

Gst. 2014/89: De door burgemeester en wethouders aan Novadic-Kentron gestelde subsidieverplichting dat zij geen salarissen mag hanteren die hoger l...

Instantie: Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State Datum: 25 juni 2014

Magistraten: Mrs. Th.G. Drupsteen, A. Hammerstein en N. Verheij Zaaknr: 201311157/1/A2

Conclusie: -

Noot: R. Benhadi en T.E.P.A. Lam^[1] Roepnaam: -

Brondocumenten: ECLI:NL:RVS:2014:2348, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 25-06-2014

Wetgang: Art. 4:38 en 4:39 Awb

Brondocument: ABRvS, 25-06-2014, nr. 201311157/1/A2

Essentie

De door burgemeester en wethouders aan Novadic-Kentron gestelde subsidieverplichting dat zij geen salarissen mag hanteren die hoger liggen dan de Balkenendenorm is in strijd met artikel 4:38 en 4:39 van de Awb.

Samenvatting

De verplichting met betrekking tot de maximale beloning van medewerkers van Novadic-Kentron is niet, als afzonderlijke verplichting, eerst bij het besluit van 15 november 2011 opgelegd, maar vloeit rechtstreeks voort uit artikel 16, tweede lid, van de ASV. Aan dit algemeen verbindende voorschrift kan verbindende kracht worden ontzegd, indien het in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel indien het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. Het geschil spitst zich toe op de vraag of deze strijd zich voordoet. De rechtbank heeft terecht het college niet gevolgd in zijn standpunt dat artikel 16, tweede lid, van de ASV is bedoeld om de doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. Het doel van die bepaling is gelegen in het normeren van de inkomens van medewerkers van instellingen

die van gemeentewege worden gesubsidieerd. Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de verplichting niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek, zodat de verplichting geen doelgebonden verplichting is als bedoeld in artikel 4:38, eerste lid, van de Awb. De rechtbank heeft terecht overwogen dat weliswaar de gesubsidieerde activiteit wordt verricht met behulp van medewerkers, maar dat de in artikel 16, tweede lid, van de ASV vervatte verplichting geen betrekking heeft op deze medewerkers, maar op hun inkomens. Daarmee is het verband tussen de verplichting en de gesubsidieerde activiteit te ver verwijderd om als een geoorloofde oneigenlijke verplichting in de zin van artikel 4:39, tweede lid, van de Awb te kunnen worden aangemerkt. Gelet op het vorenstaande is artikel 16, tweede lid, van de ASV in strijd met de artikelen 4:38, eerste lid, en 4:39 van de Awb en daarom onverbindend.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van:

het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven, appelland,

tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 1 november 2013 in zaak nrs. 12/261 en 12/1324 in het geding tussen:

de stichting Stichting Novadic-Kentron, gevestigd te Vught,

en

het college.

Uitspraak

Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 7 juli 2011 heeft het college de door Novadic-Kentron aangevraagde subsidie voor beleidsgestuurde contractfinanciering (hierna: BCF) en medische heroïnebehandeling voor de jaren 2010 en 2011 gedeeltelijk geweigerd.

Bij besluit van 23 november 2011 heeft het college het door Novadic-Kentron daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluit van 15 november 2011, verzonden op 22 december 2011, heeft het college de door Novadic-Kentron aangevraagde subsidie voor BCF en collectieve preventie voor het jaar 2012 gedeeltelijk geweigerd.

Bij besluit van 29 maart 2012 heeft het college het door Novadic-Kentron daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij tussenuitspraak van 9 april 2013 heeft de rechtbank het college opgedragen om binnen acht weken na verzending van de uitspraak het geconstateerde zorgvuldigheidsgebrek te herstellen en iedere

verdere beslissing aangehouden. Nadien heeft de rechtbank deze termijn verlengd tot en met 10 juli 2013.

Bij besluit van 2 juli 2013 heeft het college de subsidieverlening aan Novadic-Kentron voor de jaren 2010 tot en met 2012 gewijzigd.

