

VU Research Portal

Stichting Cultuur Eindhoven: het gesloten stelsel van de Gemeentewet revisited

de Greef, RJMH

published in

Jurisprudentie bestuursrecht plus
2021

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Greef, RJMH. (2021). Stichting Cultuur Eindhoven: het gesloten stelsel van de Gemeentewet revisited: Over het bevoegdheidsstelsel van de Gemeentewet in relatie tot de Grondwet en de Algemene wet bestuursrecht. *Jurisprudentie bestuursrecht plus*, 2021(2), 49-66. Article 5. https://opmaat-sdu-nl.vu-nl.idm.oclc.org/book/SDU_SDU_GENERIC_g_SDU_JBPL022021_375241/g-SDU_JBPL022021_375241

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

5. Stichting Cultuur Eindhoven: het gesloten stelsel van de Gemeentewet revisited

Over het bevoegdheidsstelsel van de Gemeentewet in relatie tot de Grondwet en de Algemene wet bestuursrecht

Mr. R.J.M.H. de Greef

De Afdeling deed onlangs een belangwekkende uitspraak over de delegatie van gemeentelijke bevoegdheden door het college van Eindhoven aan Stichting Cultuur Eindhoven. In dit artikel wordt aan de hand van die uitspraak de vraag beantwoord welke kaders de Grondwet, de Gemeentewet en de Awb stellen aan bevoegdheidsuitoefening binnen het gemeentebestuur en of de uitspraak van de Afdeling wel aan die kaders voldoet.

1. De casus SCE

1.1 SCE

De Stichting Cultuur Eindhoven (SCE) is een door de gemeente Eindhoven opgerichte stichting, welke onder meer als doel heeft het op transparante wijze uitvoeren van het cultuurbeleid zoals vastgesteld door de gemeenteraad van Eindhoven (art. 3 lid 1 Statuten¹). Dit doel moet onder andere bereikt worden door het financieren van kunst en cultuur in de stad Eindhoven (art. 3 lid 2 Statuten). Het model lijkt daarmee op de vormgeving van de Cultuurfondsen op Rijksniveau, die ook privaatrechtelijke rechtspersonen zijn die subsidies uitkeren.² De gemeenteraad van Eindhoven

stelt daarbij steeds voor vier jaar een bedrag beschikbaar dat door het college in zijn geheel wordt uitbetaald aan SCE.

De Stichting Openbare Bibliotheek Eindhoven (hierna: bibliotheek) vroeg een subsidie aan bij SCE. Op grond van de door SCE zelf vastgestelde subsidieregeling wordt de subsidie toegekend, maar voor een lager bedrag dan waar de bibliotheek om gevraagd had. De bibliotheek gaat tegen het besluit van SCE in bezwaar en beroep. De rechtbank Oost-Brabant haalde een streep door deze werkwijze omdat de stichting geen bevoegdheid heeft om wettelijke voorschriften vast te stellen, en art. 4:23 Awb een grondslag in een wettelijk voorschrift vereist voor de verstrekking van een subsidie.³ Een beleidsregel is daarbij niet voldoende, zo oordeelt de rechtbank op basis van de parlementaire geschiedenis.⁴ De vergelijking met de zaak rond de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers en

1 De Statuten zijn te vinden via:
<https://www.cultuureindhoven.nl/wp-content/uploads/2017/09/afschrift-statutenwijziging-Stichting-Cultuur-Eindhoven.pdf>

2 Art. 9 e.v. van de Wet op het specifiek cultuurbeleid regelt de instelling van deze fondsen. Sinds 1 januari 2013 zijn deze fondsen onder de werking van de Kaderwet bestuursorganen gebracht (Wet van 23 maart 2012, *Stb.* 2012, 171). Zie voor een eenvoudige toelichting: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kunst-en-cultuur/cultuurfondsen>.

3 Rb. Oost-Brabant 30 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2592 (*Stichting Cultuur Eindhoven nr. 1*). Een verzoek om een voorlopige voorziening tot schorsing van de rechtbank-uitspraak werd door de Afdeling bestuursrechtspraak afgewezen (ABRvS 27 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2535).

4 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 39-43.

een zaak rond de Stichting Maror gaat volgens de rechtbank niet op omdat het daar niet om subsidies ging.⁵ De rechtbank Oost-Brabant oordeelde verder dat delegatie van verordenende bevoegdheid door de gemeenteraad aan SCE in strijd zou zijn met art. 10:15 Awb en art. 156 lid 1 Gemeentewet.⁶

1.2 De eerste Afdelingsuitspraak

In hoger beroep kwam de Afdeling bestuursrechtspraak met een bijzondere uitspraak.⁷ De Afdeling begint met het ambtshalve toetsen of SCE kan worden aangemerkt als bestuursorgaan. Gelet op de ‘Schiphol’-jurisprudentie⁸ komt de Afdeling tot de conclusie dat de Stichting is aan te merken als een b-orgaan, omdat zowel aan het financiële als aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. Anders gezegd: SCE beschikt dus over buitenwettelijk openbaar gezag en is, voor zover subsidies worden verstrekt, dus een bestuursorgaan. Vervolgens gaat de Afdeling in op de eis van art. 4:23 Awb, de eis van een grondslag in een wettelijk voorschrift. De Afdeling herhaalt eerst eerdere jurisprudentie dat onder ‘een wettelijk voorschrift’ een regeling van een orgaan dat aan de Grond-

wet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent moet worden verstaan. De Afdeling is het vervolgens met de rechtbank eens dat SCE niet over regelgevende bevoegdheid beschikt (en deze ook niet gedelegeerd heeft gekregen) en zodoende geen wettelijk voorschrift kan vaststellen. De Afdeling is het ook met de rechtbank eens dat een grondslag in een beleidsregel niet afdoende is. Kortom: er is géén bevoegdheid voor SCE om subsidie te verstrekken. De Afdeling hanteert hier dus een hele bijzondere redenering en trapt in de valkuil die zij zelf gegraven heeft met de Silicose- en Schiphol-jurisprudentie: De SCE is een privaatrechtelijke rechtspersoon met buitenwettelijk openbaar gezag (lees: de bevoegdheid om besluiten te nemen), maar heeft dus géén publiekrechtelijke bevoegdheden. Dat lijkt toch niet helemaal in de geest van art. 1:1 lid onder b Awb: een bestuursorgaan dat niet tot een publiekrechtelijke rechtspersoon behoort en evenmin is belast met openbaar gezag.

Timmermans wijst erop dat de Afdeling de twee vragen verkeerd-om behandelt. Eerst had volgens hem moeten worden gekeken naar de wettelijke grondslag (dan zou immers sprake zijn van openbaar gezag) en dan pas of eventueel sprake is van buitenwettelijk openbaar gezag.⁹ Timmermans verwijst daarbij ook naar een eerdere uitspraak van de Afdeling waarin de verhouding tussen het buitenwettelijk openbaar gezag en art. 4:23 Awb aan de orde kwam. Hij vindt dat de Afdeling het heeft nagelaten een principiële keuze te maken. Zijlstra vindt de redeneerwijze van de Afdeling getuigen van een cirkelredenering.¹⁰ Ook Den Ouden is uitermate kritisch.¹¹ Zij wijst erop dat de Afde-

5 Zie ABRvS 30 november 1995, JB 1995/337, m.nt. F.A.M. Stroink; AB 1006/136, m.nt. S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers*) resp. CRvB 16 september 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR2280 (*Stichting Maror*).

6 Rb. Oost-Brabant 30 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2592 (*Stichting Cultuur Eindhoven nr. 1*), ro. 6.

7 ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, JB 2019/52, m.nt. L.J.M. Timmermans; AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden; *Gst.* 2019/86, m.nt. E.M.M.A. Driessen (*Stichting Cultuur Eindhoven nr. 1*).

8 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:337, JB 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans; AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*) en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, JB 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans; AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters (*Platform 31*).

9 JB 2019/52.

10 S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (2^e druk), p. 308-309.

11 AB 2019/321. Zie ook W. den Ouden & H. van Amerongen, ‘Het bestuursorgaan-begrip voorbij?’, in M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-152 en J.E. van den Brink & W. den

ling wel strategisch wil omgaan met het bestuursorgaan-begrip maar niet met de eis van art. 4:23 Awb. Ze concludeert verder dat het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen verregaand wordt beperkt: dit kan hoogstens nog bij incidentele of begrotingssubsidies. Driessen wijst eveneens op de spanning tussen het strategische b-organabegrip en art. 4:23 Awb, en vraagt zich af of de Afdeling hier principieel een nieuwe lijn heeft willen inzetten.¹² Op de gedachten van de auteurs bij het gesloten stelsel wordt hieronder teruggekomen. Deze uitspraak van de Afdeling eindigt met een mooie cliffhanger: ‘Hoe nu verder na deze uitspraak?’ De Afdeling geeft daarbij aan dat SCE het bevoegdheidsgebrek niet zelf kan repareren, maar dat de gemeenteraad dat wel kan bij verordening.

