Kantoren Stichthage
Koningin Julianaplein 10
2595 AA Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

Provincie Utrecht
Afdeling Bestuur en Juridische Zaken, D.2.46
Mevrouw mr. J.C. Arendse
Postbus 80300
3508 TH UTRECHT

BYZ 3.07.85
DOCUMENTBEHEER F2
provincie Utrecht
Inboeknummer: 2008ont217863
Bijl. 11 JUN 2008
Zaaknummer: 2008 BYZ 204165

onze ref.	SV/JM/10025459	S. van Heukelom-Verhage
uw ref.	-	advocaat
inzake	Provincie Utrecht / Advies over artikel 4:21 lid 3 Awb	t (070) 515 39 61
		f (070) 515 31 64
		s.vanheukelom@pelsrijcken.nl

10 juni 2008

Geachte mevrouw Arendse,

1 Inleiding

1.1 Op 26 mei jl. adviseerde ik u over de werking van artikel 4:21 lid 3 Awb in relatie tot het opstellen van een algemene conceptverordening, waarin de verstrekking van financiële middelen tussen de Provincie Utrecht en andere overheden wordt geregeld. In vervolg op dat advies hadden wij op 4 juni jl. telefonisch contact. Diezelfde dag zond u mij een notitie, waarin een aantal aanvullende vragen en opmerkingen zijn opgenomen. Het betreft de volgende vragen:

1. Kan de conclusie dat artikel 4:21 lid 3 Awb primair is gericht op verstrekkingen van het Rijk aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen worden onderbouwd met andere teksten dan de in de onderdelen 4.6 en 4.7 opgenomen citaten uit de parlementaire geschiedenis?

2. Is/kan de opmerking dat de bestedingsrichting vooraf in de algemene concept-verordening moet worden opgenomen nader (worden) onderbouwd met

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V., gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 110/2005. Daarin is een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwaliteitsrekening notariaat 21.30.13.495.

andere teksten die de gedachte dat de bestedingsrichting ook krachtens de verordening kan worden aangegeven, ontkrachten?

3. In hoeverre is onderdeel 6.2 van het advies houdbaar, nu de algemene subsidieverordening van de Provincie Utrecht geen zelfstandige wettelijke grondslag bevat voor het verstrekken van subsidies?

4. Is de Provincie Utrecht in de praktijk beter af/kleven er minder risico's aan een verordening die regelt dat de overeenkomsten toegestaan zijn ook al bestaat geen volledige rechtszekerheid over de vraag of de regeling op zich is toegestaan, of is de Provincie Utrecht beter af zonder een dergelijke regeling als de praktijk blijft dat deze overeenkomsten worden aangegaan?

1.2 Wij spraken af dat ik schriftelijk op uw vragen en opmerkingen zou reageren. Mijn reactie treft u hieronder aan.

2 Aanvullend advies

2.1 U stelde mij ten eerste de vraag of de conclusie dat artikel 4:21 lid 3 Awb primair is gericht op verstrekkingen van het Rijk aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen kan worden onderbouwd met andere teksten dan de in de onderdelen 4.6 en 4.7 opgenomen citaten uit de parlementaire geschiedenis. In reactie op de vraag wijs ik op het volgende.

2.2 De door mij in het advies opgenomen gevolgtrekking uit het citaat uit de parlementaire geschiedenis, dat de wetgever primair het oog heeft gehad op verstrekkingen van het Rijk aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen, wordt ondersteund door de opmerkingen die Den Ouden/Jacobs/Verheij daarover maken in hun boek Subsidierecht[1], waarin het volgende is opgenomen:

> "Subsidies aan overheden
> Het derde lid bepaalt dat art. 4:21 Awb niet van toepassing is op de aanspraak op financiële middelen die wordt verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Kort gezegd: titel 4.2 Awb geldt niet voor subsidies die uitsluitend aan overheden kunnen worden verstrekt. Het woord uitsluitend is belangrijk: als een gemeente een energiebesparingssubsidie aanvraagt die ook door een gewone burger kan worden aangevraagd, is de subsidietitel