Bij uitspraak van 1 november 2013 heeft de rechtbank de door Novadic-Kentron ingestelde beroepen tegen de besluiten van 23 november 2011 en 29 maart 2012 gegrond verklaard, die besluiten, zoals gewijzigd bij besluit van 2 juli 2013, vernietigd, bepaald dat de rechtsgevolgen daarvan in stand blijven, met uitzondering van de ongegrondverklaring van het bezwaar tegen de bij besluit van 22 december 2011 (lees: 15 november 2011) opgelegde verplichting met betrekking tot de maximale beloning van medewerkers van Novadic-Kentron, en het besluit van 22 december 2011 (lees: 15 november 2011), voor zover dat betrekking heeft op deze verplichting, herroepen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft het college hoger beroep ingesteld. Novadic-Kentron heeft een verweerschrift ingediend.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 4:38, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), kan het bestuursorgaan, behalve de in artikel 4:37, eerste lid, vermelde verplichtingen, de subsidieontvanger ook andere verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.
Ingevolge het tweede lid worden indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust, de verplichtingen opgelegd bij wettelijk voorschrift of krachtens wettelijk voorschrift bij de subsidieverlening.
Ingevolge het derde lid kunnen indien de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust, de verplichtingen worden opgelegd bij de subsidieverlening.
Ingevolge artikel 4:39, eerste lid, kunnen verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie slechts aan de subsidie worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.
Ingevolge het tweede lid kunnen verplichtingen als bedoeld in het eerste lid slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.
Ingevolge artikel 6, eerste lid, van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (hierna: de Wopt), zoals die wet gold tot 1 januari 2013, vermeldt de verantwoordelijke in het financieel verslagleggingsdocument het belastbare loon, de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn, de functie of functies en de duur van het dienstverband in dat jaar van eenieder van wie de som van het belastbare loon en de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn van zijn functie of functies het gemiddelde belastbare loon van Onze Ministers te boven is gegaan.
Ingevolge artikel 16, eerste lid, van de Algemene subsidieverordening gemeente Eindhoven (hierna: de Asv) kan het college bij de subsidieverlening de subsidieontvanger ook andere verplichtingen tot verwezenlijking van het doel van de subsidie opleggen dan die bedoeld in artikel 4:37 van de Awb.
Ingevolge het tweede lid, zoals die bepaling luidde ten tijde hier van belang, bedraagt de beloning van medewerkers van een gesubsidieerde instelling, inclusief directie en externe inhuur, per kalenderjaar ten hoogste het Wopt-normbedrag, zoals bedoeld in artikel 6 van de Wopt. Bij

overschrijding van deze norm wordt het in de verleningsbeschikking genoemde bedrag bij de subsidievaststelling verminderd. De vermindering is bij de eerste keer gelijk aan het bedrag van de overschrijding van de geldende inkomensgrens in het kalenderjaar waarop de verleningsbeschikking betrekking heeft. Bij de tweede keer wordt dit bedrag verhoogd met een percentage van 50%.

2. In hoger beroep is nog in geschil de door het college voor het jaar 2012 opgelegde verplichting met betrekking tot de maximale beloning van medewerkers van Novadic-Kentron.
3. Novadic-Kentron is een instelling voor verslavingszorg. Deze zorg wordt bekostigd uit verschillende financieringsbronnen. Zij ontvangt onder meer inkomsten van gemeenten voor verslavingsbeleid als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder f, van de Wet maatschappelijke ondersteuning.
4. Op 29 september 2011 heeft Novadic-Kentron subsidie aangevraagd voor BCF en collectieve preventie voor het jaar 2012.

Bij besluit van 15 november 2011 heeft het college subsidie verleend van maximaal € 2.051.571,00 voor BCF en € 62.715,02 voor collectieve preventie voor het jaar 2012. In het besluit is vermeld dat aan de verlening van de subsidie de verplichtingen zijn verbonden van hoofdstuk 5 van de Asv. In dat hoofdstuk is artikel 16, tweede lid, van de Asv opgenomen, waarin onder meer is bepaald dat de beloning van medewerkers van een gesubsidieerde instelling ten hoogste het Wopt-normbedrag mag bedragen.