1.3 De tweede Afdelingsuitspraak

Het is het herstel van het bevoegdheidsgebrek door het gemeentebestuur van Eindhoven dat centraal staat in de tweede uitspraak¹³, waarbij direct beroep bij de Afdeling mocht worden ingesteld (art. 8:113 lid 2 Awb). De Afdeling constateert dat het bevoegdheidsgebrek geheel is nu het Eindhovense college de Subsidieregeling met terugwerkende kracht heeft vastgesteld, een bevoegdheid die het college ontleent aan de Algemene Subsidieverordening Eindhoven, en omdat het college alle ‘besluiten’ van het SCE heeft bekrachtigd als ware het besluiten van het college. Je zou verwachten dat daarmee de kous af is rond de bevoegdheidskwestie en dat de Afdeling overgaat tot de inhoudelijke beoordeling, maar dat is niet zo. De Afdeling gaat ten overvloede ook in op de subsidieverordening die de gemeenteraad heeft vastgesteld

voor de periode 2021-2024.¹⁴ In die verordening is bepaald dat het college subsidies kan verstrekken die passen binnen het cultuurbeleid (art. 3 en art. 4 Subsidieverordening). Het college mag daarbij ook het subsidieplafond vaststellen (art. 4 lid 2 Subsidieverordening). Tot zover lijkt alles in overeenstemming met de Gemeentewet (uitvoering door het college, art. 160 lid 1 onder b Gemeentewet, en deels overdracht van regelgevende bevoegdheid, art. 156 lid 1 Gemeentewet).

In de verordening is echter ook bepaald dat het college zijn bevoegdheden kan delegeren aan een orgaan van SCE (art. 4 lid 6 Subsidieverordening). Daarmee heeft de gemeenteraad van Eindhoven blijkbaar recht willen doen aan de eerdere uitspraak van de Afdeling. In dit artikel staat dan ook de vraag centraal of de gemeenteraad een dergelijke grondslag voor delegatie mag creëren in zijn autonome verordening en of het college dan ook mag delegeren. Of had de gemeenteraad misschien zelf de uitvoeringsbevoegdheid bij SCE mogen leggen?

1.4 Bevoegdheden rond subsidies

De bevoegdheid een subsidieverordening vast te stellen berust op de autonome verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad (art. 127 Grondwet en art. 149 Gemeentewet). Er is immers geen enkele bijzondere wet die in deze een subsidieverordening vordert van het gemeentebestuur. Ook art. 4:23 Awb doet dat niet: het artikel eist alleen dat een subsidie wordt verstrekt op basis van een wettelijk voorschrift, waarbij het gaat om een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet regelgevende bevoegdheid ontleent.¹⁵ Het artikel geeft zelf dus géén grondslag tot subsidieverlening. De

Ouden, ‘Subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?’, *NJB* 2016/2000.

¹² *Gst.* 2019/86.

¹³ ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176, *JB* 2021/48, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Stichting Cultuur Eindhoven nr. 2*)

¹⁴ *Gmb.* 2019, nr. 276881.

¹⁵ ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, *JB* 2010/80, m.nt. A.J. Bok; *AB* 2010/214, m.nt. W. den Ouden (*Flevo Herb*) en ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, *JB* 2019/64; *AB* 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink; *Gst.* 2019/78, m.nt. A. Drahtmann (*Gymnasium*).

subsidieverlening gebaseerd op de autonome subsidieverordening is dus een vorm van de zgn. autonome bestuursbevoegdheid.

De vraag die van belang is, is of en in hoeverre de autonome bevoegdheid subsidieverordeningen vast te stellen kan worden toegekend aan een ander orgaan, en in hoeverre dat ook mogelijk is voor de subsidieverlening. Daarbij spelen de kaders voor de bevoegdheidsverdeling in de Grondwet en de Gemeentewet een belangrijke rol, maar ook de algemene bepalingen omtrent delegatie in afdeling 10.1.2 Awb. Hierna wordt eerst ingegaan op de 'hoogste' regeling, de Grondwet, gevolgd door de 'meest' algemene regels in deze, de regels in de Awb en dan tot slot de meest specifieke regeling, de Gemeentewet. Wat hier beschreven wordt ten aanzien van gemeentebesturen kan overigens ook één-op-één worden toegepast op de provinciebesturen, nu de Provinciewet zoveel als mogelijk aansluit bij de Gemeentewet.¹⁶ De Grondwettelijke bepalingen ten aanzien van de gemeentebesturen, althans voor zover in dit artikel artikelen besproken worden, gelden eveneens ten aanzien van de provinciebesturen.¹⁷

2. Gemeentelijke bevoegdheidsverdeling en de Grondwet

De autonome verordenende bevoegdheid berust op art. 124 lid 1 Grondwet, waarbij regeling en bestuur van de eigen huishouding aan het gemeentebestuur worden gelaten. De bevoegdheid verordeningen vast te stellen

komt in beginsel toe aan de gemeenteraad (art. 127 Grondwet), het rechtstreeks gekozen orgaan dat aan het hoofd van de gemeente staat (art. 125 lid 1 Grondwet). Een uitzondering op deze hoofdregel, dit grondbeginsel, van art. 127 Grondwet vergt een bijzondere motivering, aldus de regering.¹⁸ Onder de verordenende bevoegdheid valt in elk geval ook de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, anders gezegd de gemeentelijke (materieel-)wetgevende bevoegdheid. Verder is het begrip betrekkelijk vaag, omdat er feitelijk iedere vorm van regeling onder kan vallen volgens de regering.¹⁹ De gemeentelijke verordenende bevoegdheid kan alleen aan andere organen worden toegekend bij wet in formele zin, of krachtens de wet in formele zin door de gemeenteraad.²⁰ Zo is het college bijvoorbeeld bevoegd regels omtrent de ambtelijke organisatie te stellen (art. 160 lid 1 onder c Gemeentewet)²¹ en kan de gemeenteraad zijn veror-

18 *Kamerstukken II* 1976/77, 13990, nr. 6, p. 20. Art. 127 Grondwet sluit daarmee aan bij een eis van het democratiebeginsel dat organen met wetgevende bevoegdheid gekozen moeten worden (vgl. art. 4 Grondwet; art. 1 EP EVRM, art. 1.4 EP EHLA en art. 25 IVBPR; zie nader R.J.M.H. de Greef, 'Reorganisatie van de bestuurlijke organisatie en democratische legitimatie', *TvCR* 2011/2, p. 265-290; vgl. voorts *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 6-7 en 26).

19 *Kamerstukken II* 1976/77, 13990, nr. 6, p. 20. De regering ging er bij de totstandkoming van de Gemeentewet echter van uit dat verordeningen algemeen verbindende voorschriften zijn (*Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 10, p. 63).

20 Vgl. J.L.W. Broeksteeg, commentaar art. 128 Grondwet in P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst en Commentaar Grondwet en Statuut*.

21 Bij de grondwetsherziening van 1983 werden dit soort regels geacht onder de verordenende bevoegdheid te vallen, en behoren zij op grond van art. 127 Grondwet dus in beginsel bij de gemeenteraad (*Kamerstukken II* 1976/77, 13990, nr. 6, p. 20). Bij de dualisering is deze voormalige raadsbevoegdheid overgeheveld naar het college van burgemeester en wethouders (*Kamerstuk-*

16 *Kamerstukken II* 1986/87, 19836, nr. 3, p. 1-2. Die lijn is later doorgetrokken, bijvoorbeeld bij de dualisering van het provinciebestuur, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28384, nr. 3, p. 2. De Gemeentewet stond ook model voor de Waterschapswet (*Kamerstukken II* 1986/87, 19995, nr. 3, p. 7), maar hetgeen hier beschreven is daar niet onverkort van toepassing omdat waterschappen nog monistisch zijn én omdat zij geen autonome bevoegdheden hebben (*Kamerstukken II* 1986/87, 19995, nr. 3, p. 55).

17 *Kamerstukken II* 1975/76, 13990, nr. 3, p. 5.

denende bevoegdheid onder voorwaarden delegeren (zie hierna).²² Art. 127 Grondwet geeft verder geen kaders aan wie de bevoegdheid gedelegeerd kan worden, zolang die delegatie maar krachtens de wet in formele zin is. De bevoegdheidsuitoefening is niet louter voorbehouden aan de 'hoofdorganen' van het gemeentebestuur die de Grondwet erkent: de gemeenteraad (art. 125 lid 1 Grondwet) en het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester (art. 125 lid 2 Grondwet). Het erkennen van deze organen doet er niet aan af dat er ook andere organen kunnen worden gecreëerd.²³

Art. 128 Grondwet geeft ook kaders omtrent de verdeling van autonome gemeentelijke bevoegdheden. Dit artikel is bij de grondwetswijziging ingevoegd door het amendement-Faber.²⁴ Het duiden van art. 128 Grondwet is lastig. Dat komt deels door de verwijzingen die in het artikel zitten²⁵, maar ook door het feit dat het amendement geen toelichting kent en er in de plenaire behandeling ook niet specifiek over beraadslaagd is. Uit de verwijzing naar art. 124 lid 1 Grondwet is op te maken dat het artikel alleen ziet op autonome bevoegdheden. Kortmann wijst erop dat dit artikel bedoeld was om te voorkomen dat de wetgever of regering gemeenten of provincies kon dwingen tot vormen van binnengemeentelijke of binnenprovinciale decentralisatie.²⁶ Bij wetten waarin medebewind wordt gevorderd kunnen

bevoegdheden dus ook rechtstreeks aan andere organen dan de drie hoofdorganen worden toegekend. Dat kan ook aan andere organen dan die behorend tot het gemeente- of provinciebestuur. Zie bijvoorbeeld de bevoegdheidstoekenning aan de vervoersregio's Amsterdam en Rotterdam-Den Haag (o.a. art. 20 lid 3 Wet personenvervoer 2000), die bevoegdheden geattribueerd krijgen die in andere gebieden aan de provinciebesturen toekomen. Ook komt het voor dat bevoegdheden wel worden toegekend aan het gemeentebestuur, maar dat deze vervolgens verplicht moeten worden overgedragen. Dit is bijvoorbeeld bij de veiligheidsregio het geval. De Wet veiligheidsregio's kent enkele taken en bevoegdheden toe aan het college van burgemeester en wethouders (art. 2 Wvr), waarna de colleges deze verplicht bij gemeenschappelijke regeling moeten overdragen aan het bestuur van de veiligheidsregio (art. 10 Wvr).

