

# De subsidie nieuwe stijl

## Publiek geld verplicht?

Jacobine van den Brink & Willemien den Ouden<sup>1</sup>

In deze bijdrage wordt de juridische normering van de subsidie nieuwe stijl geagendeerd. Gaat het hier werkelijk om *andere* financieringsinstrumenten dan de subsidie zoals geregeld in artikel 4:21 Awb? Wat is in dat geval hun rechtskarakter? Deze vraag is uiterst relevant voor de rechtspraktijk waarin geschillen over deze financieringsinstrumenten zullen moeten worden beslecht. Maar achter de vraag 'subsidie of niet' ligt een fundamentele vraag. In hoeverre wordt het inzetten van publieke gelden voor maatschappelijke projecten (ook) door het publiekrecht genormeerd of zou dat daardoor moeten worden genormeerd? Welke publiekrechtelijke normen zijn in dat kader (in ieder geval) relevant en hoe kan de toepassing van die normen het best worden gerealiseerd? 'Publiek geld verplicht' immers. Maar waartoe precies?

### 1. Inleiding

'Subsidies zijn zo goed als verleden tijd. Provincies, gemeenten, regio's en private partijen zijn daarom op zoek naar alternatieve financiële instrumenten' zo stelt de website van MKB Kredietdesk.<sup>2</sup> Daarbij wordt verwezen naar financiële instrumenten zoals (achtergestelde) leningen, participaties en garantstellingen die steeds meer vanuit revolverende (zichzelf in standhoudende) fondsen worden ingezet. Dat de klassieke subsidie à fonds perdu verdwijnt, is een stelling die wij niet voor onze rekening willen nemen.<sup>3</sup> Maar er is wel iets aan de hand op het gebied van publieke financiering van maatschappelijke projecten.<sup>4</sup> Overheden experimenteren op grote schaal met andere vormen van financiering. Van wijkactiviteiten tot de aanpak van werkloosheid, van innovatiestrategie tot landbouw-, cultuur- en energiebeleid, op vrijwel ieder beleidsterrein vindt men 'nieuwe' publieke financieringsmogelijkheden onder allerlei benamingen. Niet alleen fondsbijdragen zijn populair, datzelfde geldt voor cofinanciering met crowdfunding (matchfunding), 'sponsoring' van overheidswege, 'social impact bonds', bewoners- of wijkbudgetten, het coöperatiemodel en publiekrechtelijke prijsvragen, om maar wat voorbeelden te noemen.<sup>5</sup>

Voor veel van deze financieringen geldt dat zij – anders dan de subsidies à fonds perdu – moeten worden terugbetaald. Overheidsgeld kan dus meerdere malen worden ingezet (het revolveert). Bovendien neemt het totaal aan middelen toe door combinaties met private gelden (het hefboomeffect)<sup>6</sup> en vergoedingen (rente of dividend) die ontvangers van deze financieringen betalen. Aantrekkelijke alternatieven dus voor de reguliere subsidie: op Europees niveau is revolverend financieren inmiddels zeer

populair<sup>7</sup> en ook sommige Nederlandse overheden voeren reeds als beleid dat projecten niet worden gesubsidieerd in gevallen waarin zij ook uit revolverende fondsen kunnen worden gefinancierd.<sup>8</sup>

Maar er speelt meer dan bezuinigingsdrang. Overheden (zowel decentraal als centraal) streven meer dan voorheen naar samenwerking met andere overheden, het bedrijfsleven, maatschappelijke instellingen en particulieren om maatschappelijke vraagstukken op te pakken.<sup>9</sup> Daarbij willen zij als overheid 'minder leidend' zijn dan in het verleden vaak het geval was: top down aansturing en eenzijdige besluitvorming worden beschouwd als achterhaalde concepten. In plaats daarvan zoeken overheden naar manieren om ruimte te bieden voor initiatieven vanuit de samenleving, door deze te faciliteren, (mede) te financieren en participieren (mede) verantwoordelijkheid te geven in de beleidsvorming en uitvoering daarvan. Het voorstel over een 'right to challenge' dat de PvdA en de ChristenUnie presenteerden op 23 augustus 2016 past naadloos in deze trend: er zou een 'uitdaagrecht' in wetgeving moeten worden opgenomen, zodat burgers de overheid kunnen uitdagen een publieke taak met bijbehorende budgetten aan hen over te dragen.

Deze brede trend is door de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) in 2014 al gesignaleerd<sup>10</sup> en werd onlangs weer bevestigd in een rapport over publiek-private samenwerking, opgesteld in opdracht van het Ministerie van BZK.<sup>11</sup> Opvallend is dat in deze rapporten wordt betwijfeld of werkelijk sprake is van nieuwe vormen van publieke financiering, althans in juridische zin. In de meeste gevallen lijkt het gewoon te gaan om subsidieverstrekkingen, al hebben de betrokken partijen dat niet

altijd in de gaten. Zij wensen juist vaak bij het subsidie-instrument weg te blijven omdat de klassieke subsidie als te duur, tijdrovend, ingewikkeld en ouderwets wordt ervaren. Daarom wordt op brede schaal gekozen voor 'andere' vormen en benamingen en dat leidt tot een wonderlijke variëteit aan juridische constructies en onzekerheid over het daarop toepasselijke wettelijke regime. Deze 'subsidie nieuwe stijl' betreft een fenomeen dat snel om zich heen grijpt, waarmee grote sommen publiek geld zijn gemoeid, maar waarvan de juridische randvoorwaarden vaak onduidelijk zijn.<sup>12</sup>

Deze conclusie geeft reden tot zorg. Bijna twintig jaar geleden is de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking getreden als reactie op misstanden in het toenmalige subsidiebeleid,<sup>13</sup> die zelfs hebben geleid tot twee parlementaire enquêtes.<sup>14</sup> Met de invoering van de subsidietitel werd beoogd *algemene* regels te stellen voor de publieke financiering van in het algemeen belang wenselijk geachte activiteiten van particulieren. Met deze regels werden belangrijke rechtsstatelijke waarden als democratische legitimatie en transparantie van het subsidiebeleid, de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van subsidieontvangers en bestuursrechtelijke rechtsbescherming geborgd.<sup>15</sup>

Vanzelfsprekend moet het subsidierecht bij de tijd worden gehouden. De subsidie, of breder geformuleerd het publiekrechtelijke financieringsinstrument, is een van de belangrijkste beleidsinstrumenten van de Nederlandse overheid. Het is belangrijk dat daarmee effectief en efficiënt kan worden gestuurd. Knelpunten verdienen dus zeker aandacht en zo nodig actie van de wetgever. De (ervaren) knelpunten 'oplossen' (of omzeilen) door te werken met financiële constructies waarvan het rechtskarakter onduidelijk is, zoals nu veel gebeurt, lijkt ons echter

geen verstandige aanpak. Die leidt namelijk tot complexe juridische procedures en rechtsonzekerheid. Bovendien verdwijnen belangrijke rechtsstatelijke waarden, die in het subsidierecht zijn geborgd, bij het gebruik van de nieuwe constructies al snel in een juridische mist, zo zal hierna blijken.