5. De rechtbank heeft zelf in de zaak voorzien door het besluit van 15 november 2011, voor zover dat betrekking heeft op de verplichting met betrekking tot de maximale beloning, te herroepen. Zij heeft daartoe overwogen dat deze verplichting geen doelverplichting is als bedoeld in artikel 4:38 van de Awb en dat de verplichting in strijd is met artikel 4:39 van de Awb, zodat het college deze verplichting niet aan Novadic-Kentron heeft mogen opleggen.
6. Het college betoogt dat de rechtbank ten onrechte tot dit oordeel is gekomen. Het college voert daartoe in de eerste plaats aan dat de verplichting, neergelegd in artikel 16, tweede lid, van de Asv, een doelgebonden verplichting is als bedoeld in artikel 4:38 van de Awb. Volgens het college is die verplichting opgesteld uit een oogpunt van een doelmatige besteding van subsidiegeld, zoals ook uit de toelichting bij artikel 16, tweede lid, van de Asv blijkt. Door te stimuleren dat salarissen en uurtarieven van de medewerkers van de gesubsidieerde instelling niet buitensporig hoog zijn, wordt bevorderd dat de instelling de ontvangen subsidiegelden zal inzetten voor het bieden van verslavingszorg. De verplichting strekt volgens het college aldus tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Uit de tekst noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wopt blijkt dat de wetgever dit onderwerp uitputtend heeft willen regelen. Artikel 4:38 van de Awb laat de gemeente de ruimte om eigen verplichtingen aan subsidieverlening te verbinden. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat de sanctie van 50% die in artikel 16, tweede lid, van de Asv wordt gesteld op de overtreding van de Wopt-norm, verder gaat dan nodig is met het oog op een doelmatige besteding van subsidiegelden. Zij gaat eraan voorbij dat pas bij een tweede overschrijding van de Wopt-norm het bedrag wordt verhoogd met 50% en dat het college ingevolge artikel 22 van de Asv in bijzondere gevallen kan afwijken van het bepaalde in artikel 16, tweede lid, van de Asv.

Het college voert in de tweede plaats aan dat ingeval de verplichting geen doelgebonden verplichting als bedoeld in artikel 4:38 van de Awb betreft, de verplichting voldoet aan artikel 4:39 van de Awb. Volgens het college heeft de verplichting betrekking op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. Uit de geschiedenis van de

totstandkoming van artikel 4:39 van de Awb blijkt dat dit vereiste aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting wel enig verband moet houden met de gesubsidieerde activiteit. In dit geval is daaraan voldaan, nu artikel 16, tweede lid, van de Asv ertoe strekt om geen onnodig dure middelen in te zetten bij het verrichten van de gesubsidieerde activiteit. Dat is geen misbruik van bevoegdheid en derhalve is voldaan aan artikel 4:39, tweede lid, van de Awb, aldus het college.

7. De verplichting met betrekking tot de maximale beloning van medewerkers van Novadic-Kentron is niet, als afzonderlijke verplichting, eerst bij het besluit van 15 november 2011 opgelegd, maar vloeit rechtstreeks voort uit artikel 16, tweede lid, van de Asv. Aan dit algemeen verbindende voorschrift kan verbindende kracht worden ontzegd, indien het in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel indien het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. Het geschil spitst zich toe op de vraag of deze strijd zich voordoet.

- 7.1. Ingevolge artikel 4:38, eerste lid, 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 gelegen in het bieden van verslavingszorg. De rechtbank heeft terecht het college niet gevolgd in zijn standpunt dat artikel 16, tweede lid, van de Asv is bedoeld om de doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. Het doel van die bepaling is gelegen in het normeren van de inkomens van medewerkers van instellingen die van gemeentewege worden gesubsidieerd. Daarbij heeft de rechtbank betekenis mogen hechten aan de toelichting op artikel 16 van de Asv, waaruit blijkt dat het tweede lid is opgenomen om te voorkomen dat binnen door de gemeente gesubsidieerde instellingen topsalarissen worden betaald. De rechtbank heeft daaraan terecht toegevoegd dat de sanctie van 50%, vermeld in de laatste volzin van artikel 16, tweede lid, van de Asv, verder gaat dan nodig is om een doelmatige besteding van subsidiegelden te waarborgen. Het college had dit ook kunnen bereiken door minder vergaande verplichtingen te verbinden aan de subsidieverlening, bijvoorbeeld door te bepalen dat salariskosten boven de Wopt-norm niet subsidiabel zijn of dat deze kosten niet mogen worden meegerekend bij de berekening van de tarieven. Dat die sanctie pas wordt opgelegd bij een tweede overschrijding van de Wopt-norm en dat het college ingevolge artikel 22 van de Asv in bijzondere gevallen van artikel 16 van de Asv kan afwijken, maakt dit niet anders. Reeds de door de gemeenteraad gemaakte keuze om gevolgen te verbinden aan een overschrijding van de Wopt-norm, ook als zou kunnen worden aangetoond dat een topsalaris uit een andere bron dan de door het college verstrekte subsidie zou worden betaald omdat in artikel 16, tweede lid, van de Asv geen onderscheid wordt gemaakt naar financieringsbron, wijst erop dat het doel van de verplichting is gelegen in het voorkomen van topsalarissen in plaats van in een doelmatige besteding van subsidiegelden.

Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de verplichting niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek, zodat de verplichting geen doelgebonden verplichting is als bedoeld in artikel 4:38, eerste lid, van de Awb.

- 7.2. Vervolgens is aan de orde of de verplichting een zogenoemde niet-doelgebonden of oneigenlijke verplichting is als bedoeld in artikel 4:39 van de Awb. Ingevolge het tweede lid kan een dergelijke verplichting slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling ([Kamerstukken 1993/94, 23 700, nr. 3](#), blz. 66) blijkt dat met het opleggen van oneigenlijke subsidieverplichtingen terughoudendheid dient

te worden betracht. Daarin is vermeld dat ook verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie wel enig verband dienen te houden met de gesubsidieerde activiteit en dat dit tot uitdrukking is gebracht door te bepalen dat de verplichtingen slechts betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. De rechtbank heeft terecht overwogen dat weliswaar de gesubsidieerde activiteit wordt verricht met behulp van medewerkers, maar dat de in artikel 16, tweede lid, van de Asv vervatte verplichting geen betrekking heeft op deze medewerkers, maar op hun inkomens. Daarmee is het verband tussen de verplichting en de gesubsidieerde activiteit te ver verwijderd om als een geoorloofde oneigenlijke verplichting in de zin van artikel 4:39, tweede lid, van de Awb te kunnen worden aangemerkt.

7.3. Gelet op het vorenstaande is artikel 16, tweede lid, van de Asv in strijd met de artikelen 4:38, eerste lid, en 4:39 van de Awb en daarom onverbindend. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat het college de verplichting met betrekking tot de maximale beloning van medewerkers van Novadic-Kentron niet heeft mogen opleggen.

Het betoog faalt.

8. Het hoger beroep is ongegrond. De uitspraak van de rechtbank dient te worden bevestigd, voor zover aangevallen.

9. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. bevestigt de uitspraak van de rechtbank, voor zover aangevallen;
- II. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven tot vergoeding van bij de stichting Stichting Novadic-Kentron in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 974,00 (zegge: negenhonderdvierenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- III. bepaalt dat van het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven een griffierecht van € 478,00 (zegge: vierhonderdachtenzeventig euro) wordt geheven.

Noot

Auteur: R. Benhadi en T.E.P.A. Lam¹

Naschrift

1. Topinkomens in de (semi)publieke sector (en overigens ook daarbuiten) zijn al geruime tijd onderwerp van een maatschappelijke discussie. Deze discussie spitst zich niet alleen toe op grote landelijk opererende instellingen, maar heeft ook steeds vaker betrekking op kleinere lokaal of regionaal opererende instellingen. Veel gemeenten worstelen, onder druk van de maatschappelijke opinie en/of beperkte financiële mogelijkheden met de vraag of en zo ja, op welke wijze, zij beperkingen kunnen stellen aan (buitensporige) beloningen bij instellingen die zij subsidiëren. De hierboven opgenomen principiële uitspraak biedt enkele belangrijke handvatten voor het

beantwoorden van de vraag of subsidieverstrekking, in dit geval burgemeester en wethouders van de gemeente Eindhoven, aan een beschikking tot subsidieverlening de verplichting mogen verbinden dat de gesubsidieerde instelling geen topsalarissen hanteert die hoger liggen dan de Balkenendenorm (zie artikel 2.3 Wet normering topinkomens). De Afdeling oordeelt dat deze subsidieverplichting niet gesteld had mogen worden.

