

J. Wijmans & J.H.A. van der Grinten¹

I | **Subsidieweigering wegens antecedenten**

1. **Inleiding**

Wie voor Willemien over subsidies schrijft, begeeft zich op glad ijs. Het kan bijna niet anders of zij heeft het onderwerp zelf al beschreven en sowieso is haar kennis van dit rechtsterrein in de breedte en de diepte ongeëvenaard. Maar omdat een afscheidsbundel toch ook het karakter moet hebben van een warm bad en een meer op Willemiens toekomst als staatsraad gerichte uiteenzetting over bijvoorbeeld de Omgevingswet dat per definitie niet is, hebben wij toch voor een bijdrage over subsidierecht gekozen.

Subsidies zijn publieke gelden die verstrekt worden om bepaalde activiteiten van de grond te laten komen. Met die gelden moet zorgvuldig worden omgesprongen en daar komt een hoop bij kijken. De ontvanger van een subsidie zal om te beginnen de activiteiten waarvoor hij subsidie heeft ontvangen moeten verrichten als hij terugvordering van de subsidie wil voorkomen. Daarnaast zal hij aan de subsidie verbonden verplichtingen moeten nakomen en in de regel de besteding van de gelden moeten verantwoorden. De ervaring leert dat dit vaak goed gaat, maar gelet op de grote aantallen subsidies die jaarlijks worden verstrekt, gaat het natuurlijk ook wel eens mis. De activiteiten waarvoor de subsidie is verleend hebben bijvoorbeeld niet (geheel) plaatsgevonden of de aan de subsidie verbonden verplichtingen zijn niet nagekomen. De subsidieverstrekker kan dan besluiten de subsidieverlening in te trekken of de subsidie lager vast te stellen.

De subsidieontvanger kan vervolgens in een volgende subsidieronde een nieuwe aanvraag indienen, die voldoet aan alle criteria om voor subsidie in aanmerking te komen. Met het oog op zijn antecedenten uit de vorige subsidieronde, kan het echter onwenselijk zijn dat aan die aanvrager opnieuw subsidie wordt verstrekt. In dat geval rijst de vraag of het bestuursorgaan waarbij de subsidie wordt aangevraagd, kan besluiten de aanvraag niet te honoreren vanwege zijn eerdere ervaringen met de aanvrager. In deze bijdrage beschrijven wij de juridische mogelijkheden om een weigering van de subsidieaanvraag te baseren op antecedenten van de aanvrager.

¹ Jutta Wijmans is advocaat bij Kennedy Van der Laan. Jan van der Grinten is advocaat bij Kennedy Van der Laan en docent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2. Wettelijke grondslag voor weigering

In bepaalde, in de wet benoemde omstandigheden kan de subsidieverlening worden gewijzigd of ingetrokken² of kan de subsidie lager worden vastgesteld³, waarna terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen mogelijk is.⁴ De wet biedt ook (beperkte) mogelijkheden om de *subsidievaststelling* te wijzigen of in te trekken.⁵ Van deze bevoegdheden kan uiteraard pas gebruik worden gemaakt na de subsidieverlening. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever meende dat dit soms te laat is. De subsidiegelden zijn uitgegeven en het kan zijn dat terugvordering niet mogelijk is als de ontvanger geen verhaal biedt.⁶ Vanuit het oogpunt van een doelmatig subsidiebeleid en het voorkomen van misbruik van subsidiegelden, heeft de wetgever er daarom voor gekozen een bevoegdheid te scheppen waarvan een bestuursorgaan al bij de voordeur gebruik kan maken. Het bestuursorgaan kan op basis daarvan weigeren een aanvraag te honoreren als hij verwacht dat zich later een intrekingsgrond zal voordoen. Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 4:35 lid 1 Awb. Op grond van dit artikel kan de subsidieverlening in ieder geval worden geweigerd als er een gegronde reden bestaat om aan te nemen dat “a) de activiteiten niet of niet geheel zullen plaatsvinden; b) de aanvrager niet zal voldoen aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen; c) de aanvrager niet op een behoorlijke wijze rekening en verantwoording zal afleggen [...]”.