1 W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, Subsidierecht, Deventer 2004, pag. 19-20.

wel van toepassing. Bestuursorganen kunnen dus onder omstandigheden fungeren als subsidieontvanger.
De uitzondering ziet in de eerste plaats op de zogeheten ' specifieke uitkeringen' aan gemeenten en provincies. Dat zijn uitkeringen die door het rijk aan gemeenten en provincies worden verstrekt met het oog op een bepaalde activiteit, bijvoorbeeld een criminaliteitspreventieproject.
Daarmee onderscheiden zij zich van de algemene uitkeringen uit het Gemeente- respectievelijk Provinciefonds, die niet aan een bepaalde activiteit zijn gebonden en dus niet behoeven te worden uitgezonderd omdat zij toch al niet onder de definitie van het eerste lid vallen.
In de tweede plaats ziet de uitzondering op de uitkeringen uit 's rijks kas voor de instandhouding van publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen met eigen rechtspersoonlijkheid.
Die uitkeringen zijn per definitie specifiek in de zin van gebonden aan een bepaalde activiteit, omdat een zelfstandig bestuursorgaan, anders dan een gemeente of provincie altijd met een specifieke taak is belast. In het jargon: een zelfstandig bestuursorgaan heeft altijd een gesloten, nooit een open huishouding. Voor de uitkeringen aan in een privaatrechtelijke vorm (meestal de stichtingsvorm) gegoten zelfstandige bestuursorganen geldt de uitzondering echter weer niet, want zij is uitdrukkelijk beperkt tot uitkeringen aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Voor zelfstandige bestuursorganen die geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben is de uitzondering niet relevant, want dan is er geen sprake van een subsidie omdat de uitkering binnen het vermogen van de rechtspersoon de Staat der Nederlanden blijft (zie ook het wetsvoorstel Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, Kamerstukken II, 27 426)."

2.3 Uit het voorgaande citaat blijkt dat ook de auteurs van het boek Subsidierecht uitsluitend het oog hebben op verstrekkingen van het Rijk aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen. Zij lijken, net als de wetgever in het citaat opgenomen in het eerste advies, ervan uit te gaan dat de term "specifieke uitkering" dezelfde uitleg kent als die in de Financiële-verhoudingswet. In de Financiële-verhoudingswet wordt de specifieke uitkering gekenmerkt door een financiële aanspraak die het Rijk jegens andere overheden vestigt. Artikel 4:21 lid 3 Awb is in zoverre qua reikwijdte breder, omdat daaronder niet alleen de verstrekking van het Rijk aan gemeenten of provincies valt, maar tevens de verstrekkingen die uit 's Rijks kas worden gedaan aan zelfstandige bestuursorganen met eigen rechtspersoonlijkheid. De door mij opgenomen citaten sterken mij echter niet in een standpunt dat de wetgever ook het oog heeft gehad op verstrekkingen van andere overheden aan publiekrechtelijke rechtspersonen. Zoals reeds opgemerkt, vormt dit niettemin een kwetsbaar aspect van de door u gebezigde uitleg. Zonder nadere jurisprudentie kan vooralsnog geen uitspraak worden gedaan over de houdbaarheid van de door u gebezigde uitleg van het bepaalde in artikel 4:21 lid 3 Awb. Wel benadruk ik nogmaals dat de tekst van

artikel 4:21 lid 3 Awb niet uitsluit dat het artikel van toepassing is op een financiële aanspraak, gevestigd door een *andere* publiekrechtelijke rechtspersoon dan het Rijk jegens een andere publiekrechtelijke rechtspersoon. Ook de door mij uit de parlementaire geschiedenis in de literatuur ontleende uitleg staat niet expliciet aan de door u gebezigde uitleg in de weg.

2.4 U stelde mij ten tweede de vraag of de opmerking dat de bestedingsrichting vooraf in de algemene conceptverordening moet worden opgenomen nader is/kan (worden) onderbouwd met andere teksten die de gedachte dat de bestedingsrichting ook krachtens de verordening kan worden aangegeven, ontkrachten?

