



De positie van derden in subsidieverhoudingen

Een onderzoek naar juridische mogelijkheden als derden via het Nederlands Filmfonds naleving verzoeken van subsidieverplichtingen die hun positie beschermen

Mw. Dr. M.M. Komen*

Amsterdam, najaar 2018 - laatste update 15 november 2018

*Met dank aan professor mr. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt (UvA, Raad van State) en professor dr. R.C.P. Haentjens (UvA). Mieke Komen is sociaalwetenschappelijk onderzoeker en juriste. Ze is gespecialiseerd op het gebied van sociale ongelijkheid en vergroting van effectiviteit van beleid voor alle burgers. In 1999 is ze gepromoveerd tot doctor aan de Universiteit van Amsterdam. Email: miekekomen@yahoo.com.

Samenvatting

Doel van het onderhavige onderzoek is inzicht geven in de positie van derden op het gebied van het subsidierecht, als derden bij een bestuursorgaan naleving verzoeken van subsidieverplichtingen die hun positie beschermen. Als een subsidieontvanger de verstrekte gelden anders dan is afgesproken aanwent voor doelen waarvoor zij niet zijn bestemd, dan heeft hij niet voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen. De probleemstelling betreft de vraag of en zo ja, op welke wijze een derde bij een zelfstandig bestuursorgaan als het Filmfonds naleving van subsidievoorwaarden kan afdwingen. Hiertoe is literatuuronderzoek en deskresearch verricht met behulp van academische zoekmachines. Daarnaast is jurisprudentie bestudeerd, alsmede wet- en regelgeving en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis en evaluaties van wetgeving. Ook is gebruik gemaakt van een casus uit de praktijk, met bijbehorend dossiermateriaal en correspondentie tussen een derde en het Filmfonds, van een regisseur die niet betaald kreeg voor zijn werk aan een gesubsidieerd filmproject omdat de producent niet alle subsidie besteedde aan de uitvoering van het filmproject. De regisseur diende vervolgens verschillende klachten in bij het subsidiërende bestuursorgaan. Hij verweet het Filmfonds nalatigheid. In dit verslag worden de verschillende handhavingsmiddelen beschreven die het Filmfonds tot zijn beschikking heeft. Zo dienen volgens de Regeling vaststelling Aanwijzingen voor subsidieverstreking de cultuurfondsen als sprake is van subsidiefraude altijd aangifte te doen – conform de aangifteplicht van artikel 162 Wetboek van Strafvordering.

Dit verslag toont de zwakke positie van de derde in de bestuurlijke en rechterlijke fase. Soms kunnen derden als belanghebbenden bezwaar maken tegen een besluit. Zij dienen dan een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang te hebben. Een contractuele verhouding met de subsidieontvanger duidt weliswaar op een afgeleid belang, hetgeen volgens vaste rechtspraak aan ontvankelijkheid in de weg staat, maar daarvan wordt in jurisprudentie steeds vaker afgeweken. Dreigende schending van fundamentele rechten rechtvaardigt (laagdrempelige en goedkope) toegang tot de bestuursrechter, zoals het recht op arbeid met als tegenprestatie loon of beloning. Nagegaan dient dan wel te worden welk belang precies wordt geraakt en of dat belang enkel via de contractuele verhouding of ook rechtstreeks wordt geraakt. Volgens vaste rechtspraak moet sprake zijn van een direct geraakt belang. Hierin komt tot uitdrukking dat er een voldoende causaal verband moet zijn tussen de gevolgen van het (bestreden) besluit en de belangen van de belanghebbende. De regisseur uit de casus kan niet als belanghebbende worden aangemerkt als bedoeld in de Awb – niet bij het subsidiebesluit en niet bij een handavingsbesluit. Een concurrent zou dit wel kunnen zijn. Uiteindelijk kan een aangebrachte zaak door een concurrent of derde-belanghebbende ook bij de rechter nog stuk lopen: de appellant moet bij wat hij wenst te bereiken namelijk voldoende procesbelang hebben. Dit ontbreekt als een verzoek de belangen van de appellant niet baten. Op basis van het onderzoek zijn verschillende praktische aanbevelingen geformuleerd.

Inhoudsopgave

Samenvatting	2
1 Inleiding	4
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	4
1.2 Doel en probleemstelling	6
1.3 Aanpak en werkwijze	7
1.4 Opbouw	8
2 Handhaving door het Filmfonds	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Het wettelijk kader <i>Subsidie</i> <i>Verschillende besluiten</i>	10
2.3 Toezicht en controle	13
2.4 Handhavingsmiddelen <i>Bestuurlijke waarschuwing</i> <i>Beleidsvrijheid via afdeling 4.2.6 van de Awb en géén beginselplicht</i> <i>Het tegengaan van misbruik volgens de Aanwijzingen en 4:35 Awb</i> <i>Strafrechtelijk ingrijpen</i> <i>Dubbele bestraffing?</i> <i>De intrekkingen</i> <i>Civielrechtelijke procedure tegen subsidieontvanger</i>	15
3 Rechtsbescherming voor derden	25
3.1 Inleiding	25
3.2 Ontvankelijkheid <i>Tegengestelde en parallelle belangen</i> <i>Concurrenten</i> <i>De leer van het afgeleid belang</i> <i>Uitzonderingen op de hoofdregel ‘Contractueel belang is afgeleid belang’</i> <i>Schending fundamenteel recht – bijvoorbeeld op arbeid met inkomen als kenmerk</i> <i>Algemeen of collectief belanghebbenden</i> <i>Procesbelang</i>	27
3.3 De civielrechtelijke weg	35
4 Conclusies en aanbevelingen	36
Literatuur	39
Jurisprudentie	42

1. Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Als subsidiegeld waarmee de overheid wenselijk geachte activiteiten financieel ondersteunt op onjuiste wijze is besteed, kan onder omstandigheden intrekking en terugvordering van de subsidie plaatsvinden – ook nadat activiteiten zijn verricht. Deze besluiten hebben doorgaans een reparatoir karakter,¹ ookal hebben ze iets van leedtoevoeging aan de betrokken partijen, omdat ze gebaseerd zijn op het feit dat niet is voldaan aan de voor de toekenning van de subsidie verbonden voorwaarden. Het gaat erom te voorkomen dat publiek geld wordt aangewend voor niet-subsidiabele doeleinden. Meestal vormen deze acties een reactie van het bestuursorgaan zelf, de subsidieverstrekker, op het niet voldoen door de ontvanger aan bepaalde in de beschikking opgenomen voorwaarden. Soms zijn er derden/benadeelden die verzoeken of het overheidssubsidiefonds naleving wil bewerkstelligen van subsidievoorwaarden die hún positie beschermen. Het betreffende bestuursorgaan zal dan de belangen van deze burgers moeten wegen en moeten onderzoeken of sprake is van onregelmatigheden of oneigenlijk gebruik van subsidiegelden.² Op het eerste gezicht lijkt dit een gemakkelijke kwestie. Derden staan immers aan dezelfde kant als die van het bestuursorgaan?³ In de praktijk kan dit echter ingewikkeld zijn,⁴ bijvoorbeeld vanwege de belangen van de direct-belanghebbenden, de subsidieontvangers, van het betreffende bestuursorgaan of vanwege de geringe waardering van de belangen van derden en van de door de overtreden bepalingen beschermde belangen. Het kan te maken hebben met verstrengeling van belangen die in het geding zijn maar ook met mogelijkheden en onmogelijkheden die te maken hebben met de regelgeving: de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb), de subsidietitel van de Awb, al dan niet in combinatie met bijzondere regelgeving of bepalingen in de subsidiebeschikking.

De vragen die dit oproept over de verhouding tussen derden, het bestuursorgaan en direct-belanghebbenden in relatie tot handhaving teneinde naleving van subsidieverplichtingen te bewerkstelligen, worden in dit paper besproken met behulp van een casus. Aanleiding voor mijn onderzoek is een casus uit de praktijk van een derde die schriftelijk klaagt bij het

¹ Den Ouden, Jacobs & Verheij, p. 184.

² Vergelijk De Moor-Van Vugt, Klap & De Lange 2017; Heinrich, Batting & Veldhuis 2017.

³ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 320.

⁴ Ibid, p. 325.

Filmfonds over oneigenlijk gebruik van subsidiegelden door de subsidieontvanger. Op basis van artikel 12 lid 2 jo artikel 9 jo artikel 9a van de Wet op het specifiek cultuurbeleid is het Filmfonds een zelfstandig bestuursorgaan.⁵ Een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) is een bestuursorgaan van de centrale overheid, met bijbehorende taken en instrumenten en bekleed met openbaar gezag, dat niet onder een minister valt.⁶

In de casus is subsidie verleend door het Filmfonds aan een producent ten behoeve van filmproject X. De producent/subsidieontvanger wendt een deel van de subsidie vervolgens aan voor een ander doel. De klager bij het Fonds, de regisseur van de speelfilm, en andere medewerkers kregen hierdoor (deels) niet betaald voor hun werk aan het filmproject.⁷ In november 2014, na ontvangst van het eerste klachtschrift en controle, kwalificeert het Hoofd Financiële en Juridische Zaken van het Fonds in een email aan de regisseur het bestedingsgedrag van de producent als een directe overtreding van de reglementen van het Fonds. Tien maanden nadat het vaststellingsbesluit door het bestuursorgaan is genomen, het besluit waardoor de subsidie daadwerkelijk is vastgesteld, neemt de regisseur voor een zoveelste keer contact op met het Fonds. Hij klaagt dat de producent hem nog steeds niet heeft betaald en dat ook het laatste deel van de overgemaakte subsidie is gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is verstrekt.⁸ Hij verwijt het Filmfonds geen gebruik te hebben gemaakt van zijn handhavingsbevoegdheden en vraagt het Fonds om schadevergoeding.

De inzet van handhavingsmiddelen door het bestuur leek de regisseur een eenvoudig te regelen kwestie. Immers, subsidie dient in geval van onregelmatigheden bij het gebruik van de subsidie en de administratieve verwerking daarvan te worden terugbetaald? Bovendien was de film X al ‘af’ en commercieel gezien een succes. Hij had goed werk geleverd. De première van de speelfilm op televisie trok 1,1 miljoen kijkers. De bioscoopfilm was naar Nederlandse maatstaven geslaagd. De totale opbrengst bedroeg een paar miljoen euro. Helaas kregen enkele medewerkers ook nadat de film was uitgebracht niet betaald. Uit de opbrengst van de verkoop van bioscoopkaarten ging namelijk zonder tussenkomst van de producent circa twee miljoen euro naar bioscopen en detailhandel. Naar de distributeur is ongeveer 700.000 euro

⁵ Officieel: Stichting Nederlands Fonds voor de Film.

⁶ Zie https://www.parlement.com/id/vh8lnhrqszxf/zelfstandige_bestuursorganen_zbo_s, voor het laatst geraadpleegd op 4 juni 2018.

⁷ Een regisseur is een natuurlijk persoon die de artistieke regie voert over de uitvoering van een filmproductie; producent is de natuurlijke persoon die de productiemaatschappij rechtsgeldig vertegenwoordigt en binnen de organisatie beleidsmatig, bedrijfsmatig en inhoudelijk eindverantwoordelijk is. Zie Nederlands Filmfonds 2018, p. 6.

⁸ Voorzitter en secretaris bezwaarcommissie, Verslag van de zitting van 5 januari 2016 inzake het Klacht Geschrift d.d. 15 november 2015 van de heer [regisseur], p. 1; Klacht Geschrift 15 november 2015.

gegaan.⁹

Medio 2014 en eind 2015 heeft de regisseur zijn klachten schriftelijk ingediend bij het Filmfonds. Hierin klaagt hij over nalatigheid van het Fonds, het gedogen van misbruik en vraagt hij om handhavend optreden en/of schadevergoeding. De directeur/bestuurder reageert uiteindelijk, conform het advies van de voorzitter van de bezwaarcommissie, met de beslissing ‘een rol te zullen spelen in de totstandkoming van een gedragscode voor de Nederlandse filmwereld teneinde situaties als deze in de toekomst te voorkomen (...)’.¹⁰

1.2 Doel en probleemstelling

Onderzoeksdoel is inzicht te geven in de positie van derden in de hiervoor beschreven subsidieverhoudingen. De probleemstelling betreft de vraag of en zo ja, op welke wijze een derde bij een zelfstandig bestuursorgaan als het Filmfonds naleving van subsidievoorwaarden kan afdwingen.¹¹ Deze probleemstelling bestaat uit de volgende onderling samenhangende vragen:

- a. Hoe zit het systeem van handhaving door het Filmfonds op grond van de Algemene wet bestuursrecht en andere relevante wet- en regelgeving in elkaar?
- b. Welke consequenties kan het Filmfonds verbinden aan niet-naleving van de aan de subsidie verbonden verplichtingen door subsidieontvangers en – meer specifiek - welke handhavingsmiddelen kunnen worden ingezet als sprake is van oneigenlijk gebruik van subsidiegelden?
- c. Wanneer en op welke wijze kan een derde handhaving door het Filmfonds van subsidieverplichtingen afdwingen en – meer specifiek – beroep instellen tegen subsidiebeslissingen waaronder het niet nemen van een handhavingsbesluit?
- d. Welke suggesties ter verbetering kunnen worden geformuleerd ten aanzien van de positie van derden in subsidieverhoudingen?

⁹ Vergelijk <https://filmzaken.com/2017/05/26/verdeling-inkomsten-bioscoopfilm/>, voor het laatst geraadpleegd op 15 juni 2018.

¹⁰ Advies Bezwaarcommissie Nederlands Fonds voor de Film d.d. 11 februari 2016, p. 3 en Beslissing op klacht van de hand van de directeur/bestuurder van het Filmfonds, 18 februari 2016, p. 2.

¹¹ De term handhaving betekent in dit verslag alle inspanningen van het subsidiërende bestuur of overheidsorgaan om naleving van subsidieverplichtingen en het subsidierecht te bewerkstelligen; de term naleving betreft de opvolging van de afspraken en subsidieverplichtingen door de aanvrager-subsidieontvanger.