Het gaat hier om een *preventieve* weigeringsbevoegdheid. De subsidieaanvraag kan worden afgewezen op basis van toekomstverwachtingen. Die verwachtingen moeten wel ergens op gestoeld zijn. Volgens artikel 4:35 Awb moet sprake zijn van een “gegronde reden” om aan te nemen dat de gesubsidieerde activiteit niet zal worden verricht, de verplichtingen niet zullen worden nagekomen of daarover niet behoorlijk verantwoording zal worden afgelegd. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat het bestuursorgaan moet beschikken over “concrete, op de individuele subsidieontvanger betrekking hebbende aanwijzingen, die het oordeel kunnen dragen dat zich waarschijnlijk (‘misschien’ is niet voldoende) een intrekingsgrond zal voordoen”.⁷ Die benodigde aanwijzingen zullen over het algemeen kunnen worden gevonden in eerdere ervaringen met de aanvrager. Een enkele eerdere ‘misstap’ van de aanvrager is daarvoor echter nog niet voldoende. “Het feit dat de subsidie voor het voorgaande jaar op dezelfde grond lager moest worden vastgesteld kan een con-

² Art. 4:48 en art. 4:50 Awb.

³ Art. 4:46 Awb.

⁴ Art. 4:57 Awb.

⁵ Art. 4:49 Awb.

⁶ *Kamerstukken II* 1993-94, 23 700, nr. 3, p. 58.

⁷ *Kamerstukken II* 1993-94, 23 700, nr. 3, p. 59.

crete 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”, aldus de wetgever.⁸ Ook het enkele feit dat de aanvrager zich in het verleden aan misbruik van een subsidie schuldig heeft gemaakt, biedt op zichzelf onvoldoende grond voor toepassing van artikel 4:35 Awb. Ook in dat geval zijn bijkomende omstandigheden nodig waaruit blijkt dat herhaling te vrees valt, bijvoorbeeld wanneer het gaat om recent, grootschalig of herhaald misbruik.⁹ Niet vereist is dat de aanvrager verwijtbaar of opzettelijk tekort is geschoten. Ook het ontbreken van de benodigde deskundigheid of bekwaamheden om de activiteiten uit te voeren of de subsidieverplichtingen na te komen, kan voldoende zijn om de subsidie te weigeren.¹⁰

Artikel 4:35 Awb betreft verder een bevoegdheid en geen verplichting. Het bestuursorgaan *kan* de subsidieverlening weigeren wanneer zich een situatie als omschreven onder a tot en met c voordoet, maar hoeft dat niet te doen. Afhankelijk van de uitkomst van de in het concrete geval te maken belangenafweging kan het bestuursorgaan dus overgaan tot weigering van de subsidieaanvraag.¹¹

Uit de jurisprudentie waarin artikel 4:35 lid 1 Awb een rol speelt, blijkt dat doorgaans tamelijk zware eisen gesteld worden aan de motivering van deze weigeringsgrond. Zo vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ‘de Afdeling’) een op artikel 4:35 lid 1 Awb gebaseerde weigering van de staatssecretaris van OCW om aan de Stichting Islamitisch onderwijs (SIO) bekostiging te verstrekken voor een islamitische scholengemeenschap in Amsterdam. Volgens de staatssecretaris bestond er een gegronde reden om aan te nemen dat SIO niet zou voldoen aan de bekostigingsvoorwaarden, (onder meer) omdat het bestuur van SIO niet onmiddellijk, onvoorwaardelijk en publiekelijk afstand had genomen van de oproep van een toenmalig bestuurslid van SIO tot een steunbetuiging aan ISIS. Dit vormde volgens de Afdeling tezamen met de overige feiten en omstandigheden echter onvoldoende feitelijke grondslag voor de weigering. SIO had in eigen bestuursvergaderingen, tegen de politie en tegenover een verslaggever van de pers ervan getuigd de gewraakte opvattingen niet te delen. Het feit dat de uitschrijving van de desbetreffende persoon als bestuurslid pas later plaatsvond, maakte niet dat het oordeel van de Afdeling anders uitviel, omdat die uitschrijving wel aansloot op het uit de eerdere stukken blijken standpunt van SIO dat de positie van het bestuurslid onhoudbaar

⁸ *Kamerstukken II* 1993-94, 23 700, nr. 3, p. 59.

⁹ *Kamerstukken II*, 1993-94, 23 700, nr. 3, p. 59-60.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774, waarin het gaat om een aanvragende stichting die deskundigheid, capaciteiten en bekwaamheden mist om aan haar subsidieverplichtingen te voldoen.