## 'Subsidie nieuwe stijl' betreft een fenomeen dat snel om zich heen grijpt, waarmee grote sommen publiek geld zijn gemoeid, maar waarvan de juridische randvoorwaarden vaak onduidelijk zijn

In deze bijdrage agenderen wij daarom de juridische normering van de subsidie nieuwe stijl. Gaat het werkelijk om *andere* financieringsinstrumenten dan de subsidie zoals geregeld in artikel 4:21 Awb? Wat is in dat geval hun rechtskarakter? Deze vraag is uiterst relevant voor de rechtspraktijk waarin geschillen over deze financieringsinstrumenten zullen moeten worden beslecht. Maar achter de vraag 'subsidie of niet' ligt een fundamentele vraag. In hoeverre wordt het inzetten van publieke gelden voor

### Auteurs

1. Prof. dr. J.E. van den Brink is hoogleraar Europees en nationaal bestuursrecht aan de Universiteit van Maastricht. Prof. dr. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

### Noten

2. 'Wat zijn revolverende fondsen?', mkb-kredietdesk.nl/411/wat-zijn-revolverende-fondsen.htm.  
3. Alleen al op rijksniveau wordt er jaarlijks voor ongeveer € 6 miljard subsidie verstrekt. Zie: [www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/05/21/aanbiedingsbrief-bij-overzicht-van-besteding-rijks-subsidies-per-ministerie](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/05/21/aanbiedingsbrief-bij-overzicht-van-besteding-rijks-subsidies-per-ministerie).  
4. In een rapport van de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv), *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag: Rfv 2014 ([www.rob-rfv.nl/documenten/tussen\\_betalen\\_en\\_bepalen\\_webversie.pdf](http://www.rob-rfv.nl/documenten/tussen_betalen_en_bepalen_webversie.pdf)) wordt gewerkt met het begrip 'maatschappelijke initiatieven', dat zijn 'activiteiten waarbij (groepen van) burgers zich inzetten voor een

taak of belang waaraan zij zelf een publieke waarde toekennen.' (rapport p. 14). Dit begrip suggereert sterk dat initiatief en activiteiten van de burger komen, terwijl er ook veel subsidies nieuwe stijl zijn waarin de overheid (aanvankelijk) zelf de initiërende rol speelt en een actieve rol (mee) speelt in de uitvoering. Daarom gebruiken wij het begrip maatschappelijke projecten: door de overheid in het algemeen belang wenselijk geachte activiteiten van of met particulieren.  
5. In het Rfv-rapport worden negentien financieringsvormen onderscheiden en uitgewerkt.  
6. Vergelijk D. Wernerus & R. Rusanescu 'The Use of Financial Instruments in European Structural and Investment Funds', *European Structural and Investment Funds Journal* 2014, p. 192-199, p. 194.  
7. D. Wernerus & R. Rusanescu 'The Use of Financial Instruments in European Structural and Investment Funds', *European Structural and Investment Funds Journal* 2014, p. 192-199.  
8. Zie bijv. p. 9 van het Uitvoeringsprogramma Kansen voor West 2014-2020 dat

is vastgesteld door het college van B&W van de gemeente Den Haag op 14 april 2015 ([kansenvoorwest2.nl/nl/steunpunten/den-haag/](http://kansenvoorwest2.nl/nl/steunpunten/den-haag/)).  
9. Zie bijv. J. Scherpenisse, *(On-)geschreven regels. Subsidieverlening bij netwerkend werken in de provincie Zuid-Holland*, NSOB 2015, [nsoob.nl/publicatie/1807/](http://nsoob.nl/publicatie/1807/) en *De Doe-democratie. Kabinetsnota ter stemming van een vitale samenleving*, Den Haag: BZK 2013, [rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2013/07/09/kabinetsnota-doe-democratie](http://rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2013/07/09/kabinetsnota-doe-democratie).  
10. *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag: Rfv 2014. Zie eerder al de Algemene Rekenkamer, bijv. in het rapport *Zicht op veranderingen in financiële relaties tussen Rijk en derden*, Kamerstukken II 2008/09, 31887, 1-2.  
11. *Publiek-private samenwerking en hybride financiering. Organisatorische randvoorwaarden voor decentrale overheden*, Den Haag: Laken organisatie advies 2016, [caties/publiek-private-samenwerking-en-hybride-financiering/

12. Zie o.a. het Rfv-rapport \*Tussen betalen en bepalen\*, 2014, p. 30 en het recentere rapport \*Het maatschappelijk PPS, juridische grenzen en mogelijkheden voor de betrokken overheid\* \(Den Haag: Slootsadvies 2016, \[kennisopenbaarbestuur.nl\]\(http://kennisopenbaarbestuur.nl\)\), een rapport geschreven in opdracht van het Ministerie van BZK: \[kennisopenbaarbestuur.nl/rapporten-publicaties/het-maatschappelijk-pps-juridische-grenzen-en-mogelijkheden-voor-de-\\(betrokken\\)-overheid/\]\(http://kennisopenbaarbestuur.nl/rapporten-publicaties/het-maatschappelijk-pps-juridische-grenzen-en-mogelijkheden-voor-de-\(betrokken\)-overheid/\).  
13. Zie daarover L.J.A. Damen, \*Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur\* \(diss. Groningen\), Deventer: Kluwer 1987.  
14. Inzake de subsidiering van het noodlijdende RSV-concern \(\*Kamerstukken II\* 1984/85, 17817, 16-21 en inzake de subsidiering van de volkshuisvesting \(\*Kamerstukken II\* 1987/88, 19623\).  
15. Zie voor de achtergrond van het algemene subsidierecht: W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, \*Subsidiericht\*, Deventer: Kluwer 2011, p. 1-7.](http://kennisopenbaarbestuur.nl/rapporten-publi-</a></p></div><div data-bbox=)



maatschappelijke projecten (ook) door het publiekrecht genormeerd of zou dat daardoor moeten worden genormeerd? Welke publiekrechtelijke normen zijn in dat kader (in ieder geval) relevant en hoe kan de toepassing van die normen het best worden gerealiseerd? Immers, zoals de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) het onlangs formuleerde: 'publiek geld verplicht'.<sup>16</sup> Maar waartoe precies?

Met de behandeling van deze vragen reageren wij op de recente oproep van de Algemene Rekenkamer in de publicatie 'Inzicht in publiek geld'.<sup>17</sup> Daarin heeft de Rekenkamer een brede uitnodiging neergelegd om mee te denken over de vraag: 'Wat is er nodig opdat het parlement van morgen inzicht heeft in de mate waarin toekomstige regeringen zinnig, zuinig en zorgvuldig met

publiek geld omgaan?'. Daarvoor is naar onze mening in ieder geval wenselijk dat de normering van het met publieke gelden financieren van maatschappelijke projecten opnieuw wordt doordacht.

## 2. Zijn de nieuwe financieringsinstrumenten niet gewoon subsidies?

Er komen inmiddels zoveel benamingen en financieringsconstructies voor in de praktijk dat het onmogelijk is om voor al die gevallen hier het rechtskarakter te bespreken. Daarom schetsen wij in het algemeen hoe kan worden bepaald of het subsidies in de zin van de Awb betreft, wat de consequenties van een kwalificatie als subsidie zijn en welke ruimte er is voor de overheid om de financiering van projecten via andere (publiek- of privaatrechtelijke) constructies te regelen.

