

***Het maatschappelijk PPS,
juridische grenzen en mogelijkheden voor de (betrokken) overheid
verkenning
van de juridische ins en outs
bij het omgaan van gemeenten
met maatschappelijke initiatieven***

adviseurs:

mr. W.E.H. Sloots
mr.dr. J.A.I. Wendt

maart 2016

in opdracht van:

Directie Burgerschap & Informatiebeleid (B&I)
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De verantwoordelijkheid voor het onderzoek en de inhoud van deze rapportage berust bij de auteurs. De inhoud omvat niet per definitie een weergave van het standpunt van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

1. Inleiding

1.1 Hoe het begon

Dit rapport vormt de neerslag van een onderzoek dat wij in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hebben verricht. Het gaat over de rol en de positie van overheden – vooral decentrale overheden – bij het bevorderen of althans faciliteren van maatschappelijke initiatieven, ook wel aangeduid met de term doe-democratie. Meer in het bijzonder zou het moeten gaan over de vraag, welke juridische instrumenten overheden daarbij inzetten en wat daarvan de effecten waren of (wellicht) zouden kunnen zijn. De te beantwoorden hoofdvragen waren als volgt geformuleerd:

Wat is de juridische positie van de overheid bij privaatrechtelijke overeenkomsten en publiek-private financieringsarrangementen bij het stimuleren/participeren van/in maatschappelijk initiatief? Welke sturingsmogelijkheden heeft de overheid bij deze arrangementen ten aanzien van haar publiek doelbereik, waar ligt de publieke en private verantwoording en wat zijn daarbij de kansen, risico's en grenzen?

Wij hebben deze opdracht in de zomer van 2015 aanvaard. Gelijktijdig was aan Laken advies de opdracht verstrekt om onderzoek te doen naar het gebruik van hybride financiering, waarbij met een combinatie van publieke en private financiële middelen maatschappelijke vraagstukken worden aangepakt¹. Eerder had de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) in zijn advies *Tussen betalen en bepalen*² ook de toenemende relevantie van andere dan publieke geldstromen ten behoeve van het realiseren van publieke doelen geconstateerd³.

Het ministerie van BZK wil nu de praktijkervaringen en belevingen van overheden bij dit type samenwerking en de hybride financieringsvormen in kaart brengen, om deze overheden te helpen bij het bereiken van hun publieke doelen. Met de combinatie van het meer feitelijk georiënteerde rapport van Laken advies en de juridische invalshoek vanuit ons onderzoek zou een relatief breed beeld kunnen ontstaan van wat er allemaal komt kijken bij dergelijke meervoudige aanpakken, die bovendien voor een deel nog in ontwikkeling zijn.

1.2 Hoe het ging: onze methode van werken

Ons onderzoek heeft voor een belangrijk deel gestalte gekregen door literatuurstudie en analyse van voorhanden jurisprudentie. Die was in eerste instantie gericht op varianten binnen de drieslag van subsidies, PPS-projecten en, als belangrijkste, projecten in de sfeer van maatschappelijke activiteiten. Dat heeft geleid tot de analyse van het beschikbare juri-

¹ Inmiddels verschenen: Eric Laken, Vincent Sabee, Organisatorische randvoorwaarden voor succesvolle hybride financiering bij decentrale publiek-private samenwerking, Den Haag, 2016.

² Raad voor de financiële verhoudingen, *Tussen betalen en bepalen*, publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief. Den Haag, november 2014.