2. Aan de uitspraak in eerste aanleg (Rechtbank Oost-Brabant 9 april 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6635) ontleen wij de volgende relevante feiten. Stichting Novadic-Kentron (hierna: 'Novadic-Kentron') is een zorginstelling die zich heeft toegelegd op het leveren van verslavingszorg. Deze zorg wordt bekostigd uit verschillende financieringsbronnen. Naast financiering via de Zorgverzekeringswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en het Ministerie van Veiligheid en Justitie, ontvangt Novadic-Kentron ook inkomsten van gemeenten die betalen voor de door de stichting verleende maatschappelijke diensten. Deze inkomsten, tussen partijen is dat (kennelijk) ook niet in geschil, kwalificeren als subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb. De verstrekte subsidie is bestemd voor maatschappelijke zorg gericht op verslaafden, niet zijnde die zorg die door de Zorgverzekeringswet, AWBZ of het Ministerie van Veiligheid en Justitie wordt vergoed.
3. Voor het subsidiejaar 2012 hebben burgemeester en wethouders subsidie verleend aan Novadic-Kentron. Aan deze subsidieverlening is de verplichting verbonden dat de beloning van medewerkers (inclusief directie en externe inhuur) per kalenderjaar de Balkenendenorm niet mag overschrijden. Deze subsidieverplichting vloeit voort uit artikel 16 lid 2 van de (gemeentelijke) Algemene Subsidieverordening (hierna: 'ASV'). In artikel 16 lid 2 van de ASV is tevens een sanctie gesteld op overschrijding van de Balkenendenorm. Bij een eerste overschrijding wordt het in de subsidieverleningsbeschikking genoemde subsidiebedrag verminderd met het bedrag van de overschrijding van de geldende inkomensgrens in het kalenderjaar waarop de subsidieverlening betrekking heeft. Bij een tweede overschrijding, wordt dit bedrag verhoogd met 50%. Novadic-Kentron kan zich niet verenigen met de aan de subsidie verbonden verplichting. Bij de rechtbank wordt zij in het gelijk gesteld. De rechtbank overweegt – samengevat – dat de door burgemeester en wethouders opgelegde verplichting, geen doelverplichting is als bedoeld in artikel 4:38 Awb en dat de verplichting tevens in strijd is met artikel 4:39 lid 1 Awb. Burgemeester en wethouders kunnen zich niet verenigen met de uitspraak van de rechtbank. In hoger beroep draait het om de vraag in hoeverre de door burgemeester en wethouders opgelegde verplichting, juridisch houdbaar is. Alvorens hierop in te gaan, schetsen wij kort het relevante juridische kader.
4. Artikel 4:37 lid 1 Awb bevat een standaardset voorschriften die aan de subsidieverstrekking kunnen worden verbonden. Deze voorschriften hebben onder meer betrekking op de aard en omvang van de te subsidiëren activiteiten, de administratie van uitgaven en inkomsten en het stellen van zekerheid voor verleende voorschotten. De in artikel 4:37 lid 1 Awb opgenomen verplichtingen, betreffen verplichtingen die vaak voorkomen en die voor een doelmatige subsidieverstrekking van groot belang zijn. Deze lijst met verplichtingen is niet limitatief. Artikel 4:38 lid 1 Awb bepaalt namelijk dat aan een subsidieontvanger ook andere verplichtingen opgelegd kunnen worden, mits deze verplichtingen strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie (ook wel doelgebonden verplichtingen genoemd). Naar hun inhoud kunnen doelgebonden verplichtingen sterk variëren. Zij kunnen rechtstreeks betrekking hebben op de gesubsidieerde activiteiten (bijvoorbeeld het stellen van