Bij autonome bevoegdheden kan alleen sprake zijn van toekenning van deze bevoegdheden aan andere organen in het geval van een herindeling, dat volgt uit de verwijzing naar art. 123 lid 1 Grondwet. Hiermee werd beoogd het mogelijk te maken om bij een herindeling direct bevoegdheden toe te kennen aan bijvoorbeeld een deelgemeentebestuur. De Grondwet verzet zich daar dus niet tegen. Van der Woude wijst erop dat dit een dode letter lijkt te zijn geworden door de afschaffing van de deelgemeenten in 2014²⁷, maar dat is het natuurlijk niet. Het gaat er hier nu juist om dat in de herindelingswet deze bevoegdheidstoe-

ken II 2000/01, 27751, nr. 3, p. 59 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 6, p. 49-50), daarmee dus impliciet gebruikmakend van de uitzonderingsmogelijkheid die art. 127 Grondwet biedt.

22 *Kamerstukken II* 1976/77, 13990, nr. 6, p. 20.

23 *Kamerstukken II* 1975/76, 13990, nr. 3, p. 8 en 14.

24 *Kamerstukken II* 1978/79, 13990, nr. 22.

25 Vgl. W. van der Woude, Commentaar op art. 128 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

26 C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987 (2^e druk), p. 355-356.

27 W. van der Woude, Commentaar op art. 128 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl). Ook Broeksteeg geeft aan dat het artikel nauwelijks meer relevant is (J.L.W. Broeksteeg, commentaar art. 128 Grondwet in P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst en Commentaar Grondwet en Statuut*).

deling plaatsvindt.²⁸ De situatie waarbij het heringedeelde gemeentebestuur vrijwillig (al dan niet na afspraken in het herindelingsproces) overging tot instelling van een deelgemeente (zoals bijvoorbeeld met Rozenburg gebeurde na de herindeling met Rotterdam in 2010) viel niet onder de uitzondering van art. 128 Grondwet. Ondanks de afschaffing van de deelgemeenten bestaat ook nu de mogelijkheid nog om bij herindelingswet in vormen van deelgemeentebesturen te voorzien.²⁹

De Grondwet als zodanig verzet zich dus niet tegen delegatie van autonome bevoegdheden aan andere organen dan het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester, zolang de delegatie krachtens een wet in formele zin gebeurt (art. 127 Grondwet) en de gemeenteraad tot de delegatie beslist (art. 128 Grondwet). De Grondwet verzet zich als zodanig dus ook niet tegen delegatie aan een privaatrechtelijke rechtspersoon. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat in de zaak rond SCE vooral op het laatste in:

'Voorop moet worden gesteld dat de Grondwet (hierna: de GW) zich niet verzet tegen delegatie van de bevoegdheid tot subsidieverlening door het college aan SCE. Art. 124, eerste lid, van de GW bepaalt dat voor gemeenten de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun bestuur wordt overgelaten. Dat bestuur bestaat, zo blijkt uit art. 125 van de GW, uit de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester. Ingevolge art. 128 van de GW kan toekenning van auto-

nome bevoegdheden aan andere organen dan de organen die in art. 125 worden genoemd, alleen door de gemeenteraad geschieden. Nu de gemeenteraad het college in art. 4, zesde lid, van de Verordening uitdrukkelijk toestaat de bevoegdheid tot het verlenen van subsidie(s) op grond van deze verordening te delegeren aan SCE, is deze bevoegdheidsoverdracht niet in strijd met art. 128 van de GW.

De GW staat dus niet in de weg aan delegatie door het college van de bevoegdheid tot subsidieverlening aan SCE, [...].³⁰

Het is dan wel niet de gemeenteraad zelf die tot delegatie beslist, maar de gemeenteraad heeft het mogelijk gemaakt voor het college om te delegeren, en daarmee ingestemd met de delegatie, zo lijkt de Afdeling te redeneren. De Afdeling gaat daarbij wel voorbij aan het feit dat art. 128 Grondwet eist dat alleen de gemeenteraad autonome bevoegdheden aan een ander kan toekennen. Dat is niet wat hier is gebeurd. De delegatie door het Eindhovense college is dus wel degelijk in strijd met de Grondwet, meer in het bijzonder met art. 128.

Verder moet opgemerkt worden dat de art. 127 en 128 Grondwet zich niet verzetten tegen delegatie van autonome bevoegdheden, maar dat dat nog niet betekent dat deze artikelen zelf ook een grondslag voor die delegatie bieden. De formele wetgever kan de mogelijkheden tot delegatie door de gemeenteraad dus beperken, zonder hiermee in strijd met de Grondwet te komen. Het is immers de wetgever die de inrichting, de samenstelling en de bevoegdheden van het gemeentebestuur regelt, daarbij natuurlijk aansluitend bij de Grondwettelijke kaders (art. 132 lid 1 Grondwet).³¹ Beperkingen

28 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987 (2^e druk), p. 356.

29 Overigens werd van deze mogelijkheid in het verleden (van 1983 tot 2014) ook geen gebruik gemaakt, dus in die zin zou het dan altijd een dode letter zijn geweest. Het dichtstbij kwam de herindeling van Rozenburg met Rotterdam uit 2010: daar werd toegezegd dat het een deelgemeente zou worden. Dit is echter niet wettelijk geregeld maar werd overgelaten aan het gemeentebestuur om het via de normale instelling van deelgemeenten te regelen.

30 ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176 (*Stichting Cultuur Eindhoven nr. 2*), ro. 5.

31 *Kamerstukken II 1975/76, 13990*, nr. 3, p. 19. Zie ook W. van der Woude, Commentaar op art. 132 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

op de delegatiemogelijkheden voor autonome bevoegdheden mogen dus ook.

3. Algemene wet bestuursrecht

Sinds de invoering van Derde tranche in 1998 kent de Algemene wet bestuursrecht algemene bepalingen omtrent delegatie (afd. 10.1.2). Onder delegatie wordt verstaan het door een bestuursorgaan overdragen van zijn bevoegdheid besluiten te nemen aan een ander, die deze onder eigen verantwoordelijkheid gaat uitoefenen (art. 10:13 Awb). Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche in 2009 gelden de bepalingen in beginsel ook voor de overdracht van andere bevoegdheden dan de bevoegdheid besluiten te nemen (art. 10:21 Awb).

Voor de overdracht van een bevoegdheid is een expliciete grondslag in een wettelijk voorschrift vereist (art. 10:15 Awb). Deze norm betreft codificatie van een reeds in de jurisprudentie ontwikkeld principe, waarvan ook de Gemeentewetgever reeds uitging.³² Onder wettelijk voorschrift wordt hier, zoals ook elders in de Awb, niet alleen de wet in formele zin gezien, maar ook regelingen vastgesteld door organen die verordenende bevoegdheid ontlenen aan de Grondwet.³³ De bevoegde wetgever is de wetgever die de bevoegdheid geïmputeerd heeft.³⁴ De grondslag kan geboden worden in de attribuerende regeling zelf of in een algemene regeling van dezelfde of hogere rang in de normhiërarchie.³⁵ Op rijksniveau betekent dat volgens de regering dat de grondslag te vinden moet zijn in de wet in formele zin (behoudens in het geval van een zelfstandige algemene

maatregel van bestuur). Dat geldt volgens de regering ook wanneer gemeentebesturen in medebewind zijn geroepen door het Rijk.³⁶ Bij de autonome verordenende bevoegdheid, zoals in het geval van toekenning van (cultuur)subsidies, ligt dit anders. De regering:

*‘Decentrale bestuursorganen beschikken daarnaast over bevoegdheden die niet bij of krachtens de formele wet, maar bij autonome verordening zijn geïmputeerd. In die gevallen is het die autonome verordening, en niet de formele wet, die de grondslag voor delegatie moet bieden. Het ligt immers voor de hand, dat de wetgever die attribueert ook beslist over de mogelijkheid tot delegatie. Daarom is in art. 1A.1.2.3 de formule «bij wettelijk voorschrift» gebruikt, en niet de formule «bij of krachtens de wet».*³⁷

De wetgever heeft dus in de Algemene wet bestuursrecht de verantwoordelijkheid voor het creëren van een delegatiegrondslag expliciet gelaten aan de (materiële) wetgever die ook de bevoegdheid creëert. Niet is vereist dat de delegatiegrondslag altijd is terug te voeren op een wet in formele zin, voor zover het de autonome bevoegdheden van gemeentebesturen betreft.³⁸

Deze in de Algemene wet bestuursrecht gekozen lijn sluit op zich naadloos aan bij de door de Grondwet erkende autonome bevoegdheden van het gemeentebestuur. De Algemene wet bestuursrecht verzet zich als zodanig dus niet tegen het creëren van delegatiegrondslagen in een autonome verordening, althans voor zover het gaat om de overdracht van autonome bevoegdheden. Art. 4 lid 6 Subsidieverordening is daarmee dus in overeenstemming met art. 10:15 Awb.