³ Het advies is in kringen van de doelgroep van maatschappelijke initiatieven overigens met scepsis ontvangen: te ver van de werkelijkheid. Zie daarover <http://www.lsabewoners.nl/advies-van-raad-onjuist-technocratisch-en-ouderwets/>.

dische instrumentarium en het gebruik daarvan, hetgeen de hoofdmoot vormt van ons rapport. Wij hadden aanvankelijk het voornemen om de projecten die waren beschreven in enkele eerdere onderzoeken vrij schematisch daaraan te spiegelen, om met een aantal van de binnen het rapport van Laken advies beschreven projecten meer de diepte in te gaan. Dat laatste bleek minder noodzakelijk, omdat de juridische analyse van de verschillende projecten voldoende informatie opleverde. Tegelijkertijd oordeelde de begeleidingscommissie dat niet alle individuele analyses voldoende nieuwe inzichten boden. Tegen die achtergrond is het totaal daarvan niet als afzonderlijk hoofdstuk opgenomen. De projecten welke de meest sprekende juridische merites in zich bergden, zijn nu als praktijkmateriaal geplaatst bij de juridische beschouwing waar ze een illustratie van zijn. Dat maakt het be- toog in onze ogen sprekender. Onze samenvattende bevindingen en enkele conclusies zijn opgenomen in een laatste hoofdstuk.

Er bleek inderdaad voldoende literatuur voorhanden om een representatief beeld te krijgen van de verschillende categorieën activiteiten. Over subsidies, hun toepassing en verantwoording daarover bestaat uitvoerige literatuur, niet in het minst vanwege de verschillende evaluaties van de Algemene wet bestuursrecht. Ook aanpalende verschijnselen als staatssteun en (beperking van) mededinging zijn voorwerp geweest van eerder onderzoek. Verder is er veel jurisprudentie. Kennis over PPS-projecten is evenzeer voorwerp geweest van een aantal studies, eerder vooral (maar niet alleen) geïnitieerd vanuit het ministerie van Financiën, de laatste jaren vooral vanuit het ministerie van IenM. Die literatuur bleek echter minder bruikbaar dan gehoopt, omdat ze vooral was gericht op grote, infrastructurele projecten. Daarnaast is overigens de laatste jaren ook het nodige gedaan aan het bevorderen van (dan wel: het werken met) burgerparticipatie bij infrastructurele projecten. Daarover is ook verslag gedaan, maar het betrof toch vooral initiatieven vanuit de overheid en geen maatschappelijke initiatieven. Voor wat betreft die maatschappelijke initiatieven die daadwerkelijk voorwerp zijn van dit onderzoek is de laatste jaren ook veel gepubliceerd; onder andere vanuit het ministerie van BZK, maar tevens door verschillende adviesraden en enkele belangwekkende maatschappelijke initiatieven zelf, zoals KrachtinNL.

Naar die literatuur en jurisprudentie wordt in het voorliggende rapport verwezen. Dat is een goede juridische gewoonte: zichtbaar maken welke bronnen je hebt gebruikt. Dit rapport is evenwel geen juridisch-wetenschappelijke studie geworden en dat moest ook niet. Het is geschreven om voor betrokken bestuurders en hun medewerkers in kaart te brengen welke juridische instrumenten voorhanden zijn, welke kansen die in zich bergen en welke eventuele valkuilen zich daarbij kunnen aandienen. We combineren juridische theorie met praktijkvoorbeelden en geven daar in een aantal gevallen onze opvattingen bij. We geven tegelijkertijd geen uitputtend college over de verschillende onderwerpen, maar gaan vooral in op wat zich aandient bij het bestuurlijk omgaan met maatschappelijke initiatieven. We menen daarom dat ons rapport ook goed leesbaar is zonder al die verwijzingen. Wie echter dieper wil graven heeft, naar wij verwachten, zeker baat bij ons notenapparaat.

1.3 Wat kwamen we zoal tegen?

De manieren waarop overheden in juridische zin betrokken zijn bij maatschappelijke initiatieven bieden een bont palet. Zowel privaatrechtelijke figuren als publiekrechtelijke relaties komen voor – vaak zelfs in combinatie. Denk aan de verhuur van onroerend goed, soms tegen een schappelijk ('sociaal') tarief, maar in andere gevallen marktconform, waarnaast een subsidie wordt verleend om de huur per saldo betaalbaar te houden. Of dergelijke vestzak-broekzak constructies zich verdragen met het criterium *doelmatige besteding van overheidsgeld* laten we voorlopig maar even in het midden. Op dat criterium zullen we echter ook in min of meer omgekeerde situaties terugkomen, te weten waar vastgoedafdelingen zich strikt commercieel gedragen waardoor een onderliggend maatschappelijk doel zeer in het gedrang kan komen.