opleidingseisen aan het personeel dat de gesubsidieerde activiteiten moet uitvoeren), maar zij kunnen ook een afgeleid en ondersteunend karakter hebben (bijvoorbeeld de wijze waarop de subsidieontvanger de administratie moet voeren). Voor doelgebonden verplichtingen geldt als uitgangspunt dat zij alleen opgelegd kunnen worden indien zij redelijkerwijs noodzakelijk en geschikt zijn om het met de subsidie nagestreefde doel te bereiken (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3*, p. 65). Berust de subsidie op een wettelijk voorschrift (bijvoorbeeld de gemeentelijke subsidieverordening), dan worden de doelgebonden verplichtingen opgelegd bij wettelijk voorschrift of krachtens wettelijk voorschrift bij de subsidieverlening (art. 4:38 lid 2 Awb). In het laatste geval is er sprake van delegatie. Bepaalt het wettelijk voorschrift niets over doelgebonden verplichtingen, dan kunnen uitsluitend de in artikel 4:37 lid 1 Awb genoemde verplichtingen worden opgelegd (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3*, p. 65). Naast de doelgebonden verplichtingen, kunnen ook oneigenlijke subsidieverplichtingen (ook wel aangeduid als niet-doelgebonden subsidieverplichtingen) aan de subsidieontvanger worden opgelegd. Zij worden oneigenlijk genoemd, omdat zij zijn gericht op een ander doel dan de doelstellingen die blijkens de subsidieregeling met subsidieverstrekking worden nagestreefd en dus op gespannen voet staan met het verbod van détournement de pouvoir (zie tevens de annotatie van W. den Ouden onder Rechtbank Rotterdam, 1 juni 2011, AB 2011/182). Artikel 4:39 lid 1 Awb bevat de wettelijke grondslag voor oneigenlijke subsidieverplichtingen. In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld van een oneigenlijke subsidieverplichting genoemd het in het kader van een werkervaringsproject beschikbaar stellen van een stageplaats. In de memorie van toelichting waarschuwt de wetgever dat met het opleggen van niet-doelgebonden verplichtingen terughoudendheid dient te worden betracht. De wetgever vindt het niet wenselijk dat door middel van aan een subsidie verbonden verplichtingen beleidsdoelstellingen worden nagestreefd die, hoe belangrijk op zichzelf ook, geen verband houden met de doelstelling van de subsidieregeling zelf. Gelet hierop zijn er procedurele en inhoudelijke beperkingen gesteld aan oneigenlijke subsidieverplichtingen. Uit het eerste lid van artikel 4:39 Awb volgt dat oneigenlijke verplichtingen alleen mogen worden opgelegd als een wettelijk voorschrift daartoe een specifieke grondslag biedt. In het tweede lid is bepaald dat deze verplichtingen uitsluitend betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt uitgevoerd. Er moet dus een relatie kunnen worden gelegd tussen de subsidieverplichting en de gesubsidieerde activiteiten (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3*, p. 66). Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat er wel een noodzaak moet bestaan om een oneigenlijke subsidieverplichting op te leggen. Het ligt naar ons oordeel op de weg van de subsidieverstrekker om deze noodzaak aannemelijk te maken.

5. In de hierboven opgenomen uitspraak is de vraag aan de orde of de door burgemeester en wethouders gestelde verplichting met betrekking tot de te hanteren topsalarissen kwalificeert als doelgebonden verplichting (als bedoeld in artikel 4:38 Awb) of als geoorloofde oneigenlijke verplichting (als bedoeld in artikel 4:39 Awb). De Afdeling beantwoordt beide vragen ontkennend. In de eerste plaats toetst de Afdeling aan artikel 4:38 Awb. In dat verband gaat de Afdeling na wat het doel is van de verleende subsidie. Zij overweegt dat dat doel gelegen is in het bieden van verslavingszorg. Burgemeester en wethouders stelden