### 2.1. De subsidie definitie

Toen de wetgever in 1998 het algemene subsidierecht in de Awb codificeerde, is gekozen voor een materiële subsidie definitie. Dat betekent dat een groot deel van de publieke financiering van maatschappelijke projecten in één klap door de Awb werd gereguleerd: iedere financiële verstrekking die voldoet aan de gegeven omschrijving valt onder de reikwijdte van titel 4.2 Awb, ook wanneer de verstrekking in een regeling of beleid, beschikking of overeenkomst anders wordt aangeduid.<sup>18</sup> Met andere woorden: de wetgever heeft in 1998 beoogd iedere 1. aanspraak op financiële middelen, 2. door een bestuursorgaan verstrekt 3. met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, 4. anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten, publiekrechtelijk te normeren. Door de nieuwe financiële instrumenten te toetsen aan deze definitie-elementen van artikel 4:21 Awb, kunnen wij – althans in theorie – dus vaststellen of de subsidie nieuwe stijl wordt genormeerd door de algemene regels van het subsidierecht.

#### Aanspraak op financiële middelen

Het eerste definitie-element is direct van groot belang voor ons onderwerp: een subsidie is een *aanspraak* op geld. Een subsidieontvanger hoeft dus niet daadwerkelijk geld van de overheid te ontvangen en te behouden. In de memorie van toelichting merkt de regering daarover op dat 'niet bij alle subsidies daadwerkelijk geld wordt uitgekeerd. Indien de overheid rente en aflossing van een door een bank aan een

derde verstrekt krediet garandeert, ontstaat een subsidieverhouding die, als de derde zijn verplichtingen nakomt, eindigt zonder dat de overheid ook maar een gulden daadwerkelijk heeft uitgekeerd.' Wij lezen hier dat garanties van overheidswege destijds zonder meer onder het subsidiebegrip van artikel 4:21 Awb werden geschaard. Hoe zit dat met geldleningen? Ook daarover is de regering expliciet in de toelichting: 'Het verlenen van een aanspraak op financiële middelen omvat niet alleen de subsidieverlening 'à fonds perdu', maar ook het verschaffen van kredieten. Overwogen is om kredietverlening tegen commerciële voorwaarden buiten het subsidiebegrip te houden, doch daarvan is afgezien, omdat de overheid slechts bij uitzondering zuiver commerciële kredieten verleent. De overheid pleegt kredieten te verschaffen omdat de markt daarin in onvoldoende mate voorziet. Dit impliceert, dat het krediet vrijwel steeds wordt verschaft met het oog op wenselijk geachte activiteiten van de ontvanger en onder voorwaarden, die gunstiger zijn dan de ontvanger op de vrije markt zou kunnen bedingen, zodat tevens een financieel voordeel wordt toegekend. Derhalve is kredietverlening door de overheid op essentiële punten vergelijkbaar met subsidiëring 'à fonds perdu', zodat voor beide vormen dezelfde regels behoren te gelden.'

Daar is geen woord Spaans bij: de wetgever is er vanuit gegaan dat overheden geen 'bankje spelen' met publieke gelden. Overheids garanties en -leningen zijn beleidsinstrumenten die (in eerste instantie)<sup>19</sup> publiekrechtelijk worden genormeerd. Wij zien dit bijvoorbeeld terug in de Regeling nationale EZ-subsidies op basis waarvan subsidies in de vorm van garanties en leningen<sup>20</sup> worden verstrekt. Dat de subsidie nieuwe stijl geen subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb betreft omdat de betreffende garanties en leningen wél marktconform zouden worden verstrekt,<sup>21</sup> vinden wij geen overtuigend argument. Ten eerste heeft de wetgever onderkend dat dit voor kan komen en is er desalniettemin geen uitzondering voor gemaakt. Ten tweede worden veel overheids garanties en leningen juist daar verstrekt 'waar de markt het laat afweten', wat reële vragen oproept over de marktconformiteit van de verstrekte financieringen.<sup>22</sup>

#### Door een bestuursorgaan verstrekt

Een subsidie wordt verstrekt door een bestuursorgaan. Daarmee bedoelde de wetgever een bestuursorgaan in de

16. Tussen betalen en bepalen, 2014, p. 19.

17. Algemene Rekenkamer, *Inzicht in publiek geld. Uitnodiging tot bezinning op de publieke verantwoording*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2016, rekenkamer.nl (rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2016/07/Inzicht\_in\_publiek\_geld).

18. Zie Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 9. Vergelijk ook ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, AB 2009/223, m.nt. W. den Ouden.

19. Wel is een civielrechtelijke uitvoeringsovereenkomst toegestaan (zie art. 4:36 Awb).

20. Zie titel 3.12, in het bijzonder art. 3.12.2 lid 2 en art. 3.16.2.

21. Ook in het kader van het staatssteunrecht wordt bij de beoordeling of sprake is van staatssteun niet alleen bezien of een marktconforme rente wordt berekend voor overheidsleningen en garanties voor economische activiteiten. Dat een marktconforme rente wordt berekend wil namelijk niet zeggen dat de lening als geheel marktconform is, zeker niet in die gevallen waarin deze wordt verstrekt waar particuliere geldschieters weigeren te financieren. In de visie van de Europese Commissie is een investering daarom pas in overeenstemming met

het criterium van de marktdeelnemer in een markeconomie – en vormt zij dus geen staatssteun – indien publieke en particuliere investeerders op voet van gelijkheid investeren. Hiervan is sprake wanneer zij voor publieke en particuliere investeerders op dezelfde voorwaarden plaatsvindt, wanneer gelijktijdig door beide categorieën marktdeelnemers wordt geïnvesteerd en wanneer de investering van de particuliere investeerder een reële economische impact heeft. Zie par. 31 van de Richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicofinancieringsinvesteringen, *PBEU C19/4*. Zie hieromtrent Phedon Nicolaidis, 'Financial

Instruments and the State Aid Rules for Risk Finance 2014-2020', *ESIF* 2014, p. 221-230, p. 228 e.v.

22. Zo geldt voor aanvragers van leningen bij het Energiefonds Den Haag dat zij moeten aantonen dat financiering tegen marktvoorwaarden niet of slechts voor een deel mogelijk is. Zie voor een sprekend voorbeeld de website van het Energiefonds Overijssel: 'U wilt met uw onderneming of woningcorporatie werk maken van nieuwe energie of energiebesparing. Maar u krijgt de financiering niet (volledig) rond via een bancaire lening. Energiefonds Overijssel helpt u uw plannen te realiseren.'

zin van artikel 1:1 Awb. Hiervan is duidelijk sprake wanneer het gaat om organen van publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals ministers en colleges van GS of van B&W.<sup>23</sup> In andere gevallen betreft het (rechts)personen of colleges die met openbaar gezag zijn bekleed.<sup>24</sup> Voor die laatste groep geldt dat er 'een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend.'<sup>25</sup> Die toekenning dient in beginsel bij wettelijk voorschrift te gebeuren; privaatrechtelijke rechtspersonen die optreden als bestuursrechtelijke subsidieverstrekker vindt men dus in principe terug in een wettelijke regeling. Een bekend en de laatste tijd veel bediscussieerd voorbeeld is de Stichting Nederlands Fonds voor de Podiumkunsten die in de Wet op het specifiek cultuurbeleid is belast met subsidieverstrekking voor kort gezegd de instandhouding en ontwikkelen van podiumkunsten. Als privaatrechtelijke rechtspersonen publieke gelden uitdelen zonder dat die taak bij wettelijk voorschrift is geregeld, is de vraag of zij daarbij optreden als bestuursorgaan (en dus besluiten nemen) een stuk lastiger te beantwoorden. Daarover meer in par. 3.

