettelijk voorschrift een langere of kortere termijn voor de goedkeuring vast te stellen. Die termijn dient zodanig gekozen te worden dat daarin over de goedkeuring in de normale gevallen kan worden beslist. De betrokkenen weten dan waarop zij moeten rekenen. In het tweede en derde lid zijn verdagingsmogelijkheden opgenomen voor situaties waarin de normale termijn toch niet toereikend blijkt te zijn. Van die termijnen kan niet bij wettelijk voorschrift worden afgeweken: een dergelijke mogelijkheid zou de regeling nodeloos ingewikkeld maken. Bij het bepalen van een eventueel afwijkende termijn ingevolge het eerste lid behoort de bijzondere wetgever dus rekening te houden met de regels over verdaging die de beide volgende leden geven.

In het vierde lid van artikel 1A.2.1.7 is voorzien in een goedkeuring ex lege. Men kan de vraag stellen of hier wel sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Het betreft hier immers de situatie dat een bestuursorgaan nu juist geen besluit heeft genomen. Het zou niet aanvaardbaar zijn dat tegen de goedkeuring ex lege niet dezelfde rechtsbescherming zou kunnen worden verkregen als tegen een uitdrukkelijk besluit. Daarom dient de goedkeuring ex lege te worden gelijkgesteld met een besluit. De in het vierde lid gekozen redactie strekt daartoe.

Niet kan worden uitgesloten dat het soms ongewenst is de consequentie van goedkeuring aan overschrijding van de gestelde termijnen te verbinden. Daarom is er in voorzien, dat bij wettelijk voorschrift van de gestelde hoofdregel kan worden afgeweken. Het spreekt wel vanzelf, dat afwijking slechts dan behoort plaats te vinden, indien daarvoor goede redenen zijn. Of er aanleiding is dergelijke uitzonderingen te maken zal bij de voorbereiding van de aanpassingswetgeving worden bezien.

De constructie dat een besluit tot goedkeuring moet worden geacht te zijn genomen na het verstrijken van een bepaalde termijn, roept wel de vraag op wat daarvan de consequenties zijn voor belanghebbenden, met name wat de mogelijkheid van beroep en de aantastbaarheid van het fictief genomen besluit betreft. In tegenstelling tot een uitdrukkelijk genomen goedkeuringsbesluit, is een fictief besluit niet overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van de Awb voorbereid, genomen en bekendgemaakt. Sterker nog: er is zelfs geen schriftelijke beslissing voorhanden. Niettemin zal tegen het fictieve goedkeuringsbesluit beroep bij de administratieve rechter openstaan, zij het dat de ingang van de beroepstermijn hier niet aan het moment van de bekendmaking van het besluit zal kunnen worden gekoppeld. Het ligt voor de hand hierbij dan aan te knopen bij het tijdstip waarop de beslistermijn eindigt; in de praktijk betekent dat dat de termijn aanvangt de dag na het verstrijken van de beslistermijn. Het is evenwel niet uitgesloten te achten dat een belanghebbende eerst pas na enige tijd op de hoogte geraakt van het feit dat door het verstrijken van de termijn een goedkeuringsbesluit voorhanden is. Het is evident dat hij zich dan met een beroep op verschoonbare termijnoverschrijding alsnog tot de rechter moet kunnen wenden. Het verdient overigens aanbeveling, in de gevallen waarin dit niet reeds wettelijk is voorgeschreven, dat het bestuursorgaan zo spoedig mogelijk aan belanghebbenden mededeling doet van het feit dat er een fictieve goedkeuring heeft plaatsgevonden. Nu het fictieve goedkeuringsbesluit niet langs de normale weg tot stand is gekomen en ook niet op schrift is gesteld, voldoet het niet aan de eisen die de Awb – zowel aan de besluitvormingsprocedure als zodanig als aan het resultaat daarvan – stelt. Met name moet hier worden gedacht aan de afweging van belangen alsmede de motivering van het besluit. De rechter zal evenwel bij fictieve (positieve) besluiten – evenals overigens bij fictieve weigeringen – de zaak inhoudelijk mogen beoordelen.

Artikel 1A.2.1.8

In dit artikel wordt afdeling 10.2.1 van overeenkomstige toepassing verklaard indien voor het nemen van een besluit door een bestuursorgaan de toestemming van een ander bestuursorgaan is vereist. Een dergelijke toestemming wordt ook wel aangeduid als een verklaring van geen bezwaar. Verklaringen van geen bezwaar komen we echter in de wet- en regelgeving ook tegen in een andere betekenis dan die welke door artikel 1A.2.1.8 wordt bestreken. Gewezen wordt op de verklaringen van geen bezwaar die bijvoorbeeld worden genoemd in het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel en het Kaderbesluit rechtspositie HBO (in beide gevallen gaat het om zgn. geneeskundige verklaringen van geen bezwaar), alsmede die in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Zodra een bepaalde toezichtsvorm voldoet aan de omschrijving van het eerste lid, is afdeling 10.2.1 van overeenkomstige toepassing. Hiermee wordt duidelijk dat het enkele feit dat een bepaalde rechtsfiguur als verklaring van geen bezwaar wordt geduid niet bepalend is voor het antwoord op de vraag of afdeling 10.2.1 van overeenkomstige toepassing is.

