

ting is gebaseerd, rekening te worden gehouden. Het besluit tot lagere vaststelling van de subsidie kan op die grondslag onevenredig zijn.

DHG

tegen

het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland

(hierna: het college)

Algemeen juridisch, Subsidies

2

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
18 oktober 2017, nr. 201700258/1/A2,
ECLI:NL:RVS:2017:2768
(mr. Hagen, mr. Hent, mr. Wissels)
Noot prof. mr. T. Barkhuysen en mr. drs. A. Span

Formele rechtskracht. Subsidieverplichting.

[Awb art. 4:38 lid 1, 4:39, 4:46 lid 2 aanhef en onder b]

Een subsidieverleningsbeschikking met een oneigenlijke niet-doelgebonden subsidieverplichting heeft formele rechtskracht gekregen. Ondanks deze rechtskracht dient in het kader van de discretionaire bevoegdheid die het bestuursorgaan heeft om een subsidie lager vast te stellen, met de onverbindendheid van de subsidieregeling waarop de verplich-

DHG is een instelling die werkzaam is op het gebied van de jeugdzorg. Bij besluiten van 10 januari 2013 en 20 december 2013 heeft het college aan DHG een boekjaarsubsidie 2013 van maximaal € 2.440.194 verleend voor het uitvoeren van een aantal activiteiten. In het subsidieverleningsbesluit is op basis van artikel 15 van de Subsidieregeling Jeugdzorg Zuid-Holland (hierna: Subsidieregeling) de volgende verplichting opgenomen: “*Het inkomen van de directeur of medewerker van uw instelling mag niet meer bedragen dan een ministersalaris, conform de definities uit de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens. Indien er sprake is van een overschrijding, kan de boekjaarsubsidie op grond van de Subsidieregeling jeugdzorg Zuid-Holland lager worden vastgesteld.*” Deze subsidieverplichting was in feite een herhaling van hetgeen is opgenomen in artikel 15 van de Subsidieregeling. Tegen het verleningsbesluit heeft DHG geen rechtsmiddelen aangewend, zodat van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan. Het college heeft de subsidie van DHG voor het boekjaar 2013 met toepassing van artikel 15 van de Subsidieregeling lager vastgesteld, omdat DHG niet heeft voldaan aan de voornoemde inkomensnorm.

Doordat het college artikel 15 van de Subsidieregeling ten grondslag heeft gelegd aan de besluitvorming, is de rechtbank ten onrechte niet toegekomen aan de beantwoording van de vraag of het college op grond van deze bepaling bevoegd was de subsidie lager vast te stellen. Het betoog van DHG dat de rechtbank had moeten beoordelen of aan het algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht had moeten worden ontzegd, is terecht voorgedragen.

Op grond van artikel 4:38 lid 1 van de Awb kan het college met toepassing van die bepaling slechts verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Het doel van de verleende subsidie is hier gelegen in het bieden van jeugdzorg. Het college kan niet worden

gevolgd in zijn standpunt dat artikel 15 van de Subsidieregeling is bedoeld om de doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. In deze bepaling is aansluiting gezocht bij de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (hierna: Wopt) die op 1 januari 2013 is ingetrokken en derhalve ten tijde van het besluit tot vaststelling van de subsidie niet meer gold. In deze bepaling is daarmee een strengere norm neergelegd dan in de geldende Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna: WNT), gelet op het daarin opgenomen bezoldigingsmaximum en overgangsrecht. Gelet ook op de door het college ter zitting gegeven toelichting op deze bepaling moet het doel van de bepaling worden geacht te zijn gelegen in het normeren van de inkomens van medewerkers van instellingen die van provinciewege worden gesubsidieerd. De bepaling strekt daarmee niet tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek, zodat de uit deze bepaling voortvloeiende verplichting geen doelgebonden verplichting is als bedoeld in artikel 4:38 lid 1 van de Awb. Nu de verplichting geen betrekking heeft op de medewerkers die de zorg verlenen, maar op hun inkomens, is het verband tussen de verplichting en de gesubsidieerde activiteit te ver verwijderd om als een geoorloofde niet-doelgebonden verplichting in de zin van artikel 4:39 lid 2 van de Awb te kunnen worden aangemerkt. Artikel 15 van de Subsidieregeling is daarmee in strijd met de artikelen 4:38 lid 1 en 4:39 van de Awb en daarom onverbindend. De subsidie kon derhalve niet met toepassing van artikel 15 lager worden vastgesteld. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of het college op grond van artikel 4:46 lid 2 aanhef en onder b van de Awb de subsidie in redelijkheid lager heeft kunnen vaststellen. Het uitgangspunt is daarbij dat de rechtbank het college terecht heeft gevolgd in het standpunt dat van de rechtmatigheid van de bij de subsidieverlening opgelegde verplichtingen moet worden uitgegaan. Zoals het college in de schriftelijke uiteenzetting in hoger beroep stelt, is de bevoegdheid van het college tot het lager vaststellen van subsidies wegens het niet nakomen van een subsidieverplichting een discretionaire bevoegdheid. Bij het lager vaststellen van een subsidie is het in artikel 3:4 lid 2 van de Awb bepaalde van toepassing. Dat betekent

dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal 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 (*Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 74*).

Bij de aanwending van zijn discretionaire bevoegdheid heeft het college in dit geval ten onrechte veel waarde gehecht aan de toepassing van de regel dat uitsluitend in het kader van de subsidieverlening tegen de opgelegde verplichting kan worden opgekomen. Van belang daarbij is dat het hier gaat om een verplichting die zijn grondslag vindt in een bepaling die onverbindend is te achten. Het belang dat het college eraan hecht dat de publieke middelen volledig ten goede hadden moeten komen aan de jeugdige hulpbehoevenden in de provincie en niet aan een hoog salaris van de bij DHG werkzame personen is in het kader van de bespreking van artikel 15 van de Subsidieregeling als inkomenspolitiek geduid en kan daarom in het kader van de belangenafweging geen rol spelen. Onder deze en bijkomende omstandigheden moet worden geoordeeld dat de nadelige gevolgen van het vaststellingsbesluit onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd.

NOOT

1. Subsidies worden in de regel in twee fasen toegekend. Eerst wordt een besluit tot verlening van de subsidie genomen, waarna na afloop van de subsidietermijn het subsidiebedrag bij besluit wordt vastgesteld. In beginsel vindt subsidievestiging plaats overeenkomstig de verlening. Dit is echter anders wanneer sprake is van onregelmatigheden. De niet-nakoming van een verplichting verbonden aan de subsidieverlening is één van die onregelmatigheden. Worden aan de subsidie verbonden verplichtingen niet nageleefd, dan kan het bestuursorgaan het subsidiebedrag verlagen. Door de formele rechtskracht

die subsidieverplichtingen in verleningsbesluiten krijgen indien deze niet worden aangevochten, zijn ze frequent onderwerp van discussie. Uitgangspunt is namelijk dat verplichtingen die niet zijn aangevochten bij subsidieverlening en daarmee rechtens onaantastbaar zijn geworden, niet op een later moment alsnog onderwerp van bezwaar en of beroep kunnen zijn, met name indien tegen een vaststellingsbesluit wordt opgekomen. De verplichtingen dienen in beginsel als vaststaand te worden aangemerkt, óók wanneer vaststaat dat indien tijdig beroep zou zijn ingesteld, het besluit zou zijn vernietigd.

2. In de hiervoor opgenomen uitspraak is de formele rechtskracht van subsidieverplichtingen wederom onderwerp van geschil. De uitspraak heeft betrekking op een subsidie die door het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland (het College) is verleend aan de Stichting de Hoenderloo Groep (DHG) voor het aanbieden van jeugdzorg. In het subsidieverleningsbesluit had het College de verplichting opgenomen dat het inkomen van de directeur of medewerkers van DHG niet meer mocht bedragen dan een ministersalaris, conform de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens. Indien deze verplichting werd overschreden, kon de subsidie lager worden vastgesteld. DHG stelde geen rechtsmiddelen tegen dit besluit in, met het gevolg dat het in rechte vast kwam te staan. Voor DHG pakte dit niet goed uit. Doordat zij de inkomenseis overschreed, stelde het College de subsidie lager vast. DHG kon zich met deze verlaging niet verenigen en stelde tegen het vaststellingsbesluit wel bezwaar en beroep in.