Om deze vragen te beantwoorden, is gebruik gemaakt van verschillende juridische en kwalitatieve onderzoeksmethoden. Deze zullen in de volgende paragraaf worden geëxpliciteerd.

1.3 Aanpak en werkwijze

Jurisprudentie betreffende mogelijkheden voor derden om bestuursrechtelijk naleving te bewerkstelligen van subsidieverplichtingen is schaars.¹² Ter beantwoording van de probleemstelling heb ik er daarom voor gekozen om alle mogelijke bronnen te analyseren waarop ik de hand kon leggen. Ik heb literatuuronderzoek en deskresearch verricht met behulp van academische zoekmachines voor juridische bronnen. Gebruik is gemaakt van de zoekmachines Legal Intelligence, Rechtsorde en Recht.nl, met als trefwoorden: subsidierecht, nakoming subsidievoorwaarden, intrekking subsidie, handhaving subsidierecht, herstelsancties, belanghebbende, (afgeleid) belang, besluit, procesbelang.

In verband met het onderzoek zijn handboeken geraadpleegd, tijdschriftartikelen, jurisprudentie, wet- en regelgeving en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis en evaluaties van wetgeving. Verschillende opvattingen van rechtsgeleerden over bestuursrechtelijk gezien goed omgaan met en afhandelen van meldingen over niet-nakoming van subsidieverplichtingen, oneigenlijk gebruik van subsidiegeld en de positie van verschillende soorten derden zijn geanalyseerd met behulp van handboeken en tijdschriftartikelen. Jurisprudentie is van groot belang geweest voor beantwoording van alle deelvragen. Daarnaast is gebruik gemaakt van de casus van de regisseur, het bijbehorende dossiermateriaal en emailverkeer tussen hem en het bestuursorgaan over zijn zaak: niet alleen ter illustratie, ter verlevendiging en inspiratiebron maar ook als ‘bewijs’ voor de zwakke positie van derden in de bestuurlijke fase en in de rechterlijke fase. De casus en het archiefmateriaal geven inzicht in de positie van derden die via de arbeid die ze hebben verricht voor een gesubsidieerd filmproject betrokken zijn bij een subsidierelatie tussen een zelfstandig bestuursorgaan en een subsidieontvanger. Dit dossiermateriaal bestaat uit: de twee klachten of klachtschriften van de regisseur, de schriftelijke reactie van het Filmfonds, een memo van de regisseur ‘Hoorzitting Bezwaarcommissie 5 januari 2016’, reactie Filmfonds op dit memo van de regisseur ‘Hoorzitting Bezwaarcommissie 5 januari 2016’, een uitgebreid verslag van deze hoorzitting, een advies van de bezwaarcommissie betreffende het tweede klachtschrift van de regisseur, de beslissing van de directeur/bestuurder van het Filmfonds en

¹² Vergelijk Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 203.

bijbehorend emailverkeer tussen medewerkers van het Fonds en de regisseur. In verband met knelpunten op het gebied van toezicht en controle van de boeken van subsidieontvangers van het Filmfonds en suggesties ter verbetering van de positie van derden zijn daarnaast enkele korte verkennende gesprekken gevoerd met Nederlandse filmmakers. Met schriftelijke toestemming van het Filmfonds, een ministerie of een onderzoeksinstelling is het gebruikte onderzoeksmateriaal bij mij verkrijgbaar of in te zien.

1.4 Opbouw

Na deze inleiding volgt een verslag van mijn bevindingen. Hoofdstuk twee gaat over het wettelijk kader en de mogelijkheden die het Filmfonds op basis daarvan heeft om naleving van subsidievoorwaarden en normconform handelen te bewerkstelligen bij subsidieontvangers. Nader wordt ingegaan op de handhavingsinstrumenten: het weigeren, korten, intrekken en terugvorderen van een subsidie, de schriftelijke bestuurlijke waarschuwing en het preventief weigeren van een (toekomstige) subsidie. Daarnaast wordt ingegaan op de beginselplicht tot handhaving die niet wordt aangetroffen in het subsidierecht en op de mogelijkheid van ‘aangifte doen’. Het derde hoofdstuk gaat over rechtsbescherming voor derden, ontvankelijkheid, het belanghebbendebegrip en over procesbelang bij een oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van een besluit. Het laat zien wanneer derden, al dan niet met een contractuele relatie met de subsidieontvanger, belanghebbenden zijn bij een besluit. Verschillende soorten belanghebbenden worden besproken, het leerstuk van afgeleid belang en van rechtspraak over het afgeleid belang. Ook wordt ingegaan op de eis van procesbelang in bestuursrechtelijke procedures die in jurisprudentie is te vinden en de civielrechtelijke weg. In het laatste hoofdstuk 4 worden de conclusies gepresenteerd alsmede suggesties ter verbetering van de positie van de derde in subsidiezaken.

2. Handhaving door het Filmfonds

2.1 Inleiding

Het Filmfonds is een ZBO.¹³ Titel 4.2 van de Awb dat het algemene subsidie recht regelt, is hierop van toepassing – evenals andere aanvullende (bijzondere) wet- en regelgeving. Naast de Awb zijn de regels van toepassing die zijn neergelegd in de Wet op het specifiek cultuurbeleid en de reglementen van het Fonds zelf. Het Fonds wordt daarnaast geacht de Regeling van de Minister-President en de Minister van Algemene Zaken van 15 december 2009, nummer 3086451 na te leven, houdende vaststelling van Aanwijzingen voor subsidieverstreking, alsmede de Regeling van de Minister-President en Minister van Algemene Zaken, van 21 juni 2012, nummer 3113629, met een eerste (kleine) wijziging van deze Aanwijzingen voor subsidieverstreking. De toepassing van deze beleidsregels zijn via een aanwijzing van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap verplicht gesteld voor het Filmfonds en de andere cultuurfondsen. Ze zijn dus bindend voor het Fonds.¹⁴

In de subsidiebeschikking zelf staan eveneens regels en eisen die de rechtspositie van subsidieontvangers bepalen, alsmede in uitvoeringsovereenkomsten die gebaseerd zijn op artikel 4:36 van de Awb.¹⁵ Daarin kan bijvoorbeeld staan dat als de subsidieontvanger zijn verplichtingen ingevolge de uitvoeringsovereenkomst niet nakomt het Filmfonds de uitbetaling van de betalingstermijnen kan opschorten. Er staat ook in dat het Fonds of een registeraccountant aangewezen door het Fonds gerechtigd is om de (regie)overeenkomsten, de administratie en alle overige documenten met betrekking tot de film in te zien en te controleren.

De Kaderwet ZBO en criteria van de Europese Commissie zijn voor handhavingsdoeleinden minder relevant. De Kaderwet stelt algemene kaders voor de instelling en inrichting van zelfstandige bestuursorganen van de centrale overheid die met openbaar gezag zijn bekleed. In de Mededeling Europese Commissie staatssteun 2013 staan aanvullende afspraken met betrekking tot toetsingskaders. Via de mededeling uit 2013 stelt de Commissie bijvoorbeeld dat het gepast is om in het toetsingskader niet alleen ruimte te laten voor steun ten behoeve van de promotie van films maar ook van (andere) audiovisuele werken. Het is de bedoeling dat de lidstaten hun bestaande regelingen betreffende filmfinanciering overeen stemmen met

¹³ Op grond van artikel 12 lid 2 jo artikel 9 jo artikel 9a van de Wet op het specifiek cultuurbeleid.

¹⁴ Email 15 november 2018 van het Ministerie van OCW [mk]. De bevoegdheid om aanwijzingen te geven is geregeld in het vierde lid van artikel 10 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid.

¹⁵ Voor een model uitvoeringsovereenkomst realisering filmproductie, zie https://www.filmfonds.nl/media/inline/2018/3/9/model_uitvoeringsovereenkomst.pdf, voor het laatst geraadpleegd op 20 juli 2018.

de bedoelingen van de Europese commissie. Het Filmfonds heeft dit gedaan, bijvoorbeeld via het Algemeen Reglement van het Fonds.

Dit hoofdstuk laat zien wat het Fonds kan doen om naleving te bewerkstelligen en handhaving van de aan de subsidie verbonden verplichtingen. De klager-regisseur uit ‘onze’ casus heeft niet betaald gekregen voor zijn werk verricht ten behoeve van het gesubsidieerde filmproject X en vraagt het Fonds om handhaving. De onregelmatigheden zijn ontstaan omdat de producent het subsidiegeld deels aan andere doeleinden heeft besteed dan waarvoor het is bestemd. Volgens het Hoofd Financiële en Juridische Zaken van het Fonds is sprake van een directe overtreding van de reglementen van het Fonds.¹⁶ Om te weten te komen welke mogelijkheden het Fonds heeft om naleving en herstel te bewerkstelligen en de betrokken belangen te beschermen, wordt in de volgende paragrafen het wettelijk kader besproken, het toezicht op de nakoming van de subsidievoorwaarden en welke handhavingsmiddelen het Fonds kan toepassen als sprake is van onregelmatigheden of oneigenlijk gebruik van subsidiegelden.

2.2 Het wettelijk kader

Het Fonds subsidieert filmproducties volgens de systematiek van de Awb. De bepalingen van titel 4.2 van de Awb zijn van toepassing. Dit is de subsidietitel van de Awb die in 1998 in werking trad (derde tranche Algemene wet bestuursrecht). Deze titel wordt beschouwd als het hart van het Nederlands subsidierecht.¹⁷ De titel heeft als doel algemene regels te stellen voor de financiering met publiek geld van in het algemeen belang wenselijk geachte activiteiten van particulieren.

De taak van het Filmfonds is vastgelegd in de Wet op het specifiek cultuurbeleid.¹⁸ Volgens het eerste lid van artikel 9 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid is het doel van het Filmfonds en de overige vijf cultuurfondsen die op grond van deze Wet zijn opgericht: ‘het instandhouden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van één of meer cultuuruitingen te bevorderen door daartoe subsidies te verstrekken’. Het Filmfonds valt onder het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW). Het ministerie omschreef het publiek belang van het Fonds in 2016 als volgt: ‘Het fonds stimuleert de

¹⁶ Email aan [regisseur] van het Hoofd Juridische Zaken Filmfonds, d.d. 7 November 2014; vergelijk artikel 10 Wet op het specifiek cultuurbeleid juncto artikel 16 van het Algemeen reglement van het Filmfonds.

¹⁷ Vergelijk Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 9 e.v.; Borman 2017 a.

¹⁸ De wetten en regelgevingen zijn te vinden op www.rijksoverheid.nl en op www.wetten.nl.

filmproductie in Nederland, met de nadruk op kwaliteit en diversiteit en bevordert een goed klimaat voor de Nederlandse filmcultuur'.¹⁹

Subsidie

Subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb wordt een materieel begrip genoemd.²⁰ Een materieel subsidiebegrip wil zeggen dat als aan de vier elementen van artikel 4:21 Awb wordt voldaan, de subsidiebepalingen van titel 4.2 van de Awb van toepassing zijn. Iedere aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt, met het oog op activiteiten van de aanvrager anders dan betalingen voor geleverde goederen of diensten valt onder de reikwijdte van titel 4.2 Awb – ook als het anders wordt genoemd.²¹ Dit lijkt vanzelfsprekend, maar is dat voor de praktijk niet altijd. Zelfs tijdens een zitting bij de Afdeling, terwijl de overtreder/belanghebbende werd bijgestaan door een ervaren specialist op het gebied van filmrecht en subsidierecht, is onlangs nog discussie ontstaan over een voorschot verstrekt door het Filmfonds: of dat subsidie is of een lening.²² Subsidie betekent dat:²³

- 1)) Het moet gaan om een aanspraak op financiële middelen. Als goederen worden verstrekt, bijvoorbeeld als het Filmfonds gratis maaltijden ter beschikking stelt voor een vergadering van de belangenvereniging van Nederlandse filmproducenten, dan is dat geen subsidie.
- 2)) Er sprake is van subsidie als deze financiële middelen worden verstrekt door een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb,²⁴ bijvoorbeeld een ZBO zoals het Filmfonds.
- 3)) De financiële middelen worden verstrekt voor bepaalde activiteiten van de subsidieaanvrager. De bestedingsrichtingen - bijvoorbeeld in de vorm van de realisering van een speelfilm met bijbehorende begroting met kostenposten, specificaties en verklaring wie de regisseur, hoofdrolspelers en leden van de *crew* zijn - zijn daarom van te voren duidelijk omschreven. Het initiatief voor verrichting van de gesubsidieerde activiteiten ligt bij de ontvanger - zie de aanvraag op grond van artikel 4:29 Awb.
- 4)) Het niet mag gaan om betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of

¹⁹ Zie de begroting uit 2016 http://www.rijksbegroting.nl/2016/voorbereiding/begroting.kst212220_26.html, geraadpleegd op 4 juni 2018.

²⁰ Vergelijk Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, r.o. 2.3.1; met annotatie van W. den Ouden (Delftse gondels); Pennarts 2016.

²¹ W. den Ouden, Annotatie bij ABRvS (Delftse gondels) ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, AB 2009, 223.

²² ABRvS 16 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2378, r.o. 7.

²³ Vergelijk J.A.P.N. Antonis 2018.

²⁴ Zie conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over het begrip 'bestuursorgaan', in de zaken 201304908/3/A2 en 201307828/2/A2, 23 juni 2014 op <https://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken-in-uitspraken/tekst-uitspraak.html?id=79645>, voor het laatst geraadpleegd op 20 juli 2018.

diensten. Betalingen aan schilders die het pand van het Filmfonds opknappen, zijn dus geen subsidiegelden.

