CONCEPT

Advies

voor gemeente Utrecht, t.a.v. Gerrit van Henniphof
van Daan Corver en Sandra van Heukelom
datum 5 oktober 2018
betreft Aanpassen ASV Utrecht aan initiatiefvoorstel en motie
zaaknr 11008877

1 Inleiding

1.1 U heeft ons om subsidierechtelijk advies[1] gevraagd ten aanzien van de mogelijkheid om het 'Initiatiefvoorstel Gelijke behandeling van arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld (payrolling en goed werkgeverschap)' (hierna: het Initiatiefvoorstel) en de 'Motie – 'Geen subsidie voor slechte werkervaringsplekken' (hierna: de Motie) in de Algemene Subsidieverordening 2014 (hierna: ASV 2014) te verwerken. Hieronder gaan wij eerst in op het Initiatiefvoorstel (2.1 – 2.8) en vervolgens op de Motie (3.1 -3.2).

2 Initiatiefvoorstel

2.1 In lijn met het Initiatiefvoorstel wordt een wijziging van het gemeentelijk subsidiekader beoogd, die dient te bereiken dat de negatieve effecten van payrolling worden uitgesloten bij partijen waarmee een subsidierelatie wordt aangegaan, zoals daar ook binnen de eigen gemeentelijke organisatie en in het kader van het opdrachtgeverschap gevolg aan gegeven wordt. Overeenkomstig het Initiatiefvoorstel wordt het wenselijk geacht om verplichtingen omtrent gelijke beloning van arbeidskrachten op te leggen aan de subsidieontvanger. De vraag is of de Awb dit toelaat.

2.2 Voorop gesteld moet worden dat de eis omtrent gelijke beloning niet kan worden aangemerkt als verplichting in de zin van artikel 4:38 Awb. Dit artikel heeft betrekking op verplichtingen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Het stellen van de eis van gelijke beloning is een verplichting die niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. De eis omtrent gelijke beloning moet dan ook aangemerkt worden als een niet-doelgebonden verplichting in de zin van artikel 4:39 Awb. Dit artikel bepaalt dat niet-doelgebonden verplichtingen slechts aan de subsidie kunnen worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is

[1] Wij hebben in lijn daarmee de voorstellen niet nader getoetst op eventuele strijdigheid met andere hogere (Europese regelgeving).

bepaald (lid 1). In het tweede lid is voorts opgenomen dat deze verplichtingen slechts betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.

2.3 Van belang is dus allereerst dat de eis omtrent gelijke beloning in een wettelijk voorschrift moet worden opgenomen. Een algemene verwijzing in de ASV 2014 naar artikel 4:39 Awb, inhoudende dat in de subsidieverleningsbeschikking niet-doelgebonden verplichtingen kunnen worden opgenomen, is daarvoor niet voldoende.

2.4 Los van bovenstaande is het de vraag of een eis omtrent gelijke beloning in de ASV 2014 überhaupt voldoet aan de voorwaarden van artikel 4:39 Awb. In het tweede lid van dit artikel is immers aangegeven dat verplichtingen als bedoeld in dit artikel betrekking moeten hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. In het licht van recente jurisprudentie is het op z'n best twijfelachtig of hiervan sprake is bij het stellen van algemene eisen van gelijke beloning voor alle subsidies die worden verstrekt.

2.5 Uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) lijkt te kunnen worden afgeleid dat per geval (en dus per (nadere) subsidieregeling) gemotiveerd moet worden dat en waarom aan de eisen van artikel 4:39 lid 2 Awb wordt voldaan. Van het stellen van een normbedrag voor inkomens is in ieder geval geoordeeld dat dit te ver verwijderd staat van de gesubsidieerde activiteit om als een geoorloofde verplichting in de zin van artikel 4:39 lid 2 Awb aangemerkt te kunnen worden (ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177 en ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348).