In het tweede lid van artikel 1A.2.1.8 wordt bepaald dat bij het verlenen van de toestemming een termijn kan worden gesteld waarbinnen het besluit waarvoor de toestemming wordt verleend dient te worden genomen. Wordt het desbetreffende besluit niet binnen de gestelde termijn genomen, dan vervalt de toestemming. Opneming van de mogelijkheid een termijn te stellen wordt wenselijk geacht vanuit de overweging dat het niet juist zou zijn het toezichthoudend bestuursorgaan voor onbepaalde termijn te binden aan een eenmaal verleende toestemming.

AFDELING 10.2.2 Vernietiging

Artikel 1A.2.2.1

Dit artikel bevat een afbakening van de rechtsfiguur spontane vernietiging en geeft aan dat voor alle gevallen van spontane vernietiging deze afdeling van toepassing is. De andere mogelijkheid tot vernietiging door een bestuursorgaan, te weten vernietiging in administratief beroep, is omschreven in artikel 1:5.

Aangezien buiten de gevallen, geregeld in deze wet, geen andere vormen van vernietiging door een bestuursorgaan bestaan, volgt uit de systematiek van de wet dat steeds wanneer een bestuursorgaan over een vernietigingsrecht met betrekking tot besluiten van een ander bestuursorgaan beschikt, hetzij afdeling 7.2 over administratief beroep, hetzij deze afdeling van toepassing is.

Voor het gebruik van de term «besluit van een bestuursorgaan» wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 1A.2.1.1.

Hoewel de meest voorkomende vorm van spontane vernietiging thans de spontane vernietiging door de Kroon is, komt de bevoegdheid tot spontane vernietiging door andere bestuursorganen dan de Kroon ook voor. Wij wijzen bijvoorbeeld op artikel 156 van de Waterschapswet dat de colleges van gedeputeerde staten de bevoegdheid geeft besluiten van waterschapsbesturen te vernietigen wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Ook daarop behoren de in deze afdeling geformuleerde regels van toepassing te zijn.

Artikel 1A.2.2.2

Nu het vernietigingsrecht in het algemeen een veel grotere reikwijdte heeft dan het goedkeuringsrecht en in verband daarmee een nauwkeurige omschrijving van de toetsingsgronden niet mogelijk is, dient het

vernietigingsrecht slechts bij wet in formele zin te kunnen worden toegekend.

Daarmee willen wij tevens aangeven dat wij – wat het vernietigingsrecht betreft – voor het gehele terrein van het bestuursrecht in beginsel afzien van de mogelijkheid tot delegatie die de desbetreffende artikelen uit de Grondwet (te weten artikel 132, tweede lid, 133, derde lid, en 134, derde lid) bieden. Dat neemt evenwel niet weg, dat de formele wetgever bevoegd blijft om in een bijzonder geval wel van deze bevoegdheid gebruik te maken. Het gebruik van de delegatiemogelijkheid zal, gelet op de afwijking van het hier neergelegde beginsel, nadrukkelijk dienen te worden gemotiveerd.

Artikel 1A.2.2.3

De toetsingsgronden «strijd met het recht of het algemeen belang» komen overeen met de toetsingsgronden welke in de Grondwet (artikelen 132–134) worden genoemd met betrekking tot de vernietiging van besluiten van besturen van gemeenten, provincies, waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen.

De Raad voor het binnenlands bestuur meent dat deze toetsingsgronden vaag zijn en weinig rechtszekerheid bieden voor het lagere bestuursorgaan en beveelt aan een poging te doen de vernietigingsgronden nader te omschrijven. Wij menen dat een dergelijke poging tot mislukken gedoemd zou zijn. Het vernietigingsrecht is ultimum remedium. Het biedt een mogelijkheid om juist in onvoorziene gevallen in te grijpen. Iedere nadere omschrijving zou er toe kunnen leiden, dat hantering van het middel niet toelaatbaar blijkt te zijn in een situatie waar toepassing ervan overigens juist volstrekt gerechtvaardigd zou zijn.

Aan een extra motiveringsplicht in geval van vernietiging, die de Raad voor het binnenlands bestuur subsidiair voorstelt hebben wij geen behoefte. De in afdeling 3.7 vervatte motiveringseis in combinatie met het uitzonderlijke karakter van vernietigingsbesluiten staat er onzes inziens borg voor dat deze besluiten royaal zullen worden gemotiveerd.

Artikel 1A.2.2.4

Voor gedeeltelijke vernietiging dienen dezelfde restricties te gelden als voor gedeeltelijke goedkeuring (zie artikel 1A.2.1.4). De redactie van dit artikel is in vergelijking met artikel 269 Gemeentewet, dat dezelfde strekking heeft, enigszins aangescherpt, ten einde nog duidelijker tot uitdrukking te laten komen dat er een «positieve» reden moet zijn om gedeeltelijk te schorsen of vernietigen. De aanduiding «niet verzetten» in voornoemd artikel 269 doet te zeer afbreuk aan de hoofdregel dat gedeeltelijk ingrijpen niet plaatsvindt. Wordt overwogen een besluit gedeeltelijk te vernietigen, dan dient vast te staan dat dat besluit zich daarvoor leent. Duidelijk is zulks het geval bij een algemene plaatselijke verordening (APV); indien één onderdeel daarvan voor vernietiging in aanmerking komt, is dit geen reden de gehele APV te vernietigen. Zie bijvoorbeeld KB 21-6-1985, Stb. 353, AB 1986, 42 betreffende vernietiging van artikel 174a van de APV van Hellevoetsluis (verbod vervoeren of parkeren van nucleaire wapens). Zie ook KB 5-6-1986, Stb. 337, AB 1986, 569 betreffende artikel C5 van de APV van Ermelo (vloekverbod).