Verschillende besluiten

De omschrijving in artikel 4:21 Awb is zo belangrijke vanwege de juridische gevolgen. Als sprake is van subsidie dan is sprake van een besluit waarop zowel de subsidietitel 4.2 van de Awb als overige bepalingen van de Awb van toepassing zijn.²⁵ Het Filmfonds gaat op basis van de systematiek van de Awb uit van verschillende besluiten. Als de aanvraag is goedgekeurd, wordt een verleningsbeschikking afgegeven. In dat besluit staan een aanduiding van de activiteiten, eventuele verplichtingen, het subsidiebedrag of de berekeningswijze daarvan en de voorwaarden. Het is mogelijk om deze elementen in de verleningsbeschikking op te nemen en vervolgens nader uit te werken in een uitvoeringsovereenkomst in de zin van artikel 4:36 Awb. Dit doet het Filmfonds bij grote subsidies zoals voor film X (1,2 miljoen euro). De uitvoeringsovereenkomst mag, aldus de memorie van toelichting, geen dubblure zijn van de beschikking of omgekeerd.²⁶

Zowel in de Awb als in de uitvoeringsovereenkomsten van het Filmfonds is bepaald dat de subsidieontvanger de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk dient te verrichten – conform de door het Fonds goedgekeurde projectopzet. De wet verschaft subsidiegevers de mogelijkheid om in rechte nakoming te vorderen van het verrichten van de gesubsidieerde activiteit.²⁷ Sluiting van een uitvoeringsovereenkomst laat overigens onverlet dat de bestuursrechter bevoegd blijft ten aanzien van de subsidiebeschikking en eventuele terugvorderingsbesluiten na onverschuldigde betaling op grond van 4:57 Awb.²⁸

Na de subsidieverleningsbeschikking wordt – meestal nadat de activiteiten waarvoor de subsidie is verstrekt zijn uitgevoerd – een volgend besluit genomen. Dit besluit, de zogenaamde vaststellingsbeschikking, stelt de subsidie daadwerkelijk vast en geeft aanspraak

²⁵ ABRvS, 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, r.o. 2.3.1; met annotatie van W. den Ouden (Delftse gondels).

²⁶ Memorie van Toelichting Derde tranche Awb, Kamerstuk Tweede Kamer 1993-1994, Kamerstukken 23700, 3, p. 60.

²⁷ T.C. Borman, T&C Awb, commentaar op art. 4:36 Awb. Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Uitvoeringsovereenkomst bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 4:36 [Subsidie-overeenkomst]. Actueel t/m 01-11-2017.

²⁸ ABRvS 28 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9453, met annotatie van W. den Ouden. Met de invoering van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is de bevoegdheid tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen in een nieuw eerste lid van artikel 4:57 neergelegd. Let in geval van overdracht van (delen van) het gesubsidieerde project op de uitspraken van het College van beroep voor het bedrijfsleven, CBb, van 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:146 en ABRvS van 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1511. Vergelijk De Moor-Van Vugt 2016, p. 163 en 164 over (voormalige) derden die kwalificeren als ontvangers van subsidie en zo geadresseerden van intrekingsbeslissingen kunnen zijn.

op betaling. Dit is belangrijk om te weten in verband met handhaving, want anders dan soms wordt gedacht, geeft het eerste besluit, de verleningsbeschikking, slechts een *voorwaardelijke* aanspraak op het geld. De vaststellingsbeschikking zet deze voorwaardelijk aanspraak om in een daadwerkelijke aanspraak. Deze beschikking is geregeld in artikel 4:42 Awb.

Artikel 4:46 Awb geeft informatie over de vaststelling van de subsidie. Dit gebeurt via de genoemde vaststellingsbeschikking en is, als de aanvrager aan de voorwaarden heeft voldaan, overeenkomstig de verleningsbeschikking. Als alles goed gaat, de activiteiten waarvoor subsidie is verleend hebben plaatsgevonden en geen sprake is van fraude of andere onregelmatigheden, zal het subsidiebedrag in de verleningsbeschikking gelijk zijn aan het bedrag in de vaststellingsbeschikking, het overgemaakte geld.

2.3 Toezicht en controle

Artikel 8a van de Wet op het specifiek cultuurbeleid voorziet in het toezicht op de naleving. Het vierde lid van artikel 8a stelt dat als een subsidieontvanger geen medewerking verleent aan een toezichthouder de bestuursrechtelijke sancties van de artikelen 4:46, tweede lid, 4:48 en 4:49 van de Awb kunnen worden toegepast (verlaging, intrekking/wijziging subsidieverlening en/of subsidievaststelling).²⁹ Bij de opmaking van een vaststellingsbeschikking wordt beoordeeld of de gesubsidieerde zich aan de eisen en voorwaarden zoals opgenomen in het subsidieverleningsbesluit heeft gehouden. Indien voor de vaststelling van subsidie een verleningsbeschikking is ontvangen, dan controleert het bestuursorgaan of de aanvrager de afgesproken activiteiten heeft verricht met het subsidiegeld en of aan de voorwaarden en verplichtingen is voldaan – dat wil zeggen, de activiteiten die vermeld staan in de verleningsbeschikking en de uitvoeringsovereenkomst. Artikel 4:44 Awb bepaalt dat de aanvrager van de ‘voorwaardelijke’ verleningsbeschikking ook de ‘meer onvoorwaardelijke’ vaststellingsbeschikking zal moeten aanvragen, tenzij, zie sub c, de vaststelling van de subsidie bij een uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 4:36, eerste lid, anders is geregeld. Maar ook dan dient hij aan te tonen dat hij aan de voorwaarden voor subsidieverlening heeft voldaan.

Zoals vermeld is het Filmfonds een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Dit betekent dat het geen onderdeel is van het ministerie van OCW, maar dat de minister wel zeggenschap heeft over het Fonds. De minister is verantwoordelijk voor het beleid en voor het toezicht daarop.

²⁹ Zie ook het Algemeen Reglement van de Stichting Nederlands Fonds voor de Film, gepubliceerd op www.overheid.nl.

Ook moet de minister verantwoording kunnen afleggen over het functioneren van het Filmfonds aan de Eerste en Tweede Kamer. In de Kaderwet ZBO is deze verhouding tussen het ministerie en het Fonds geregeld. In artikel 19 van de Kaderwet zijn tevens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gecodificeerd.³⁰ Ook ZBO's moeten voldoen aan de eisen van transparantie, rechtmatigheid, zorgvuldigheid en doelmatigheid die voor de overheid gelden. Vandaar dat het Filmfonds toezicht houdt op de juiste besteding van de verstrekte subsidies en dit controleert.³¹ Dit wordt bijgehouden in individuele subsidiedossiers.³² In de *Regeling vaststelling Aanwijzingen voor subsidieverstrekking* die de cultuurfondsen moeten volgen, staan voorschriften voor subsidie, betalingen en het tegengaan van misbruik (zie hierna, paragraaf 2.4) en termijnen die in acht moeten worden genomen. Verschillende onderdelen van het uniforme subsidiekader zijn in deze aanwijzingen nader uitgewerkt. Aangezien deze aanwijzingen, afkomstig van de Minister-President (MP) en de Minister van Algemene Zaken, betrekking hebben op de verstrekking van subsidies, zijn deze van toepassing zowel voor de regelingen op grond waarvan de subsidies worden verstrekt als voor de daarop gebaseerde subsidiebeschikkingen.

Ook de protocollen van het Filmfonds zelf zijn van toepassing als het gaat om controle. Zo staat in het Financieel & Productioneel Protocol van het Fonds bij de punten 6.5 en 6.6 vermeld dat in de administratie van de producent/gesubsidieerde verwerkte betalingen, inclusief kortingen en verplichtingen voor geleverde diensten en goederen, in overeenstemming moeten zijn met de gemaakte afspraken ten behoeve van de filmproductie.³³ De subsidieontvanger dient na verlening van de subsidie de gelden op juiste wijze te besteden en moet omstandigheden die in strijd zijn met de Nederlandse wet- en regelgeving direct melden. Het Fonds controleert volgens het Protocol de verantwoording door de producent/gesubsidieerde van de kosten en de financiering, de tijdige oplevering van een dvd en digitale *stills* van de filmproductie en de vaststelling van de subsidie. De producent hoort een gedegen administratie te voeren en te overleggen ten behoeve van de film en het Fonds op de hoogte te stellen van de bestedingen, gerelateerd aan de door het Fonds goedgekeurde begroting.

Ook bij film X is dit zo gebeurd. Enige tijd na de première is door de producent het

³⁰ Deze zijn ook vastgelegd (sinds 1994) in de Awb. Daarvoor: ongeschreven recht.

³¹ Algemeen Reglement van de Stichting Nederlands Fonds voor de Film, Staatscourant nummer 63456, 28 november 2016.

³² Nederlands Filmfonds, *Handboek financiële verantwoording Nederlands Fonds voor de Film*, Amsterdam 2014; dit is conform de *Regeling vaststelling Aanwijzingen voor subsidieverstrekking*.

³³ Zie <https://www.filmfonds.nl/nl/page/2447/financieel-en-productioneel-protocol>, voor het laatst geraadpleegd op 15 juli 2018.

accountantsrapport voor de productie opgeleverd, met daarin de productiekosten, het bestedingsoverzicht, een overzicht van de betalingen en crediteuren.³⁴ Uit dit rapport bleek toen al dat de regisseur en andere medewerkers nog niet waren betaald, aldus het Hoofd Financiële en Juridische Zaken van het Fonds.³⁵ Op dat moment had het Fonds al 95 procent van de totale subsidie betaalbaar gesteld voor de productie van film X, meer dan 1 miljoen euro. Ongeveer 55.000 euro was nog niet overgemaakt. In verband met de geconstateerde overtredingen en onregelmatigheden bij het gebruik van de verstrekte subsidie organiseerde het Fonds toen een audit. Het was de bedoeling dat het bedrijf van de producent zou worden gecontroleerd door middel van een nieuwe accountantscontrole van verantwoordingsstukken, de jaarrekeningen, de informatie in de subsidieaanvraag, de beschikking, de uitvoeringsovereenkomst en de eventuele interne (management)rapportages. Echter, de internationale en als goed bekend staande auditor die dit onderzoek uitvoerde, bleek door persoonlijke omstandigheden (ook) niet te presteren, althans de audit niet te kunnen leveren. Het Fonds wachtte voor niets op haar uitkomsten. Weer een half jaar later besloot het Fonds de laatste subsidiegeldbedragen toen toch maar over te maken aan de producent – ‘ter nakoming van de afspraken met crediteuren’.³⁶ En om de producent ‘in de gelegenheid te stellen zijn financiële verplichtingen naar derden na te komen’.³⁷ Begin 2015 worden de subsidiegelden voor de film vervolgens vastgesteld, gelijk het subsidiebedrag in de verlening.³⁸ Een half jaar later neemt de regisseur opnieuw contact op met het Fonds met de mededeling dat hij en andere medewerkers nog steeds niet zijn betaald. Ook het laatste gedeelte van de subsidie is gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het was toegekend en verkregen.

2.4 Handhavingsmiddelen

Als het bestuursorgaan oneigenlijk gebruik van subsidiegelden ontdekt bij een subsidieontvanger dan staan zowel de bestuursrechtelijke als de strafrechtelijke en civielrechtelijke weg open. Volgens de Memorie van Toelichting Derde tranche Algemene wet bestuursrecht dient er te worden gehandhaafd als sprake is van misbruik van subsidiegelden en als subsidieverplichtingen niet worden nagekomen door de

³⁴ Nederlands Filmfonds, Reactie fonds op Klacht Geschrift van de heer [regisseur] 17 december 2015, p. 3.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid, p. 3.

³⁷ Ibid.

³⁸ Advies Bezwaarcommissie Nederlands Fonds voor de Film, 11 februari 2016, p. 2.

subsidieontvanger.³⁹ In de uitvoeringsovereenkomst is bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend daadwerkelijk te verrichten. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft bevestigd dat het tweede lid van artikel 4:36 Awb het bestuursorgaan vergaande mogelijkheden biedt tot het afdwingen van die activiteiten.⁴⁰ De producent van film X mag de subsidiegelden dus niet gebruiken voor een ander doel dan is afgesproken – maar kan bestuursrechtelijk niet direct worden verplicht de overeenkomsten met de regisseur en andere medewerkers na te komen. Als de subsidieontvanger de activiteiten niet volgens de uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 4:36 Awb verricht, dan kan het bestuursorgaan nakoming vorderen. Het gevolg van het sluiten van een dergelijke ‘afdwingovereenkomst’ is dat de subsidie ook een overeenkomst van opdracht wordt, een overheidsopdracht, in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek.⁴¹ Als het bestuursorgaan subsidie verstrekt zonder afdwingovereenkomst en de subsidieontvanger verricht de activiteiten niet, dan kan de subsidieverstrekker niet afdwingen dat die activiteiten alsnog worden verricht. Het bestuur kan dan wel handhaven door bijvoorbeeld de subsidie in te trekken.

Bestuurlijke waarschuwing

Als een subsidieontvanger de subsidie (deels) voor een ander doel gebruikt, dan kan het gevolg zijn dat de subsidieontvanger daarmee de aanspraak op de subsidie verliest. Voordat een bestuursorgaan een beslissing neemt over toepassing van intrekkingen of sancties kan het de subsidieontvanger één of meer schriftelijke, bestuurlijke waarschuwingen sturen en hem de gelegenheid bieden tot herstel.⁴² In de rechtspraak is bepaald dat een waarschuwing in beginsel geen besluit is, want niet op rechtsgevolg gericht, zodat daar geen bezwaar en beroep tegen kan worden aangewend.⁴³ Volgens Widdershoven is een waarschuwing alleen een besluit als die is gebaseerd op een wettelijk voorschrift én een voorwaarde is om bij een volgende overtreding een bestuurlijke sanctie of maatregel te kunnen opleggen.⁴⁴ De ABRvS heeft op 2 mei 2018 eveneens geoordeeld dat een bestuurlijke waarschuwing als een besluit kan worden aangemerkt waartegen kan worden geageerd bij de bestuursrechter, als die

³⁹ Memorie van Toelichting Derde tranche algemene wet bestuursrecht, Kamerstuk Tweede Kamer 1993-1994, Kamerstukken 23700, 3, p. 27.