¹¹ Wij tekenen daarbij aan dat bij een gegronde verdenking dat een omstandigheid genoemd onder a t/m c zich zal voordoen, honorering van de aanvraag niet eenvoudig te rechtvaardigen zal zijn.

was.¹² Een voorbeeld waarin de weigering op grond van artikel 4:35 lid 1 aanhef en onder b en c wel stand hield, betrof een zaak waarin een stichting in het verleden herhaald en verregaand tekort was geschoten bij het nakomen van administratieve en inhoudelijke verplichtingen. Daarbij werd van belang geacht dat was gebleken dat de stichting niets had gedaan om de geconstateerde gebreken in de organisatie weg te nemen.¹³

3. Andere weigeringsgronden

De weigeringsgronden van artikel 4:35 Awb zijn niet uitputtend bedoeld. Dat blijkt uit de formulering dat de subsidie “in ieder geval” geweigerd kan worden op basis van de daarin opgenomen weigeringsgronden. Hiermee heeft de wetgever willen aangegeven dat de weigeringsgronden aanvullend zijn en dus gelden *naast* de eventueel in een concrete subsidieregeling neergelegde weigeringsgronden.¹⁴ Daarbij kan in eerste instantie worden gedacht aan allerlei beleidsmatige weigeringsgronden die specifiek te maken hebben met de aard en het doel van de betreffende subsidie. Een voorbeeld daarvan betreft een weigeringsgrond op grond waarvan het bestuur van het Nederlands Filmfonds subsidieverlening in ieder geval weigert als niet voldaan is aan de (in het Algemeen reglement geformuleerde) culturele criteria.¹⁵ Maar de (lagere) regelgever acht het soms ook wenselijk om in een subsidieregeling een andere weigeringsgrond dan die uit artikel 4:35 Awb op te nemen, op basis waarvan een aanvraag kan worden geweigerd vanwege negatieve ervaringen met de aanvrager. Een korte zoektocht door bestaande subsidieregelingen laat zien dat daarvan diverse voorbeelden te vinden zijn. Bijvoorbeeld in de ‘Tijdelijke subsidieregeling kennisnetwerk SPV 2020-2024’ waarin is bepaald dat de minister de subsidieverlening geheel of gedeeltelijk kan weigeren indien “er in voorgaande boekjaren ten aanzien van de subsidieverlening of subsidievaststelling toepassing is gegeven aan artikel 4:48, 4:49 of 4:50 van de Algemene wet bestuursrecht”.¹⁶ Ook zien we dergelijke regelingen terug bij subsidieverlenende zelfstandig bestuursorganen, bijvoorbeeld in de cultuursector, waaronder het Nederlands Letterenfonds en het Fonds Podiumkunsten. In het Algemeen reglement van het Nederlands Letterenfonds is bepaald dat een subsidie slechts kan worden verleend indien de aanvrager naar het oordeel van het bestuur de subsidieverplichtingen uit eerdere subsidiever-

¹² ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1979.

¹³ ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1993-94, 23 700, nr. 3, p. 58.

¹⁵ Artikel 3 lid 3 jo. Artikel 4 van het Algemeen Reglement van de Stichting Nederlands Fonds voor de Film.

¹⁶ Zie bijv. ook art. 8 van de Subsidieregeling Fietsersbond 2017, waarin een bijna identieke weigeringsgrond is opgenomen.

leningen door (de rechtsvoorgangers van) het Letterenfonds heeft nageleefd.¹⁷ Het gaat hier om een voorwaarde om in aanmerking te komen voor subsidie, die als weigeringsgrond geldt als er niet aan is voldaan.¹⁸ Opvallend is dat het hier, in tegenstelling tot artikel 4:35 Awb, gaat om een gebonden bevoegdheid: het eerdere niet naleven van de subsidieverplichtingen leidt zonder meer tot weigering van de subsidieverlening, omdat ‘slechts’ subsidie kan worden verleend als de verplichtingen bij eerdere verleningen zijn nageleefd. Op grond van artikel 1.5 van de Deelregeling meerjarige activiteitsubsidies Fonds Podiumkunsten 2017–2020 kan het bestuur subsidie weigeren

“als de aanvrager in de voorgaande twee jaar niet heeft voldaan aan een of meer aan een subsidie verbonden voorwaarden of verplichtingen, waaronder in elk geval ook vallen het juist en tijdig afronden van de gesubsidieerde activiteiten, het tijdig melden van relevante veranderingen in de uitvoering en het juist en tijdig verantwoorden van de activiteiten.”