32 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 56. De regering ging hier overigens nog verder dan bij art. 10:15 Awb omdat een grondslag in een wet in formele zin geëist werd.

33 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 179.

34 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 121 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25280, nr. 3, p. 60.

35 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 179.

36 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 121.

37 *idem*.

38 Vgl. R.J.M.H. de Greef, commentaar op art. 10:15 Awb in *Sdu Commentaar Awb*, online versie 2020, par. 2.1 en par. 2.2.

4. Gesloten stelsel van de Gemeentewet

Op het stelsel van de Gemeentewet ga ik wat uitgebreider in, nu de Afdeling aan het slot van de SCE-uitspraak ook enkele oplossingsrichtingen aandraagt en getoetst moet worden hoe deze zich verhouden tot dit Gemeentewettelijk kader.

De Gemeentewet is dé wet die invulling geeft aan de grondwettelijke opdracht aan de wetgever om regels te stellen omtrent de inrichting, samenstelling en bevoegdheden van het gemeentebestuur (art. 132 lid 1 Grondwet). De Gemeentewet is daarmee een zogenaamde organieke wet. Hoewel dit niet betekent dat de Gemeentewet hoger is dan andere wetten, is het wel de bedoeling dat de Gemeentewet gevolgd wordt in andere wetten, tenzij het bijzonder aangewezen moet worden geacht van deze regels af te wijken (art. 115 lid 1 Gemeentewet). Dat laatste moet dan expliciet worden uitgewerkt in de toelichting (art. 115 lid 2 Gemeentewet). Is er niet specifiek afgeweken van de Gemeentewet, dan geldt dus ook bij de toepassing van de bijzondere wet het kader van de Gemeentewet. De bestuursrechtters passen dit uitgangspunt ook toe bij de delegatiemogelijkheden van art. 156, 165 en 178 Gemeentewet.³⁹ Alleen bevoegdheden die door de Algemene wet bestuursrecht worden verleend (beslissen

op bezwaar⁴⁰, spontane schorsing⁴¹) kunnen niet via deze Gemeentewettelijke bevoegdheden worden overgedragen, nu de Gemeentewet niet specifiek afwijkt van de Awb.⁴²

4.1 *Attributie*

De Gemeentewet kent een algemene bevoegdheidsverdeling. De verordenende bevoegdheid komt in de regel toe aan de gemeenteraad (art. 147 lid 1 Gemeentewet). Bij wet in formele zin of krachtens de wet door de gemeenteraad kan de verordenende bevoegdheid ook aan het college of de burgemeester worden toegekend (art. 147 lid 1 Gemeentewet). De Gemeentewet sluit daarmee aan bij de Grondwet. Deze hoofdregel geldt voor zowel autonome verordeningen (art. 149 Gemeentewet) als voor medebewindsverordeningen.⁴³ Ook de overige autonome bevoegdheden van het gemeentebestuur (de autonome bestuursbevoegdheden) komen in beginsel toe aan de gemeenteraad (art. 147 lid 2 jo. art. 108 lid 1 Gemeentewet).⁴⁴ De overige medebewindsbevoegdheden komen juist toe aan het college van burgemeester en wethouders tenzij deze bevoegdheden expliciet aan de gemeenteraad of de burge-

³⁹ Zie o.a. CRvB 1 juli 1997, AB 1997/367; CRvB 11 november 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO7133, Gst. 2011/51, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman & H.F. van Rooij; CRvB 8 juni 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD6943, JB 2008/207 en CRvB 10 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK2862. Zie nader W. Konijnenbelt, 'Medebewindsverordeningen en het vraagstuk van delegatie aan B&W', Gst. 2013/102. Zie tot slot J.L.W. Broeksteeg, *Gemeenterecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 124-126.

⁴⁰ Zie o.a. ABRvS 6 januari 1997, JB 1997/25, m.nt. F.A.M. Stroink; AB 1997/86, m.nt. F.C.M.A. Michiels; Gst. 1997-7053/4, m.nt. E. Brederveld (*Besliscommissie Alkemade*); CRvB 25 maart 1997, JB 1997/91, m.nt. J.M.E. Derks; AB 1997/182, m.nt. H.E. Bröring; Gst. 1997-7053/5, m.nt. E. Brederveld (*Haagse besliscommissie*) en ABRvS 24 september 1998, AB 1998/387, m.nt. F.C.M.A. Michiels (*Besliscommissie bij administratief beroep*). Zie nader R.J.M.H. de Greef, 'Beslissen op bezwaar in relatie tot attributie, delegatie en mandaat: wat mag wel en niet?', Gst. 2019/36.

⁴¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27547, nr. 3, p. 2.

⁴² Zie nader R.J.M.H. de Greef, commentaar art. 156 Gemeentewet in S.A.J. Munneke e.a. (red.), *De Gemeentewet en haar toepassing*, online versie 2019.

⁴³ Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28995, nr. 3, p. 2-3 en AR 5.23.

⁴⁴ Vgl. J.L.W. Broeksteeg, *Gemeenterecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 122-124.

meester zijn toegekend (art. 147 lid 3 jo. art. 108 lid 2 Gemeentewet).

De uitvoering van de besluiten van de gemeenteraad, waaronder de uitvoering van verordeningen, is een taak van het college van burgemeester en wethouders (art. 160 lid 1 onder b Gemeentewet). De enige uitzondering hierop is wanneer bij of krachtens de wet de burgemeester met de uitvoering is belast (art. 160 lid 1 onder b Gemeentewet). Deze bepaling is ingevoerd bij de Wet dualisering gemeentebestuur, maar is gebaseerd op het voor de dualisering geldende art. 162 Gemeentewet-1992⁴⁵ dat weer gebaseerd was op art. 209 onder a gemeentewet-1931 en art. 179 onder a gemeentewet-1851. De bevoegdheden die de burgemeester had op grond van de gemeentewet waren altijd al uitgezonderd van de uitvoeringsbevoegdheden van het college.⁴⁶ In 1922 wees de Hoge Raad een arrest omtrent de vraag of de gemeenteraad ook uitvoeringsbevoegdheden aan zichzelf kon voorbehouden. De Hoge Raad oordeelde in het *Staphorster kippen*-arrest dat dit kon omdat de gemeentewet de reikwijdte van de uitvoeringstaak van het college niet beschreef.⁴⁷ Dit uitgangspunt is door de regering ook onderschreven bij de totstandkoming van de Gemeentewet t.a.v. art. 162 Gemeentewet-1992.⁴⁸ De regering merkte

daarbij op dat de betekenis van art. 162 was gelegen in het concentreren van de uitvoering bij het college om zo de gewenste eenheid van het gemeentelijk beleid in handen van het college te leggen. De uitvoering zou zodoende niet zonder tussenkomst van het college kunnen worden opgedragen aan een (bestuurs)commissie. Met Van der Vlies kan gesteld worden dat het artikel voornamelijk een afbakening inhoudt tussen de bevoegdheden van het college enerzijds en andere organen, met uitzondering van de gemeenteraad, anderzijds.⁴⁹ Aangenomen moet worden dat dit uitgangspunt voor autonome uitvoeringsbevoegdheden nog steeds geldt, nu de Wet dualisering gemeentebestuur daarin geen veranderingen heeft gebracht. Voor bij (medebewinds)wet toegekende uitvoeringsbevoegdheden geldt dit natuurlijk niet, daar geldt de regeling in de medebewindswet en anders art. 147 lid 3 Gemeentewet.

Tot zover de attributie van (uitvoerings) bevoegdheden bij of krachtens de Gemeentewet. Dat stelsel is dus gesloten.⁵⁰ De gemeenteraad kan niet zomaar uitvoeringsbevoegdheden toekennen aan een ander dan het college of (indien de wet daarin voorziet) de burgemeester. Wetgevende bevoegdheid kan sowieso niet geattribueerd worden, die kan hoogstens gedelegeerd worden. Maar kan de gemeenteraad wel bevoegdheden overdragen?

4.2 Delegatie

Onder de gemeentewet-1851 achtte de Hoge Raad het onmogelijk dat de gemeenteraad zijn autonome verordenende bevoegdheid delegerde aan het college van burgemeester en

45 *Kamerstukken II* 2000/01, 27751, nr. 3, p. 61 en 112.

46 Zie bijv. reeds HR 18 mei 1896, *W* 6810 (*Amsterdamse sluitingstijden*) en HR 9 januari 1905, *W* 8171 (*Herberg Venlo*). Dezelfde aannahme ligt ook nu nog onder art. 160 lid 1 onder b Gemeentewet, zie o.a. ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342, *JB* 2017/25, m.nt. R.J.N. Schlössels; *AB* 2017/148, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder; *JG* 2017/6, m.nt. T. Barkhuysen & P.M.J.J. Swagemakers (*Vuurwerkbesluit Hilversum*); HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9224 (*APV Nijmegen nr. 1*) en HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9224; *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis; *Gst.* 2006/133 (*APV Nijmegen nr. 2*)

47 HR 11 januari 1926, *W* 11529; *NJ* 1926/145; *AB* 1926/66; *Gst.* 1928-3907, 6 (*Staphorster kippen*).

48 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 142.

49 I.C. van der Vlies, 'Subsidiëring en gemeentelijke regelgeving', *Gst.* 1988-6854, 1. Zie ook de noot van E. Brederveld in *Gst.* 1991-6925, 5.