zich op het standpunt dat met de opgelegde verplichting een doelmatige besteding van subsidiegelden wordt beoogd. Door te stimuleren dat salarissen en uurtarieven van de medewerkers van de gesubsidieerde instelling niet buitensporig zijn, wordt bevorderd dat de instelling de ontvangen subsidiegelden zal inzetten voor het bieden van verslavingszorg. De Afdeling gaat hier niet in mee. De Afdeling overweegt dat het doel van de opgelegde subsidieverplichting is gelegen in het normeren van de inkomens van instellingen die van gemeentewege worden gesubsidieerd. De Afdeling kent hierbij gewicht toe aan de expliciete mededeling in de gemeentelijke subsidieverordening dat met de in artikel 16 lid 2 van de ASV vastgelegde verplichting, wordt beoogd te voorkomen dat binnen de instellingen die van gemeentewege worden gesubsidieerd topsalarissen worden betaald. Gelet hierop, zo vervolgt de Afdeling, kan niet gesteld worden dat met de opgelegde subsidieverplichting wordt beoogd een doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. Tegen de achtergrond van de toelichting bij de subsidieverordening, is het oordeel van de Afdeling niet onlogisch. Voorts wordt meegewogen dat de strafkorting van de subsidieverordening verder gaat dan nodig is om een doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. Als dat de doelstelling was geweest had men kunnen volstaan met de bepaling dat salariskosten boven de Balkenendenorm niet subsidiabel zijn. Hoewel de Afdeling dat niet met zoveel woorden zegt, kunnen aan een subsidieontvanger, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, alleen verplichtingen worden opgelegd die “redelijkerwijs noodzakelijk en geschikt” zijn om het met de subsidie nagestreefde doel te bereiken ([Kamerstukken II 1993/94, 23700, p. 65](#)). Het feit dat er minder vergaande verplichtingen gesteld kunnen worden, is een aanwijzing dat de opgelegde verplichting ontoelaatbaar is. De conclusie van de Afdeling is dat de door burgemeester en wethouders opgelegde verplichting niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar een ander doel heeft, namelijk het bedrijven van inkomenspolitiek. Er is derhalve geen sprake van een doelgebonden verplichting als bedoeld in artikel 4:38 lid 1 Awb. Met deze vaststelling is de kous nog niet af.

6. Vervolgens gaat de Afdeling na of de door burgemeester en wethouders opgelegde verplichting kwalificeert als oneigenlijke subsidieverplichting. Een dergelijke verplichting kan slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht (artikel 4:39 lid 2 Awb). Voor zover ons bekend, is er, naast de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg, slechts één eerdere uitspraak over de reikwijdte van artikel 4:39 lid 2 Awb. De Rechtbank Rotterdam heeft in een uitspraak van 1 juni 2011 (Rechtbank Rotterdam 1 juni 2011, AB 2011/182) overwogen dat burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam de Stichting Riagg Rotterdam – kort gezegd – niet mochten verplichten om de meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling te ondertekenen. De rechtbank overwoog in die uitspraak dat “het verband tussen de wijze waarop eiseres de preventieactiviteiten uitvoert waarvoor zij subsidie heeft aangevraagd en de ondertekening van de Meldcode en het SISA nagenoeg niet aanwezig” is. De door burgemeester en wethouders opgelegde verplichting achtte de rechtbank in strijd met artikel 4:39 lid 2 Awb. De Afdeling hanteert in de hierboven opgenomen uitspraak eenzelfde soort benadering.
7. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis ([Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 66](#)) overweegt de Afdeling in de hierboven afgedrukte uitspraak eerst dat met het

opleggen van oneigenlijke subsidieverplichtingen terughoudendheid dient te worden betracht. Verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie moeten enig verband houden met de gesubsidieerde activiteit. Dit is ook tot uitdrukking gebracht in het tweede lid van artikel 4:39 Awb waarin expliciet is bepaald dat verplichtingen slechts betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. De Afdeling overweegt vervolgens dat de gesubsidieerde activiteit wordt verricht met behulp van medewerkers, maar dat de in artikel 16 lid 2 van de ASV vastgelegde verplichting geen betrekking heeft op de medewerkers, maar op hun inkomens. Daarmee is het verband tussen de opgelegde verplichting en de gesubsidieerde activiteit te ver verwijderd om als een geoorloofde oneigenlijke verplichting als bedoeld in artikel 4:39 lid 2 Awb te kwalificeren. Hoewel de Afdeling daar niet op ingaat, biedt de parlementaire geschiedenis nog een ander aanknopingspunt voor het oordeel dat de door burgemeester en wethouders aan de subsidie verbonden verplichting niet door de beugel kan. Uit de memorie van toelichting bij artikel 4:39 Awb lijkt te volgen dat aan de subsidieverlening geen verplichtingen kunnen worden verbonden die betrekking hebben op de arbeidsvoorwaarden die een gesubsidieerde werkgever jegens zijn werknemers hanteert (*Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 67).

8. Naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant, maar vóór de uitspraak van de Afdeling, heeft de gemeente Eindhoven de ASV gewijzigd. Artikel 16 lid 2 van de ASV bepaalt – kort gezegd – nog steeds dat bij overschrijding van de Balkenendenorm, het in de verleningsbeschikking genoemde bedrag bij de subsidievaststelling wordt verminderd met het bedrag van de overschrijding. De strafkorting van 50% is overigens wel vervallen. In de toelichting bij de aangepaste subsidieverordening wordt expliciet opgemerkt dat de in artikel 16 lid 2 van de ASV opgenomen regeling – kort gezegd – ertoe strekt om een doelmatige besteding van subsidiegelden te bewerkstelligen. In de aangepaste toelichting wordt het volgende opgemerkt:

“De bedoeling van dit voorschrift is om te voorkomen dat er met de ontvangen subsidiegelden hogere salarissen worden uitbetaald dan in de publieke sectormaatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht. Uitbetaling van te hoge salarissen vinden wij geen doelmatige besteding van de verleende subsidie. Door beperking van de beloning zal er van de verleende subsidie een relatief groter deel overblijven ter besteding aan het doel waarvoor de subsidie werd verleend. Het voorschrift dient dus tot een doelmatige besteding van de subsidiegelden. Het artikel is een doelgebonden voorschrift (art. 4: 38, eerste lid Awb).”

Naar onze verwachting zal ook het aangepaste artikel 16 lid 2 van de ASV de rechterlijke toets niet kunnen doorstaan. Ook uit de gewijzigde formulering blijkt dat door middel van de subsidieverplichting inkomenspolitiek wordt bedreven. Het feit dat in artikel 16 lid 2 van de ASV nog steeds geen onderscheid wordt gemaakt naar financieringsbron, wijst erop dat het doel van de subsidieverplichting is gelegen in het voorkomen van topsalarissen in plaats van een doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen (zie r.o. 7.1 van de hierboven opgenomen uitspraak). Bovendien blijft het bezwaar van de Afdeling dat een doelmatige besteding van subsidies op een andere minder verstrekkende wijze kan worden bereikt, staan.

9. De uitspraak in eerste aanleg was ook voor de VNG aanleiding om zich te beraden over een oplossing voor haar leden. Naar aanleiding van de uitspraak in eerste aanleg heeft de VNG een

modelregeling ter regulering van topinkomens bij door gemeenten gesubsidieerde instellingen uitgewerkt (zie de brief van VNG van 27 september 2013, kenmerk ECGR/U201301236, p. 7). De kern van deze regeling is om de salariskosten niet of maar gedeeltelijk te betrekken bij de berekening van de subsidiabele kosten (artikel 5 van de modelsubsidieregeling). Hoewel de modelsubsidieregeling de exacte formulering van de subsidieverplichting overlaat aan de gemeenten, mag uit de hiervoor opgenomen uitspraak worden afgeleid dat de door de VNG voorgestelde systematiek waarbij salariskosten die boven de Balkenendenorm uitstijgen niet voor subsidiëring in aanmerking komen, in beginsel aanvaardbaar is.

10. De hierboven opgenomen uitspraak en de (aangepaste) VNG-modelverordening zal niet tot gevolg hebben dat gemeenten hun zoektocht staken naar middelen om de topsalarissen die de door hen gesubsidieerde instellingen hanteren, aan banden te leggen. Wij weten dat enkele gemeenten op dit moment onderzoeken of en zo ja, op welke wijze, zij de door hen gesubsidieerde instellingen kunnen verplichten om lagere salarissen te hanteren dan op grond van de Wet normering topinkomens is toegestaan. Gelet op de hiervoor opgenomen uitspraak kan de conclusie getrokken worden dat er geen ruimte is voor een gemeente om, via de band van het subsidierecht, inkomenspolitiek te bedrijven door eisen te stellen aan de hoogte van de te betalen salarissen. Indirect kunnen de gemeenten wel trachten invloed uit te oefenen op de hoogte van de salarissen door in hun subsidieverordening vast te leggen dat salariskosten niet of slechts gedeeltelijk (bijvoorbeeld door het stellen van maxima) voor subsidiëring in aanmerking komen.

Voetnoten

- [1.] Rachid Benhadi en Tycho Lam zijn beiden advocaat bij Hekkelman Advocaten N.V.