#### *Met het oog op bepaalde activiteiten*

Volgens artikel 4:21 Awb zijn subsidies aanspraken op financiële middelen die worden verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten. Hieruit blijkt dat een subsidie een gebonden overdracht betreft: de ontvanger krijgt geld voor een bepaald doel en mag het alleen voor dat doel besteden. Daarom is bijvoorbeeld een overheidsdeelneming in het aandelenkapitaal van een vennootschap in beginsel geen subsidie. Aandelenkapitaal kan immers juridisch niet aan een bepaalde besteding worden gebonden; het dient per definitie alle activiteiten van de onderne-

## De scheidslijn tussen een publiekrechtelijke prijsvraag, een subsidietender en een aanbesteding kan bijzonder vaag zijn

ming. Hetzelfde geldt voor prijzen, schadevergoedingen en schadeloosstellingen; zij vallen in beginsel buiten de reikwijdte van de subsidietitel, zo wordt ook expliciet gesteld in de memorie van toelichting bij artikel 4:21 Awb,<sup>26</sup> al benadrukken wij dat steeds het individuele geval moet worden bekeken. Als een prijs bijvoorbeeld moet worden gebruikt om een winnend project uit te voeren (en dat wordt vastgelegd in een beschikking of overeenkomst) is er niet langer sprake van geld dat vrij kan worden besteed. De scheidslijn tussen een publiekrechtelijke prijsvraag, een subsidietender en een aanbesteding kan in die gevallen bijzonder vaag zijn.<sup>27</sup>

#### *Anders dan als betaling*

Wanneer de overheid goederen of diensten inkoop, waarvoor zij gewoon de marktprijs betaalt, is er geen

sprake van subsidieverstrekking omdat tegenover de betaling een reële economische tegenprestatie staat. Ook hier zijn de scheidslijnen met de subsidie in de praktijk echter vaak lastig te trekken.<sup>28</sup> Want wanneer is de tegenprestatie reëel? Als de overheid niet meer betaalt dan de ontvanger ook op de vrije markt zou kunnen krijgen? Maar soms zijn er helemaal geen andere afnemers dan de overheid, zoals vaak het geval is bij inkoop van producten als zorg en maatschappelijke ondersteuning. Soms leidt juist het gebrek aan een goed functionerende markt tot overheidsoptreden, waardoor een marktprijs moeilijk te bepalen valt. Wanneer er twijfel bestaat over de kwalificatie van bepaalde financiële verstrekkingen als subsidie of als betaling, zal de aard van de rechtsverhouding (opnieuw) aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval moeten worden vastgesteld. De regering stelde dat daarbij gekeken kan worden naar de omvang van de financiële verstrekking in relatie tot de kostprijs (subsidies dekken doorgaans maar een deel van de kosten van de activiteit) en naar de initiatiefnemer (bij subsidies zijn dat in beginsel particulieren die een aanvraag indienen). Ook het feit dat derden profiteren van activiteiten van de ontvanger van een geldbedrag is een element dat wijst in de richting van een subsidiere relatie.<sup>29</sup>

In de jurisprudentie worden deze criteria inmiddels toegepast en aangevuld. Uit de betreffende uitspraken blijkt dat de bestuursrechter voor het onderscheid tussen subsidieverstrekking en betalingen ook andere dan de drie hiervoor genoemde elementen meeweegt. Zo is bijvoorbeeld van belang of het betreffende geldbedrag wordt besteed in het algemeen belang (dat wijst op een subsidiere relatie) en welk oogmerk de overheid daarbij had (als de betaling van het geldbedrag was gericht op verkrijging van goederen wijst dat op een betaling).<sup>30</sup>

#### **2.2. Consequenties van het gebruik van 'verhulde subsidies'**

Wanneer men de financiële instrumenten die wij behandelen onder de noemer 'de subsidie nieuwe stijl' langs de lat legt van artikel 4:21 Awb, lijken veel van die instrumenten in juridische zin te kwalificeren als een subsidie. De wetgever wilde dat dergelijke instrumenten worden geregeld conform titel 4.2 van de Awb.

Wat gebeurt er als betrokken partijen deze conclusie zelf niet (willen) trekken en hun relatie bewust anders vormgeven? Vooropgesteld moet worden dat de hoogste bestuursrechters de afgelopen jaren niet bang zijn geweest in dat soort gevallen stevig vast te houden aan de materiële subsidie definitie van de Awb en daarmee aan de bedoeling van de wetgever. Benamingen van financiële verstrekkingen, bedoelingen en wensen van partijen, noch de juridische vorm waarin de financiële verstrekkingen waren gegoten werden daarbij van doorslaggevend belang geacht. Als een verstrekking materieel een subsidie vormt worden geschillen daarover door de bestuursrechter afgedaan volgens de regels van het subsidierecht, of partijen dat nu wilden en verwachtten of niet.<sup>31</sup>

Dat betekent niet dat het 'verkeerd' benoemen en vormgeven van financiële instrumenten die eigenlijk een subsidie inhouden onschuldig is. Dit leidt namelijk vaak tot procedures die niet in de eerste plaats zijn gericht op de inhoudelijke geschilpunten, maar waarin er wordt

geprocedeerd over het procederen: staan partijen voor de juiste rechter? Immers, subsidiegeschillen horen thuis bij de bestuursrechter, terwijl men met geschillen over bijvoorbeeld prijsvragen en betalingen bij de civiele rechter moet aankloppen. Als eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van een subsidie, rijzen er vaak allerlei vervolgvragen. Wij noemen hier als voorbeeld dat artikel 4:23 Awb voor subsidieverstrekking in beginsel een wettelijke grondslag vereist. Als die niet voorhanden is (omdat par-

## Voor de rechter en het bestuur leveren deze casus vervelend juridisch wrik- en duwwerk achteraf op

tijen er vanuit gingen dat het geen subsidieverstrekking betrof) zal die alsnog moeten worden opgesteld en met terugwerkende kracht moeten worden toegepast.<sup>32</sup> Subsidies moeten verder volgens de regels van titel 4.2 Awb bij beschikking worden verstrekt. Een overeenkomst die strekt tot uitvoering van een subsidiebeschikking (een zogenaamde uitvoeringsovereenkomst) is toegestaan, zo blijkt uit artikel 4:36 Awb, maar een *beschikkingsvervangende* overeenkomst is in strijd met de wet.<sup>33</sup> Als een beschikkingsvervangende overeenkomst desalniettemin is gesloten (omdat partijen er vanuit gingen dat er geen sprake was van een subsidierelatie) moet de bestuursrechter besluiten hoe daarmee om te gaan. Soms gaat hij in zo'n geval in de briefwisseling tussen verstrekker en ontvanger op zoek naar een schrijven dat kan worden

gezien als een verleningsbeschikking, waarna de gesloten subsidieovereenkomst als een uitvoeringsovereenkomst kan worden gekwalificeerd.<sup>34</sup> Soms laat hij dit achterwege en beslecht hij het geschil 'gewoon' met toepassing titel 4.2 Awb.<sup>35</sup> Vooral voor particulieren, die dachten een overeenkomst met de overheid te hebben gesloten kan dit als een vervelende verrassing komen. Het verschuldigde subsidiebedrag kan bijvoorbeeld eenzijdig door het bestuursorgaan worden vastgesteld en de laatste beschikt in het subsidierecht ook over ruime terugvorderings- en invorderingsbevoegdheden. Voor de rechter en het bestuur leveren deze casus vervelend juridisch wrik- en duwwerk achteraf op.