En natuurlijk komen er ook subsidies voor, heel vaak zelfs, ook waar betrokken partijen laten weten eigenlijk geen subsidierelatie te wensen. Vaak (maar niet altijd) gaat het dan om een startsubsidie, bedoeld om een initiatief goed op de rails te krijgen in de verwachting, dat het nadien op eigen benen kan staan. Soms worden daarbij subsidies niet verleend om de gesubsidieerde een doel te laten bereiken, maar om een middel te financieren, zoals het betalen van een kwartiermaker of dorpsondersteuner. Ook worden wel gemeentelijke medewerkers ingezet om een maatschappelijk initiatief van de grond te helpen tillen: in wezen is dat subsidie in natura. Ook in ander verband hoeft er bij subsidies niet altijd geld over de toonbank te worden geschoven: garantstellingen vormen immers ook een aanspraak op subsidie, zij het een voorwaardelijke aanspraak.

Tenslotte: de overheid koopt ook in, ook bij maatschappelijke initiatieven. Daarbij kan de vraag naar de noodzaak van aanbesteding aan de orde komen. Dat komt niet veel voor, wat mogelijk te danken is aan het feit dat betrokkenen die noodzaak niet onderkennen. Of wellicht: bewust negeren. Dat is overigens zeker geen verwijt; dit rapport bevat veel waarnemingen maar beoogt waardeoordelen zo veel mogelijk te vermijden. Onder omstandigheden kan het van bestuurlijk lef getuigen om de grenzen op te zoeken van wat algemeen als juridisch juist wordt ervaren. En een beetje bestuurlijk lef – als we dan toch een waardeoordeel mogen geven – kan de verhouding met maatschappelijke initiatieven ook ten goede komen. Ook iets gedogen in plaats van inkapselen kan voorts een goede keus zijn.

1.4 Wat het is geworden: een leeswijzer

In het navolgende schetsen we eerst hoe de verschillende juridische figuren zich tot elkaar verhouden: heel vaak niet in tegenstelling tot elkaar, maar met fluïde onderlinge grenzen. Nadien gaan we in op de verschillende relevante regels; onderscheiden in een privaatrechtelijke en publiekrechtelijke benadering tekenen we het relevante juridisch kader. In de ter illustratie daarbij geplaatste casuïstiek proberen we inzichtelijk te maken wat een en ander betekent. Die casuïstiek is ontleend aan drie publicaties: Wil en wet, De ondernemende burger en Organisatorische randvoorwaarden voor succesvolle hybride financiering bij

decentrale publiek-private samenwerking – en dus direct ontleend aan de werkelijkheid⁴. Daarbij blijkt dat verschillende juridische vormen vaak gelijktijdig worden gebruikt en soms ook dooreenlopen. Er is bv. sprake van privaatrechtelijk vormgegeven maatschappelijke initiatieven en initiatieven, waarin tegelijkertijd publieke en private connecties aan de orde zijn. Dat laatste maakt het onderzoek spannend, omdat bij de onderscheiden maatschappelijke initiatieven welke onderling inhoudelijk verwantschap vertonen wellicht verschillen blijken in de gekozen wijzen van vormgeven van de samenwerking tussen de publieke en private sector, het vermijden of beperken van onderkende risico's of het benutten van kansen en de wijze van verantwoording.