⁴⁰ CBB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180.

⁴¹ Zie hiervoor, ook dan blijft de bestuursrechter bevoegd ten aanzien van subsidie- en eventuele terugvorderingsbesluiten.

⁴² Vergelijk ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683.

⁴³ ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9822.

⁴⁴ Conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal mr. R.J.G.M. Widdershoven, 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.

bestuurlijke waarschuwing berust op een wettelijk sanctieregime.⁴⁵ Voor het geven van een schriftelijke waarschuwing door het Filmfonds indien sprake is van niet-nakoming van de subsidievoorwaarden is geen wettelijke grondslag.⁴⁶ Dit betekent dat de waarschuwing geen noodzakelijke voorwaarde is voor het nemen van verdere sanctiebesluiten. Een gegeven waarschuwing kan wel worden betrokken in de bestuursrechtelijke procedure tegen een eventueel later genomen handhavingsbesluit. Als er een procedure komt, dan kan de bezwaarde/subsidieontvanger/producent ook aan de orde stellen of de waarschuwing (on)terecht was.

Beleidsvrijheid via afdeling 4.2.6 van de Awb en géén beginselplicht

Intrekken of wijzigen van een subsidiebeschikking is mogelijk op grond van afdeling 4.2.6 van de Awb. Hier staat beschreven wanneer een bestuursorgaan een subsidiebeschikking kan intrekken of wijzigen, zie bijvoorbeeld artikel 4:48 en artikel 4:50 Awb. Verderop in dit hoofdstuk zullen deze instrumenten nader worden besproken. Hier zij vermeld dat intrekking of wijziging van de subsidieverlening bijvoorbeeld op grond van artikel 4:48 Awb met terugwerkende kracht ‘kan’ als de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen. De formulering in deze wetsbepaling wijst op beleidsvrijheid voor het bestuur om af te zien van handhaving. Van gedogen is sprake als een bestuursorgaan bevoegd is tot handhaving en terzake van een hem bekende overtreding bewust niet handhaaft.⁴⁷ De ‘beginselplicht tot handhaving’ om een herstelsanctie als reactie op onregelmatigheden of oneigenlijk gebruik van subsidiegelden op te leggen, wordt niet aangetroffen in de bij het subsidierecht behorende jurisprudentie.⁴⁸ Deze verplichting om te handhaven met bestuursrechtelijke herstelsancties, onder meer gepreciseerd in ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683 r.o. 2.3, luidt voluit:

‘... Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit

⁴⁵ ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449 – conform de conclusie van de AG Widdershoven.

⁴⁶ Ter vergelijking: de terugvordering van een onverschuldigd betaald voorschot is een beslissing die berust op artikel 4:57 van de Awb. Daarom is het een besluit.

⁴⁷ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 800.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2309, r.o. 6.1.

voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat, of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien.’

Volgens deze beginselplicht dient, als sprake is van een overtreding en er een bevoegdheid tot sanctionering door middel van een herstelsanctie bestaat, daarvan in principe gebruik te worden gemaakt.⁴⁹ Een van de belangrijkste uitzonderingen is echter het in het citaat van de Afdeling genoemde toetsingscriterium: de mogelijkheid van legalisatie.⁵⁰ Dit criterium maakt dat de beginselplicht moeilijk van toepassing kan zijn in het subsidierecht. Immers, subsidieontvangers zijn niet onvoorwaardelijk verplicht om de subsidievoorwaarden na te komen. Zij kunnen altijd ‘legaliseren’ door de subsidiegelden terug te storten.⁵¹ Voor een cultuurfonds lijkt het effectiever en efficiënter om subsidieontvangers die de regels overtreden eerst te waarschuwen, hen dringend te verzoeken met spoed gebruik te maken van herstel mogelijkheden en hen te laten weten oneigenlijk gebruik van subsidiegelden nimmer te zullen gedogen. In onze zaak kan het Filmfonds van de producent eisen dat subsidieverplichtingen worden nagekomen met de (gedeeltelijke) intrekking van de subsidie als dreiging of als extra motivatie voor de subsidieontvanger om het geld juist te besteden.

Het tegengaan van misbruik volgens de Aanwijzingen en 4:35 Awb

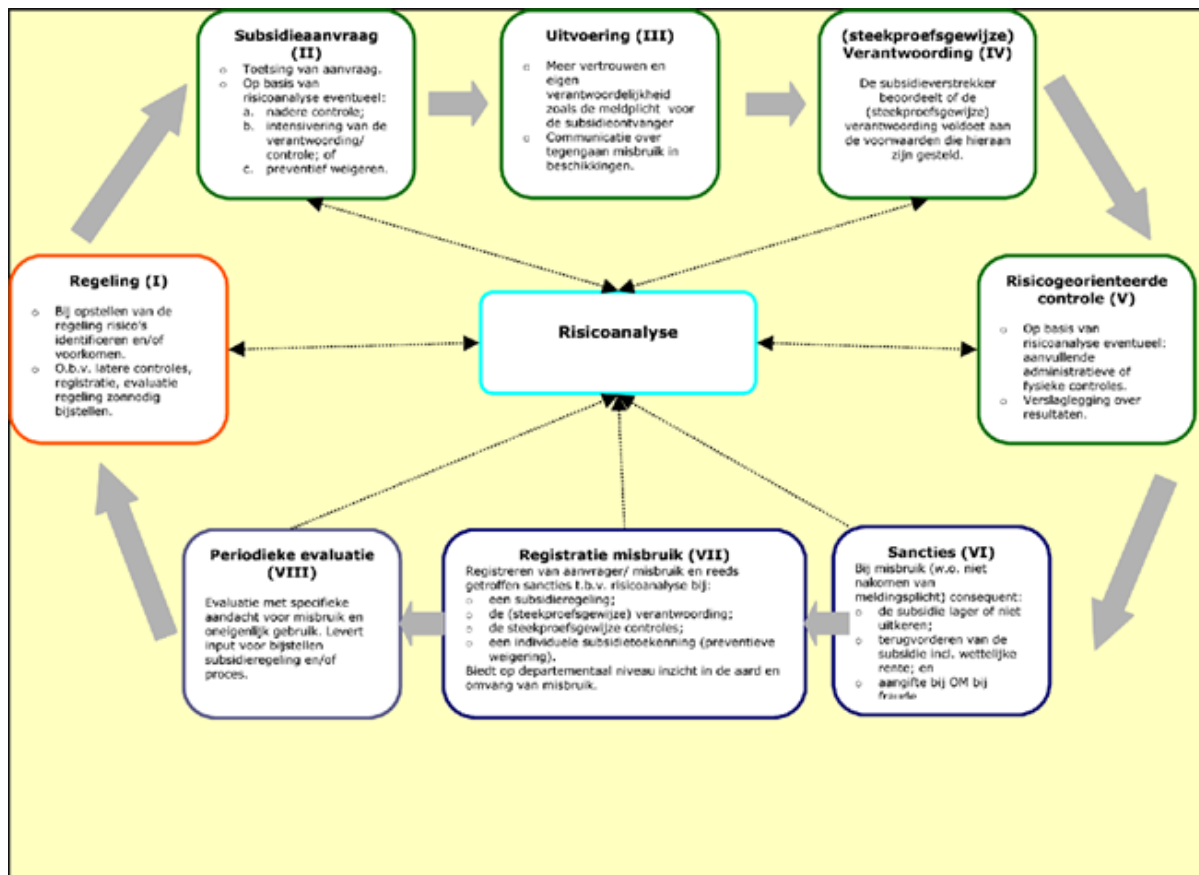
Volgens de Regeling vaststelling Aanwijzingen voor subsidieverstreking van de Minister-President (MP) en de Minister van Algemene Zaken hebben de cultuurfondsen minder beleidsvrijheid op het gebied van handhaving dan die de Awb hen toekennen. De

⁴⁹ De subsidietitel van de Awb kent geen bevoegdheid toe aan het bestuursorgaan tot oplegging van een last. Bij beantwoording van de vraag of intrekken of wijzigen van de subsidie gerechtvaardigd is, moet rekening worden gehouden met de ernst van de onregelmatigheden en de gevolgen van de verlaging voor de subsidieontvanger en derden, of handhavend optreden onevenredig is gelet op de daarmee te dienen belangen, zie bijvoorbeeld ABRvS 21 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ3659 en het evenredigheidsbeginsel neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb. De rechter zal marginaal toetsen hoe de evenredigheid tussen de opgelegde sanctie en het te beschermen algemeen belang wordt afgewogen door het bestuursorgaan, omdat subsidiesancties doorgaans als herstelsancties worden gekwalificeerd. Grofweg kan worden gesteld – in verband met artikel 6 EVRM – dat de rechter bij bestraffende sancties de inhoud van het betreffende sanctiebesluit wel vol zal toetsen, vergelijk Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 190.

⁵⁰ Bijzondere omstandigheden kunnen zich bijvoorbeeld ook voordoen indien sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en/of het vertrouwensbeginsel.

⁵¹ Voor meer informatie over de beginselplicht en stellen van prioriteiten, zie Klap 2012. In handhavingsbeleid mag wel prioritering worden opgenomen, bijvoorbeeld als gevolg van capaciteitsgebrek. Dit mag niet tot gevolg hebben dat in het geheel geen handhaving plaatsvindt. Redelijk handhavingsbeleid kan van invloed zijn op manieren van handhaving (denk aan eerst waarschuwen), ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683.

cultuurfondsen dienen deze Aanwijzingen te volgen. Na vaststelling van de Aanwijzingen hebben ze van de minister van OCW een aanwijzing ontvangen hun subsidiereglementen aan te passen aan het uniform subsidiekader, zoals ook de verschillende ministeries dat hebben moeten doen, met uitzondering van steekproefsgewijze controles.⁵² Het tegengaan van misbruik van subsidiegelden volgens de Aanwijzingen ziet er als volgt uit:



Figuur a: Tegengaan van misbruik volgens de Regeling vaststelling Aanwijzingen voor subsidieverstrekking, geldend van 01-07-2012 t/m heden. © Overheid.nl

Volgens Aanwijzing 20 van de Regeling dient constatering van misbruik door het bestuursorgaan consequent en altijd te leiden tot sancties door het bestuursorgaan. De subsidie dient dan lager of niet te worden uitgekeerd of te worden teruggevorderd, inclusief de wettelijke rente. Indien nodig kan een volgende aanvraag van dezelfde ontvanger preventief worden geweigerd op basis van artikel 4:35 Awb, aldus de Aanwijzing.⁵³ Deze 'preventieve' weigeringsgrond kan worden toegepast als het bestuursorgaan concrete aanwijzingen heeft dat

⁵² En met uitzondering van manieren van bevoorschotting, email 17 juli 2018 van het Ministerie van OCW aan mij, mk.

⁵³ Artikel 14 van het Algemeen Reglement van het Filmfonds regelt eveneens dat een aanvraag voor subsidie kan worden afgewezen indien de aanvrager of de natuurlijke persoon die de aanvrager rechtsgeldig vertegenwoordigt niet aantoonbaar heeft voldaan aan voorschriften gesteld aan eerder door het bestuur toegekende subsidies, dan wel toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van één of meer verplichtingen verbonden aan een eerdere subsidieverlening of een uitvoeringsovereenkomst van het Fonds.

de te subsidiëren activiteiten de financiële of organisatorische mogelijkheden of deskundigheid van de aanvrager kennelijk te boven gaat.⁵⁴ Voor het Filmfonds lijkt dit een gemakkelijk te bewandelen weg die zal leiden tot vermindering van onjuiste en ondoelmatige besteding van subsidiebedragen. Als het bestuur aanwijzingen heeft dat sprake is gebruik van subsidiegelden anders dan is afgesproken en projectmedewerkers hierdoor niet betaald krijgen voor hun werk dan kan het de subsidieontvanger gericht schriftelijk bestuurlijk waarschuwen – met uitleg van de consequenties, bijvoorbeeld op grond van artikel 4:35 Awb, als een stok achter de deur. Grondslag van een afwijzing van subsidie voor een volgend filmplan van een producent zou dan gelegen kunnen zijn in het bepaalde in het eerste lid van artikel 4:35 Awb, onder b. Hier is bepaald dat een aanvraag kan worden geweigerd indien een gegronde reden bestaat om aan te nemen dat de aanvrager niet zal voldoen aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen. De wetgeschiedenis laat zien dat het Fonds deze afwijzingsgrond gedegen en concreet dient te motiveren. Het enkele feit dat een aanvrager in het verleden subsidiegelden oneigenlijk heeft gebruikt is volgens de Memorie van Toelichting op zichzelf onvoldoende grond voor een weigering, tenzij uit bijkomende omstandigheden blijkt dat sprake is van herhaald misbruik.⁵⁵

Strafrechtelijk ingrijpen

In gevallen van fraude dient volgens de Aanwijzingen altijd aangifte te worden gedaan bij het Openbaar Ministerie. Gedacht kan worden aan aangifte van oneigenlijk gebruik van subsidiegeld op grond van artikel 323a van het Wetboek van Strafrecht (Sr).⁵⁶ De materiële norm in artikel 323a Sr is in 2014 uitgebreid. Niet alleen oneigenlijk gebruik en misbruik van EU-subsidiegelden is strafbaar - maar daarnaast thans ook oneigenlijk gebruik en misbruik van subsidiegeld dat is verstrekt door of vanwege de Nederlandse overheid. Deze reikwijdte van artikel 323a Sr is verruimd naar aanleiding van de Wet ‘Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit’ van 19 november 2014 (Staatsblad 2014, 445) en in werking getreden op 1 januari 2015.⁵⁷ Ook kan worden vervolgd als sprake is van valsheid in geschrift (artikel 225 Sr). Een rechtspersoon, een ZBO, kan aangifte doen. Dat is geen probleem.⁵⁸ De Aanwijzing om altijd aangifte te doen als sprake is van fraude is conform artikel 162 van het Wetboek van Strafvordering (Sv): de verplichting tot aangifte

⁵⁴ Memorie van Toelichting bij derde tranche Awb, TK 1993-1994, 23 700, nummer 3, p. 59.