### Via de civielrechtelijke route

Een geschil over een subsidie nieuwe stijl komt echter niet altijd op het bureau van een bestuursrechter terecht. Bestuursorganen kiezen regelmatig voor een privaatrechtelijke vormgeving, waarbij zij soms expliciet vermelden dat tegen beslissingen over dergelijke financieringsinstrumenten geen bezwaar en beroep open staat.<sup>36</sup> In zulke gevallen komen geschillen voor de burgerlijke rechter terecht. Die lijkt het subsidie karakter van deze instrumenten nauwelijks te toetsen. Zo wordt in geschillen over de weigering van een met publiek geld gefinancierde 'prijs' waarmee projecten moeten worden uitgevoerd geen aandacht besteed aan de vraag of deze prijs eigenlijk geen subsidie is.<sup>37</sup> Hetzelfde geldt voor financiële verstrekkingen en voordelen in de vorm van garanties, leningen en koopovereenkomsten die veel weg hebben van een subsidie. Het is lastig om te beoordelen hoe vaak dit voorkomt (de gepubliceerde jurisprudentie is schaars), maar uit de beschikbare uitspraken, waarin niet wordt doorverwezen naar de bestuursrechter, wordt wel duidelijk dat toepassing van het civiele recht op deze zaken gemakkelijk leidt tot andere uitkomsten dan in het subsidierecht gebruikelijk zijn.

23. Art. 1:1 Awb lid 1 sub a.

24. Art. 1:1 Awb lid 1 sub b.

25. ABRvS 17 september 2014,

ECLI:NL:RVS:2014:3379 en

ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/129,

m.nt. J.A.F. Peters, JB 2014/202, m.nt.

L.J.M. Timmermans, JG 2014/63, m.nt.

A.A. al Khatib en T. Barkhuysen, AB klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters.

26. Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 35.

27. Een voorbeeld biedt de Small Business Innovation Research (SBIR). SBIR is een voorbeeld van een gefaseerde aanbesteding in de vorm van een prijsvraag en wordt ook wel 'pre-commercieel aanbesteden' genoemd. Zie verder [rvo.nl/subsidies-regelingen/sbir](http://rvo.nl/subsidies-regelingen/sbir).

28. Zie bijv. daarover uitgebreid B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht?', Gst. 2006/149, p. 583 e.v. en A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog

houdbaar?', Gst. 2011/115.

29. Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 33.

30. Richtinggevende uitspraken over dit onderwerp zijn o.a. ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776 (Catalpa), AB 2001/335, m.nt. N. Verheij; Cbb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (Hanseland), AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren; ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073 (verplaatsing veehouderij), AB 2015/309, m.nt. W. den Ouden; en ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 (ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex), AB 2016/286, m.nt. A. Drahmman.

31. Zie voor enkele voorbeelden: ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803, AB 2016/286, m.nt. Drahmman; ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073, AB 2015/309, m.nt. W. den Ouden; en Cbb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

32. Zie bijv. ABRvS 19 april 2006,

ECLI:NL:RVS:2006:AW2275 (Flevoherb I), AB 2006/296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den

Ouden; en ABRvS 10 februari 2010,

ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, AB 2010/214,

m.nt. W. den Ouden.

33. Zie M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam (VU)), Den Haag: Elsevier 1999; en ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006/296, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden, r.o. 2.7; en HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren, r.o. 3.5.3.

34. Zie bijv. reeds ARRvS 4 november 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3514, AB 1994/182, m.nt. N. Verheij en recentelijk nog ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073, JB 2015/88, m.nt. J.A.F. Peters, AB 2015/309, m.nt. W. den Ouden.

35. Zie bijv. Cbb 24 februari 2005,

ECLI:NL:CBB:2005:AT1735, AB 2005/165, m.nt. J.H. van der Veen, JB 2005/225, m.nt. A.J. Bok.

36. Een voorbeeld biedt het Limburgs innovatiefonds (startkapitaal van € 20 miljoen afkomstig van de provincie Limburg). Het betreft een BV; het afdelingshoofd Economische Zaken van de provincie Limburg fungeert als directeur. Op de website staat expliciet vermeld dat tegen het niet nemen van een investeringsbesluit door de directeur geen bezwaar of beroep mogelijk is. Dit is waar het de uitvoering van Unierechtelijke fondsen betreft een zeer kwetsbare situatie. Uit HvJ EU 17 september 2014, C-562/12 (r.o. 57 e.v.) kan worden afgeleid dat het niet openstellen van beroep strijd oplevert met art. 47 van het Handvest EU (effectieve rechterlijke bescherming).

37. Zie bijv. Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5561; en Rb. Den Haag 26 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4941.

Een goed voorbeeld geeft de zaak *MusiQ*.<sup>38</sup> In die zaak had de gemeente Amsterdam zich garant gesteld voor een bancaire lening van ruim € 26 miljoen voor de bouw van een muziekmakerscentrum. Ondanks het feit dat de eigenaar daardoor een gunstiger rentetarief verkreeg, is de exploitatie van het muziekcentrum niet succesvol met als gevolg dat de bank de garantie aanspreekt. Daarop starten twee concurrenten van het muziekmakerscentrum een actie voor de civiele rechter: de garantieovereenkomst zou nietig zijn wegens strijd met (o.a.) het (staatssteun)recht en het handelen van de gemeente zou jegens hen een onrechtmatige daad opleveren. De uitspraken die volgden hebben veel aandacht gekregen omdat de rechtbank oordeelde dat er geen sprake was van strijd met het staatssteunrecht. Geen aandacht kreeg de vraag of er in dit geval geen sprake was geweest van een subsidie en of dit geschil daarom niet bij de bestuursrechter had thuisgehoord. Ook de uitkomst van de civiele procedure was opmerkelijk: de rechter oordeelde dat de gemeente had gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel door zich garant te stellen voor de eigenaar, wetende dat zij zijn concurrenten daarmee mogelijk zou benadelen. De schade die daardoor ontstond moet aan de concurrenten worden vergoed. Dit zorgvuldigheidsbeginsel, inhoudende dat er een algemene verantwoordelijkheid bestaat voor overheden om voor concurrentievervalsing te waken, komt volgens verschillende auteurs 'enigszins uit de lucht vallen'.<sup>39</sup> Bovendien leidt toepassing ervan tot een resultaat dat schril afsteekt tegen het feit dat concurrenten van subsidieontvangers tot op heden zelden met succes tegen subsidieverlening aan hun concurrent zijn opgekomen, laat staan dat aan een schadevergoeding werd toegekomen.<sup>40</sup> Zou de rechter in deze zaak tot de conclusie zijn gekomen dat sprake was van subsidieverstreking, dan zouden de concurrenten bovendien waarschijnlijk zijn gestruikeld over de leer van de formele rechtskracht: zij waren namelijk op de hoogte van het besluit tot 'subsidieverstreking' en hadden hun ongenoegen al met een procedure tegen dat besluit hebben kunnen uiten.

Dit voorbeeld illustreert dat het materiële subsidiebegrip door de civiele rechter niet consequent wordt toegepast. Dit kan leiden tot andere uitkomsten bij geschillen over vergelijkbare publieke financieringen dan wij registreren bij bestuursrechters. Dat is geen bevredigende conclusie. De rechtsbescherming van particulieren die met de overheid van mening verschillen over publieke financieringen zou eenduidig moeten zijn en niet afhankelijk van welke (uiterlijke) juridische constructie door de overheid wordt toegepast.