Artikel 1A.2.2.5

Sinds 1966 bevatten Gemeentewet en Provinciewet een bepaling van deze inhoud. Zij behoort uiteraard ook buiten het gemeente- en provincie-recht onverkort van toepassing te zijn.

Artikel 1A.2.2.6

Deze bepaling legt de relatie tussen vernietiging en goedkeuring en tussen vernietiging en bezwaar en beroep vast. (Vgl. artikel 270 Gemeentewet). Zolang het preventief toezicht niet is afgerond, komt repressief toezicht niet aan de orde. Zou dit anders zijn, dan doorkruist een tot vernietiging bevoegd orgaan mogelijk de verantwoordelijkheid van een tot goedkeuring bevoegd orgaan, hetgeen ongewenst is. Bovendien is het uit het oogpunt van bestuurlijke efficiency evenmin gewenst dat al oordeelsvorming plaatsvindt over een besluit dat – wegens het ontbreken van goedkeuring – nog geen rechtskracht heeft.

Mutatis mutandis geldt het bovenstaande ook voor de relatie tussen het tot vernietiging bevoegde orgaan en het bestuursorgaan dan wel de rechter die zich nog over een besluit dient uit te spreken. Men zou zich kunnen afvragen of in het laatste geval de toezichthouder niet de bevoegdheid dient toe te komen om hangende de procedure het besluit te vernietigen wegens strijd met het algemeen belang. Daaraan mag de rechter immers niet toetsen. De schotten tussen de rechtmatigheids-toetsing en de toetsing aan het algemeen belang zijn echter niet waterdicht, waardoor het toch niet uitgesloten is dat de toezichthouder daarmee in het vaarwater van de rechter komt. Nu hangende de beroepsprocedure aan de toezichthouder wel het schorsingsinstrument ter beschikking staat, is er ook geen bezwaar tegen dat deze met een eventuele vernietiging moet wachten tot na afloop van de procedure bij de rechter.

Artikel 1A.2.2.7

Rechtszekerheid is het argument om te bepalen dat geen vernietiging mag volgen nadat een besluit geschorst is geweest (zie artikel 1A.2.2.8 en de toelichting daarop). De vraag kan rijzen of de rechtszekerheid meer in het algemeen met zich brengt, dat vernietiging na afloop van een bepaalde termijn niet meer plaats mag vinden.

Ten aanzien van een bepaalde categorie besluiten, namelijk de besluiten tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen, is dit het geval – zie artikel 272 Gemeentewet. De ratio van deze bepaling is dat ten aanzien van een privaatrechtelijke rechtshandeling bij uitstek het belang van de rechtszekerheid opgeld doet. Wie koopt, wil niet na een aantal jaren geconfronteerd worden met de vernietiging van het besluit dat daaraan ten grondslag ligt. Het privaatrechtelijke rechtsverkeer kan niet werken met langdurige onzekerheden. Nu zijn er meer rechtshandelingen waarvoor deze stelling opgaat. Daarom is overwogen voor alle beschikkingen te bepalen dat vernietiging binnen een periode van drie maanden moet plaatsvinden. Dit stuit echter op bezwaren. Het invoeren van een beperkte termijn waarbinnen een vernietigingsprocedure moet worden gestart, zal stellig het effect hebben dat er een stringenter controle op andere bestuursorganen wordt ingesteld, hetgeen als bijzonder ongewenst moet worden beschouwd. Gevoegd bij het feit dat vernietiging veelal besluiten van algemene strekking betreft, is een regeling als van de Gemeentewet ook voor de Algemene wet bestuursrecht te verkiezen.

Het feit dat voorzien is in een goedkeuringsprocedure voor een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling mag er uiteraard niet toe leiden dat de mogelijkheid van de uitoefening van het vernietigingsrecht illusoir wordt gemaakt. Daarom wordt er in het derde lid in voorzien dat de termijn van dertien weken pas begint te lopen na de bekendmaking van het goedkeuringsbesluit. De laatste volzin van het derde lid stelt buiten twijfel dat ook het goedkeuringsbesluit zelf niet meer kan worden vernietigd indien dertien weken zijn verstreken na de bekendmaking ervan. Door deze regeling wordt bereikt dat het onderlig-

gende besluit en het goedkeuringsbesluit op het zelfde tijdstip onvatbaar voor vernietiging worden.

Artikel 1A.2.2.8

Deze bepaling is, zoals hierboven al werd opgemerkt, opgenomen in verband met de rechtszekerheid. Indien een besluit voorwerp is geweest van onderzoek naar de vraag of er voldoende reden is tot vernietiging over te gaan, dan behoort een negatief antwoord definitief te zijn. Zou na ommekomst van de schorsingstermijn toch nog de bevoegdheid tot vernietiging blijven bestaan, dan zou dit een hoogst ongewenste «knipperlicht»-situatie opleveren: een besluit is van kracht nadat het is genomen, is buiten werking gesteld tijdens de schorsing, is van kracht na afloop van de schorsing (voor zover niet vernietigd), maar kan alsnog later met terugwerkende kracht worden vernietigd.

Deze ongewenste situatie kan zich nog wel voordoen indien een bestuursorgaan een schorsing opheft hangende een bezwaar- of beroepsprocedure en het besluit nadien door de beroepsinstantie wordt vernietigd. Het bestuursorgaan zal zich terdege rekenschap moeten geven van de vraag of het door de schorsing op te heffen dat risico wil nemen.