⁵⁵ Memorie van Toelichting bij derde tranche Awb, TK 1993-1994, 23 700, nummer 3, p. 59, 60. Vergelijk Rechtbank Utrecht 20 februari 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AO5514.

⁵⁶ De Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, Staatsblad 2014, 445.

⁵⁷ Van der Velden & De Jonge 2018.

⁵⁸ Van Strien 1996, p. 122.

door openbare colleges en ambtenaren, met afgifte van stukken aan de (hulp)officier van justitie. In het kader van artikel 162 Sv rust op grond van lid 1 deze verplichting tot het doen van aangifte op openbare colleges, ambtenaren en bepaalde rechtspersonen die in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van een strafbaar feit met de opsporing waarvan zij niet zijn belast. Deze plicht geldt op grond van lid 6 van artikel 162 Sv als de aangifteplichtige weet dat een feit zich heeft voorgedaan en in de redelijke veronderstelling verkeert dat dit feit kan worden gekwalificeerd als een misdrijf dat valt onder de reikwijdte van lid 1. Naast artikel 323a Sr kunnen de bepalingen inzake verduistering (art. 321 Sr) en oplichting (art. 326 Sr) relevant zijn, misdrijven die vrijwel altijd worden gepleegd als oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van subsidiegelden.⁵⁹

Sinds 1998 wordt misbruik en oneigenlijk gebruik van Nederlandse subsidiegelden vrijwel geheel bestuursrechtelijk gehandhaafd (Derde tranche algemene wet bestuursrecht).⁶⁰ Met de bredere strafbaarstelling via artikel 323a Sr met ingang van 2015 beoogt de wetgever een effectievere opsporing en vervolging van financieel-economische criminaliteit mogelijk te maken.⁶¹ De Memorie van Toelichting bij de wet stelt dat onder het ‘oude’ recht namelijk lang niet alle gevallen konden worden aangepakt en noemt als voorbeeld de subsidieontvanger die juiste informatie verstrekt aan het subsidieverstrekkende bestuursorgaan en deze subsidie op juiste gronden krijgt toegekend maar de toegekende subsidie vervolgens niet besteedt aan het doel waarvoor zij werd verstrekt. Strafrechtelijk ingrijpen kan dan voor herstel zorgen. Als het bestuursorgaan aangifte doet bij de politie en de subsidieontvanger/verdachte wil zich nog niet aan zijn verplichtingen houden, dan kan hij die (in theorie) opheffen door de subsidie terug te geven. Hij kan ook denken aan ‘legalisatie’: aan verdere vervolging door het OM valt gemakkelijk te ontkomen door de subsidiegelden alsnog te besteden aan het doel waarvoor zij zijn verstrekt. Tegen ‘aangifte doen’ door een ZBO staan voor de verdachte (laat staan voor een derde) geen reguliere bestuursrechtelijke mogelijkheden van bezwaar en beroep open.

Dubbele bestraffing?

Naast aangifte doen bij de politie en het informeren van het OM kan het bestuursorgaan overgaan tot intrekking en terugvordering van de subsidieverstrekking. De Awb bevat immers regels voor terugvordering van subsidiegelden (artikel 4:52 Awb). Een verweer van een

⁵⁹ Rosing 2012, p. 318.

⁶⁰ Vergelijk Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 191.

⁶¹ Memorie van toelichting bij het ontwerp van de wet ‘verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit’, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, kamerstuk 33685, nr. 3.

fraudeur is ooit geweest dat bestuurlijke terugvordering een punitieve sanctie is en geen herstelsanctie. Dit zou betekenen dat naast de terugvordering geen strafvervolgning door het OM zou mogen worden ingesteld omdat anders sprake zou zijn van dubbele bestraffing. Dit verweer is afgewezen: terugvordering betreft een op herstel gerichte maatregel omdat daarmee wordt beoogd de toekenning van de subsidie aan de gesubsidieerde/direct-belanghebbende geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken.⁶² Ook het CBb, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, oordeelde in 2016 dat de oplegging van een subsidiekorting terwijl voor dezelfde feiten ook een strafrechtelijke sanctie is opgelegd niet in strijd is met het ne-bis-in-idem-beginsel, omdat de korting niet van strafrechtelijke aard is.⁶³ Dit betekent dat het bestuursorgaan mag terugvorderen én dat het Openbaar Ministerie daarnaast mag vervolgen voor hetzelfde feit. De toelaatbaarheid van cumulatie van een terugvordering met een strafrechtelijke sanctie dient wel tegen de achtergrond van het evenredigheidsbeginsel te worden beoordeeld.⁶⁴ De subsidietitel van de Awb kent geen bevoegdheid toe aan een bestuursorgaan tot oplegging van een boete of een last onder dwangsom.

De intrekkingen

Om nakoming te bewerkstelligen hebben de cultuurfondsen de bevoegdheid tot verschillende intrekkingen op grond van de Awb die kunnen leiden tot voornoemde terugvordering van subsidiegelden. De intrekking van subsidie gebaseerd op gronden genoemd in artikel 4:48 Awb hebben te maken met fouten van of aanmerkingen op de aanvrager. Deze gronden komen overeen met de gronden in artikel 4:46 Awb. Van artikel 4:46 wordt gebruik gemaakt als pas bij de vaststellingsbeschikking blijkt dat een aanvrager onjuist heeft gehandeld. In dat geval kan de subsidie lager worden vastgesteld dan overeenkomstig de subsidieverlening – een gedeeltelijke intrekking. Van artikel 4:48 Awb wordt gebruik gemaakt als vóór de vaststellingsbeschikking wordt geconstateerd dat sprake is van onregelmatigheden. Deze intrekkingen- en wijzingsmogelijkheden zijn gebaseerd op de verleningsbeschikking en niet op de vaststellingsbeschikking.⁶⁵ De projectsubsidie kan dan dus ook op nihil worden vastgesteld en geheel worden teruggevorderd.⁶⁶ De reeds uitgevoerde activiteiten komen dan voor eigen

⁶² Vergelijk Centrale Raad van Beroep, CRvB 22 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP9716.

⁶³ CBb 16 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:65, met annotatie van J.E. van den Brink & L.W. Verboeket.

⁶⁴ Vergelijk ABRvS 30 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB1224, met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.

⁶⁵ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.

⁶⁶ Zie ook het ongepubliceerde besluit van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport d.d. 16 maart 2016 waarin projectsubsidie van bijna 700.000 euro van een stichting voor slachtoffers van seksueel misbruik op nihil werd vastgesteld en terug gevorderd (terugstorten binnen een maand!) aangezien een gezamenlijke methodiek niet was uitgewerkt [dossiermateriaal gekregen van de advocaat van de stichting, mk]. Vergelijk ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.

rekening.

Op grond van artikel 4:49 Awb heeft het subsidiërende bestuursorgaan daarnaast de bevoegdheid over te gaan tot intrekking van de vaststellingsbeschikking. Vaak is dat een reactie op het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen door de subsidieontvanger. Deze onvoorwaardelijke subsidievaststelling kan moeilijker worden ingetrokken dan de verleningsbeschikking.⁶⁷ Artikel 4:49 Awb is van toepassing als uit later opgekomen feiten of omstandigheden blijkt dat de subsidie te hoog is vastgesteld, de vaststelling onjuist was, de subsidieontvanger dat wist of behoorde te weten en/of de subsidieontvanger na de subsidievaststelling niet heeft voldaan aan de subsidie verbonden verplichtingen. Gezien de aard, herstelfunctie en bedoeling van de sanctie mag de intrekking door het bestuursorgaan ook dan niet verder gaan dan nodig is voor herstel van de legale situatie of preventie van herhaling van de onregelmatigheden. Anders is sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel maar dat niet alleen. De sanctie kan dan als onevenredig én daarnaast als bestraffend worden gekwalificeerd met als doel leedtoevoeging en daarvoor bieden de bepalingen in de subsidietitel van de Awb geen grondslag. Volgens de Afdeling kan een onevenredige herstelmaatregel een punitief bestraffend karakter hebben, zelfs als het bestuursorgaan geen oogmerk heeft gehad leed toe te voegen.⁶⁸

Voor intrekking op grond van artikel 4:49 moet de gesubsidieerde enig verwijt kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld als de gesubsidieerde na de vaststelling verwijtbaar of met kwade opzet niet meer aan zijn verplichtingen heeft voldaan.⁶⁹ Indien het bestuursorgaan bij de controle van de aanvraag tot subsidievaststelling de onregelmatigheden redelijkerwijs had kunnen ontdekken, kan een eventuele intrekking van het subsidievaststellingsbesluit wringen met het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel en kan het ontoelaatbaar worden geacht.⁷⁰ Terzijde dient te worden vermeld dat aan het uitblijven van bestuursrechtelijke maatregelen ter beëindiging van subsidiemisbruik of oneigenlijk gebruik van subsidiegelden een subsidieontvanger niet het vertrouwen mag ontnemen dat hij niet zal worden vervolgd door het OM.⁷¹

⁶⁷ Het bestuursorgaan kan dit volgens artikel 4:49 lid 3 Awb doen gedurende vijf jaar na de vaststelling van de subsidie.

⁶⁸ ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187, met annotatie van A. Tollenaar en F.R. Vermeer over de overgang van onevenredige herstelsancties naar punitieve sancties, waarbij het negatief retributieve principe de grenzen aangeeft van herstelsancties. Let wel, een volledige intrekking van subsidie in de vorm van een herstelsanctie is dus goed mogelijk, ook als het gesubsidieerde project al is uitgevoerd en de activiteiten al zijn verricht, vergelijk ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.

⁶⁹ Vergelijk Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 191.

⁷⁰ Van den Brink 2010, p. 79 e.v.

⁷¹ Hoge Raad 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, met annotatie van P.H.P.H.M.C. van Kempen.

De intrekkingen werken terug tot het tijdstip waarop de subsidie is verleend, zie artikel 4:48 lid 2 Awb, of is vastgesteld – zie artikel 4:49 lid 2 Awb – tenzij bij de intrekkingen anders is bepaald. Het Filmfonds kan de subsidieverlening eveneens intrekken of ten nadele van de subsidieontvanger wijzigen op grond van artikel 22 van het Algemeen Reglement van het Fonds. Als de subsidieontvanger niets kan worden verweten, kan dat een reden zijn om geen sanctie op te leggen.⁷² Bij beantwoording van de vraag of intrekking of wijziging van de subsidie gerechtvaardigd is, dient het bestuursorgaan rekening te houden met de ernst van de tekortkoming en de gevolgen van de verlaging voor de subsidieontvanger en derden - met het evenredigheidsbeginsel neergelegd in het tweede lid van artikel 3:4 Awb. Te vrezen valt dat als subsidie daadwerkelijk wordt ingetrokken, de subsidieontvanger niet alsnog de verplichtingen zal nakomen naar diegenen aan wie projectwerkzaamheden zijn uitbesteed.

Civielrechtelijke procedure tegen subsidieontvanger

Als het bestuursorgaan de subsidiebeschikking intrekt, dan kan het eveneens de civielrechtelijke weg bewandelen. Het kan hetzij door een buitengerechtelijke verklaring hetzij door een vordering in rechte (artikel 3:49 BW) volgens artikel 6:229 BW in beginsel ook de uitvoeringsovereenkomst vernietigen. De privaatrechtelijke weg bewandelen als verstrekte subsidies worden gebruikt voor een ander doel dan is afgesproken en het bewandelen van de bestuursrechtelijke weg kunnen na elkaar plaatsvinden of tegelijkertijd, aangezien in de civielrechtelijke procedure een andere rechtsvraag ter beoordeling voorligt dan bij de bestuursrechter.⁷³ Civielrechtelijke terugvorderingen kunnen plaats vinden op grond van: wanprestatie (artikel 6:74 e.v. BW), onrechtmatige daad (artikel 6:162 e.v. BW), onverschuldigde betaling (artikel 6:203 e.v. BW) en ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW).

⁷² ABRvS 8 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5252, met annotatie van C.L.G.F.H. Albers (Haagse woningverbeteringssubsidies).

⁷³ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 327.

3 **Rechtsbescherming voor derden**

3.1 **Inleiding**

Voordat de regisseur uit de casus schriftelijk zijn tweede formele klacht indient bij het Fonds heeft de directie van het Filmfonds hem telefonisch laten weten dat de ‘gewone’ bezwaarprocedure niet van toepassing is op zijn zaak aangezien de regisseur geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 van de Awb. Alleen belanghebbenden kunnen namelijk opkomen tegen besluiten. Wie geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb heeft in het algemeen geen recht om partij te zijn in procedures bij een bevoegdheidsuitoefening door een bestuursorgaan.⁷⁴ Om als belanghebbenden te worden gezien, moeten derden een actueel en objectief bepaalbaar, eigen, persoonlijk, (voldoende) direct geraakt belang hebben.⁷⁵

In onze casus verwijt de regisseur het Fonds zijn bevoegdheden niet te hebben gebruikt om te handhaven, onzorgvuldig handelen en het gedogen van subsidiemisbruik.⁷⁶ Tijdens de hoorzitting met de voorzitter van de bezwaarcommissie – dan in zijn rol als voorzitter van de klachtprocedure – laat de voorzitter in het midden of de regisseur in deze zaak belanghebbende is in de zin van de Awb:

‘Dat doet nu niet ter zake nu de [regisseur] geen bezwaar, maar in plaats daarvan een klacht heeft ingediend. Nu is de klachtprocedure van kracht en zal de voorzitter hierover een advies uitgeven aan de directeur/bestuurder van het Filmfonds’.⁷⁷

De vraag wie belanghebbenden zijn als een verzoek tot handhaving wordt ingediend, indien verzoekers menen dat gedogen van een situatie in strijd is met geldende regelgeving, is van groot belang voor derden die naleving van subsidievoorwaarden wensen. Sommige derden, zoals de regisseur, menen dat als subsidiegelden dreigen te worden ingetrokken of als er aangifte wordt gedaan, dit heel snel tot herstel zal leiden van een onrechtmatige in een rechtmatige situatie. Als sprake is van een besluit in de zin van de Awb dan kan een

⁷⁴ Nicolai & Klap 2012, p. 10.