Deze bepaling kent dus een beperking in de tijdspanne die als ‘terugblikperiode’ relevant wordt geacht. Ook in regelingen van lagere overheden, zoals gemeenten, zien we weigeringsgronden terug in het kader waarvan negatieve ervaringen met de aanvrager kunnen worden meegewogen. Zo is in veel gemeentelijke subsidieverordeningen bepaald dat de verlening van een subsidie geweigerd kan worden indien de gelden waarschijnlijk niet of in onvoldoende mate besteed zullen worden voor het doel waarvoor de subsidie beschikbaar wordt gesteld.

4. Inhoud en toepassing van de weigeringsgrond in een subsidieregeling of -beleid

Het komt dus geregeld voor dat in een concrete subsidieregeling een weigeringsgrond wordt opgenomen op basis waarvan een subsidieaanvraag kan worden afgewezen vanwege negatieve ervaringen met de aanvrager. Waarmee moet de subsidieregelaar rekening houden bij het in het leven roepen en hanteren van zo’n weigeringsgrond? Hier volgen drie gezichtspunten.

4.1 Normering van weigeringsgronden

Voor het bepalen van de toelaatbaarheid van een weigeringsgrond die berust op antecedenten, kunnen aanknopingspunten worden ontleend aan een uitspraak van de Afdeling van 5 juli 2017.¹⁹ Daarin verwoordt de Afdeling welke eisen in zijn algemeenheid gesteld worden aan in beleidsregels neergelegde weigerings-

¹⁷ Artikel 5 van het Algemeen reglement Nederlands Letterenfonds.

¹⁸ Artikel 9 van het Algemeen reglement Nederlands Letterenfonds.

¹⁹ ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774, AB 2017/248, m.nt. W. den Ouden.

gronden voor subsidieverlening. Het draaide in deze zaak om een in het subsidiebeleid van de Minister voor Buitenlandse Handel- en Ontwikkelingssamenwerking opgenomen weigeringsgrond die betrekking had op de bezoldiging van bestuursleden: om in aanmerking te komen voor subsidie mocht het salaris van individuele leden ten hoogste €163.000 per jaar bedragen. De vraag was of deze weigeringsgrond door de beugel kon. De Afdeling komt tot de volgende overwegingen (r.o. 6.3):

“De in artikel 4:35 van de Awb genoemde gronden om een subsidie te weigeren, zijn niet limitatief. De minister voert terecht aan, onder verwijzing naar de geschiedenis van totstandkoming van die bepaling, dat een subsidie ook op beleidsmatige gronden die in een bijzondere subsidieregeling zijn opgenomen, kan worden geweigerd. Gelet op de artikelen 10 en 14 van het Subsidiebesluit, kan de minister voorts worden gevolgd in het betoog dat hem in dit geval veel beleidsruimte is gegeven. Dit betekent echter niet dat die ruimte onbegrensd is en elke weigeringsgrond toelaatbaar is. De in de beleidsregels opgenomen weigeringsgrond moet binnen de kaders van wet- en regelgeving blijven, inhoudelijk niet onredelijk zijn en niet in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

De weigeringsgrond in kwestie strandt daarop. Die is volgens de Afdeling namelijk in strijd met het in artikel 3:3 Awb neergelegde verbod van *détournement de pouvoir*. Dat verbod houdt in dat bestuursorganen hun bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel mogen gebruiken dan waarvoor die bevoegdheid is verleend. Uit dat beginsel leidt de Afdeling af dat gronden waarop bestuursorganen subsidieaanvragen afwijzen, voldoende verband moeten houden met verwezenlijking van het doel van de subsidie. Naar het oordeel van de Afdeling was hiervan in deze zaak geen sprake omdat, kort gezegd, de Afdeling niet inzag hoe deze weigeringsgrond, die betrekking had op de bezoldiging van bestuurders, bijdroeg aan de doelstelling van de subsidie in kwestie.