Artikel 1A.2.2.9

Gelet op de zwaarte van het middel «vernietiging» is het wellicht nog meer dan bij de goedkeuring een eis van zorgvuldigheid dat het bestuursorgaan dat een besluit heeft genomen ten aanzien waarvan vernietiging wordt overwogen, in de gelegenheid wordt gesteld overleg te voeren met het tot vernietiging bevoegde orgaan. Dit overleg zal onder omstandigheden er toe kunnen leiden dat van vernietiging wordt afgezien, hetzij omdat bij nader inzien het besluit op goede gronden blijkt te berusten, hetzij omdat het besluit, waarvan vernietiging wordt overwogen, zodanig wordt gewijzigd dat aan de daartegen bestaande bezwaren wordt tegemoetgekomen.

Artikel 1A.2.2.10

Sinds het arrest «Parochiehuys Woerden» (HR 28-2-1975, NJ 1975, 423; AB 1975, 128) is duidelijk dat een vernietigingsbesluit uitsluitend betrekking kan hebben op de rechtsgevolgen; de feitelijke gevolgen worden door de vernietiging als zodanig niet geraakt. In navolging van artikel 280, eerste lid, van de Gemeentewet wordt dit nu ook in de Algemene wet bestuursrecht met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht.

De vernietiging heeft terugwerkende kracht. Niet in alle gevallen is het noodzakelijk of gewenst dat de vernietiging van een besluit terugwerkt: soms is het voldoende dat het effect van de vernietiging is dat navolging van besluiten als het vernietigde achterwege blijft. Zie KB 11-9-1985, Stb. 545, Gem.st. 6812, nr. 9 (vernietiging raadsbesluit Steenberg tot toekenning gratificatie bij afscheid gemeentesecretaris). Derhalve is bepaald dat de rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk in stand kunnen blijven.

In het derde lid is bepaald dat indien een besluit tot het aangaan van een overeenkomst wordt vernietigd, de overeenkomst, zo zij reeds is aangegaan en voor zover bij het vernietigingsbesluit niet anders is bepaald, niet of niet verder wordt uitgevoerd, onverminderd het recht van de wederpartij op schadevergoeding. Deze bepaling stemt vrijwel geheel overeen met de regeling die is opgenomen in artikel 280, tweede lid, van de Gemeentewet. De daaraan ten grondslag gelegde overwegingen gelden – onverkort – ook hier. Het aangaan van een overeenkomst, hoewel

zelf een rechtshandeling, beschouwen wij in relatie tot het vernietigde besluit tot het aangaan van die overeenkomst als een uitvoeringshandeling. Vernietiging van het betreffende besluit zal niet altijd zonder meer behoeven te betekenen dat het bestuursorgaan niet meer is gebonden aan die overeenkomst. Niettemin zal de vernietiging qua strekking veelal gericht zijn op het niet of niet verder tot uitvoering komen van de overeenkomst. Daarom is het gewenst uitdrukkelijk te bepalen dat het bestuursorgaan, tenzij bij het vernietigingsbesluit anders is bepaald, de overeenkomst niet of niet verder uitvoert. De verplichting tot nakoming jegens de wederpartij valt weg. Duidelijkheidshalve is verder bepaald dat de privaatrechtelijke schadevergoedingsregeling bij niet nakoming van de overeenkomst onverlet blijft.

AFDELING 10.2.3 SCHORSING

Artikel 1A.2.3.1

Vernietiging is een zwaar middel. Het grijpt immers in de bevoegdheid van autonome bestuursorganen in. Er is derhalve alle reden grondig na te gaan of er sprake is van strijd met het recht of het algemeen belang en, zo ja, of er in casu voldoende reden tot vernietiging is.

Er zal enige tijd mee zijn gemoeid voordat het tot vernietiging bevoegde bestuursorgaan tot een eindoordeel en een uitspraak over deze vragen kan komen. Het kan gewenst zijn gedurende die tijd de (verdere) werking van het besluit in kwestie tegen te gaan. Het onderhavige artikel biedt daarom de mogelijkheid het besluit te schorsen «hangende het onderzoek of er reden is tot vernietiging over te gaan». Schorsing is derhalve een accessoir middel. Het is geen zelfstandig middel voor het uitoefenen van toezicht op bestuursorganen.

Schorsing zal niet altijd nodig zijn. Indien een besluit bij voorbeeld nog niet in werking is getreden, is er geen aanleiding het te schorsen.

In het voorontwerp was niet geregeld aan wie de bevoegdheid toekomt een besluit te schorsen. Het ligt naar ons oordeel voor de hand dat deze bevoegdheid toekomt aan het bestuursorgaan dat de vernietigingsbevoegdheid heeft. Het onderhavige artikel is dienovereenkomstig aangevuld.

Artikel 1A.2.3.2

Schorsing behoort niet langer te duren dan strikt noodzakelijk is. In beginsel bepaalt dit artikel de maximumperiode op één jaar. Niet in alle gevallen zal die volledige periode nodig zijn. Er is derhalve geen noodzaak deze periode als vaste termijn voor te schrijven. Het tot vernietiging bevoegde orgaan dient bij het besluit tot schorsing een redelijke schatting te maken van de benodigde tijd. Het tweede lid van dit artikel biedt de mogelijkheid tot eenmalige verlenging van de aanvankelijk vastgestelde termijn.