In het slothoofdstuk vatten we onze bevindingen over het geheel samen. Het gaat dan om vragen als wat de onderscheiden (publiek-)privaatrechtelijke vormen zijn die overheden in zetten. Waar gaat men als overheid dan nog wel over en waarover niet? En maakt het daarbij nog uit wat voor geld daarin wordt ingezet (bijv. subsidiegeld of geld van de private opdrachtnemer in die privaatrechtelijke overeenkomst)? En hoe zit het dan daarbij over de belangrijke onderwerpen zeggenschap die een overheid nog heeft en de verantwoording die bijv. gemeentebestuur moet afleggen? In de vergelijking van de verschillende gevonden varianten beogen we een proeve te geven van een antwoord op de vraag, waar (of onder welke omstandigheden) verbeteringen denkbaar zouden zijn. En dat antwoord (verklappen we vast nu al) is nog helemaal niet zo eenvoudig, zowel in juridische als in bestuurlijke zin.

2. Het juridisch kader

2.1 Inleiding; vragen als: wat mag, wat kan, wat is wenselijk, nuttig, zinvol?

In dit hoofdstuk worden de contouren geschetst van het juridisch kader waarbinnen het terrein van ons onderzoek ligt. Dat juridisch kader geeft ook tegelijk de grenzen aan waarbinnen overheden zich moeten bewegen indien zij zich begeven op de markt van het maatschappelijk PPS. Het door ons geschetste juridische kader heeft dus zowel een feitelijke, afbakenende, functie – waar hebben we het precies over? –, als ook een normatieve: zijn er op dit terrein regels waar de overheid zich aan dient te houden? Het schenden van regels levert risico's op. Het geschetste kader geeft ook aan waar de kansen liggen. Kansen zijn

neem nou

Ondernemend Elsendorp en Ondernemend Oostwold

Een buurthuis of sportcafé met een basisschool als medebewoner, een bibliotheek, jeugdhonk, zorgteam en zorgondersteuner, peuterspeelzaal en fitnessruimte of gymzaal (tevens theaterzaal en zaal voor evenementen); incidenteel een bibliotheek en maaltijdzorg.

Inzet van eigen geld gebruikers, fondsen, subsidies van verschillende overheden, zelfwerkzaamheid.

Huur en verhuur, een gebouw dat op kosten van de gemeente is neergezet, een dorpsgemeenschap die 'mede-eigenaar' is. Het kan allemaal tegelijk.

⁴ In bijlage 1 specificeren we de herkomst van de door ons gebruikte casuïstiek.

immers onbenutte mogelijkheden. Het zich weten te bevrijden van (soms uitsluitend vermeend) knellende regels kan die nieuwe mogelijkheden ontsluiten. De grenzen zoeken in wat er kan en mag – en dus niet altijd een op voorhand zo veilig mogelijke koers varen – eveneens, zoals nog zal blijken.

Of er risico's zijn valt te bezien. Welke risico's zou men eigenlijk aan moeten denken? Het niet handelen volgens de wijze waarop dat volgens de (geest van de) wet zou moeten lijkt in ieder geval een risico. Zelfs ook als niemand ooit zou merken dat er een norm geschonden is. Wij willen niet alleen maar denken in termen van risico's (bijvoorbeeld) in de vorm van de (kwade) kans om effectief in rechte betrokken te worden. Van de overheid mag natuurlijk meer verwacht worden; 'goed bestuur' is een in dit verband algemeen aanvaarde norm. Niettemin, als niemand bezwaar maakt tegen bepaald overheidshandelen, dan heeft dat tussen partijen als 'waar' te gelden; er is immers sprake van (kennelijke) overeenstemming tussen die overheid en de betreffende burgers. Dat geldt in veel gevallen zelfs als het bestuurlijk handelen evident niet in overeenstemming is met de geldende wettelijke voorschriften. Soms is recht niets anders dan iets kroms, dat verbogen is⁵.