### 3. Of zijn het (voor een deel) toch privaatrechtelijke financieringsinstrumenten?

De besproken voorbeelden maken duidelijk dat veel van de subsidies nieuwe stijl (in ieder geval op het eerste gezicht) vallen onder de materiële subsidie-definitie van de Awb, ook al stelt de civiele rechter dat niet steeds vast. Er is echter één belangrijke categorie publieke financieringen waarvoor deze conclusie kan worden betwijfeld. Het betreft verstrekkingen van publiek geld door privaatrechtelijke (rechts)personen die deze taak *niet* uitvoeren op grond van een wettelijk voorschrift. Strikt genomen zijn deze rechtspersonen geen bestuursorgaan (openbaar

gezag wordt immers toegekend bij wettelijk voorschrift), waardoor er ook geen sprake kan zijn van een subsidie: een subsidie wordt namelijk volgens de definitie van artikel 4:21 Awb steeds verstrekt door een bestuursorgaan.

Die conclusie zou vreemde gevolgen hebben. Bij de subsidie nieuwe stijl worden publieke middelen namelijk steeds vaker 'weggezet'<sup>41</sup> bij privaatrechtelijke organisaties, die zich vervolgens buigen over de precieze allocatie van die middelen voor concrete projecten. Dat gebeurt bij de eerder genoemde fondsen waar ondernemers 'financieringen' voor innovatieve projecten kunnen aanvragen, maar bijvoorbeeld ook met potjes voor vrijwilligerswerk of buurtwerk. De gedachte is in dat geval dat voorstellen voor innovatieve projecten beter kunnen worden beoordeeld door (andere) ondernemers en financiers en voorstellen voor wijkactiviteiten door wijkbewoners. Deze deskundigen worden vervolgens in meer of mindere mate vrij gelaten in de besteding van de gelden naar eigen expertise en inzicht. Zo heeft de gemeente Gouda de verdeling van de € 240 000 die er jaarlijks beschikbaar is voor stadsinitiatieven (de GoudApot) recentelijk geheel overgedragen aan de inwoners van Gouda. Trots wordt er in een nieuwsbericht over het project vermeld dat 'er geen ambtenaar meer aan te pas komt'. Aanvragen worden beoordeeld door inwoners die zich daarvoor hebben aangemeld, hun beoordeling is definitief, 'hier kan niet over worden gecorrespondeerd'.<sup>42</sup>

## Dit zorgvuldigheidsbeginsel, inhoudende dat er een algemene verantwoordelijkheid bestaat voor overheden om voor concurrentievervalsing te waken, komt volgens verschillende auteurs 'enigszins uit de lucht vallen'

Logischerwijs wordt in die gevallen niet (precies) in een wettelijke regeling vastgelegd welke activiteiten voor welke bijdrage in aanmerking kunnen komen, dat wordt juist overgelaten aan de 'deskundigen'. Zijn dergelijke private (rechts)personen alleen vanwege het feit dat de wetgever niets regelt over hun taken dus geen bestuursorgaan? Kan zo het karakter van de financiële verstrekking (die voorheen vaak in de vorm van een subsidie werden verstrekt) veranderen? En blijven zo dus ook de normen die gelden voor de verstrekking van publieke middelen buiten toepassing?

Dit vraagstuk is niet nieuw. Al sinds lang maakt de overheid gebruik van privaatrechtelijke vehikels voor geldverstrekking. De bestuursrechter besloot in dat verband al

enige tijd geleden dat de publiekrechtelijke aard van geldelijke verstrekkingen in dergelijke gevallen ook kan volgen uit het feit dat zij (hoofdzakelijk) worden bekostigd uit belastinggeld. Dat is immers een belangrijke aanwijzing dat het gaat om de uitvoering van een overheidstaak, al is deze dan uitbesteed. Beslissingen over deze verstrekkingen werden om die reden gekwalificeerd als beschikkingen waartegen (laagdrempelige) bestuursrechtelijke rechtsbescherming open stond, althans voor zover er een voldoende financieel en inhoudelijk verband was tussen de overheid en de financiële verstrekkingen. Als gevolg van deze kwalificatie werden de geldverstrekkende privaatrechtelijke rechtspersonen tot bestuursorganen gebombardeerd. Hun handelen werd – althans voor zover het om de verstrekking van publieke middelen ging – door het bestuursrecht beheerst.<sup>43</sup>

Deze jurisprudentielijn is zwaar bekritiseerd.<sup>44</sup> Publiekrechtelijke bevoegdheden dienen bij de wet te worden toegekend en niet om strategische redenen door de rechter te worden 'ontdekt'. Op deze manier zou teveel ruimte worden gegeven aan de overheid om gebruik te maken van het privaatrechtelijk organisatierecht waar een publiekrechtelijke vorm had moeten worden gekozen. Bovendien leidde de jurisprudentielijn tot veel rechtsonzekerheid: wanneer was er sprake van een voldoende financieel en inhoudelijk verband en dus van een bestuursorgaan dat besluiten neemt?

Het is waarschijnlijk deze kritiek geweest die ertoe heeft geleid dat de eerste conclusie die ooit werd gevraagd aan de net benoemde A-G bestuursrecht Widdershoven betrekking had op het bestuursorgaanbegrip in dit soort situaties. In de zogenoemde '17-september-uitspraken' van 2014 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak (in een grote kamer)<sup>45</sup> vervolgens het b-bestuursorgaanbegrip aangescherpt.<sup>46</sup> Zij heeft overwogen dat privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke gelden verstrekken aan derden zonder wettelijke grondslag optreden als een bestuursorgaan wanneer aan twee (cumulatieve) vereisten is voldaan. Ten eerste moeten deze verstrekkingen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, worden gefinancierd door a-bestuursorganen, dus door klassieke bestuursorganen zoals een minister en colleges van B&W (het financiële vereiste). Aan het eerste deel van dit vereiste is in de praktijk al snel vol-

daan, want ook subsidies nieuwe stijl worden veelal (hoofdzakelijk) uit overheidsmiddelen betaald. Het tweede deel van deze eis ligt soms lastiger: publieke middelen worden namelijk ook vaak ingebracht via privaatrechtelijke rechtspersonen die in eigendom zijn van de overheid. Dan zijn zij niet afkomstig van een (a-)bestuursorgaan en tellen zij dus – vreemd genoeg – niet mee. Als de NV Luchthaven Schiphol (voor meer dan 90% in handen van de Nederlandse overheid) geld beschikbaar stelt aan een stichting die daarmee vervolgens uitkeringen doet aan derden worden deze gelden dus niet aangemerkt als publiekrechtelijk.<sup>47</sup> Dit leidde ertoe dat de Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio, die uitkeringen voor schrijnende gevallen van hinder van vliegverkeer rondom de luchthaven Schiphol verstrekt, tegen de eigen verwachting in, niet kwalificeerde als bestuursorgaan. Burgers kunnen de afwijzing van hun aanvraag door deze stichting dus niet voor de bestuursrechter aanvechten, zij zullen de civiele rechter moeten adieren. In dit voorbeeld ging het om een zogenaamde 'tegemoetkoming', maar bij subsidieverstrekking geldt hetzelfde. Door geld in te leggen via een overheidsbedrijf kan vrij gemakkelijk aan een bestuursorgaankwalificatie worden ontkomen, ook wanneer de daaruit te betalen verstrekkingen materieel alle kenmerken hebben van een subsidie en volledig uit publieke middelen worden gefinancierd.