50 Zie ook S.E. Zijlstra, 'Herzie de Gemeentewet (opnieuw)!', *Gst.* 1998-7084/1.

wethouders⁵¹ of de burgemeester⁵² omdat de gemeentewet niet in die mogelijkheid voorzag. Bij een wetsvoorstel uit 1923⁵³ werd gepoogd het mogelijk te maken dat de gemeenteraad het college én de burgemeester bevoegd kon maken nadere regels vast te stellen.⁵⁴ Dit wetsvoorstel werd echter ingetrokken.⁵⁵ Pas bij de algehele herziening van de gemeentewet in 1931⁵⁶ werd de grondslag gecreëerd dat de raad autonome verordenende bevoegdheid kon overdragen aan het college van burgemeester en wethouders: dat kon voortaan nadere regels stellen (art. 169 gemeentewet-1931).

Een amendement⁵⁷ om dit ook t.a.v. de burgemeester mogelijk te maken, werd op het laatste moment aangepast zodat deze vorm van delegatie niet langer mogelijk zou worden.⁵⁸ Dat laat onverlet dat uitvoeringsbevoegdheden, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid concretiserende besluiten van algemene strekking vast te stellen, wél aan de burgemeester kan worden toegekend, mits dit natuurlijk past in het verlengde van zijn bevoegdheden; anders moet ook deze bevoegdheid aan het college worden toegekend. Tot op heden is delegatie aan de burgemeester nog steeds uitgesloten.⁵⁹

Bij de wijziging van 1931 werd overigens wél de delegatie van bevoegdheden aan bij gemeenschappelijke regeling ingestelde organen mogelijk (art. 133 en 134 gemeentewet-1931). In 1964 werden de Gemeentewettelijke delegatie-mogelijkheden uitgebreid door ook delegatie aan commissies mogelijk te maken.⁶⁰ Het was de gemeenteraad die bevoegdheden kon delegeren (ook die van het college), daarbij aansluitend bij het Grondwettelijk stelsel. Bevoegdheden konden niet zomaar overgedragen worden aan een andere partij.⁶¹ Zo was het niet toegestaan dat het college van 's-Gravendeel door het organiserend wielerscomité standplaatsvergunningen liet verlenen voor bij een wielersparcours⁶² en was het evenmin toegestaan dat het college van Den Helder een algemene standplaatsvergunning gaf aan de plaatselijke VVV ten behoeve van de jaarlijkse vispromotiedagen, waarbij de VVV kon beslissen welke middenstanders vis konden verkopen.⁶³ De voorzitter van de Afdeling rechtspraak herhaalde dit uitgangspunt ook in de klassieke *Pinkpop*-zaak.⁶⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak nam dit in de bodemprocedure over.⁶⁵

De huidige Gemeentewet heeft dit gesloten stelsel overgenomen, al werden wel ruimere mogelijkheden tot delegatie geïntroduceerd. De handhaving van het gesloten stelsel blijkt uit

51 HR 5 maart 1883, W 4893 (*Haarlemsche gemeenteverordening*). Zie ook Ktg. Groningen 7 april 1883, W 4906; *Gst.* 1883-1659, p. 2 (*Politie reglement Groningen*). Zie nader J. Oppenheim, *Het Nederlandsch Gemeenterecht* (1e druk), Groningen: J.B. Wolters 1895, p. 204-209.

52 HR 3 december 1883, W 4981 (*Verordening Borgen*).

53 *Bijlagen Handelingen II* 1922/23, 515, nr. 2.

54 Zie nader R.J.M.H. de Greef, commentaar art. 156 Gemeentewet in S.A.J. Munneke e.a. (red.), *De Gemeentewet en haar toepassing*, online versie 2019.

55 *Bijlagen Handelingen II* 1928/29, 64, nr. 1.

56 Wet van 31 januari 1931, *Stb.* 1931, 41.

57 *Bijlagen Handelingen II* 1929/30, 45, nr. 6, later aangepast *Bijlagen Handelingen II* 1929/30, 45, nr. 24.

58 *Handelingen II* 1929/30, p. 2083-2086.

59 C.W.M. van Alphen, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheden aan de burgemeester vereist een duidelijke grondslag in de Gemeentewet', *Gst.* 2021/23, zie ook het naschrift van J.M.H.F. Teunissen in *Gst.* 2007/55.

60 Wet van 9 juli 1964, *Stb.* 1964, 256.

61 Zie uitgebreider S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 349-363. Zie voorts J. Westerweel, *Lokale democratische innovatie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 76-78.

62 ARRvS 2 juni 1986, AB 1987/374 (*Wielerronde 's-Gravendeel*).

63 ARRvS 22 april 1989, AB 1989/330; *Gst.* 1989-6887, 6, m.nt. E. Brederveld (*Vismarktdagen Den Helder*).

64 ARRvS 18 mei 1993, AB 1994/333, m.nt. S.E. Zijlstra; *Gst.* 1993-6971, 3, m.nt. E. Brederveld (*Pinkpop*).

65 ABRvS 21 maart 1995, *Gst.* 1995-7011, 4, m.nt. E. Brederveld (*Pinkpop*). Zie ook Rb. Maastricht 13 mei 1994, *Gst.* 1995-7002, 5, m.nt. E. Brederveld (*Pinkpop nr. 2*).

het feit dat nog steeds slechts bevoegdheden aan het college of een bestuurscommissie kunnen worden toegekend. Ook de Wet dualisering gemeentebestuur heeft dat systeem niet veranderd. Dat het gesloten stelsel nog steeds van belang was onder de nieuwe Gemeentewet, bleek rond lokale referenda. In het spontane vernietigingsbesluit van de Amsterdamse referendumverordening stelde de regering:

‘Voorts is de figuur waarbij de raad – tenzij een van de limitatief opgesomde uitzonderingen van toepassing is – de beslissing over het houden van een referendum legt bij de kiezers die het initiatief voor dat referendum nemen, in strijd met het uit art. 128 van de Grondwet en de Gemeentewet voortvloeiende gesloten stelsel van (overdracht van) bevoegdheden op gemeentelijk niveau.’⁶⁶

De regering vond dus feitelijk dat sprake was van een ongeoorloofde delegatie aan de Amsterdamse bevolking omdat zij besliste over het al dan niet houden van een referendum. Het Amsterdamse gemeentebestuur maakte hiertegen bezwaar, maar dat bezwaar werd door de regering verworpen.⁶⁷ De regering bleef bij haar standpunt. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde echter dat geen sprake was van ongeoorloofde delegatie omdat de gemeenteraad zelf had bepaald in welke gevallen een referendum kon worden gehouden op initiatief van ingezetenen én omdat de gemeenteraad uiteindelijk zelf besliste of de uitkomst van het referendum werd opgevolgd. Daarmee is geen

sprake van delegatie.⁶⁸ Met Schlössels moet worden geconstateerd dat het jammer is dat de Afdeling geen woorden heeft gewijd aan het gesloten stelsel.⁶⁹

De Afdeling werd in 2004 ook met de vraag geconfronteerd wat de betekenis was van art. 155 Gemeentewet-1992 tot de delegatiemogelijkheden. Dat artikel, dat de zgn. voorkeur voor publiekrecht behelsde, maakte het immers mogelijk dat de gemeenteraad besloot tot het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen.⁷⁰ De Afdeling:

‘Op grond van het hiervoor weergegeven wettelijk kader, in onderlinge samenhang gezien, waarbij in het bijzonder gewicht toekomt aan het bepaalde in art. 4, eerste lid, van de Invoeringswet Wet werk en bijstand, is de Afdeling van oordeel dat de bevoegdheid om te beslissen op aanvragen om subsidie in het kader van de toepassing van het Besluit in- en doorstroombanen het college, en niet de gemeenteraad, toekomt.

Daar waar de gemeenteraad terzake geen bevoegdheid toekomt, kan deze reeds daarom niet door de gemeenteraad aan NV Werk zijn overgedragen. Verder hebben het college, NV Werk en de voorzieningenrechter niet onderkend, dat delegatie alleen mogelijk is indien de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien, terwijl in genoemde wettelijke voorschriften de basis voor delegatie ontbreekt. De grondslag daarvoor kan evenmin worden gevonden in art. 155 van de Gemeentewet (oud), zoals

⁶⁶ KB 17 oktober 1996, *Stb.* 1996, nr. 535; *Gst.* 1997-7047, 4 (*Amsterdamse referendumverordening*). Zie E. Brederveld, ‘Het lokaal correctief referendum onderweg? Amsterdam: Heldhaftig, vastberaden, barmhartig’, *Gst.* 1997-7047, 1.

⁶⁷ KB 14 februari 1997, *Stb.* 1997, nr. 118 (*Amsterdamse referendumverordening*). Bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 werd bezwaar en beroep tegen vernietigingsbesluiten mogelijk gemaakt, bij de invoering van de Derde tranche in 1998 is de verplichte bezwaarschriftenprocedure komen te vervallen.

⁶⁸ ABRvS 5 maart 1998, *JB* 1998/79, m.nt. R.J.N. Schlössels; *Gst.* 1998-7077, 3, m.nt. E. Brederveld (*Amsterdamse referendumverordening*).

⁶⁹ *JB* 1998/79.