Een ander risico zou kunnen zijn dat gemeenschapsgeld in een bepaald geval niet doelmatig besteed wordt doordat het ook anders en beter gekund had. Het is echter lastig om op die wijze positief een risico-assessment te maken. Overheden hebben immers een zekere beleidsvrijheid. Als middelen in een bepaald concreet geval goed besteed zijn kan dat een belangrijke indicatie zijn dat deze middelen ook doelmatig besteed zijn, al kan die vraag alleen beantwoord worden vanuit het grote geheel. Maar dan is eigenlijk alleen een redelijkheidstoets mogelijk, marginaal dus. Of, andersom, het vaststellen dat een evidente onregelmatigheid zich niet voordoet⁶.

Met de doelmatigheidstoets hangt samen de vraag naar een verantwoordelijke besteding van de middelen en de wijze waarop verantwoording afgelegd kan worden over de wijze waarop de middelen ingezet zijn. De term *transparantie* hoort daarbij. Is het überhaupt mogelijk om in alle gevallen na te gaan waar de middelen gebleven zijn? Het niet op orde hebben van een systematiek waarbinnen controlebaarheid gewaarborgd is, is op zichzelf ook een risico. Leuk of niet, maar juist met het oog daarop geldt bv. bij het verlenen van subsidies een uitgebreide verantwoordingssystematiek⁷. Een juridisch kader zoals hier beschreven kan aldus een antwoord geven op, althans de grenzen weergeven van, basale vragen als *wat kan de overheid doen?* en *wat mag de overheid doen?*, maar veel minder

⁵ Aldus de opvatting van de schurk Bul Super in Marten Toonders *Heer Bommel en de achtgever*, (eerste uitgave in) 1957; in latere boekuitgaven *De achtgever*.

⁶ Hier ligt (inmiddels) traditioneel een belangrijke taak voor de (lokale en landelijke) rekenkamers. Vgl. artikel 182 Gemw. De Nederlandse Vereniging voor rekenkamers en rekenkamercommissies (NVRK) bundelt relevante literatuur in een voor iedereen toegankelijke webpagina: <https://www.nvrr.nl/bibliotheek>.

⁷ Naast de betreffende uitvoerige subsidietitel in de Algemene wet bestuursrecht wijzen we op het zgn. Rijksbrede subsidiekader. Zie daarover ook de VNG: <https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/subsidierecht/vraag-en-antwoord/er-wordt-gesproken-over-aansluiting-bij-het-rijksbrede-subsidiekader-wat-wordt-hiermee-bedoeld>.

op vragen als *wat is wenselijk* of *wat is nuttig*? De inhoudelijke vraag wat, welke keuze, beter is dan een andere is een vraag die in het kader van goed beleid en goed bestuur aan de orde moet komen. Ook daarvoor zijn echter veelal juridische normen van belang. In dit hoofdstuk richten wij ons voornamelijk en in eerste instantie op de juridische grenzen.

2.2 Doelmatig gebruik van gemeenschapsgeld, transparantie, democratische legitimatie

Het lijkt evident en dat is het ook; het overheids-handelen wordt genormeerd door het beginsel *een doelmatige besteding van gemeenschapsgeld*⁸. Dat is een algemeen beginsel dat op alle terreinen van overheidshandelen van toepassing is (veiligheid, onderwijs, gezondheidszorg, etc.). En dus natuurlijk ook hier, bij de ondersteuning van maatschappelijk initiatief door en voor burgers. Maar in het kader van dit onderzoek is specifiek ook de vraag aan de orde naar situaties waar er geen geldstromen van de overheid naar maatschappelijk initiatieven gaan maar op een andere manier middelen van de overheid ingezet worden. Is het nu werkelijk relevant om met een dergelijk algemeen en abstract beginsel te beginnen? Zeker, wij hebben (zoals nog zal blijken) inderdaad situaties gezien waarbij wij denken dat vraagtekens gesteld moeten worden bij de doelmatige besteding van gemeenschappelijke middelen.