⁷⁵ Nicolai & Klap 2012, p. 30 e.v.; Barkhuysen, De Kruij, Den Ouden & Schuurmans 2014, p. 31.

⁷⁶ Klacht Geschrift van de heer [regisseur] 15 november 2015, p. 1, 7 en 9. Het klachtschrift bevat op pagina 9 tevens een ingebrekestelling. Uit dit klachtschrift blijkt wederom dat de regisseur op 14 mei 2014 voor het eerst via email bij het Filmfonds heeft geklaagd over het oneigenlijk gebruik van het subsidiegeld door de producent. Het klachtschrift van eind november 2015 is de tweede schriftelijke klacht met verwijt aan bestuursorgaan niet handhavend te hebben opgetreden waardoor de regisseur financiële schade heeft geleden. Een klacht via email wordt door het Fonds behandeld als een schriftelijke klacht.

⁷⁷ Verslag van de zitting inzake het Klacht Geschrift van de heer [regisseur], Klachtprocedure Nederlands Fonds voor de Film, 5 januari 2016, p. 1.

belanghebbende bezwaar maken en beroep instellen op grond van artikel 7:1 jo 8:1 van de Awb. De regisseur had graag beroep willen instellen tegen het niet nemen van een besluit om te handhaven, omdat hij van mening is dat dit hem financieel raakt. Dan rijst de vraag of elke reactie van een bestuursorgaan op een verzoek per definitie een besluit is waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend? Dat is niet het geval. De weigering om te gedogen, als nog niet vast staat hoe handhavend zal worden opgetreden, kan bijvoorbeeld in beginsel niet als een besluit worden aangemerkt. Artikel 1:3 lid 1 Awb omschrijft een besluit namelijk als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling – als een beslissing gericht op een rechtsgevolg. Als een burger/producent een aanspraak krijgt die hij eerst niet had (bijvoorbeeld subsidie van het Filmfonds) dan is dat een publiekrechtelijk rechtsgevolg want hierdoor verandert de rechtspositie van deze burger ten opzichte van een bestuursorgaan. In artikel 6:2 van de Awb is daarnaast voor (bezwaar en) beroep vatbaar verklaard: (a) de schriftelijke weigering een besluit te nemen en (b) het niet tijdig nemen van een besluit.⁷⁸ Een besluit kan uit eigen beweging door een bestuursorgaan worden genomen of op aanvraag, op verzoek van een belanghebbende (artikel 1:3 lid 3 Awb). Rechters stellen weinig eisen aan de vorm van een aanvraag om een handhavingsbesluit te nemen; een klacht volstaat vaak.⁷⁹ Concurrenten en andere belanghebbenden kunnen tegen een besluit, na tijdig bezwaar, laagdrempelige en goedkope rechtsbescherming zoeken bij de bestuursrechter. Bij het uitblijven van een besluit op een aanvraag om een sanctiebesluit te nemen, kan meteen beroep bij de rechtbank worden ingesteld.⁸⁰ Volgens het eerste lid van artikel 4:17 Awb verbeurt het bestuursorgaan, als een beschikking op aanvraag niet tijdig wordt gegeven, aan de aanvrager een dwangsom voor elke dag dat het in gebreke is, voor ten hoogste 42 dagen. Voor bestuursrechtelijke bescherming is belanghebbendheid een vereiste in de zin van de Awb.⁸¹ Vraag is dan of een derde die een privaatrechtelijke overeenkomst heeft met de subsidieontvanger, zoals de regisseur, belanghebbende is in de zin van het eerste lid van artikel 1:2 Awb. Kunnen zijn brieven of emails met klachten en handhavingsverzoeken worden beschouwd als aanvragen in de zin van de Awb?

⁷⁸ Van Male, Oztürk & Van der Veen 2018; vergelijk Rechtbank Limburg 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7900 en de uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6782.

⁷⁹ Michiels, Blomberg & Jurgens, p. 322.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4962. Terzijde: in het vorige hoofdstuk is al vermeld dat tegen strafrechtelijke handhavingsinstrumenten en aangifte doen door een bestuursorgaan geen bestuursrechtelijke mogelijkheden van bezwaar en beroep openstaan.

3.2 Ontvankelijkheid

Een schriftelijke klacht van een derde over onregelmatigheden of overtredingen kan volgens de rechtspraak worden beschouwd als een verzoek om toezicht uit te oefenen of als een aanvraag tot handhavend optreden.⁸² Een klacht heeft in beginsel tot gevolg dat onderzoek wordt gedaan naar de gegrondheid van die klacht.⁸³ Een belanghebbende die nadeel ondervindt van het gedogen van een illegale situatie kan een verzoek tot handhaving indienen. In dit schriftelijk verzoek aan het bevoegde bestuursorgaan dient duidelijk te worden gemaakt waarom het noodzakelijk is dat het bestuur dient te handhaven.⁸⁴ Het handhavingsverzoek mag niet anoniem worden ingediend. Als het besluit negatief is en het bestuursorgaan niet tot handhaving overgaat, kan tegen dit besluit bezwaar worden aangetekend.⁸⁵ Met een brief kan een bestuursorgaan een verzoek ook gedeeltelijk afwijzen. Tegen dat besluit dient een derde-belanghebbende ook (tijdig) bezwaar te maken als hij het gedeeltelijk wil bestrijden. Het bestuursorgaan moet de door derden gemaakte bezwaren ontvankelijk of niet-ontvankelijk verklaren. Bij een eventueel verzoek van de regisseur van film X uit de casus tot handhaving door middel de intrekking ten nadele van de subsidieontvanger als deze subsidieverplichtingen niet naleeft, kan onze klager evenwel niet als belanghebbende worden ontvangen, omdat hij met dit besluit niets opschiet. Als regisseur van de film heeft hij geen rechtstreeks belang bij de (gedeeltelijke) intrekking van de aan de producent toegekende subsidie. Een voldoende causaal verband ontbreekt tussen een eventuele intrekking en het gestelde belang: (bestemming van de subsidiegelden voor het afgesproken doel waaronder) uitbetaling van het regiehonoraarium. In onze zaak is de regisseur daarnaast echter zelf ook producent van speelfilms, een concurrent van de producent van film X. De beide producenten zijn al jarenlang actief op dezelfde markt. Misschien kan onze klager in een andere hoedanigheid, op een andere wijze als belanghebbende worden aangemerkt?

Tegengestelde en parallelle belangen

Een handhavingsverzoek van een niet-belanghebbende is geen aanvraag, zie artikel 1:3 lid 3 Awb, en een eventuele bestuurlijke reactie daarop is géén besluit. Voor de ontvankelijkheid van bezwaar tegen een besluit moet het bestuursorgaan beoordelen of degene die bezwaar

⁸² Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 322; De Moor-van Vugt, Klap & De Lange 2017, p. 164. Vergelijk CBb 15 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM3228.

⁸³ De Moor-van Vugt, Klap & De Lange 2017, p. 164.

⁸⁴ Michiels, Blomberg & Jurgens, p. 322.

⁸⁵ Ibid.

maakt belanghebbende is in de zin van het eerste lid van artikel 1:2 Awb. Volgens die bepaling wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Onderscheid wordt dan gemaakt tussen derden met niet-parallelle, tegengestelde belangen en derden met een belang dat parallel loopt met het belang van de subsidieontvanger, de direct-belanghebbende. Als de belangen van een derde niet parallel lopen met het belang van de subsidieontvanger, dan heeft de derde doorgaans een eigen en rechtstreeks betrokken belang.⁸⁶

Concurrenten

Bij derden met eigen belangen die tegengesteld zijn aan de belangen van de subsidieontvanger gaat het meestal om concurrenten van de subsidieontvanger. Het bestuursorgaan dient dan aan te sluiten bij rechtspraak die inhoudt dat een derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij subsidiebesluiten kan worden aangemerkt, als de subsidie bedoeld is om bedrijfsactiviteiten te ondersteunen die worden uitgevoerd binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is.⁸⁷ Te denken valt aan andere producenten. Zij kunnen een concurrentiebelang hebben als ze om dezelfde subsidiepot ‘dansen’, bijvoorbeeld met bestemming productie en realisering Nederlandstalige speelfilms, en hun filmpplan eenzelfde doelgroep heeft als die van de direct-belanghebbende. Die concurrenten hebben een eigen belang. Of dit belang tevens een persoonlijk belang is dat hen onderscheidt van andere producenten hangt dus af van de vraag of de producenten in hetzelfde marktsegment, bijvoorbeeld gezien de doelgroep van deze Nederlandse film, en in hetzelfde regio of hetzelfde verzorgingsgebied activiteiten verrichten of willen gaan verrichten, Nederland bijvoorbeeld.⁸⁸ Op grond van hun concurrentiepositie dienen zij dan als belanghebbenden te worden aangemerkt. Daarbij kan worden meegewogen dat de met subsidie ondersteunde bedrijfsactiviteiten kunnen leiden tot omzetverlies bij de derde.⁸⁹ Directe concurrenten met overlap tussen hun werkterreinen en het werkterrein van de direct-belanghebbende kunnen ook als derde-belanghebbenden worden aangemerkt als zij het bestuur om handhaving verzoeken, bijvoorbeeld in verband met subsidiemisbruik door de direct-belanghebbende. Een derde/producent wiens concurrentiebelang rechtstreeks is

⁸⁶ Vergelijk Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 203; ABRvS 24 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4429, met annotatie van A.G.A. Nijmeijer.

⁸⁷ ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195, met annotatie van W. den Ouden.

⁸⁸ ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, r.o. 2.3.4. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2017, p. 148. In jurisprudentie wordt concurrentiebelang vrijwel altijd als een eigen, persoonlijk en objectief bepaalbaar belang gekwalificeerd.

⁸⁹ ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378.

betrokken bij een handhavingsbesluit, kan als belanghebbende worden aangemerkt. Volgens de Afdeling geldt dit ongeacht de vraag welke rol het concurrentiebelang bij het (nalen van het) nemen van dit besluit inhoudelijk speelt; het geldt ongeacht de vraag of het concurrentiebelang bij het nemen van dit besluit een rol kan spelen.⁹⁰ Het concurrentiebelang is rechtstreeks betrokken als het belang van de concurrent als feitelijk gevolg van het bestreden besluit wordt getroffen. Dit is het geval als de derde, de concurrent, in hetzelfde marktsegment werkzaam is als de direct-belanghebbende en binnen hetzelfde verzorgingsgebied. Zo overwoog de Afdeling in 2007 in de zaak van een ontwikkelaar van een outletcentrum in Roosendaal, die om handhaving verzocht van milieuwetgeving bij een outletcentrum in Lelystad, dat de gevestigde centra zich richtten op klanten uit een zeer groot gebied en het aannemelijk was dat deze gebieden elkaar gedeeltelijk overlaptten. Gelet hierop werd geconcludeerd dat het belang van ‘Roosendaal’ als belanghebbende, als directe concurrent rechtstreeks was betrokken bij het door de appellant aan het bevoegde stadsbestuur gevraagde besluit om handhaving van de milieuwetgeving bij het outletcentrum in Lelystad.⁹¹ Het bestuur had het bezwaar van de appellant ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. De regisseur in onze zaak heeft als concurrent/producent een tegengesteld belang aan dat van de subsidieontvanger. Men spreekt dan van een rechtstreeks betrokken belang, ook als hij een contractuele relatie heeft met de subsidieontvanger. Als producent met een tegengesteld belang kan hij worden aangemerkt als belanghebbende, als directe concurrent.⁹² Hij had dan bijvoorbeeld kunnen klagen bij het bestuursorgaan dat het subsidiegeld anders dan afgesproken niet werd gebruikt voor de uitbetaling van de cast en crew van film X maar voor de realisering van twee films in plaats van één. Hij had dan als concurrent-producent zijn verzoeken om handhaving moeten indienen en niet als regisseur van film X, aangezien hij als producent dezelfde diensten aanbiedt als de direct-belanghebbende. Ze bieden soortgelijke diensten aan en daardoor kan het oneigenlijk gebruik van subsidiegeld door de direct-belanghebbende de concurrentiepositie van die derde beïnvloeden. In jurisprudentie is in verschillende zaken aangegeven dat dan geen sprake is van een niet-rechtstreeks afgeleid belang, maar van een rechtstreeks betrokken belang als bedoeld in het eerste lid van artikel 1:2 Awb.⁹³ De derde/producent is degene die aannemelijk moet maken dat hij concurrent is.⁹⁴

⁹⁰ ABRvS 2 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP6340, r.o. 2.2.1; ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085, met annotatie van A.G.A. van 't Nijmeijer.

⁹¹ ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085, met annotatie van V.M.Y. van 't Lam.

⁹² De Waard 2010, p. 67.

⁹³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2173, met annotatie van F.R. Vermeer.

⁹⁴ ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.2.

Zo kan hij als belanghebbende het bestuur verzoeken handhavend op te treden tegen het niet naleven van de subsidievoorwaarden door de producent van film X en later eventueel beroep instellen wegens niet tijdig beslissen.⁹⁵ Het bestuur ontkomt dan niet aan een inhoudelijke behandeling van het handhavingsverzoek.