2.6 In het algemeen neemt de Afdeling (in navolging van de regering in de memorie van toelichting bij artikel 4:39 Awb) aan dat met de bevoegdheid tot het opleggen van oneigenlijke subsidieverplichtingen terughoudend moet worden omgegaan. Zij toetst dergelijke verplichtingen dus redelijk streng (zie bijvoorbeeld: ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3563).[2]

2.7 Uit de aangehaalde jurisprudentie blijkt dat de eisen in artikel 4:39 lid 2 Awb strikt worden getoetst, hetgeen past bij de beschermingsgedachte van de Awb, en dat bepalend is of er een verband bestaat tussen de wijze waarop de gesubsidieerde activiteiten worden verrichten en de eis omtrent gelijke beloning. Als gelijke beloning

[2] Hoewel dat met betrekking tot weigeringsgronden niet uitdrukkelijk volgt uit de subsidietitel van de Awb, heeft de Afdeling bepaald dat weigeringsgronden voor subsidieverstrekking via de band van artikel 3:3 Awb (het verbod van détournement de pouvoir) aan dezelfde eisen moeten voldoen als subsidieverplichtingen op grond van artikel 4:39 Awb. Te weten, een wettelijke grondslag en 'voldoende verband' tussen de gehanteerde weigeringsgrond en het doel waarvoor de subsidie zou kunnen worden toegekend (ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774).

gezien moet worden als een zelfstandig beleidsdoel dat voor alle subsidiabele activiteiten geldt, is het opleggen van deze niet-doelgebonden verplichtingen volgens de bestuursrechter niet toelaatbaar. Dit zou eventueel anders kunnen zijn, indien het vereiste slechts geldt ten aanzien van specifieke activiteiten, waarvan aangetoond kan worden dat er een verband bestaat tussen de wijze waarop die specifieke activiteit wordt verricht en de eisen omtrent gelijke beloning. Dat zou ervoor pleiten om per (nadere) subsidieregeling te bezien of een verplichting tot gelijke beloning aan de orde zou kunnen zijn.

2.8 Mocht de gemeente de verplichting toch graag in de ASV 2014 willen opnemen, dan lijkt artikel 19 ASV de aangewezen plaats. De tekst van Beslispunt 3 van het Initiatief-raadsvoorstel kan dan als verplichting worden geformuleerd. Het is raadzaam in de toelichting te motiveren dat en waarom er voldoende verband bestaat tussen de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verkregen, en de eis van gelijke beloning. U heeft hiervoor eerder van ons een tekstvoorstel ontvangen. Het betreft hier zoals eerder aangegeven nadrukkelijk geen weergave van een zienswijze onzerzijds dat deze uitwerking de strikte toets van de bestuursrechter kan doorstaan; het betreft louter de uitwerking en motivering die naar ons inzicht het meeste kans van slagen heeft.

3 Motie

3.1 In lijn met de Motie wordt een wijziging van het gemeentelijk subsidiekader beoogd, waarmee het aanbieden van oneigenlijke werkervaringsplekken en werkervaringsplekken met een te lage vergoeding wordt tegengegaan. Het is – zo hebben wij begrepen – de bedoeling een verplichting op te leggen aan alle subsidieontvangers, niet enkel subsidieontvangers die subsidie ontvangen voor het aanbieden van werkervaringsplekken of subsidieontvangers die in het kader van de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten gebruik maken van de personen die ter invulling van hun werkervaringsplaats werkzaamheden uitvoeren.

3.2 Gegeven het hierboven geschetste kader voor niet-doelgebonden verplichtingen kan hetgeen met de Motie wordt beoogd ons inziens niet bereikt worden op een wijze die de strikte toets van de bestuursrechter zal kunnen doorstaan. Het stellen van een dergelijke verplichting staat simpelweg te ver verwijderd van de gesubsidieerde activiteit om als een geoorloofde verplichting in de zin van artikel 4:39 lid 2 Awb aangemerkt te kunnen worden. Zou de verplichting zich beperken tot subsidies voor werkervaringsplekken, dan is de kans van slagen – uiteraard afhankelijk van de uitwerking – aanzienlijk groter. Dan ligt ons inziens evenwel een uitwerking in een nadere subsidieregeling voor de hand, niet een uitwerking in de ASV 2014.

4 Afsluiting

Resumerend achten wij het waarschijnlijk (wat betreft het Initiatief), respectievelijk hoogstwaarschijnlijk (wat betreft de Motie), dat een bestuursrechter, mocht het komen tot een procedure, bepalingen in de ASV 2014 met de boogde strekking onverbindend zal achten. Dat betekent dat een subsidieontvanger niet op grond van de verplichtingen kan worden afgerekend bij de subsidievaststelling (op grond van artikel 4:46 Awb lid 2 sub b Awb).