⁷⁰ Bij de dualisering is deze bevoegdheid overgegaan van de gemeenteraad op het college (zie thans art. 160 lid 2 Gemeentewet). Zie omtrent de achtergronden van de voorkeur voor publiekrecht nader R.J.M.H. de Greef & F.H.K. Theissen, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden: Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015, p. 53-59.

door het college en NV Werk is bepleit. Het enkele feit dat NV Werk door de gemeenteraad met toepassing van genoemd art. is opgericht, betekent niet – gelet op het vorenoverwogene – dat NV Werk de bevoegdheid toekomt bestuursbevoegdheden uit te oefenen.⁷¹

Het feit dat de gemeente een privaatrechtelijke rechtspersoon kan oprichten of daarin deelnemen, maakt volgens de Afdeling nog niet dat aan een dergelijke rechtspersoon ook bevoegdheden kunnen overgedragen. De Afdeling gaat hier verder in op het feit dat de gemeenteraad geen collegebevoegdheid kan overdragen. Dat is op zich wel bijzonder, want voor de inwerkingtreding van de Wet dualisering gemeentebestuur (en gelet op de verwijzing naar art. 155 is dat hier het geval) was het de gemeenteraad die op grond van art. 165 Gemeentewet bevoegdheden van het college mocht overdragen.⁷²

Bij de totstandkoming van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is uitgebreid ingegaan op de vraag of ook iets geregeld moest worden in de Kaderwet omtrent gemeentelijke zelfstandige bestuursorganen, de bestuurscommissies. Volgens de regering was dat niet nodig in de Kaderwet omdat de Gemeentewet al een regeling kende. Bij die discussie is ook uitgebreid ingegaan op het gesloten stelsel. In antwoorden op vragen van de Eerste Kamer geeft de regering nadrukkelijk de kaders van het gesloten stelsel:

‘Zo geldt voor het provinciale en lokale niveau een gesloten systeem voor het overdragen van bevoegdheden. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de (onlangs) gewijzigde Gemeentewet (Gw). Op grond van art. 156 Gw kan een gemeenteraad uitsluitend bevoegdheden over-

dragen aan het college, een door hem ingestelde bestuurscommissie of een deelraad. Art. 165 Gw bepaalt daarnaast dat het college uitsluitend bevoegdheden kan overdragen aan een door hem ingestelde bestuurscommissie en aan het dagelijks bestuur van een deelgemeente. Art. 178 Gw bepaalt ten slotte dat een burgemeester uitsluitend bevoegdheden kan overdragen aan een door hem ingestelde bestuurscommissie en de voorzitter van het dagelijks bestuur van een deelgemeente. Voor het overdragen van bevoegdheden door het college en de burgemeester is in die zin in de Gw een betrokkenheid van de raad opgenomen, dat het college onderscheidenlijk de burgemeester pas een besluit terzake mag nemen nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college onderscheidenlijk de burgemeester te brengen. Daarnaast kan het gemeentebestuur uiteraard bevoegdheden overdragen aan het bestuur van een gemeenschappelijke regeling. Onder meer art. 30 van de Wet gemeenschappelijke regelingen voorziet hierin. Consequentie van het gesloten systeem is dat het gemeentebestuur geen publiekrechtelijke bevoegdheden kan overdragen aan een privaatrechtelijk rechtspersoon. De wet voorziet hier immers niet in.⁷³

Overdracht aan andere organen dan bestuurscommissies (of in het geval van de raad ook aan het college) is niet toegestaan. Overdracht aan privaatrechtelijke rechtspersonen is dus even-

⁷¹ Kamerstukken I 2001/02, 27426, nr. 276c, p. 20. De overdracht van bevoegdheden aan deelgemeentebesturen is per 2014 komen te vervallen bij de afschaffing van deze deelgemeenten (Wet van 7 februari 2013, *Sib.* 2013, 76). Zie omtrent de oorspronkelijke mogelijkheden R.J.M.H. de Greef, ‘Deelgemeenten, deelgemeentebesturen en territoriale bestuurscommissies: do’s and dont’s’, *Gst.* 2010/1. Zie omtrent de afschaffing D.E. Bunschoten, ‘Deelgemeenten en deelraden in de opruiming?’, *TvCR* 2012/1, p. 86-95 en M.T. Oosterhagen, ‘Het wetsvoorstel afschaffing deelgemeenten’, *Gst.* 2012/39.

⁷¹ ABRvS 21 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ3674, AB 2005/253, m.nt. N. Verheij (NV Werk Amsterdam).

⁷² Zie nader R.J.M.H. de Greef, commentaar art. 165 Gemeentewet in S.A.J. Munneke e.a. (red.), *De Gemeentewet en haar toepassing* (hierna: GMT), online versie 2020.

min mogelijk. Dat is het gesloten stelsel. Natuurlijk kunnen in een bijzondere wet wel aanvullende delegatiegrondslagen worden opgenomen. Dat kan vanzelfsprekend in een wet die medebewind vordert, maar het kan ook ten aanzien van autonome bevoegdheden (zie voor dit laatste par. 6, ook t.a.v. gemeenschappelijke regelingen).

4.3 *Verhouding tot Grondwet en Awb*

De vraag rijst natuurlijk hoe dit gesloten stelsel zich verhoudt tot de hierboven geschetste kaders van de Grondwet en de Algemene wet bestuursrecht.

Het gesloten stelsel is als zodanig niet in strijd met de Grondwet. Hierboven zagen we reeds dat via art. 132 lid 1 Grondwet regels kunnen worden gesteld omtrent de (beperking) van bevoegdheden van het gemeentebestuur. Daarbij kunnen dus delegatiegrondslagen gecreëerd worden⁷⁴, maar kunnen de mogelijkheden ook beperkt worden. Problematischer is wel dat sinds de dualisering van het gemeentebestuur het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester zelf beslissen omtrent de delegatie van hun bevoegdheden (art. 165 lid 1 resp. art. 178 lid 1 Gemeentewet). Dat vond de regering beter bij het duale bestel passen.⁷⁵ Voor zover het medebewindsbevoegdheden betreft is dat geen probleem, maar dat is het wel waar het autonome uitvoeringsbevoegdheden betreft. Die bevoegdheden mogen grondwettelijk immers uitsluitend bij andere organen (waaronder ook bestuurscommissie) worden belegd door de gemeenteraad. De artikelen 165 en 178 Gemeentewet zijn wat dit betreft dan ook in strijd met de Grondwet. De procedure waarbij eerst aan de gemeenteraad wensen en

bedenkingen moeten worden gevraagd doet daaraan naar mijn mening niets af (zie art. 165 lid 3 resp. art. 178 lid 4 Gemeentewet).

Met betrekking tot de Algemene wet bestuursrecht geldt dat art. 10:15 Awb zich niet verzet tegen het creëren van delegatiegrondslagen voor autonome bevoegdheden, en dus ook niet tegen delegatie aan privaatrechtelijke rechtspersonen zodra die grondslag is gecreëerd, zo zagen we in paragraaf 3. Op het in die paragraaf besproken citaat uit de parlementaire geschiedenis volgt echter nog een belangrijke andere passage:

‘Een en ander laat onverlet, dat de organieke wetgeving grenzen kan stellen en heeft gesteld aan de mogelijkheid om bij autonome verordening delegatie toe te staan. Zo geven Provincie- en Gemeentewet limitatieve opsommingen van de organen waaraan kan worden gedelegeerd.’⁷⁶

De Awb-wetgever concludeert dus dat de organieke wetgeving (de Gemeentewet) kaders kan stellen en dat ook gedaan heeft. De opsommingen in de Gemeentewet voor delegatie zijn limitatief en kunnen dus niet in een autonome verordening worden aangevuld. De Afdeling geeft daarbij aan dat de inwerkingtreding van art. 10:15 Awb dit gesloten stelsel van de Gemeentewet niet heeft doorbroken.⁷⁷ Dat lijkt mij een terechte overweging, nu afwijking van de mogelijkheden in de Gemeentewet expliciet had moeten gebeuren of in elk geval gemotiveerd had moeten worden (vgl. art. 115 Gemeentewet).

Gelet op het hierboven beschreven gesloten stelsel komt de Afdeling dus terecht tot de conclusie dat delegatie van de bevoegdheid tot subsidieverlening van het college aan SCE in strijd is met de Gemeentewet.

⁷⁴ Ook het feit dat de keuze tot delegatie aan de gemeenteraad is, is in overeenstemming met de Grondwet. Art. 132 lid 1 Grondwet gebruikt immers de term ‘regelt’ en dat betekent dat de wetgever bevoegdheden mag delegeren aan o.a. het gemeentebestuur. Zie nader *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 22.

⁷⁵ *Kamerstukken II 2000/01*, 27751, nr. 3, p. 74.

⁷⁶ *Kamerstukken II 1994/95*, 23700, nr. 5, p. 118 en 121.