Wat leert dit kader ons over de eisen die gesteld worden aan een weigeringsgrond op basis waarvan aanvragen vanwege antecedenten kunnen worden afgewezen? Wij menen dat een dergelijke grond in subsidiebeleid over het algemeen niet strijdig zal zijn met het verbod van *détournement de pouvoir*. Net als met de weigeringsgronden van artikel 4:35 lid 1 Awb zal daarmee doorgaans worden beoogd de doelmatige besteding van subsidies te bevorderen en misbruik of onverhaalbaarheid van subsidiegelden tegen te gaan. Een dergelijke weigeringsgrond houdt naar ons idee voldoende verband met het doel van de subsidie.²⁰ Daarmee is echter nog niet gezegd dat de weigeringsgrond ook voldoet aan de andere door de Afdeling geformuleerde eisen, waaronder de (overigens tamelijk

²⁰ Zoals ook blijkt uit de overwegingen van de Afdeling in r.o. 6.4 van de uitspraak.

vage) eis dat een weigeringsgrond inhoudelijk redelijk moet zijn. Of dat zo is, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Een rechter zal naar ons idee waarschijnlijk niet snel tot het oordeel komen dat een weigeringsgrond waarmee een aanvrager op basis van eerdere negatieve ervaringen kan worden uitgesloten, onredelijk is. Toch zijn bij dat idee kanttekeningen te plaatsen. We nemen de hiervoor reeds aan de orde gekomen weigeringsgrond uit de ‘Tijdelijke subsidie-regeling kennisnetwerk SPV 2020-2024’ als voorbeeld. Daarin is bepaald dat de minister de subsidieverlening geheel of gedeeltelijk kan weigeren, indien er in voorgaande boekjaren ten aanzien van de subsidieverlening of subsidievestiging toepassing is gegeven aan artikel 4:48, 4:49 of 4:50 Awb. Dat betreft gevallen waarin de subsidieverlening dan wel de subsidievestiging is ingetrokken of gewijzigd. Anders dan in het geval van artikel 4:48 en 4:49 Awb, gaat het bij de intrekking van artikel 4:50 Awb (onder meer) om een intrekking of wijziging wegens omstandigheden aan de zijde van het bestuursorgaan. Zo kan de subsidieverlening worden ingetrokken wanneer die onjuist blijkt te zijn, zonder dat de subsidieontvanger dat wist of behoorde te weten, bijvoorbeeld in het geval van een rekenfout (4:50 lid 1 aanhef en onder a Awb). Met (het handelen van) de desbetreffende aanvrager van subsidie heeft een intrekking op deze grond in feite niets van doen. De weigeringsgrond die het vervolgens mogelijk maakt om een nieuwe aanvraag van deze subsidieontvanger te weigeren op basis van een eerdere intrekking op deze grond, is volgens ons dan ook niet redelijk.

Voor de goede orde wijzen wij erop dat de hiervoor besproken uitspraak van de Afdeling specifiek betrekking heeft op de toetsing van in beleidsregels neergelegde weigeringsgronden. Daar is vaak sprake van omdat subsidieregels vaak grotendeels in beleidsregels worden vervat. Waar de Afdeling blijkens deze uitspraak een ruime mogelijkheid ziet om een eigen, van artikel 4:35 Awb afwijkend, beleid te voeren ten aanzien van weigeringsgronden, geldt dat volgens ons *a fortiori* ook voor weigeringsgronden die worden neergelegd in algemeen verbindend voorschriften, zoals de hierna te bespreken jurisprudentie van de CRvB ook laat zien.

4.2 Verhouding weigeringsgronden in subsidieregelingen tot art. 4:35 Awb

Subsidieregelingen kunnen weigeringsgronden wegens antecedenten van uiteenlopend karakter bevatten. Soms zal de weigeringsgrond niet meer behelzen dan een nadere invulling van artikel 4:35 Awb. Een dergelijk weigeringsgrond zou ook als een op die bepaling betrekking hebbende beleidsregel kunnen worden vormgegeven. Dit geldt voor bepalingen die normeren bij welke antecedenten ge-gronde reden aanwezig wordt geacht om aan te nemen dat aan een van de weigeringsgronden van artikel 4:35 lid 1 onder a t/m c is voldaan. Daarnaast komen bepalingen voor die eerder als een aanvulling op de weigeringsgronden van artikel 4:35 Awb kunnen worden beschouwd. Een voorbeeld daarvan is de vaak in gemeentelijke subsidieverordeningen voorkomende bepaling die luidt dat de

verlening van een subsidie geweigerd kan worden “indien de gelden waarschijnlijk niet of in onvoldoende mate besteed zullen worden voor het doel waarvoor de subsidie beschikbaar wordt gesteld”. Die weigeringsgrond werd tezamen met de weigeringsgronden van artikel 4:35 lid 1 aanhef en onder a en b Awb gehanteerd in een zaak waarin bij eerdere subsidieverlening subsidiegelden die bedoeld waren voor zorg onder meer waren besteed aan casinobezoeken en dure cadeaus, geen (kwalitatief goede) ondersteuning of zorg was verleend en zorgverleners onvoldoende deskundig waren.²¹