Er zijn twee situaties waarin de termijn van één jaar, genoemd in het derde lid, kan worden overschreden. Dat betreft in de eerste plaats de situatie indien inzake de vernietiging advies wordt gevraagd van een adviseur, hetzij eigener beweging, hetzij op grond van een wettelijk voorschrift. Bij vernietiging door de Kroon is dit de Raad van State, ingevolge artikel 15, vierde lid, van de Wet op de Raad van State. De schorsingstermijn bedraagt in dit geval maximaal één jaar en dertien weken.

In het vierde lid is sprake van een voortduren van de schorsing zonder dat een maximum wordt genoemd. Deze bepaling is noodzakelijk, nu enerzijds vernietiging als een ultimum remedium dient te worden beschouwd en derhalve niet kan plaatsvinden zolang nog niet onherroepelijk is beslist op een verzoek om een administratiefrechtelijke

voorziening, terwijl anderzijds in artikel 1A.2.2.8 is bepaald dat vernietiging niet meer kan plaatsvinden nadat de schorsing is geëindigd. Het is niet denkbeeldig dat er pas een onherroepelijke beslissing is na het einde van de schorsingstermijn.

Het geschorste besluit heeft dan direct weer werking en zou op grond van artikel 1A.2.2.8 niet meer kunnen worden vernietigd. Deze situatie, die het tot vernietiging bevoegde bestuursorgaan buiten spel zet, is niet gewenst. Opneming van het vierde lid voorkomt dit.

Indien aanstonds nadat is beslist op een verzoek om een administratief-rechtelijke voorziening duidelijk is, dat niet tot vernietiging zal worden overgegaan is er alle reden de schorsing niet te laten voortduren tot dertien weken na de rechterlijke beslissing en deze op te heffen. Het vijfde lid opent voor dit geval en voor alle andere gevallen waarin schorsing niet langer noodzakelijk is de mogelijkheid de schorsing op te heffen.

Artikel 1A.2.3.3

Uit dit artikel blijkt, dat in bepaalde gevallen waarin nog niet tot vernietiging mag worden overgegaan schorsing wel mogelijk is. Artikel 1A.2.2.6, tweede lid, is op de schorsing immers niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Hoewel ook bij schorsing het risico bestaat, dat het toezichthoudende orgaan de in artikel 1A.2.2.6, tweede lid, genoemde procedures doorkruist, heeft de overweging, dat een wisselende rechtskracht van een besluit zoveel mogelijk moet worden vermeden de doorslag gegeven. De redengeving voor schorsing zal in dit soort gevallen teneinde bovengenoemd risico zoveel mogelijk te beperken een betrekkelijk sobere moeten en kunnen zijn.

ARTIKEL II

Dit artikel bevat het overgangsrecht behorende bij titel 10.2, inzake toezicht op bestuursorganen. Het eerste lid bewerkstelligt dat reeds voor de inwerkingtreding van deze wet aangevangen goedkeuringsprocedures volgens het oude recht worden afgewikkeld. Het tweede lid regelt hetzelfde voor ten tijde van de inwerkingtreding van deze wet «lopende» schorsingen.

ARTIKEL III

Eerste lid

Dit artikel bevat het overgangsrecht behorende bij titel 4.2, inzake subsidies. In het eerste lid is vastgelegd dat titel 4.2 ten aanzien van bestaande subsidieverhoudingen eerbiedigende werking heeft. Deze dienen derhalve te worden afgewikkeld volgens het ten tijde van hun ontstaan toepasselijke recht. Dit geldt ook voor subsidies die voor de inwerkingtreding van deze wet zijn verleend, maar op grond van die verlening nog jaarlijks worden vastgesteld.

Wel is het zo, dat artikel 4.2.6.4 na de inwerkingtreding van deze wet ook van toepassing is, indien de eerdere subsidieverleningen voor de inwerkingtreding van deze wet hebben plaatsgevonden.

Tweede lid

Het tweede lid brengt mee dat bestuursorganen gedurende een overgangsperiode van vier jaren na de inwerkingtreding van deze wet zonder wettelijke grondslag subsidies mogen blijven verstrekken, die gelijksoortig zijn aan die, welke zij voor de inwerkingtreding overeenkomstig bekend gemaakt beleid verstrekten. Deze bepaling beoogt de incidentele bestuurslasten, voortvloeiend uit het vereiste van een wettelijke grondslag in de tijd te spreiden. Indien voor een subsidie een regeling bestaat die niet als wettelijk voorschrift kan worden aangemerkt, bijvoorbeeld in de vorm van een beleidsregel, behoeft deze niet onmiddellijk te worden omgezet in een wettelijk voorschrift. Dit stelt de bevoegde wetgevers in staat prioriteit te geven aan het tot stand brengen van wettelijk voorschriften voor nieuwe subsidies en subsidies waarvoor thans in het geheel geen regeling bestaat. Vereist is dan wel, dat de desbetreffende regeling ook kenbaar is voor alle betrokkenen.

Het tweede lid geldt voorts alleen voor subsidies, gelijksoortig aan die welke voor inwerkingtreding van deze wet werden verstrekt. Dit betekent, dat op deze overgangsbepaling geen beroep meer kan worden gedaan, indien een wijziging wordt aangebracht in één van de wezenlijke elementen van de bestaande regeling. Dan is immers materieel sprake van een nieuwe subsidie. Als wezenlijke elementen van de regeling moeten in ieder geval worden aangemerkt de omschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verstrekt, de doelgroep en de subsidiemaatstaf (kosten, prestaties e.d.). Daarnaast zal ook bij een beleidswijziging die tot uiting komt in een wezenlijke verhoging of verlaging van toe te kennen bedragen of uitbreiding of beperking van subsidiabele kosten geen beroep meer op de overgangsbepaling kunnen worden gedaan. In dat geval zal, indien het bestuursorgaan de subsidiëring wil voortzetten, binnen een jaar een wettelijk voorschrift tot stand moeten worden gebracht dan wel een wetsvoorstel bij de Staten-Generaal moeten zijn ingediend (artikel 4.2.1.3, tweede lid, en derde lid,

onder a). Dit is echter niet het geval indien de wijziging van de subsidiabele kosten van ondergeschikte betekenis is of bedragen slechts worden aangepast aan het prijspeil.