Om de voorgaande uitspraak met een concreet voorbeeld in algemene zin toe te lichten, ook vastgoedafdelingen bij gemeenten moeten beseffen dat hun taak niet eindigt bij het behoorlijk beheer van gemeentelijk vastgoed. Hun werk staat evenzeer in het kader van de algemene opdracht aan de overheid: een doelmatige besteding van gemeenschapsgeld. Hoewel er best iets voor te zeggen is dat in het kader van een verantwoorde financiële huishouding het vastgoedbeheer van een gemeente in ieder geval kostendekkend is – en misschien soms wel meer dan dat –, het sluiten van een mooie vastgoeddeal mag nooit doel op zichzelf worden. Wij vragen ons af of dit besef bij lokale overheden wel altijd aanwezig is. Al het overheidshandelen moet in de sleutel van het algemeen belang staan. Dat is helaas niet voor iedereen een open deur. Onder omstandigheden kan het echter (en: écht) doelmatig zijn om een pand of een deel daarvan (ruim) onder de kostprijs te verhuren.

neem nou

- ✓ *Lucas Community, Amsterdam: een gebruikersovereenkomst*
- ✓ *Het Bruishuis Arnhem: huur van woningcorporatie, huurverlaging bij vrijwilligerswerk*
- ✓ *Nachtopvang uit noodzaak, Nijmegen: subsidie via AWBZ en Wmo*
- ✓ *Buurthuizen in Amersfoort: huur onder beperkende voorwaarden plus subsidies*
- ✓ *Stichting Ruimte, Eindhoven: huur en verhuur, soms bruikleen, plus incidentele subsidie*

Allemaal doen ze ongeveer hetzelfde, maar de juridische onderlegger is steeds een andere.

⁸ Merkwaardigerwijze regelt artikel 206 Gemw. slechts de achterkant van dit beginsel: goedkeuring van de begroting kan onder meer worden onthouden wegens het algemene financiële belang.

Dat laatste kan het geval zijn bij bv. tijdelijke leegstand bij voorgenomen renovatie of verkoop; verhuur vindt dan plaats onder *anti-kraak*condities. Daarin onderscheidt de overheid zich niet van welke andere verhuurder. Het is echter ook zeer goed denkbaar dat met de verhuur beoogd wordt een (ander) maatschappelijk doel te dienen. De Wet markt en overheid blijft dan buiten toepassing zodat verhuur onder de kostprijs is toegestaan. Voorwaarde is wel dat dit andere maatschappelijke doel helder is omschreven. De *Handreiking Wet markt en overheid* benadrukt dat het gaat om casus-specifieke aangelegenheden en noemt als voorbeelden:

- de exploitatie van een veerpont op een fietsroute ter stimulering van recreatiemogelijkheden in een gebied;
- de exploitatie van een fietsenstalling om het gebruik van openbaar vervoer te stimuleren.
- de leefbaarheid van een kleine kern kan vergen dat er een goed uitgeruste bibliotheek met een verhuur van cd's en dvd's aanwezig is⁹.

Er kan, met andere woorden, vrij veel en het kan op verschillende manieren. Maar zowel via de privaatrechtelijke weg (zoals bij het sluiten van overeenkomsten) als bij de publiekrechtelijke route (het verlenen van subsidies of van vergunningen) is het zaak om transparant te zijn: de overheid moet kunnen laten zien wat ze doet, welke keuzes ze maakt en waarom. In het verlengde van dat laatste: ze moet ook kunnen verantwoorden waarom ze bepaalde keuzes heeft gemaakt.