Denkbaar is ook dat een bepaling die subsidieweigering wegens antecedenten mogelijk maakt, gelijkenis vertoont met artikel 4:35 Awb, maar aan die weigering minder zware eisen stelt. Een voorbeeld daarvan is een bepaling die weigering mogelijk maakt op basis van het enkele feit dat bij eerdere subsidieverlening subsidieverplichtingen niet zijn nagekomen, zonder dat - zoals artikel 4:35 Awb volgens de wetsgeschiedenis vereist - sprake hoeft te zijn van een (gegronde) vrees voor herhaling. Een andere mogelijke, van artikel 4:35 Awb afwijkende bepaling, is een weigeringsgrond die het bestuursorgaan *verplicht* tot weigering van de aanvraag. De kan-bepaling van artikel 4:35 lid 1 Awb verandert dan in een gebonden bevoegdheid. In dat geval kan het bestuursorgaan naar ons idee geen toepassing meer geven artikel 4:35 Awb door in een voorkomend geval de subsidie toch te verlenen. Daarmee zou hij immers van de eigen subsidieregeling afwijken.

Je zou je kunnen afvragen of dit soort weigeringsgronden eigenlijk wel zijn toegestaan. Hoeveel vrijheid laat het “aanvullende” karakter van artikel 4:35 Awb aan de opsteller van een subsidieregeling om daarin weigeringsgronden wegens antecedenten op te nemen?

De Centrale Raad van Beroep (hierna: ‘CRvB’) heeft zich over die vraag gebogen. Uit die jurisprudentie valt in ieder af te leiden dat bepalingen die duidelijk afwijken van artikel 4:35 Awb, toelaatbaar kunnen zijn. Het ging in die zaken over weigeringsbesluiten die gestoeld waren op een weigeringsgrond uit de inmiddels vervallen Regeling subsidies AWBZ (hierna: ‘Rsa’).²² De bepaling in kwestie luidde als volgt: “Het zorgkantoor weigert verlening van een netto persoonsgebonden budget indien [...] de verzekerde zich niet heeft gehouden aan bij de verstrekking van een eerder persoonsgebonden budget opgelegde verplichtingen”. De enkele vaststelling dat de aanvrager zich niet had gehouden aan de verplichtingen verbonden aan een eerder PGB was dus al voldoende voor een

²¹ V.zr. Rechtbank Overijssel, 11 april 2019 ECLI:NL:RBOVE:2019:1226.

²² Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 5 december 2005, nr. Z/VU-2635240, houdende regels voor subsidies ten laste van de AWBZ en intrekking van de Regeling subsidies AWBZ en Ziekenfondswet.

weigering op grond van de Rsa.²³ Bovendien gaf deze bepaling het zorgkantoor geen beleidsruimte waar de Awb dat wel doet: het zorgkantoor *moest* de aanvraag weigeren als de verzekerde zich niet had gehouden aan de verplichtingen die waren verbonden aan een eerder verstrekt PGB. PGB-aanvragers die een weigering voor de kiezen hadden gekregen op basis van deze Rsa-bepaling, stelden de verbindendheid van de bepaling ter discussie. Aangevoerd werd dat de bepaling in strijd is met artikel 4:35 Awb en daarmee onverbindend, omdat de op grond van de Awb voorgeschreven belangenafweging in de Rsa-bepaling ontbrak. De CRvB volgde dat betoog niet. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van artikel 4:35 Awb concludeert hij dat de daarin opgenomen weigeringsgronden aanvullend zijn bedoeld en dat daarvan in bijzondere (subsidie)regelingen, zoals de Rsa, mag worden afgeweken. Dat mag ook door in de concrete subsidieregeling te bepalen dat een aangevraagde subsidie *moet* worden geweigerd indien een weigeringsgrond van toepassing is.²⁴ In dat geval bestaat geen ruimte voor een belangenafweging.