Derde lid

Het derde lid treft een voorziening, die noodzakelijk is om het met het tweede lid beoogde doel te bereiken. De bepalingen van titel 4.2 verwijzen op een groot aantal plaatsen naar het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust. Zo kan een subsidie bijvoorbeeld worden voor de toekomst worden ingetrokken of gewijzigd in de gevallen waarin dit bij wettelijk voorschrift is bepaald (artikel 4.2.6.3). Dit zijn aspecten die thans vaak bij beleidsregel zijn geregeld. Indien het bestuursorgaan op die beleidsregel geen beroep meer zou kunnen doen, zou in feite toch de noodzaak bestaan om reeds voor inwerkingtreding van deze wet een wettelijk voorschrift tot stand te brengen, omdat anders de intrekkingmogelijkheid op voor de praktijk onaanvaardbare wijze zou worden beperkt. Ook in andere gevallen (bijvoorbeeld de mogelijkheid te bepalen dat geen aanvraag tot vaststelling behoeft te worden ingediend; artikel 4.2.5.6, onder a) zouden zich problemen kunnen voordoen. Daarom is in het derde lid bepaald, dat voor deze gevallen een regeling bij beleidsregel kan worden getroffen, zolang ingevolge het tweede lid nog geen wettelijk voorschrift is vereist.

Vierde lid

In de toelichting bij artikel 4.2.1.3, vierde lid, is uiteengezet waarom het gewenst is dat bestuursorganen verantwoording afleggen over het verstrekken van subsidies zonder wettelijke grondslag. De argumenten daarvoor gelden evenzeer voor verstrekking zonder wettelijke grondslag met toepassing van de onderhavige overgangsbepaling. Daarom dient het in artikel 4.2.1.3, vierde lid, bedoelde jaarlijkse verslag ook daarop betrekking te hebben.

ARTIKEL IV

Dit artikel bevat het overgangsrecht behorende bij de afdelingen 5.2 en 5.3, inzake respectievelijk de bestuursdwang en de dwangsom. Het eerste lid legt vast dat, wanneer een aanschrijving bestuursdwang voor de inwerkingtreding van deze wet is bekendgemaakt, het oude recht van toepassing blijft ten aanzien van de toepassing van bestuursdwang met betrekking tot de in die aanschrijving genoemde overtreding. Het tweede lid bewerkstelligt dat het oude recht van toepassing blijft op een voor de inwerkingtreding van deze wet bekendgemaakte beschikking tot oplegging van een last onder dwangsom. Aldus wordt voorkomen dat gedurende het proces van afwikkeling van een bepaalde overtreding tussentijds een wijziging van het toepasselijke recht optreedt.

Dit laatste is minder bezwaarlijk als bedoeld proces een nieuwe fase ingaat, doordat in een geval waarin vóór de inwerkingtreding van deze wet een dwangsom is opgelegd, na die inwerkingtreding alsnog tot toepassing van bestuursdwang wordt besloten. In dat geval volgt uit het eerste lid, dat op de aanschrijving bestuursdwang het nieuwe recht van toepassing is.

ARTIKEL V

De omvangrijke wijzigingen welke door dit wetsvoorstel in de Algemene wet bestuursrecht worden aangebracht, maken het wenselijk de tekst van

die wet opnieuw in het Staatsblad te plaatsen. De in dit wetsvoorstel opgenomen onderdelen van de Algemene wet bestuursrecht zullen doorlopend worden genummerd overeenkomstig de bestaande systematiek van die wet. Afgezien van de artikelen uit het huidige hoofdstuk 9 blijft de nummering van bestaande artikelen van de Algemene wet bestuursrecht ongewijzigd.

ARTIKEL VI

De inwerkingtreding van de derde tranche is, evenals bij de eerste tranche het geval was, afhankelijk van het tijdig gereed zijn van de aanpassingswetgeving. Daarom is gekozen voor inwerkingtreding op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Omdat de omvang van de in verband met de verschillende onderdelen van de derde tranche benodigde aanpassingswetgeving sterk uiteenloopt (zie hoofdstuk 1 van deze toelichting), is de mogelijkheid opengehouden dat de inwerkingtreding voor verschillende onderdelen op verschillende tijdstippen geschiedt. Van deze mogelijkheid zal in beginsel slechts gebruik worden gemaakt indien onverhoopt mocht blijken dat de aanpassingswetgeving ten aanzien van één der onderdelen zodanige vertraging oploopt, dat het ongewenst is de overige onderdelen op het gereedkomen van die aanpassingswetgeving te doen wachten.