Tot slot nog het volgende. Maatschappelijke activiteiten beogen waarde te creëren. Dat impliceert meer dan 'geld verdienen'; het kan immers ook gaan om het vergroten van welzijn door het verbeteren van fysieke omstandigheden, verfraaien van een omgeving, vergroten van kansen op de arbeidsmarkt of in het sociale leven, en wat niet al. De andere kant daarvan is, dat maatschappelijke activiteiten altijd ook investeringen zijn, op zijn minst in arbeidskracht en -tijd. In gevallen dat een overheid betrokken raakt bij een maatschappelijke activiteit wordt er in elk geval ook door die overheid geïnvesteerd. In de meest lichte vorm zal dat kunnen bestaan uit (tijd voor) overleg of het houden van toezicht. Meer zichtbaar wordt het in de gevallen dat daadwerkelijk in een project wordt meegewerkt door medewerkers van die overheid, als een overheid anderszins faciliteiten beschikbaar stelt of zonder materiële tegenprestatie een financiële bijdrage levert, in welke vorm dat dan ook gebeurt. Mét een dergelijke materiële tegenprestatie gaat het immers om hetzij koop of huur, hetzij het verlenen van een opdracht. Het is goed om deze open deuren in gedachten te houden bij verdere lezing van dit onderzoeksverslag. Ook in dit verband zal blijken dat grenzen niet steeds scherp te trekken zijn.

⁹ Zie

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid>, p. 25.

2.3 Een nadrukkelijk bevel om de bestuursrechtelijke weg te gebruiken?

Dan komen we op een andere vraag. Mag de overheid allerwege het algemeen belang dienen of is voor ieder concreet overheidshandelen een wettelijke en publiekrechtelijke bevoegdheid nodig, zonder welke een overheid simpelweg niets kan doen? Het antwoord op deze vraag is in beginsel bevestigend: de overheid mag op alle denkbare manieren het algemeen belang dienen. Maar zoals zo vaak, er zijn op deze hoofdregel wel uitzonderingen¹⁰. Die uitzonderingen volgen uit thematiek die bekend staat als de *tweewegenleer*. Die leer komt hierop neer dat het een overheid vrijstaat om gebruik te maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden, tenzij een publiekrechtelijke regeling dat in een concreet geval nadrukkelijk uitsluit¹¹, of tenzij er andere redenen zijn om aan te nemen dat het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid een regeling van publiekrecht op onaanvaardbare doorkruist¹². In het algemeen komt het er, als vuistregel, op neer dat een burger niet in zijn rechtspositie benadeeld mag worden bij toepassing van het privaatrecht in vergelijking met het gebruik van de publiekrechtelijke weg om hetzelfde doel te bereiken¹³. Over deze pro-

¹⁰ F.J.H. Hovens, De civielrechtelijke gevolgen van de doorkruisingsformule voor overeenkomsten met de overheid, met name op ruimtelijk ordeningsgebied, NTBR 2006, 49 beschrijft de situatie als volgt: *Overheidslichamen bezitten ingevolge art. 2:1 BW civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid en kunnen gebruikmaken van de instrumenten die het burgerlijk recht biedt: een gemeente kan overeenkomsten sluiten, zij kan zaken in eigendom hebben en de daaruit voortvloeiende rechten geldend maken, zij kan ageren uit onrechtmatige daad. (...) De onvermijdelijke vraag rijst: kan een overheidsorgaan privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten (meer specifiek voor dit onderzoek: kan een overheidsorgaan overeenkomsten sluiten) in het kader van de behartiging van zijn publiekrechtelijke taak?*

¹¹ Dit komt zelden voor, een voorbeeld betreft art. 122 Woningwet: *De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2, is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.*

¹² Het omgekeerde komt overigens ook voor. De gecertificeerde instelling in de Jeugdwet is een zelfstandige rechtspersoon maar voert publieke taken uit: verleent hulp aan jeugdigen.