De leer van het afgeleid belang

Naast derden met tegengestelde belangen, dient het bestuursorgaan derden met ten opzichte van de subsidieontvanger parallelle belangen te onderscheiden. Om te voldoen aan het belanghebbendebegrip dient sprake te zijn van een direct verband tussen de nadelige rechtsgevolgen die iemand ondervindt en het door een bestuursorgaan genomen besluit. Bij een afgeleid belang ontbreekt dit directe verband en wordt de derde indirect getroffen in zijn belang, via een privaatrechtelijke contractuele relatie met de subsidieontvanger. Ook als sprake is van een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht wordt dan in beginsel geen belanghebbendheid aangenomen.⁹⁶ Een goed voorbeeld van een parallel afgeleid belang is dat van de werknemer als een werkgever geen subsidie meer krijgt.⁹⁷ Het belang van die werknemer loopt dan parallel aan dat van de aanvrager/subsidieontvanger, omdat het belang van de werknemer hetzelfde is als het belang van de ‘werkgever’. Beide belangen zijn namelijk gericht op het ontvangen van subsidie. Ook al heeft die derde wel belang bij een subsidietoekenning, hij kan dan volgens de hoofdregel niet worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van de Awb.⁹⁸

Uitzonderingen op de hoofdregel ‘Contractueel belang is afgeleid belang’

Hoofdregel in het subsidierecht is dus dat een derde met een contractueel belang, met een belang dat is afgeleid van het belang van de direct-belanghebbende, geen belanghebbende is. Dat veronderstelt dat het gaat om een parallel belang. In het verleden gold een strenge toepassing van deze hoofdregel in de rechtspraak.⁹⁹ Dit zorgde voor uitspraken die als onrechtvaardig werden beschouwd en vanuit het oogpunt van rechtsbescherming als onbevredigend. Omstreden was bijvoorbeeld een zaak van een werknemer van een gesubsidieerde instelling die niet in beroep kon komen tegen de intrekking van een subsidie van zijn werkgever, terwijl hij door deze intrekking werkloos raakte en zonder inkomen.¹⁰⁰

⁹⁵ Vergelijk Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:1373.

⁹⁶ Den Ouden, Jacobs & Verheij, p. 202 e.v.; J. Wieland, Annotatie bij CBb 13 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:319, *Algemeen Bestuursrecht* 2018/9.

⁹⁷ Centrale Raad van Beroep (CRvB) 16 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB6594.

⁹⁸ Vergelijk De Waard 2010, p. 62.

⁹⁹ Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 204.

¹⁰⁰ Ibid.

Vandaar dat in de jurisprudentie steeds vaker uitzonderingen op de hoofdregel worden gemaakt. Een derde met een afgeleid belang wordt dan toch als een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 van de Awb beschouwd. Hij dient dan wel naast dit afgeleide belang een zelfstandig belang te hebben. Uit de rechtspraak volgt dat een voldoende eigen zelfstandig belang kan blijken uit een beroep op mogelijke schending van fundamentele rechten.¹⁰¹

Schending fundamenteel recht – bijvoorbeeld op arbeid met inkomen als kenmerk

Een zelfstandig belang dat een derde kan hebben naast een afgeleid belang komt in de jurisprudentie voor als de mogelijkheid bestaat van schending van een (ander) fundamenteel recht. Het belang dat de derde ontleent aan zijn fundamentele recht wordt dan als voldoende zwaarwegend, zelfstandig en rechtstreeks beschouwd of als groter dan dat van de direct-belanghebbende, zodat hij toch als belanghebbende kan worden gezien.¹⁰² In een bekende zaak, de T-Mobile zaak genaamd, heeft de Afdeling geoordeeld dat als een reële mogelijkheid bestaat dat een derde als gevolg van de afwijzing van een verzoek in een fundamenteel recht wordt geschaad, daarin een voldoende eigen belang is gelegen om te kunnen worden aangemerkt als belanghebbende als bedoeld in de Awb.¹⁰³

In meer recente zaken is deze jurisprudentielijn bevestigd in relatie tot een aan het fundamentele recht op arbeid ontleend belang, waardoor derden beschikken over een voldoende eigen belang om als belanghebbenden te kunnen worden beschouwd.¹⁰⁴ Zo betrof de subsidiezaak van de Afdeling van september 2012 het recht op arbeid van de appellant. De Afdeling oordeelde dat de toegang tot de rechter verzekerd dient te zijn bij de potentiële schending van dit fundamentele recht. Daarvoor kan het nodig zijn het recht op arbeid met inkomen te hanteren bij de uitleg van het belanghebbendebegrip van artikel 1:2 Awb.¹⁰⁵ In het bestuursrecht wordt arbeid dus gezien als een fundamenteel recht.¹⁰⁶ Een wezenlijk kenmerk van arbeid is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt.¹⁰⁷ In sommige zaken waar sprake is van een reële

¹⁰¹ ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374, met annotatie van H.D. Tolsma.

¹⁰² De Poorter 2017; De Waard 2010, p. 74.

¹⁰³ ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396, AB 2008/9, met annotatie van B.W.N. de Waard; JB 2008/14, met annotatie van R.J.N. Schlössels.

¹⁰⁴ ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:847, met annotatie H.D. Tolsma (Toegang tot de rechter wegens potentiële schending fundamenteel recht op arbeid); vergelijk College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) 11 januari 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AN6260 en ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7724, met annotatie van T. De Jong & Y.E. Schuurmans.

¹⁰⁵ ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7724.

¹⁰⁶ ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:847, met annotatie van H.D. Tolsma (ontslagen cafébaas).

¹⁰⁷ Ibid; over inkomen als kenmerk van arbeid, vergelijk de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 19 februari 2004 - Zaak C-456/02. European Court Reports 2004 I-07573: ECLI:EU:C:2004:112.

mogelijkheid van schending van een fundamenteel recht van een derde als gevolg van de afwijzing van een verzoek kan of mag een derde niet verwachten dat de direct-belanghebbende bezwaar zal maken.¹⁰⁸ Dan is het beter als een derde een rechtsmiddel kan aanwenden.

Toegepast op onze zaak: de regisseur van film X heeft geen inkomen terwijl de producent met een deel van het regiehonarium en overig subsidiegeld ‘*in the pocket*’ de film en andere doelen heeft kunnen realiseren. Er lijkt op het eerste gezicht sprake te zijn van een reële mogelijkheid van een schending van een fundamenteel recht. Echter, de regisseur was niet in loondienst van de producent. En op het moment dat hij zijn klachten indiende, was de film al af. Hierdoor kan hij niet zijn geraakt in zijn recht op arbeid. Bij het besluit over de subsidietoekenning had de regisseur een afgeleid belang, maar was zijn belang onvoldoende rechtstreeks betrokken bij dit besluit als bedoeld in het eerste lid van artikel 1:2 Awb.¹⁰⁹

Immers, uit de eis van direct geraakt belang blijkt dat er een voldoende causaal verband moet zijn tussen de gevolgen van het besluit en de belangen van de belanghebbende.¹¹⁰

Door de focus op ‘afgeleid belang’ en op grond- en mensenrechten kan gemakkelijk het belang uit het zicht raken. Steeds dient nagegaan te worden welk belang precies wordt geraakt en of dat belang enkel via de contractuele verhouding of ook rechtstreeks wordt geraakt. Als voormalige projectmedewerker heeft de regisseur geen belang bij (gedeeltelijke) intrekking van de subsidie door het bestuursorgaan. De toepassing van het leerstuk van het afgeleid belang is in een dergelijke situatie onnodig. In onze casus kon het bestuursorgaan de regisseur van film X dus niet als belanghebbende ontvangen als bedoeld in artikel 1:2 lid 1 Awb na zijn klachten over het niet nemen van een handhavingsbesluit door het Filmfonds.

Algemeen of collectief belanghebbenden

In zijn klachtschrift stelt de regisseur dat hij niet alleen voor zichzelf bezwaar maakt tegen het nalaten door het Filmfonds. Het gaat hem ook om het algemeen belang: bestrijding van het

¹⁰⁸ CBb 11 januari 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AN6260, met annotatie van J.H. van der Veen.

¹⁰⁹ Vergelijk Rechtbank Gelderland 13 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3146. De president van de Centrale Raad van Beroep heeft een conclusie over afgeleid belang in het sociale domein aan advocaat-generaal Widdershoven gevraagd in twee bij de CRvB aanhangige zaken. Zijn conclusie is op 8 november 2018 gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, CRvB 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474. Afgeleid belang kan aan een derde worden tegengeworpen als zijn belang parallel loopt met dat van de direct-belanghebbende en zijn belang uitsluitend via een contractuele relatie met de direct-belanghebbende bij dat besluit is betrokken. Die derde kan dan niet bij de bestuursrechter procederen over een besluit van een bestuursorgaan gericht aan de direct-belanghebbende (een subsidieontvanger bijvoorbeeld).

¹¹⁰ ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9028.

schofterige gedrag in de Nederlandse filmwereld.¹¹¹ ‘Dan moet hij een stichting oprichten’, zei een rechtsgeleerde van naam toen ik dit vertelde. De vraag rijst dan wie op grond van het derde lid van artikel 1:2 als belanghebbende kan worden beschouwd? De tekst van dit wetsartikel bepaalt dat bij rechtspersonen de algemene of collectieve belangen die ze blijkens hun statuten en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen, als hun belangen worden beschouwd. Stichtingen kunnen onder omstandigheden opkomen voor een niet-materieel algemeen belang zoals de bestrijding van schofterigheid in de filmwereld. Als een stichting in dit algemene belang dat zij krachtens haar statuten in het bijzonder behartigt rechtstreeks wordt geraakt dan kan deze rechtspersoon belanghebbende zijn. Tenminste, als dat belang wordt geschaad ten gevolge van het nalaten van het Filmfonds.

Een stichting of vereniging kan dus onder omstandigheden belanghebbende zijn in de zin van artikel 1:2, lid 3 Awb.¹¹² Die kan dan als belanghebbende worden ontvangen als er een voldoende direct causaal verband is tussen het voldoende specifiek omschreven belang van de rechtspersoon - zoals omschreven in de statuten - en een besluit, zoals een gedoogbesluit of nalaten te reageren indien de rechtspersoon een verzoek tot handhaving indient in verband met oneigenlijk gebruik van door een Fonds verstrekte subsidiegelden. Als het niet gaat om een algemeen belang maar om een collectief belang, dan moet de betrokken vereniging wel opkomen voor dat collectieve belang van die vereniging en niet voor het belang van een individueel lid.¹¹³ Een stichting heeft geen leden dus een stichting behartigt geen collectief belang van leden. Een stichting behartigt een algemeen belang. Een stichting is belanghebbende indien uit haar statuten én feitelijke werkzaamheden blijkt dat haar belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken.

Anders dan de klager/regisseur uit onze zaak misschien aanneemt, kan het bestuur hem dus niet als algemeen belanghebbende beschouwen als bedoeld in het derde lid van artikel 1:2 Awb. Hij treedt op voor zijn eigen individuele vermogensrechtelijke belang. Dat hij met zijn klachten en zijn bezwaar een algemeen belang wil behartigen, doet daaraan niet af.

Procesbelang

In artikel 8:1 Awb staat dat een belanghebbende tegen een besluit beroep kan instellen. Dit geeft een derde-belanghebbende/concurrent de mogelijkheid om het bestuursorgaan via de bestuursrechter tot optreden te bewegen. De bestuursrechter is niet bevoegd als geen sprake is

¹¹¹ Verslag van de zitting van 5 januari 2016 inzake het Klacht Geschrift d.d. 15 november 2015 van de heer [regisseur], p. 1.

¹¹² Voor de precieze vereisten, zie ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6406.

¹¹³ De Poorter & Visser 2008.

van een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb zoals aangifte doen. De reactie van het Filmfonds kan worden beschouwd als een niet tijdig nemen van een besluit op het verzoek van een derde-belanghebbende om te handhaven – als de derde zijn verzoek had gedaan als concurrent-producent.¹¹⁴ Derden kunnen daartegen beroep instellen als zij belanghebbenden zijn in de zin van artikel 1:2 Awb. Naast dit rechtsbelang is in de jurisprudentie echter nog een eis geformuleerd, namelijk dat de vordering tot resultaat kan leiden, dat sprake dient te zijn van procesbelang.

Procesbelang betekent dat de belanghebbende met zijn beroep iets moet hebben aan de uitkomst van de procedure die hij wil starten, iets moet kunnen krijgen dat hij nog niet heeft. De derde-belanghebbende/concurrent dient procesbelang te hebben bij de vernietiging van het bestreden besluit.¹¹⁵ Het beroep moet kunnen leiden tot tegemoetkoming aan zijn bezwaren. Het moet een bijdrage kunnen leveren aan het doel dat de appellant heeft met het instellen van beroep. Wie niets heeft aan een uitspraak van een bestuursrechter, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan hangende het beroep aan de bezwaren is tegemoetgekomen, heeft geen procesbelang meer. De rechter zal het beroep dan niet-ontvankelijk verklaren.¹¹⁶ Dit staat niet in de Awb, maar wordt gevonden in jurisprudentie.¹¹⁷ Indien na een eventuele intrekking van subsidie de direct-belanghebbende verplichtingen jegens een derde nooit meer zal kunnen nakomen dan valt dat in beginsel onder de eigen verantwoordelijkheid van die subsidieontvanger. Het is dus mogelijk dat de rechter na beroep door een derde/concurrent een streep zet door een gedoogbeschikking of het niet nemen van een handhavingsbesluit.

3.3 De civielrechtelijke weg

De klager uit onze casus kan dus als regisseur niet naar de bestuursrechter stappen. Als hij betaling voor de door hem geleverde arbeid met het toegekende subsidiegeld wil bewerkstelligen en beëindiging van een deel van de geconstateerde onregelmatigheden, dan kan hij de civielrechtelijke weg bewandelen en kiezen voor een actie op grond van onrechtmatige daad (6:162 BW) of wanprestatie (6:74 BW) gericht tot de subsidieontvanger met wie hij een contractuele relatie heeft. De rechtbank Gelderland heeft in een vonnis op 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8358, bevestigd dat betalingsonwil jegens projectpartners, het schenden van de verplichting om subsidie door te betalen, kan leiden tot

¹¹⁴ Zie voetnoot 10.