4.3 Bestraffende sanctie?

Een subsidieweigering omdat de aanvrager zich bij eerdere subsidieverstrekking niet gehouden heeft aan de subsidieverplichtingen zou als (herstellende dan wel punitieve) bestuurlijke sanctie kunnen worden aangemerkt. De aanvrager krijgt immers geen subsidie als sanctie voor eerdere onregelmatigheden.²⁵ De vraag naar de kwalificatie van de sanctie is relevant omdat in het geval van een bestraffende sanctie meer waarborgen gelden dat wanneer het gaat om een herstelsanctie. De weigering om subsidie te verstrekken vanwege negatieve ervaringen met de aanvrager zal doorgaans niet als punitieve sanctie of ‘*criminal charge*’ in de zin van artikel 6 EVRM gekwalificeerd worden. Om te beoordelen of sprake is van een *criminal charge*, wordt de subsidieweigering getoetst aan de criteria die het EHRM geformuleerd heeft in het Engel-arrest.²⁶ Het gaat daarbij om de kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht, de aard van de over-

²³ Zie bijv. CRvB 24 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1010; CRvB 8 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:214 en CRvB 15 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1372.

²⁴ CRvB 11 november 2015 ECLI:NL:CRVB:2015:3956 en CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:119.

²⁵ Het betreft naar onze mening overigens geen bestuurlijke sanctie in de zin van de Awb (5:2 Awb), omdat geen sprake is van een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

²⁶ EHRM 8 juni 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0386, NJ 1978/223.

treding en de zwaarte van de op te leggen sanctie.²⁷ Bij de weigering om subsidie te verstrekken gaat het niet om een sanctie van strafrechtelijke aard, maar om een (preventieve) bestuurlijke maatregel waarmee in de regel wordt beoogd een doelmatige besteding van subsidies te bevorderen en misbruik van subsidies te voorkomen. Daarmee wordt ‘slechts’ een in het vooruitzicht gestelde aanspraak op subsidie ontnomen. Om vergelijkbare redenen wordt de tijdelijke uitsluiting van (landbouw)steun vanwege het eerder niet voldoen aan subsidieverplichtingen door het Europese hof van Justitie ook niet gekwalificeerd als *criminal charge*. Zo overwoog het Hof in het Bonda-arrest dat het doel van de uitsluiting van steunmaatregelen niet repressief van aard is, maar in essentie bestaat in de bescherming van het beheer van de middelen van de Unie. Ook achtte het Hof relevant dat de uitsluiting slechts kan worden toegepast ten aanzien van marktdeelnemers die een beroep doen op de bij een verordening ingestelde steunregeling en dat de sanctie slechts tot gevolg heeft dat de betrokken landbouwer het vooruitzicht op steun verliest.²⁸ Ook worden subsidiesanctiebesluiten met een vergelijkbaar (herstellend) doel, zoals intrekking of verlaging van subsidies door de bestuursrechter, vrijwel nooit als punitieve sanctie gekwalificeerd.²⁹ Een weigering om subsidie te verlenen met het oog op antecedenten zal door de rechter dan ook niet (snel) worden aangemerkt als punitieve sanctie.

Toch kan naar ons idee niet helemaal worden uitgesloten dat een weigering subsidie te verlenen op basis van negatieve ervaringen met de aanvrager onder omstandigheden een punitief karakter krijgt. Dat zou het geval zijn wanneer de weigering subsidie te verlenen (in een concreet geval) redelijkerwijs niet meer bedoeld kan zijn om misbruik of niet doelmatig gebruik van subsidiegelden te voorkomen. Er is dan geen sprake van een (al dan niet evenredige) herstelsanctie, maar van een sanctie met een leedtoevoegend en daarmee punitief karakter.³⁰

²⁷ De laatste twee criteria zijn niet cumulatief: het voldoen aan een van deze criteria kan in bepaalde gevallen reeds tot de conclusie leiden dat van een *criminal charge* sprake is. Daarnaast is het mogelijk dat het tweede en derde criterium in samenhang bezien een dergelijke conclusie rechtvaardigen, zie o.m. EHRM 25 augustus 1987, NJ 1988/938, m.nt. E.A. Alkema.

²⁸ HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319 (*Bonda*). Zie ook: CBb 27 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:459; CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:183.

²⁹ Zie onder meer ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden; ABRvS 31 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8639; ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1847.