Naast het financiële vereiste geldt, net als voorheen, een inhoudelijk vereiste. Dit vereiste wordt sinds 17 september 2014 zo ingevuld dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen 'in beslissende mate' moeten worden bepaald door een of meer a-bestuursorganen. Dit is een voor de praktijk lastig toe te passen criterium, zo is inmiddels gebleken.<sup>48</sup> Want wanneer geeft een a-bestuursorgaan slechts algemene of globale aanwijzingen voor de besteding van publieke gelden en wanneer worden die criteria 'in beslissende mate' door een klassiek bestuursorgaan bepaald? Uit de jurisprudentie wordt duidelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak niet snel aanneemt dat er aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.<sup>49</sup> Zolang de *precieze* invulling van de inhoudelijke criteria aan de hand waarvan eindontvangers worden geselecteerd afkomstig is van een privaatrechtelijke (rechts)persoon is aan dat vereiste niet voldaan, zo lijkt de gedachte. Vanuit die lijn is het interessant

38. Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, BR 2014/34, m.nt. J.C.A. Houdijk & W.J. de Groot, JG 2013/55, m.nt. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen (*MusiQ*) en het vervolg daarop ECLI:NL:RBAMS:2015:2388. Zie voor een vergelijkbaar geval Rb. Den Haag 30 december 2015,

ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 en daarover S.J. Beeston, M.J. de Meij & M.C. Geilmann, 'Krimpenerwaard: privaatrechtelijke handhaving van het staatssteunrecht?', TvS 2016, nr. 2.

39. Zie TvS 2016, p. 66.

40. Zie bijv. ABRvS 17 augustus 2011 (*Edu-fax*), AB 2011/316, m.nt. W. den Ouden;

ABRvS 13 april 2011 (*Grand Place Vietnam*), JB 2011/135; en ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/215 (*Tilapiakwekerij*), m.nt. W. den Ouden onder AB 2011/316.

41. Vaak in de vorm van een subsidieverstrekking.

42. Zie spelregel 2 op [goudapot.nl/wordpress/spelregels/](http://goudapot.nl/wordpress/spelregels/).

43. Klassieker op dit vlak is ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850 (*Stichting Silicose Oud-mijnwerkers*), AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra, AB klassiek 2009/26, m.nt. M. Overkleef-Verburg.

44. Zie o.a. S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur* (Preadviezen

VAR 2008), 's-Gravenhage: Bju 2008, p. 7-93 en F.J. van Ommeren, NTB 2014/30.

45. Zoals geregeld in art. 8:10a lid 4 Awb.

46. ABRvS 17 september 2014, zie noot 25.

47. Waarschijnlijk geldt dit bijv. voor het Topfonds Gelderland (fondsomvang van € 158,3 miljoen). Onder dit fonds – een BV hangt een aantal fondsen waaruit leningen en garanties worden verstrekt. 95% van de aandelen van het Topfonds Gelderland is in handen van PPM Oost. De aandelen van PPM Oost zijn deels in handen van Oost NV. Pas wanneer we kijken naar de aandeelhouders van Oost NV komen de eerste overheden in beeld: het Ministerie van Economische Zaken (55,9%), provincie

Gelderland (30,6%) en de provincie Overijssel (13,5%). Door dergelijke constructies te stapelen, kan het bestuursorgaanbegrip gemakkelijk worden omzeild.

48. Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570, AB 2015/124, m.nt. W. den Ouden.

49. Zie ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (*Stichting Plat-form31*), AB 2015/130, m.nt. H. Peters, JB 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans; en ABRvS 13 mei 2015, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden.



## In de jurisprudentie wordt een routekaart getekend voor bestuurders en regelgevers die bij verstrekking van publieke middelen weg willen blijven bij publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming

om investeringsreglementen van revolverende overheidsfondsen zo vorm te geven dat de fondsmanager – binnen de door de betrokken overheden gestelde kaders – de inhoudelijke selectiecriteria nog ergens kan aanscherpen of nader invullen. Ook hier zien wij zodoende dat de overheid, wanneer zij bij de verstrekking van publieke gelden wenst te ontsnappen aan het bestuursorgaanbegrip, met bijbehorende publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming, prettige handvatten krijgt aangereikt.

Dat is een opmerkelijke conclusie. Waar wij in de vorige paragraaf concludeerden dat de bestuursrechter strak vast houdt aan het subsidiebegrip van artikel 4:21 Awb en partijen zodoende niet laat ontsnappen aan het publiekrechtelijke kader dat bij subsidieverstrekking dient te worden toegepast, zien wij door de recente jurisprudentie over het bestuursorgaanbegrip een tegengestelde beweging. Daarin wordt een routekaart getekend voor bestuurders en regelgevers die bij verstrekking van publieke middelen weg willen blijven bij publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming.

### 4. Geen publiekrechtelijke normering?

De consequenties daarvan kunnen groot zijn. Niet alleen geldt dat er zo grote bedragen aan publiek geld worden gallocceerd zonder dat (laagdrempelige) rechtsbescherming open staat bij de bestuursrechter. Nu ook de bevoegdheid van de Nationale ombudsman is gekoppeld aan gedragingen van bestuursorganen kan daar evenmin over het verdelen van die gelden worden geklaagd. Geschillen komen terecht bij de civiele rechter, waarbij het de vraag is hoe toegankelijk die rechtsgang mag worden genoemd. Het betreft een duurdere procedure en, anders dan in het subsidierecht, zijn de rechtsnormen waarop de belanghebbenden zich kunnen beroepen niet duidelijk vastgelegd, noch uitgekristalliseerd. Ook de civiele rechter gaat er vanuit dat het *bestuursorganen* zijn die via de schakelbepalingen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij civielrechtelijke handelingen. Dat civielrechtelijke rechtspersonen voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijk gefinancierd zijn door publieke middelen maakt nog niet dat ook zij zich dienen te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb).<sup>50</sup> Over de vraag of de abbb als ongeschreven beginselen ook buiten de context van de Awb en de schakelbepalingen<sup>51</sup> toepasbaar kunnen zijn op het handelen van privaatrechtelijke rechtspersonen wordt gediscussieerd,<sup>52</sup> maar dat dit niet op grote schaal gebeurt staat vast.

Het feit dat de civielrechtelijke tussenstations niet worden gezien als bestuursorgaan maakt derhalve dat veel van hun handelen niet (zonder meer) publiekrechtelijk wordt genormeerd. Dat is ook zeer relevant buiten de

geschillen over het wel of niet honoreren van specifieke aanvragen voor publieke financiering. Zo is voor a-bestuursorganen evident dat zij vallen onder de reikwijdte van de Wet normering Topinkomens (WNT), terwijl dit bij privaatrechtelijke rechtspersonen uitdrukkelijk moet zijn vastgelegd in een bijlage bij de WNT of moet worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval (artikel 1:3 WNT). Iets dergelijks geldt ook voor de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob 1992). Een ieder kan een bestuursorgaan verzoeken om informatie over bestuurlijke aangelegenheden. Voor civielrechtelijke tussenstations die publieke middelen alloceren is zulks veel minder duidelijk. Daarvoor is nodig dat zij zelf kwalificeren als een bestuursorgaan<sup>53</sup> of als ‘een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf’ (artikel 3 Wob 1992). Daarvoor is volgens vaste jurisprudentie bepalend ‘in welke mate het bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven aan de instelling, dienst of bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan.’ Ook in de Wob-jurisprudentie lijkt een trend zichtbaar waarin minder snel wordt aangenomen dat deze wet van toepassing is op privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>54</sup> Het enkele feit dat projecten van privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke middelen worden bekostigd, brengt in ieder geval geen verantwoordelijkheidsrelatie met zich mee en is dus niet voldoende om transparantie via de Wob te garanderen.<sup>55</sup>