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

De Minister van Binnenlandse Zaken,
E. van Thijn

**Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche
Algemene wet bestuursrecht)**

*Inventarisatie van toezichtsbevoegdheden in enkele bijzondere wetten op
grond waarvan toezichthouders zijn aangewezen*

Betekenis van de gebruikte lettercodes:

b = bevoegdheid tot betreden van plaatsen (vgl. art. 5.1.5, eerste lid)
p = bevoegdheid tot zich doen vergezellen door andere personen (vgl. art. 5.1.5, derde lid)
i = bevoegdheid tot vorderen van inlichtingen (vgl. art. 5.1.6)
g = bevoegdheden m.b.t. tot vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden (vgl. art. 5.1.7)
o = bevoegdheden m.b.t. tot onderzoek, opnemings en/of monsterneming (vgl. art. 5.1.8)
v = bevoegdheden m.b.t. onderzoek, stilhouden en overbrengen vervoermiddelen (vgl. art. 5.1.9)
+ = andere bevoegdheden dan opgenomen in afdeling 5.1 Awb
- = geen bevoegdheden

Arbeidsomstandighedenwet: b i o +
Arbeidsvoorzieningswet: b i g
Arbeidswet 1919: i o
Diergeneesmiddelenwet: b g v
Distributiewet 1939: b p i g o v
Drank- en Horecawet: b g o v +
Gezondheids- en welzijnswet voor dieren: b g o v
Gezondheidswet: b +
Grondwaterwet: b p g o
Huisvestingswet: b p i g v
In- en uitvoerwet: b p i g o v +
Interimwet bodemsanering: zie Wet milieubeheer
Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs: b i
Kaderwet Volwasseneneducatie 1991: b i
Kampeerwet: b g o
Kernenergiewet: zie Wet milieubeheer
Leerplichtwet 1969: b i
Les- en cursusgeldwet: i g
Mediawet: b i g +
Meststoffenwet: b p i g o v
Mijnwet continentaal plat: b i g o
Monumentenwet 1988: b p
Plantenziektenwet: b g o v
Prijzenwet: b p i g
Rijtijdenwet 1936: b v
Sanctiewet 1977: b i g
Tabakswet: b p i g o v
Vleeskeuringswet: b p i g o v
Waarborgwet 1986: b g +
Warenwet: b p i g o v
Waterleidingwet: b i g
Wet ambulancevervoer: -
Wet arbeid buitenlandse werknemers: b i g
Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector: i g
Wet arbeid gehandicapte werknemers: b i g
Wet op het basisonderwijs: b i

Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen: i g
 Wet op de bejaardenoorden: b i g
 Wet tot behoud van cultuurbezit: b g
 Wet op het cursorisch beroepsonderwijs: b i
 Wet op het bevolkingsonderzoek: i g
 Wet inzake bloedtransfusie: i g
 Wet bodembescherming: zie Wet milieubeheer
 Wet op het consumentenkrediet: b p i g
 Wet dierenvervoer: b g o v
 Wet energiebesparing toestellen: b p i g o
 Wet op de filmvertoningen: b
 Wet geluidhinder: zie Wet milieubeheer
 Wet op de geneesmiddelenvoorziening: i o
 Wet goederenvervoer over de weg: b i g v
 Wet goedkeuring en uitvoering Markhamovereenkomst: b i g o
 Wet agrarisch grondverkeer: i g
 Wet op de medische hulpmiddelen: b i g o
 Wet hygiëne en veiligheid zwemgelegenheden: b i g o
 Wet op de kansspelen: b p i g o
 Wet Luchtverkeer: b i g
 Wet loonkostenreductie op minimumloonniveau: i g
 Wet op de loonvorming: i g
 Wet inzake de luchtverontreiniging: zie Wet milieubeheer
 Wet milieubeheer: b p i g o v
 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag: i g
 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek: b i
 Wet op het voortgezet onderwijs: b i
 Wet op de erkende onderwijsinstellingen: b i g
 Wet op de onderwijsverzorging: b i
 Wet opnemng buitenlandse pleegkinderen: i g
 Wet personenvervoer: b i g v +
 Wet structurele sanering binnenvaart: b i g v
 Wet gevaarlijke stoffen: b p i o v
 Wet milieugevaarlijke stoffen: zie Wet milieubeheer
 Wet tarieven gezondheidszorg: b i g
 Wet op de telecommunicatievoorzieningen: b i g o
 Wet op de uitoefening van de diergeneeskunde: b g o
 Wet uitvoering aanbevelingen artikel 63, derde lid, EGKS-verdrag: b i g
 Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma: b p i g o
 Wet verontreiniging oppervlaktewateren: zie Wet milieubeheer
 Wet verontreiniging zeewater: zie Wet milieubeheer
 Wet grensoverschrijdend vervoer van aan bederf onderhevige levensmid-
 delen: b g v
 Wet vervoer binnenvaart: b i g v
 Wet voorkoming verontreiniging door schepen: b p g o
 Wet voorraadvorming aardolieprodukten: b p i g o
 Wet voorzieningen gezondheidszorg: i g
 Wet wapens en munitie: b i g o v +
 Wet op de waterhuishouding: b p i g o
 Wet ziekenhuisvoorzieningen: i g
 IJkwet: b i g o +