³⁰ Vgl. ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187, AB 2010/307, m.nt. Tollenaar & Vermeer; ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251.

5. Wet Bibob

Zoals blijkt uit het voorgaande biedt artikel 4:35 Awb een basis voor subsidieweigering vanwege negatieve ervaringen met de aanvrager, terwijl uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat er daarnaast tamelijk veel ruimte bestaat om in een subsidieregeling een (van dat artikel afwijkende) weigeringsgrond op te nemen. Een derde mogelijke grondslag voor een weigering op grond van antecedenten die we hier niet onbesproken willen laten kan ontleend worden aan de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob). Op grond van artikel 6 Wet Bibob kan een subsidie aan een rechtspersoon of aan een natuurlijke persoon worden geweigerd in het geval van en onder de voorwaarden bedoeld in artikel 3 van die wet. Net als bij artikel 4:35 Awb gaat het om een preventieve weigeringsbevoegdheid, maar nu met als (primaire) doel het beschermen van de bestuurlijke integriteit en het voorkomen dat met de subsidie criminele activiteiten worden gefaciliteerd. Een bestuursorgaan kan weigeren subsidie te verstrekken wanneer sprake is van ernstig gevaar dat de subsidie wordt misbruikt voor het benutten van crimineel vermogen of het plegen van strafbare feiten. Deze bevoegdheid zou bijvoorbeeld kunnen worden gebruikt in een situatie waarin de aanvrager van subsidie die (gesubsidieerde) activiteiten al eerder heeft verricht en er feiten en omstandigheden zijn die erop wijzen dat de aanvrager daarbij strafbare feiten heeft gepleegd. Voorheen kon de weigeringsgrond van artikel 6 Wet Bibob enkel worden toegepast als dat in de betreffende subsidieregeling was bepaald. Dat is veranderd met de inwerking-treding van de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob in 2013.³¹ Sindsdien vallen alle subsidies³² onder de werking van de Wet Bibob en is het niet (meer) nodig om een bepaling over de toepassing van de Wet Bibob op te nemen in afzonderlijke subsidieregelingen. De weigeringsgrond van artikel 6 Wet Bibob kan dus rechtstreeks worden toegepast.

Gelet op het karakter van deze weigeringsgrond zal die maar in een beperkt aantal gevallen kunnen worden toegepast. Toch doet de subsidieverstrekker er naar ons idee goed aan om deze weigeringsgrond goed op het netvlies te houden. Antecedenten die betrekking hebben op de persoon van de aanvrager zullen gemakkelijker tot een rechtens houdbare weigering kunnen leiden op grond van een Bibob-advies dan op grond van de eigen inschatting van het bestuursorgaan in verband met de beoogde toepassing van artikel 4:35 Awb. Wanneer bijvoor-

³¹ Wet van 28 maart 2013 tot wijziging van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur naar aanleiding van de evaluatie van die wet, alsmede uitbreiding van de reikwijdte ervan en wijziging van enige andere wetten (Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob).

³² Onder subsidie wordt op grond van artikel 2 wet Bibob mede verstaan de bekostiging van onderwijs en onderzoek.

beeld een vermoeden bestaat dat een aanvrager bij eerdere subsidieverstrekking strafbare feiten heeft gepleegd (denk bijvoorbeeld aan valsheid in geschrifte), dan kan het dus verstandig zijn het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur om een advies te vragen en afhankelijk van de uitkomst daarvan de weigering subsidie te verlenen niet (enkel) te baseren op artikel 4:35 Awb of een in een subsidieregeling neergelegde weigeringsgrond, maar (ook) op artikel 6 Wet Bibob.

6. Slot

Al met al heeft een subsidieverstrekker zeker instrumenten om zich te wapenen tegen subsidieaanvragen van partijen waarmee hij in het verleden negatieve ervaringen heeft opgedaan. Zowel de Awb als de Wet Bibob bieden daarvoor een wettelijke grondslag. Daarnaast kunnen in een subsidieregeling of -beleid weigeringsgronden worden opgenomen waarmee zulke aanvragers kunnen worden geweerd. De subsidieverstrekker doet er naar ons idee goed aan om bij vormgeving van zo'n weigeringsgrond in de subsidieregeling zorgvuldig acht te slaan op de daarvoor geldende randvoorwaarden en de toetsing aan die voorwaarden in de rechtspraak.