⁷⁷ ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176 (*Stichting Cultuur Eindhoven* nr. 2), ro. 5

5. Oplossingen van de Afdeling

Ook in de tweede SCE-uitspraak doet de Afdeling enkele suggesties voor oplossingen:

'Dat, zoals hierboven onder 5 is geoordeeld, het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschap verzet tegen delegatie van de bevoegdheid tot subsidieverlening aan SCE door het college, betekent evenwel niet dat de uitvoering van de Verordening niet in praktische zin op afstand zou kunnen worden geplaatst, indien de raad dat wenst. Zo kan de raad (of het college) aan SCE mandaat verlenen om, namens de raad (of het college), op grond van de Verordening, besluiten te nemen. Ook kan SCE als een bestuurscommissie, als bedoeld in art. 83 van de Gemeenschap, worden ingericht, waarna de raad (of het college) daaraan de bevoegdheid om, op grond van de Verordening, besluiten te nemen, kan delegeren. Voor een delegatiebepaling zoals opgenomen in art. 4, zesde lid, van de Verordening is evenwel een grondslag in een formele wet vereist en die is er niet. Indien de wetgever het wenselijk acht dat subsidieverstreking ook op gemeentelijk niveau op afstand kan worden geplaatst door subsidiebevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen te delegeren dan kan de wetgever dat regelen, bijvoorbeeld in titel 4.2 Awb.⁷⁸

De Afdeling bestuursrechtspraak stelt dat voor het mogelijk maken van delegatie aan een privaatrechtelijke rechtspersoon actie van de wetgever vereist is. Op zich is dat natuurlijk waar. Waarom de Afdeling echter vindt dat dit in titel 4.2 Awb zou moeten plaatsvinden is mij een raadsel. Een dergelijke grondslag past helemaal niet bij het karakter van de Awb. Deze wet creëert immers in beginsel geen bevoegdheden en laat zich ook niet uit over welke bevoegdheden wel en niet gedelegeerd kunnen worden. Dat moet nu juist in de bijzondere wet gebeuren. Veel logischer is het dan ook dit in de Gemeentewet te regelen, mits de wetgever dit natuurlijk wil regelen. Dat past ook beter bij het idee dat

de Gemeentewet zoveel als mogelijk de bevoegdheidsverdeling binnen de gemeente regelt. Overigens zou ik er geen voorstander van zijn om delegatie aan een privaatrechtelijke rechtspersoon mogelijk te maken. Voor de door de gemeenteraad beoogde 'afstand' is dat immers niet nodig. Daar zijn bestuurscommissies nu juist voor bedoeld. Op die manier wordt ook meer recht gedaan aan art. 160 lid 2 Gemeentewet.

De Afdeling noemt de bestuurscommissie dan ook terecht als een optie. De vraag is echter wel of het dan de gemeenteraad of het college moet zijn die de bevoegdheid tot het geven van nadere regels én de bevoegdheid tot subsidieverstreking delegeert. Voor de bevoegdheid tot nadere regelstelling ligt delegatie door de gemeenteraad voor de hand. Art. 156 lid 1 jo. lid 3 Gemeentewet voorziet immers expliciet in die mogelijkheid. Het eerst aan het college delegeren van die bevoegdheid ex art. 156 en dan (sub)delegeren door het college aan de bestuurscommissie ex art. 165 past niet bij de voorwaarden die aan een door de raad ingestelde bestuurscommissie worden gesteld (zie art. 83 lid 4 Gemeentewet) of bij het binnengemeentelijke toezicht (art. 85 en 123 Gemeentewet).

Bij de subsidieverlening zou het juist wel voor de hand liggen dat het college de bevoegdheid overdraagt, nu de bevoegdheid tot uitvoering van de subsidieverordening aan hem toekomt. Delegatie door de gemeenteraad zou in strijd zijn met art. 165 Gemeentewet. Delegatie door het college is echter in strijd met art. 128 Grondwet, zo zagen we in par. 4.2. Delegatie van deze collegebevoegdheid door zowel de raad als door het college is dus juridisch onmogelijk. Attributie van de bevoegdheid aan de bestuurscommissie is ook uitgesloten, nu attributie alleen aan het college kan geschieden.

Maar waarom zou de Afdeling deze optie dan noemen? Mogelijkerwijs heeft de Afdeling bedoeld op de mogelijkheid dat de gemeenteraad de uitvoering van de autonome subsidieverordening aan zichzelf kan houden, overeen-

78 ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176 (Stichting Cultuur Eindhoven nr. 2), ro. 6.

komstig de lijn van de Hoge Raad in het *Staphorster kippen*-arrest. Als de subsidieverlening een raadsbevoegdheid is, dan kan de raad deze ook overeenkomstig art. 156 lid 1 Gemeentewet overdragen aan een door hem ingestelde bestuurscommissie. Daarmee is ook voldaan aan art. 128 Grondwet en zou de delegatie dus geheel in overeenstemming zijn met de Gemeentewet en de Grondwet. Daarmee zou dan ook bevestigd zijn dat de lijn van de Hoge Raad nog steeds geldt.

De Afdeling noemt verder nog de mogelijkheid om de subsidiebevoegdheden te mandateren aan SCE, zodat SCE namens de raad of het college besluiten kan nemen. Daarmee zou de praktische uitvoering op afstand van de raad kunnen worden gezet. Dit roept een aantal belangrijke vraagstukken op. Allereerst de vraag of de bevoegdheid gemandateerd mag worden gelet op het gesloten stelsel van bevoegdheden. Oorspronkelijk werd aangenomen dat het gesloten stelsel zich ook richtte op mandatering van bevoegdheden.⁷⁹ Onder de werking van de Gemeentewet werd aangenomen dat bevoegdheden in beginsel wél altijd aan ondergeschikten mochten worden gemandateerd, maar niet aan niet-ondergeschikten.⁸⁰ In dat laatste geval was een grondslag in een wettelijk voorschrift vereist. De regering benadrukte dat expliciet bij de invoering van de Waterschapswet (die gebaseerd is op de Gemeentewet⁸¹):

*'In overeenstemming ook met hetgeen thans als algemeen beginsel van administratief recht wordt aanvaard, is voor mandaatsverlening welke niet geschiedt aan ondergeschikten een basis vereist in de regeling waarbij de te mandateren bevoegdheid wordt geschapen.'*⁸²

79 S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 275.

80 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 56.

81 *Kamerstukken II* 1986/87, 19995, nr. 3, p. 7 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30601, nr. 3, p. 9.

82 *Kamerstukken II* 1986/87, 19995, nr. 3, p. 70.

Kortom, voor mandatering aan een privaatrechtelijke rechtspersoon (die immers niet-ondergeschikt is aan de raad noch aan het college) was een grondslag in een wettelijk voorschrift vereist. De Gemeentewet biedt die niet, en dus is mandatering uitgesloten. Overigens zou de delegatiebepaling zoals de Eindhovense gemeenteraad die heeft gecreëerd wel in overeenstemming met dit uitgangspunt zijn geweest als het om mandaat ging. De raad creëert dan een uitvoeringsbevoegdheid voor het college en creëert daarbij de mogelijkheid tot mandatering aan een privaatrechtelijke rechtspersoon.

Maar dit is alles is sinds de invoering van de Derde tranche van de Awb niet meer relevant. Derogerde art. 10:15 Awb nog niet aan het Gemeentewettelijke stelsel, art. 10:3 Awb doet dat wél. Dit artikel geeft immers zelf de bevoegdheid tot mandaatverlening aan ieder bestuursorgaan. In beginsel kunnen alle bevoegdheden gemandateerd worden tenzij een wettelijk voorschrift of de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet (art. 10:3 lid 1 Awb). Dit artikel geldt bij zowel mandaat aan ondergeschikten als bij mandaat aan niet-ondergeschikten.⁸³ Aan mandaat aan niet-ondergeschikten zijn wel enkele nadere voorwaarden verbonden, zoals instemming van de gemandateerde (art. 10:4 Awb) en schriftelijke mandaatverlening (art. 10:5 lid 2 Awb). Een van de subsidiebevoegdheden aan een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals SCE is dus niet meer ten principale uitgezonderd.

Toch ligt zo'n mandaat niet zomaar voor de hand. De Afdeling wijst er zelf impliciet al op dat met mandatering de bevoegdheid niet echt op afstand wordt gezet, door te stellen dat alleen de praktische uitvoering op afstand wordt gezet. Wezenskenmerk van mandaat is immers dat de mandaatgever verantwoordelijk blijft (art. 10:1 Awb) en dat de in mandaat genomen

83 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 114. Zie nader R.J.M.H. de Greef, commentaar op art. 10:3 Awb in *Sdu Commentaar Awb*, online versie 2019.

besluiten ook aan de mandaatgever worden toegerekend (art. 10:2 Awb). De door Eindhoven gewenste onafhankelijkheid is daarmee ver te zoeken. Mandaat en zelfstandigheid verdragen elkaar per definitie niet, zo stelde Zijlstra al in 1997.⁸⁴ De vraag rijst ook in hoeverre mandaat ook echt mogelijk is. In de Eindhovense subsidieverordening wordt immers niet alleen de bevoegdheid een subsidiebeschikking vast te stellen opengesteld voor delegatie aan SCE, maar ook de bevoegdheid nadere regels te stellen. Wanneer deze delegatie simpelweg wordt veranderd in mandaat, dan loopt men aan tegen art. 10:3 lid 2 aanhef en onder a Awb: het verbod tot mandatering van de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te geven. Mag bijvoorbeeld de vaststelling van het subsidieplafond zomaar gemandateerd worden? Art. 4:25 lid 1 Awb eist immers dat een subsidieplafond slecht bij of krachtens wettelijk voorschrift kan worden vastgesteld. In de memorie van antwoord werd opgemerkt dat alleen de (materiële) wetgever een plafond kon vaststellen.⁸⁵ De Afdeling zegt daarover niets in haar uitspraak. Mij lijkt een dergelijk mandaat niet mogelijk gelet op de aard van die bevoegdheid.