¹¹⁵ Michiels, Blomberg & Jurgens, p. 307; Damen e.a. 2013, p. 153.

¹¹⁶ De Poorter 2017.

¹¹⁷ Vergelijk De Poorter & De Waard 2003.

bestuurdersaansprakelijkheid. Dit hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Duidelijk moet worden gemaakt dat het (productie)bedrijf van de subsidieontvanger een deel van de subsidie onder zich heeft gekregen met als enig doel om deze door te leiden naar de derde, bijvoorbeeld vanwege de regieovereenkomst. Daarnaast moet duidelijk zijn dat de subsidieontvanger heeft bewerkstelligd of toegelaten dat zijn bedrijf zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daardoor aan de wederpartij schade berokkent. Voor derden met een 'kleine' vordering zullen de procedurele en financiële drempels van de civielrechtelijke weg helaas meestal te hoog zijn. Zo heeft de regisseur uit onze casus conservatoir beslag laten leggen op een bankrekening en een vermogensbestanddeel van de producent. Dit heeft hem veel tijd, zorgen en geld gekost: de advocaatskosten en kosten die de beslagen met zich brachten bedroegen meer dan 20.000 euro.

4. Conclusie en aanbevelingen

Subsidierecht valt onder het bestuursrecht, met inbegrip van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van bezwaar en beroep. Dit verslag laat zien dat de positie van de derde in de bestuurlijke en rechterlijke fase zwak is. Klachtschriften van derden die binnenkomen bij een bestuursorgaan kunnen worden beschouwd als een verzoek om toezicht uit te oefenen of als een aanvraag om handhavend op te treden. Een bestuursorgaan zoals het Filmfonds kan een (handhavings)besluit uit eigen beweging of op aanvraag, op verzoek van een belanghebbende nemen.

Als sprake is van oneigenlijk gebruik van subsidiegelden dan lijken de intrekking, het lager vaststellen en terugvorderen van de subsidie de belangrijkste handhavingsinstrumenten om herstel te bewerkstelligen. Bij beantwoording van de vraag of een (gedeeltelijke) intrekking gerechtvaardigd is, moet rekening worden gehouden met de ernst van de tekortkoming en de gevolgen van de verlaging voor de subsidieontvanger én derden. Handhaving kan onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, soms zodanig dat van optreden en herstel in een concrete situatie wordt afgezien. Het Filmfonds kan echter ook gebruik maken van de bestuurlijke waarschuwing of eisen dat subsidieverplichtingen worden nagekomen met als stok achter de deur de (gedeeltelijke) intrekking en/of wijzen op de preventieve weigeringsgrond van 4:35 lid 1 sub b Awb, mocht de overtreder/producent in de toekomst opnieuw een aanvraag voor een filmplan indienen. Daarnaast bestaan mogelijkheden van civielrechtelijke terugvorderingen en van ‘aangifte doen’. Het Fonds dient niet alleen volgens de Aanwijzingen voor subsidieverstreking van de MP maar ook volgens de aangifteplicht van artikel 162 Sv strafrechtelijk optreden te bewerkstelligen als de subsidieontvanger zich in het kader van de subsidieverhouding schuldig heeft gemaakt aan oneigenlijk gebruik van Nederlandse gemeenschapsgelden en/of verduistering of oplichting. Ook ‘aangifte doen’ kan tot herstel leiden van een onrechtmatige situatie in een rechtmatige: om verdere vervolging te voorkomen of door inkeer bij de subsidieontvanger kan hij de subsidiegelden alsnog voor het doel gebruiken waarvoor ze zijn verstrekt en derden/projectmedewerkers betalen voor reeds geleverd werk aan het gesubsidieerde project. Soms kunnen derden als belanghebbenden bezwaar maken tegen een besluit waaronder het niet (tijdig) nemen van een besluit. Zij dienen dan een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang te hebben en geen afgeleid belang. Een strikte lijn van niet-ontvankelijk verklaren van derden die hun belang bij een bestreden besluit ontleen aan een contractuele verhouding met direct-belanghebbenden wordt bekritiseerd. Die contractuele verhouding duidt weliswaar op

een afgeleid belang, hetgeen volgens vaste rechtspraak aan ontvankelijkheid in de weg staat, maar daarvan wordt in jurisprudentie steeds vaker afgeweken. Dreigende schending van fundamentele rechten rechtvaardigt toegang tot de bestuursrechter, zoals het recht op arbeid met als tegenprestatie loon of beloning. De regisseur uit de casus meent een financieel belang te hebben dat verweven is met het subsidieverleningsbesluit en het vaststellingsbesluit. Steeds dient nagegaan te worden welk belang precies wordt geraakt en of dat belang enkel via de contractuele verhouding of ook voldoende rechtstreeks wordt geraakt. Door zijn afgeleide financiële belang kan hij niet als belanghebbende als bedoeld in de Awb worden aangemerkt. Dit is begrijpelijk, aangezien de betaling van het honorarium niet een direct gevolg is van het subsidiebesluit. De regisseur voelt zich eveneens belanghebbende bij handhaving, omdat hij niet betaald kreeg voor zijn werk door het oneigenlijke gebruik van de subsidie. Aan een bestuursrechtelijk handhavingsbesluit zoals de intrekking heeft hij echter niets, zodat er ook geen voldoende causaal verband is tussen zijn financiële belang en een dergelijk besluit. Bij dat besluit kan de regisseur evenmin als belanghebbende worden aangemerkt.

Als directe concurrent-producent zou de klager wel een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar en actueel belang hebben gehad dat rechtstreeks bij handhaving was betrokken. Als concurrent had hij het bestuur wel om handhaving kunnen verzoeken, bezwaar kunnen maken en als belanghebbende naar de rechter kunnen stappen. Het bestuursorgaan en de rechter hebben geen onderzoeksplicht. De derde/producent dient aannemelijk te maken dat hij concurrent is. Bij de rechter kan een aangebrachte zaak dan toch nog stuk lopen: de appellant moet namelijk bij wat hij wenst te bereiken voldoende procesbelang hebben. Dit ontbreekt als de vordering de belangen van de appellant niet baten. De civielrechtelijke weg staat wel wijd open voor de regisseur en andere projectmedewerkers. Vergeleken met de bestuursrechtelijke weg is deze route echter niet goedkoop en niet laagdrempelig.

Omdat bestuurlijk ingrijpen voor iedereen beter is als sprake is van misbruik van subsidie zoals in de casus, kunnen verschillende aanbevelingen worden geformuleerd. Het verdient aanbeveling bij de subsidieverlening te bepalen dat subsidieontvangers met onjuist bestedingsgedrag of betalingsonwil het nog niet overgemaakte deel van het totale subsidiebedrag voor het project - die subsidievordering die niet persoonlijk is maar gebonden aan een filmproject – deels overdragen aan het Fonds zodanig dat projectmedewerkers die nog niet zijn betaald alsnog worden beloond voor hun werk (vergelijk de ruime formulering van artikel 4:71 lid 1 sub f Awb).

Het Fonds dient consequent en altijd te reageren met geschikte instrumenten op niet-naleving van subsidieverplichtingen. Indien sprake is van subsidiefraude verdient het aanbeveling

consequent aangifte te doen, conform de aangifteplicht van artikel 162 Sv. Dit zal het bestuur minder beleidsvrijheid geven en subsidieontvangers minder ruimte om misbruik te maken van subsidiegelden. Het zal de positie van medewerkers aan een gesubsidieerd filmproject versterken. Indien hiertegen weerstand bestaat, dan verdient het aanbeveling te bedenken dat publiek geld verplicht – subsidieontvangers én bestuursorganen.

Literatuur

Antonis 2018

J.A.P.N. Antonis, *Lexplicatie, commentaar op art. 4:21 Awb; Bronnen en citaten; Parlementaire behandeling*. Wolters Kluwer Nederland BV, actueel t/m 04-04-2018.

Barkhuysen 2017

T. Barkhuysen, Van waarschuwing tot handhavingsbesluit: juridische gevolgen en rechtsbescherming. Amsterdam: Stibbe, september 2017.

Barkhuysen, De Kruif, Den Ouden & Schuurmans 2014

T. Barkhuysen, C. de Kruif, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk* (zevende, geheel herziene druk). Deventer: Kluwer 2014.

Borman 2017 a

T.C. Borman, Tekst & Commentaar Awb, commentaar op art. 4:21 Awb. Begripsomschrijving en reikwijdte. In *Tekst & Commentaar*. Deventer: Wolters Kluwer 2017, actueel t/m 01-11-2017.

Borman 2017 b

T.C. Borman, T&C Awb, commentaar op art. 4:36 Awb. *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Uitvoeringsovereenkomst bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 4:36 [Subsidie-overeenkomst], actueel t/m 01-11-2017.

Van den Brink 2010

J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman (redactie), *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Preadviezen Jonge VAR 2010-8). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 65-141.

Damen e.a. 2013

L.J.A. Damen, H.E. Broring, H.B. Winter, B.J. Schueler, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort & K.J. de Graaf, *Bestuursrecht 2: Rechtsbescherming tegen de overheid*. Bestuursprocesrecht, vijfde druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van Ettekoven e.a. 2018

B.J. van Ettekoven, T. Hartlief, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, B.J. Schueler, R.J.B. Schutgens, M.K.G. Tjepkema & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno

2018: de stand van de rechtsontwikkeling', *Overheid en Aansprakelijkheid*, Aflevering 2, 2018/23.

Heinrich, Batting & Veldhuis 2017

J.P. Heinrich, M.L. Batting & R.W. Veldhuis, 'Handhaving van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, Aflevering 6 2017/22.

Klap 2012

A.P. Klap, 'Prioriteringsbeleid in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving: tussen praktische noodzaak en juridische bezwaren', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2012, p. 326-342.

Van Male, Oztürk & Van der Veen 2018

R.M. van Male, T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, 'Bestuurshandelingen', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2018/50.

Michiels, Blomberg & Jurgens 2016

F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2016.

De Moor-Van Vugt 2016

A.J.C. de Moor-Van Vugt, 'Van raamprofielen en Fehlentscheidungen: wat er gebeurde na het arrest BUG-Alutechnik', in W. den Ouden, L. Damen, S. Jansen, T. Nijmeijer & R. Ortlep (redactie), *100 jaar AB*. Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 161-165.

De Moor-Van Vugt, Klap & De Lange 2017

A.J.C. de Moor-Van Vugt, A.P. Klap & T. de Lange, 'Parallele handhaving: match of mismatch? Het combinatieprincipe opnieuw bezien', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, Aflevering 6, 2017, pp. 164-173.

Nederlands Filmfonds 2014

Nederlands Filmfonds, *Handboek financiële verantwoording Nederlands Fonds voor de Film*. Amsterdam: Nederlands Filmfonds 2014.

Nederlands Filmfonds 2018

Nederlands Filmfonds, *Financieel & Productioneel Protocol van het Nederlands Filmfonds*. Amsterdam: Nederlands Filmfonds 2018.

Nicolaï & Klap 2012

P. Nicolaï & A.P. Klap, *Kernbegrippen Awb*. Amsterdam: Factotum 2012.

Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht* (tweede herziene druk). Deventer: Kluwer 2011.

Pennarts 2016

H.F.T. Pennarts, Commentaar op Algemene wet bestuursrecht art. 4:21, *Bestuursrecht*, 8 februari 2016.

De Poorter 2017

J.C.A. de Poorter, 'Belanghebbende. Commentaar op artikel 1 Awb', in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter (redactie) *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*. Actueel t/m 1 november 2017.

De Poorter & De Waard 2003

J.C.A. de Poorter & B.W.N. de Waard, 'Het procesbelang in bestuursrechtelijke procedures', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2003, p. 105-115.

De Poorter & Visser

J.C.A. de Poorter en M.N. Visser, 'Het belanghebbendebegrip in beweging', *Gemeentestem* 2008, 7288, p. 29-37.

Rosing 2012

M. Rosing, 'Witteboordencriminelen harder aanpakken? Over nut en noodzaak van het concept-wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'', *Strafblad* september 2012, p. 317-321.

Schlössels & Zijlstra 2017

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, door R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zevende druk van de onderwijseditie, Band 1. Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Strien 1996

A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces. Een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen*. Den Haag: Sdu 1996.

De Waard 2010

B.W.N. de Waard, 'Afgeleid belang', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, aflevering 2, 2010, p. 62-80.

Van der Velden & De Jonge 2018

A.J. van der Velden & D.N. de Jonge, Commentaar op artikel 323a Sr. Misbruik van middelen. *Tekst & Commentaar Strafrecht*, actueel t/m 05-04-2018.

Jurisprudentie

ABRvS 30 maart 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AE8226.

ABRvS 8 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5252.

ABRvS 30 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB1224.

ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3664.

ABRvS 6 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE9914.

ABRvS 21 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ3659.

ABRvS 10 november 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR5450.

ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2173.

ABRvS 28 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU3767.

ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9822.

ABRvS 24 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4429.

ABRvS 28 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9453.

ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085.

ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396.

ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6406.

ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186.

ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9028.

ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187.

ABRvS 2 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP6340.

ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428.

ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4962.

ABRvS, 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195.

ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683.

ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7724.

ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374.

ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378.

ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:847.

ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1511.

ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3300.

ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.

ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:323.

ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.

ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449.

ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2309.

ABRvS 16 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2378.

CBb 11 januari 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AN6260.

CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180.

CBb 15 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM3228.

CBb 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:146.

CBb 16 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:65.

CRvB 22 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP9716.

CRvB 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474.

CBb 13 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:319.

CBb 6 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:168.

CRvB 16 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB6594.

HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7 (Ontvankelijkheid OM na bestuurlijk gedogen).

Rechtbank Amsterdam 22 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:961.

Rechtbank Gelderland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8358.

Rechtbank Gelderland 13 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3146.

Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6782.

Rechtbank Limburg 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7900.

Rechtbank Rotterdam 20 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1373.