2.5 In het licht van de door u verstrekte nadere toelichting, sluit ik niet uit dat uw uitleg van het citaat omtrent de artikelen 187 Provinciewet en 184 Gemeentewet houdbaar is. Immers, in dat citaat wordt gesproken over het bij of krachtens wet regelen van de kosten of activiteiten. Het feit dat de wetgever spreekt over "krachtens" impliceert dat in dat wettelijk voorschrift tevens een grondslag kan worden opgenomen voor het laten uitwerken van de bestedingsrichting of de activiteiten. Ook hierbij past echter de kanttekening dat de rechtspraak nog geen uitspraken heeft gedaan over de vereisten van artikel 4:21 lid 3 Awb, zodat iedere nieuwe toepassing van dat artikel het risico in zich draagt van vernietiging door de bestuursrechter.

2.6 U stelde mij ten derde de vraag in hoeverre onderdeel 6.2 van het advies houdbaar is, nu de algemene subsidieverordening van de Provincie Utrecht geen zelfstandige wettelijke grondslag heeft voor het verstrekken van subsidies.

2.7 In uw notitie van 4 juni 2008 heeft u aangegeven dat in de algemene subsidie verordening van de Provincie Utrecht geen wettelijke grondslag voor het verstrekken van subsidies is opgenomen, zodat mijn suggestie dat er met het nemen van subsidie-besluiten eenzelfde resultaat als de door u voorgestane resultaten bij het afsluiten van overeenkomsten zou kunnen worden bereikt, pas relevant is, indien de algemene subsidieverordening wordt voorzien van een wettelijke grondslag voor het verstrekken van subsidies of sprake is van één van de uitzonderingen in artikel 4:23 lid 3 Awb. Ik kan u om die reden geheel volgen in deze gedachtegang. Mijn opmerking in mijn advies moet dan ook worden genuanceerd, dat indien de algemene subsidieverordening van de Provincie Utrecht thans geen wettelijke grondslag biedt voor het verstrekken van subsidies, subsidiebesluiten aan medeoverheden slechts genomen kunnen worden op incidentele basis, danwel op grond van hun specifieke subsidieverordening die voorziet in het verstrekken van dergelijke subsidies.

2.8 U vroeg mij ten slotte aan te geven of de Provincie Utrecht in de praktijk beter af is/of er minder risico's kleven aan een verordening die regelt dat de overeenkomsten toegestaan zijn ook al bestaat geen volledige rechtszekerheid over de vraag of de

regeling op zich is toegestaan, of de Provincie Utrecht beter af is zonder een dergelijke regeling als de praktijk blijft dat deze overeenkomsten worden aangegaan.

2.9 Gelet op de door u opgenomen opmerkingen en nuances in onderdeel II van uw notitie is mijn inschatting toch dat – vanuit de notie dat de algemene conceptverordening vooral is opgesteld om de praktijk een handvat te bieden – het vaststellen van de algemene conceptverordening zoals door u opgesteld aan dat doel zal kunnen voldoen. Ik maak daarbij nog wel de kanttekening, zoals u zelf ook reeds hebt gedaan, dat het sluiten van overeenkomsten niet wegneemt dat het vestigen van de aanspraak op financiële middelen van de provincie jegens medeoverheden danwel zelfstandige bestuursorganen steeds een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht blijft. U merkt dienaangaande terecht op dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming derhalve steeds gewaarborgd blijft. Mijn suggestie was om in de overeenkomsten die in de praktijk tussen overheden gesloten worden een bepaling op te nemen, die erop neerkomt dat partijen in het geval van een geschil in overleg treden over het beslechten van dat geschil via een geschillenregeling.

2.10 Ik vertrouw erop uw vragen in uw notitie van 4 juni 2008 met het voorgaande voldoende te hebben beantwoord. Het zou prettig zijn om over de inhoud van dit aanvullend advies nog overleg met u te voeren, alvorens ik dit aanvullend advies in definitieve vorm aan u toezend. Om die reden zend ik u dit aanvullend advies in concept toe.

2.11 Ik zie uw reactie op het aanvullend advies met belangstelling tegemoet. In het licht daarvan vermeld ik u op deze wijze reeds dat ik met ingang van 13 juni a.s. tot 28 juni a.s. vanwege vakantie niet op kantoor aanwezig ben.

Met vriendelijke groet,

S. van Heukelom-Verhage