Dit speelt natuurlijk niet ten aanzien van de bevoegdheid een subsidiebeschikking te geven. Tegen mandatering van die bevoegdheid verzet geen wettelijk voorschrift noch de aard van de bevoegdheid (*in abstracto*) zich. Wel moet de gemandateerde bevoegdheid binnen de normale taakuitoefening van de gemandateerde vallen.⁸⁶ Daar lijkt bij SCE geen probleem te

zijn, aangezien SCE specifiek is opgericht voor deze taak. Dat SCE door de mandatering semi-ondergeschikt⁸⁷ raakt aan de raad en/of het college van Eindhoven lijkt mij in beginsel ook niet problematisch (juridisch gezien dan, in politieke zin zal dat voor het gemeentebestuur van Eindhoven vermoedelijk anders liggen). Uit die ondergeschiktheidsrelatie vloeien overigens ook consequenties voort met betrekking tot verantwoordingsrelaties, klacht-recht en de openbaarheid van bestuur.⁸⁸ Het is die verantwoordelijkheid waar het hier het meest zal wringen: het college van burgemeester en wethouders blijft als mandaatgever verantwoordelijk en zal dus ook volledig verantwoording moeten afleggen aan de gemeenteraad. Mocht de gemeenteraad zelf als mandaatgever optreden (nadat de subsidiebeschikkingsbevoegdheid in de subsidieverordening eerst aan zichzelf wordt gehouden) dan is helemaal volle politieke sturing vanuit de gemeenteraad mogelijk. SCE verwordt dan langzaamaan meer tot een adviesorgaan dan tot een gemeentelijk zelfstandig bestuursorgaan, zoals Eindhoven het oorspronkelijk voor ogen leek te hebben, en zoals ook de eerdergenoemde landelijke Cultuurfondsen zijn.

par. 3.2.

87 Zie nader R.J.M.H. de Greef, commentaar op art. 10:3 Awb in *Sdu Commentaar Awb*, online versie 2019, par. 3.2. Zie voorts S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 79, H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (16^e druk), p. 131-133 en 136 en R.J.M.H. de Greef, 'Verenigbaar of onvereenigbaar? That's the question!', *Gst.* 2018/155.

88 R.J.M.H. de Greef, 'Een vrije keuze tussen delegatie en mandaat bij intergemeentelijke samenwerking?', *JBplus* 2019/4, p. 3-14; R.J.M.H. de Greef, 'Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?', *Gst.* 2018/133 en R.J.M.H. de Greef, 'Gaaf de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?', *JBplus* 2020/2, p. 33-50.

84 S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 200. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33872, nr. 4, p. 4 waar de Afdeling advisering aangeeft dat mandatering van taken aan een omgevingsdienst de beoogde zelfstandige positie van die omgevingsdiensten niet kan worden bereikt.

85 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 135.

86 Zie nader R.J.M.H. de Greef, commentaar op art. 10:3 Awb in *Sdu Commentaar Awb*, online versie 2019,

6. Tot slot

Uit de tweede SCE-uitspraak van de Afdeling moet worden afgeleid dat het gesloten stelsel van de Gemeentewet nog springlevend is. Dat maakt dat delegatie van gemeentelijke bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen is uitgesloten, ook wanneer het subsidies betreft. De Afdeling geeft daarmee meer duidelijkheid nadat ze in de eerste uitspraak toch wel wat onduidelijkheden had gecreëerd. De ‘silicose-’ of de ‘Schiphol-jurisprudentie’ heeft daarmee feitelijk weinig betekenis meer in gemeenteland.⁸⁹ Toch zijn de oplossingen die de Afdeling aanreikt niet zomaar toepasbaar. Sinds de Wet dualisering gemeentebestuur zijn enkele delegatiemogelijkheden in de Gemeentewet in strijd gekomen met de Grondwet. Dat beperkt de mogelijkheden van het gesloten stelsel nog verder, een stelsel dat overigens als zodanig niet in strijd is met de Grondwet. De vage oplossingen van de Afdeling zijn goed bedoeld, maar geven – net als bij de eerste uitspraak – niet geheel duidelijkheid. De Afdeling zou ze beter dan ook achterwege laten, of écht duidelijkheid moeten scheppen.

De uitspraak is ook interessant voor andere actuele ontwikkelingen. Het gesloten stelsel zal bijvoorbeeld een belangrijke rol spelen bij de discussie rond bijvoorbeeld het ‘right to challenge’. De regering lijkt uitvoering door burgers mogelijk te willen maken.⁹⁰ Een dergelijke delegatie is thans echter niet mogelijk, tenzij de burgers zitting nemen in een door het gemeentebestuur ingestelde bestuurscommissie.⁹¹ Op grond van het gesloten stelsel, zoals uitgelegd door de wetgever én de Afdeling, kunnen in een gemeentelijke verordening ook geen aanvullende delegatiemogelijkheden worden gecre-

eerd. De wetgever zal dat dus zelf moeten regelen.

Ook in het kader van subsidieverlening door bijvoorbeeld een gemeenschappelijk openbaar lichaam in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen is het gesloten stelsel van belang. Zoals we in par. 4.2 zagen wordt de Wet gemeenschappelijke regelingen als een algemene aanvulling op het gesloten stelsel gezien.⁹² Art. 30 Wgr geeft daarbij de kaders voor overdracht van gemeentelijke bevoegdheden aan bestuursorganen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁹³ Net als bij de bepalingen uit de Gemeentewet gelden de delegatiemogelijkheden van de Wgr bij zowel autonome als medebewindsbevoegdheden.⁹⁴ Dat betekent dat de complicaties die spelen voor overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels of subsidieverlening aan een bestuurscommissie (zie par. 4.3) ook spelen bij de delegatie aan het bestuur van een openbaar lichaam.⁹⁵ Ook daar geldt immers dat deelnemende bestuursorganen alleen hun eigen bevoegdheden kunnen overdragen.⁹⁶ De gemeenteraad kan dus wel zijn eigen verordenende bevoegdheid overdragen (incl. de

⁹² *Kamerstukken I* 2001/02, 27426, nr. 276c, p. 20.

⁹³ Zie nader R.J.M.H. de Greef, ‘De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!’, *Gst.* 2008/107.

⁹⁴ Vgl. Rb. Rotterdam 17 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4083, *Gst.* 2019/157, m.nt. R.J.M.H. de Greef (*ROGplus*).

⁹⁵ Aan het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie of aan een gemeenschappelijk orgaan kan de bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften *niet* worden overgedragen (art. 30 lid 1 aanhef en onder b Wgr). Dat geldt dus voor de bevoegdheid een subsidieverordening vast te stellen, maar ook voor de bevoegdheid om nadere regels te geven.

⁹⁶ CRvB 7 augustus 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB1469, *JB* 2007/199, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Kompas I*); CRvB 18 september 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB3987 (*Pentasz I*) en Rb. Limburg 2 april 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2779 (*BsGW*).

⁸⁹ Vgl. S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (2^e druk), p. 308-309.

⁹⁰ <https://www.internetconsultatie.nl/participatieverordening>

⁹¹ Vgl. J. Westerweel, *Lokale democratische innovatie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 82 en 96-98.

mogelijkheid alleen nadere regels te kunnen geven), maar kan niet de uitvoeringsbevoegdheid van het college overdragen. Wél zou de gemeenteraad hier ook de bevoegdheid aan zichzelf kunnen houden, en dan via de gemeenschappelijke regeling kunnen delegeren aan het bestuur van het openbaar lichaam. Overdracht door het college van zijn uitvoeringsbevoegdheden lijkt de meest logische weg op grond van art. 30 Wgr, maar die overdracht zou dan weer in strijd zijn met art. 128 Grondwet. Ook hier doet de toestemming die de gemeenteraad moet verlenen aan een collegeregeling (art. 1 lid 2 Wgr) niets aan af, naar mijn mening. Wanneer de bevoegdheid van de gemeenteraad om een (specifieke) autonome subsidieverordening vast te stellen in haar geheel wordt overgedragen aan het bestuur van het openbaar lichaam, dan speelt dit probleem niet. In dat geval kan het algemeen bestuur immers de verordening vaststellen krachtens delegatie, waarna het dagelijks bestuur bevoegd is deze verordening uit te voeren (art. 33b lid 1 onder b Wgr). Het college heeft dan immers nooit een bevoegdheid gehad (de autonome verordening bestond nog niet), en zodoende draagt de gemeenteraad geen collegebevoegdheden over. Dat laatste geldt dan weer niet als het om medebewindsbevoegdheden gaat, dan moet het college zijn bij wet toegekende bevoegdheden expliciet zelf overdragen.

Hoe duidelijk het gesloten stelsel van de Gemeentewet (en Wet gemeenschappelijke regelingen) ook is, gelet op het vage art. 128 Grondwet zijn er toch enkele onduidelijkheden gecreëerd voor de praktijk in de wél bestaande delegatiemogelijkheden. Door de dualisering van het gemeentebestuur is dit verder gecompliceerd. Het zou de wetgever sieren hier snel een oplossing voor te vinden, zodat de praktijk er mee verder kan. Ik hoop wel dat de wetgever daarbij niet alleen naar de praktische kant kijkt (en bijv. zomaar delegatie aan privaatrechtelijke rechtspersonen mogelijk maakt), maar ook wat principiëler kijkt naar de controlemechanismen en andere waarborgen zoals die op grond

van de Gemeentewet (en de Wet gemeenschappelijke regelingen) gelden. Dit was immers ook de reden voor de invoering en continuering van de voorkeur voor publiekrecht.

Over de auteur

Mr. R.J.M.H. (Rob) de Greef

Senior-adviseur bij Cooperación te Helmond, docent/onderzoeker staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en associé bij PROOF Adviseurs te Rotterdam en & Van de Laar te Eindhoven.