Men zou kunnen denken dat dit transparantie-gat voor een deel wordt gedicht door de Comptabiliteitswet 2001 en de daarin geregelde onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer.<sup>56</sup> Maar dat is geen reden om te veronderstellen dat het met de controle op en verantwoording van subsidies nieuwe stijl wel goed zit. Zo zijn de onderzoeksbevoegdheden van de Algemene Rekenkamer die zijn neergelegd in de Comptabiliteitswet 2001 ten aanzien van privaatrechtelijke constructies beperkt, zoals de Algemene Rekenkamer ook zelf steeds benadrukt.<sup>57</sup>

Al met al kunnen wij concluderen dat daar waar de bestuursrechter privaatrechtelijke rechtspersonen die publiek geld verdelen niet aanmerkt als bestuursorgaan, niet alleen de Awb niet langer van toepassing is, maar veel rechtsstatelijke normen vervagen.

### 5. Publiek geld verplicht?

De gedachte dat voor het uitgeven van publiek geld aan maatschappelijke projecten bijzondere eisen gelden, wordt breed gedeeld in onze samenleving. Wat dat concreet inhoudt is echter veel minder duidelijk. De Rfv noemt als punten waaraan onder het credo ‘Publiek geld verplicht’ in ieder geval aandacht moet worden besteed a. een

publieke verantwoordingslogica, b. een systeem waarin oordelen worden gevormd over de doelmatigheid en efficiëntie van de besteding van de betrokken publieke middelen en c. de democratische legitimatie daarvan. Deze aandachtspunten sluiten aan bij de kernpunten die de Algemene Rekenkamer deze zomer formuleerde. Vanuit 'het principe dat publieke middelen altijd om publieke, democratische controle vragen, hoezeer de wereld ook verandert' stelt zij dat er steeds duidelijkheid dient te zijn over wie verantwoording aflegt aan wie bij de besteding van publieke middelen, dat de informatievoorziening naar buiten optimaal moet zijn en dat er steeds zicht moet zijn op de resultaten van het gefinancierde beleid.

De Algemene Rekenkamer en de Rfv benaderen de thematiek vooral vanuit het perspectief van de democratisch gelegitimeerde en onafhankelijke controlerende organen in een rechtsstaat. Wij zouden aan deze aandachtspunten één belangrijk perspectief willen toevoegen: dat van de individuele rechtsbescherming. Wanneer belanghebbenden tegen concrete financieringsbeslissingen laagdrempelig bezwaar kunnen maken en daarbij duidelijk is welke materiële normen gelden voor bestuursorganen én hun privaatrechtelijke doorgeefluiken, kan ook de rechter een controlerende en corrigerende rol spelen, iets wat op dit moment geen overbodige luxe lijkt.

Daarmee pleiten wij er zeker niet voor dat alle vormen van publieke financiering van maatschappelijke projecten voortaan worden bestempeld en behandeld als subsidies in de zin van de Awb. Wel stellen wij dat in alle gevallen waarin publieke financieringsinstrumenten worden ingezet de democratische legitimatie daarvan, transparantie in het uitvoeringsproces, rechtsgelijkheid en rechtsbescherming voor de aanvragers van financiering én de publieke verantwoording over de doelmatigheid van het beleid, juridisch voldoende zijn geborgd. Wij stellen vast dat dat, daar waar de middelen niet in de vorm van subsidies worden ingezet, vaak niet het geval is. Dat leidt ons tot de aanbeveling aan de bestuursrechter om daar waar het 'verhulde subsidies' betreft stevig vast te houden aan het materiële subsidiebegrip van de Awb en het bestuursorgaanbegrip op dit rechtsterrein niet te nauw af te kaderen. De civiele rechter zou kritischer moeten kijken

naar de werkelijke aard van financiële verstrekkingen van overheidswege. Daar waar het eigenlijk subsidieverstrekking betreft behoren geschillen tussen verstrekker en ontvanger thuis bij de bestuursrechter. Gaat het om werkelijk andersoortige verstrekkingen die civielrechtelijk zijn vormgegeven en genormeerd maar die wel (goedgeels) worden gefinancierd vanuit publiek geld, dan is het zaak dat de burgerlijke rechter beziet in hoeverre (ook) publiekrechtelijke normen van toepassing zijn, zodat aan dit publieke aspect recht kan worden gedaan.

De wetgever zou in het kader van de sterke opmars van de subsidie nieuwe stijl dienen te bezien of er naast de regeling die er is voor subsidieverstrekking, nog andere regelgeving nodig is die de genoemde rechtsstatelijke waarden borgt voor andersoortige financieringen, zoals in geval van deelnemingen en de financiële ondersteuning van coöperaties. In dat kader zou ook moeten worden

## Publiek geld verplicht en daar zullen alle betrokkenen mee moeten leren leven

onderzocht of het subsidierecht in de praktijk werkelijk stroperig en inefficiënt werkt: worden daardoor belangrijke kansen gemist? In dat geval moeten wij bezien wat er kan worden verbeterd. Maar als klagen over de subsidietitel voortkomt uit onwetendheid over de mogelijkheden die dat – in beginsel zeer veel flexibiliteit gevende – wettelijke kader biedt, dienen die mogelijkheden beter over het voetlicht te worden gebracht. Daarbij kunnen partijen als het Ministerie van Justitie, het IPO en de VNG een belangrijke rol spelen. Als de klachten blijven voort te komen uit een weerzin tegen democratie, transparantie en rechtsbescherming dan zeggen wij: pech gehad! Publiek geld verplicht en daar zullen alle betrokkenen mee moeten leren leven. •

50. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/Conformmed), JB 2003/121, m.nt. J.A.F. Peters, AB 2003/365, m.nt. FvO, NJ 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

51. Art. 3:1 lid 2 Awb en art. 3:14 BW.

52. Zie N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, Den Haag: BJu 2014, p. 94 e.v.; en G. Snij-

ders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 6.

53. Zie voor een voorbeeld van een geldverstrekkende stichting die tevergeefs tracht aan die kwalificatie te ontkomen om zo niet onder de Wob te vallen: ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, AB 2016/299, m.nt. J.A.F. Peters.

54. ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1494, AB 2016/254,

m.nt. N. Jak. Zie ook N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Wet open overheid', *NJB* 2016/1475, afl. 29, p. 2083-2090.

55. En dat zal met de inwerkingtreding van het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen initiatief wetsvoorstel *Wet open overheid (Woo, Kamerstukken 33328)* waarschijnlijk niet veranderen. Zie over de *Woo* Jak 2016.

56. Zie art. 91. Overigens kunnen openbaar-

heid via de Wob en controle via de Algemene Rekenkamer ons inziens niet worden beschouwd als communicerende vaten.

57. Zie de Brief van 7 november 2013 van de Algemene Rekenkamer betreffende input voor rondetafelgesprek modernisering Comptabiliteitswet en de brief van 17 september 2015 betreffende aandachtspunten bij de organisatie van op afstand geplaatste publieke taken.