3. Zowel in beroep als in hoger beroep voert DHG aan dat de opgelegde verplichting niet meer is dan een herhaling van een bepaald artikel uit de relevante subsidieregeling. In lijn met de uitspraak van de Afdeling van 4 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1177) had volgens DHG daarom getoetst moeten worden of dit artikel strijdig was met de artikelen 3:38 en 3:39 Awb. Op grond van deze bepalingen mogen niet-doelgebonden subsidieverplichtingen slechts in zeer beperkte mate worden opgelegd. In de uitspraak van 4 mei 2016 had de Afdeling op grond van deze artikelen een soortgelijke inkomensverplichting onverbindend geacht, aangezien met de verplichting inkomenspolitiek werd bedreven, wat niet op enigerlei wijze verband hield met de

gesubsidieerde zorg. Met de onverbindendverklaring van de verplichting kwam de grondslag voor verlaging van de subsidie te vervallen. Het verschil tussen die uitspraak en de voorliggende zaak is echter dat het artikel uit de subsidieregeling toen niet als afzonderlijke verplichting in het verleningsbesluit was opgelegd. De verplichting vloeide rechtstreeks voort uit de subsidieregeling. De onverbindendverklaring van de subsidieregeling op dit punt had dan ook geen invloed op het besluit tot subsidieverlening, dat bleef ongewijzigd van kracht.

4. In de voorliggende uitspraak is de verplichting uit de subsidieregeling, wel verankerd in het subsidieverleningsbesluit. De verplichting maakt integraal onderdeel uit van de verleningsbeschikking. Aantasting van de verplichting in de subsidieregeling zou dan ook in principe geen gevolgen hebben voor de verplichting in het verleningsbesluit. Die verplichting zou blijven bestaan omdat het besluit in rechte was komen vast te staan nu DHG er geen rechtsmiddelen tegen had aangewend. De rechtbank was daarom met het College van oordeel dat de verplichting in beroep tegen het vaststellingsbesluit geen onderwerp van geschil meer kon zijn en aan DHG kon worden tegengeworpen.

5. Hoewel de Afdeling beaamt dat de rechtbank het College terecht is gevolgd in het standpunt dat van de rechtmatigheid van de bij de subsidieverlening opgelegde verplichtingen moet worden uitgegaan, slaat zij een andere weg in dan gebruikelijk. De Afdeling plaatst de discussie over de rechtmatigheid van de subsidieverplichting namelijk in de context van de discretionaire bevoegdheid die het College heeft om een subsidie lager vast te stellen. Deze bevoegdheid volgt uit artikel 4:46 lid 2 Awb. Op grond van dat artikel *kan* een bestuursorgaan een subsidie lager vaststellen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het bestuursorgaan bij het uitoefenen van de discretionaire bevoegdheid er rekening mee dient te houden dat de gevolgen van het lager vaststellen van de subsidie niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. In geval van niet naleving van een subsidieverplichting, zal een afweging gemaakt moeten worden tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. In het voorliggende geval heeft het College volgens de Afdeling ten onrechte veel waarde gehecht

aan de regel dat uitsluitend in het kader van de subsidieverlening tegen de opgelegde verplichting kon worden opgekomen. Van belang acht de Afdeling daarbij dat het hier gaat om een verplichting die zijn grondslag vindt in een bepaling die zij – eerder in de uitspraak – onverbindend heeft verklaard. In het kader van de belangenafweging kon deze verplichting volgens de Afdeling dan ook geen rol spelen. De formele rechtskracht van de verplichting is daarmee (indirect) teniet gedaan.

6. Duidelijk mag zijn dat de Afdeling met deze uitspraak een nieuwe koers lijkt in te slaan. Op basis van het evenredigheidsbeginsel worden de scherpe kantjes van de formele rechtskracht afgeslepen. Hoewel benoemd wordt dat het uitgangspunt van formele rechtskracht nog geldt, acht de Afdeling de onrechtmatigheid van een onaantastbaar besluit toch relevant in het kader van een besluit waarbij aanvankelijk juist dient te worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het onrechtmatige besluit. De leer van de formele rechtskracht, wordt hierdoor op z'n minst versoepeld. De vraag is wat de gevolgen van deze uitspraak zijn. Geldt de lijn uit deze uitspraak alleen voor het subsidierecht en alleen voor gevallen waarin het gaat om de toepassing van een verplichting die zijn basis mede vindt in een in een andere procedure onrechtmatig bevonden algemeen verbindend voorschrift of kan de werking van de formele rechtskracht op deze wijze bij alle besluiten waar bestuursorganen discretionaire bevoegdheden hebben worden beperkt? Nieuwe jurisprudentie zal antwoord moeten geven op deze en andere vragen (zie in dat kader ook *AB 2017/422*, m.nt. W. den Ouden).

T. Barkhuysen,
advocaat bij Stibbe en hoogleraar Staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden

A. Span,
advocaat bij Stibbe