**Register op de in de memorie van toelichting besproken artikelen
van de Algemene wet bestuursrecht**

<u>Artikel</u>	<u>blz.</u>
Artikel 1:3	106
Artikel 3:41	13
Artikel 3:42	13
Artikel 3.6.1	16
Artikel 3.6.2	16
Artikel 3.6.3	16
Artikel 3.6.4	16
Artikel 3.6.5	17
Artikel 4:12	99
Artikel 4.2.1.1	30
Artikel 4.2.1.2	38
Artikel 4.2.1.3	38
Artikel 4.2.1.4	44
Artikel 4.2.2.1	47
Artikel 4.2.2.2	48
Artikel 4.2.2.4	49
Artikel 4.2.2.5	49
Artikel 4.2.3.1	50
Artikel 4.2.3.2	51
Artikel 4.2.3.3	52
Artikel 4.2.3.4	54
Artikel 4.2.3.5	55
Artikel 4.2.3.6	56
Artikel 4.2.3.7	58
Artikel 4.2.3.8	60
Artikel 4.2.4.0	63
Artikel 4.2.4.1	65
Artikel 4.2.4.1a	66
Artikel 4.2.4.3	67
Artikel 4.2.4.4	67
Artikel 4.2.5.1	69
Artikel 4.2.5.2	70
Artikel 4.2.5.3	70
Artikel 4.2.5.4	71
Artikel 4.2.5.5	72
Artikel 4.2.5.6	74
Artikel 4.2.6.1	76
Artikel 4.2.6.2	77
Artikel 4.2.6.3	78
Artikel 4.2.6.4	80
Artikel 4.2.7.1	82
Artikel 4.2.7.2	83
Artikel 4.2.7.3	83
Artikel 4.2.7.4	84
Artikel 4.2.7.5	84
Artikel 4.2.7.6	85
Artikel 4.2.8.1.1	87
Artikel 4.2.8.1.2	89
Artikel 4.2.8.2.1	90
Artikel 4.2.8.2.2	90
Artikel 4.2.8.2.3	90
Artikel 4.2.8.2.4	90
Artikel 4.2.8.2.5	90
Artikel 4.2.8.2.6	92
Artikel 4.2.8.3.1	93

Artikel 4.2.8.3.2	93
Artikel 4.2.8.4.1	93
Artikel 4.2.8.4.2	94
Artikel 4.2.8.4.3	94
Artikel 4.2.8.4.4	95
Artikel 4.2.8.4.5	95
Artikel 4.2.8.5.1	96
Artikel 4.2.8.5.2	97
Artikel 4.2.8.5.3	97
Artikel 4.2.8.5.4	97
Artikel 4.2.8.5.5	98
Artikel 4.2.8.5.6	98
Artikel 4.2.8.5.7	99
Artikel 4.2.8.5.8	99
Artikel 4.4.1	114
Artikel 4.4.3	121
Artikel 4.4.4	122
Artikel 4.4.5	122
Artikel 5.1.1	139
Artikel 5.1.2	140
Artikel 5.1.3	141
Artikel 5.1.4	142
Artikel 5.1.5	143
Artikel 5.1.6	144
Artikel 5.1.7	144
Artikel 5.1.8	145
Artikel 5.1.9	145
Artikel 5.1.10	146
Artikel 5.2.1	149
Artikel 5.2.2	152
Artikel 5.2.3	153
Artikel 5.2.4	154
Artikel 5.2.5	156
Artikel 5.2.6	157
Artikel 5.2.8	158
Artikel 5.2.9	158
Artikel 5.2.10	159
Artikel 5.2.11	159
Artikel 5.2.12	159
Artikel 5.3.1	162
Artikel 5.3.2	164
Artikel 5.3.3	164
Artikel 5.3.4	164
Artikel 5.3.5	164
Artikel 7:14	17
Artikel 7:27	17
Artikel 1A.1.1.1	168
Artikel 1A.1.1.1a	168
Artikel 1A.1.1.2	169
Artikel 1A.1.1.4	172
Artikel 1A.1.1.5	173
Artikel 1A.1.1.6	173
Artikel 1A.1.1.7	174
Artikel 1A.1.1.8	174
Artikel 1A.1.1.9	175
Artikel 1A.1.1.10	175
Artikel 1A.1.1.11	175
Artikel 1A.1.1.12	176
Artikel 1A.1.2.1	178

Artikel 1A.1.2.2	178
Artikel 1A.1.2.3	179
Artikel 1A.1.2.4	179
Artikel 1A.1.2.5	180
Artikel 1A.1.2.6	181
Artikel 1A.1.2.7	181
Artikel 1A.1.2.8	181
Artikel 1A.2.1.1	184
Artikel 1A.2.1.2	186
Artikel 1A.2.1.3	187
Artikel 1A.2.1.3a	188
Artikel 1A.2.1.4	188
Artikel 1A.2.1.6	190
Artikel 1A.2.1.7	191
Artikel 1A.2.1.8	193
Artikel 1A.2.2.1	193
Artikel 1A.2.2.2	193
Artikel 1A.2.2.3	194
Artikel 1A.2.2.4	194
Artikel 1A.2.2.5	194
Artikel 1A.2.2.6	195
Artikel 1A.2.2.7	195
Artikel 1A.2.2.8	196
Artikel 1A.2.2.9	196
Artikel 1A.2.2.10	196
Artikel 1A.2.3.1	197
Artikel 1A.2.3.2	197
Artikel 1A.2.3.3	198

**Register op de in de memorie van toelichting besproken artikelen
van het wetsvoorstel**

<u>artikel</u>	<u>blz.</u>
Artikel I	
Onderdeel A	106
Onderdeel B	13
Onderdeel C	13
Onderdeel D	16
Onderdeel E	99
Onderdeel F	17
Onderdeel G	18, 101
Onderdeel H	128
Onderdeel I	17
Onderdeel J	17
Onderdeel K	165, 183
Artikel II	199
Artikel III	199
Artikel IV	200
Artikel V	200
Artikel VI	201