¹³ Zie voor een behandeling van de doorkruisingsproblematiek onder meer een uitgave van het Expertisecentrum Gemeenterecht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, De doorkruisingsleer in perspectief: Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk. Het standaardarrest is Staat-Windmill, HR 26-01-1990, NJ 1991, 393, met daarin de volgende overweging: *Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomstige bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrech-*

blematiek is uitvoerige literatuur voorhanden¹⁴. Wij volstaan daarom op deze plaats met het benoemen van dit leerstuk. Wij menen dat dit onderwerp voor deze studie verder niet heel erg relevant is. Immers, wij zoeken naar situaties waarin in beginsel gebruik gemaakt mag worden van een privaatrechtelijke bevoegdheid en wat *in dat geval* mogelijke grenzen, risico's en kansen zijn. Toch wijzen wij er op dat in de voorhanden literatuur dit onderwerp steeds benaderd wordt vanuit de vraag wanneer de privaatrechtelijke weg *niet* gevolgd mag worden. Dat is begrijpelijk omdat de rechtspraak inzake dit onderwerp met name op die vraag een antwoord geeft¹⁵. Op deze plaats willen we vooral het vaak nauwelijks benoemde aspect van de tweewegenleer onderstrepen, dat in beginsel de privaatrechtelijke weg wel degelijk gebruikt mag worden. Kansen genoeg dus, voor overheden, om langs privaatrechtelijke weg maatschappelijk initiatief te ondersteunen of te faciliteren. Dat betekent niet dat men binnen dat kader niet te maken heeft met regels en beperkingen¹⁶. Daarover meer in het volgende hoofdstukje.

3. De uitgestrekte mogelijkheden bij toepassing van privaatrechtelijke instrumenten door de overheid. De grens van art. 3.14 BW, geschiedenis, stand van zaken

Wanneer de overheid bevoegd is om gebruik te maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheid krijgt zij in de eerste plaats te maken met artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Deze regel, die krachtens artikel 3:15 BW in beginsel ook buiten het vermogensrecht van toepassing is, betreft een regel van andere aard dan aan de orde bij de hiervoor genoemde tweewegenleer en de daarbij behorende doorkruisingsproblematiek. In het laatste geval gaat het om de vraag of de privaatrechtelijke weg bewandeld kan worden. In het eerste, hier aan de orde zijnde, geval gaat het om de vraag welk normkader van toepassing is in gevallen waar die privaatrechtelijke weg open ligt¹⁷.

telijke weg. Zie voor de noot van Scheltema bij dit arrest, het in hetzelfde jaar gewezen arrest Pina-Helmond, HR 09-07-1990, NJ 1991, 394.

¹⁴ Zie bv. L. Damen e.a., Bestuursrecht 1, Den Haag, BJU 2013, pp. 596-597.

¹⁵ De situatie is dan dat een burger (bedrijf) bij de burgerlijke rechter in verweer komt tegen privaatrechtelijk overheidsoptreden en daarbij (onder meer) stelt dat de publiekrechtelijke weg bewandeld had moeten worden.

¹⁶ Dat betekent evenmin dat het beter zou zijn om de privaatrechtelijke weg te bewandelen. Het afwegen van deze kansen is een tweede en vormt op zichzelf geen onderwerp van dit onderzoek. Daarentegen is een 'kans' ook geen fraaie kans als deze in werkelijkheid suboptimaal is in de uitwerking ervan. Zie recentelijk voor een terughoudende stellingname, J.P.M. Verhoeven en P.E.M. Franssen, PB 2015(6) 93 – Ontwikkelingen met betrekking tot het subsidie-instrument: *In de praktijk bestaat de neiging om oplossingen in het privaatrecht te zoeken. Dat is op juridische gronden vaak onjuist, maar ook jammer, want de Awb biedt een prima juridisch (rechtsbeschermings-)kader.* Of dit in alle gevallen juist is durven we niet te onderschrijven. Het antwoord lijkt afhankelijk van de concrete casuïstiek.

¹⁷ In de Groene Serie Vermogensrecht, artikel 14 Boek 3 BW, aant. 7 (door M.W. Scheltema), wordt het zo verwoord: *Eerst moet worden gezien of de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht. Op die vraag ziet de doorkruisingsjurisprudentie. Pas wanneer die vraag positief kan worden beantwoord, komt aan de orde of en welke publiekrechtelijke regels bij de uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheid in acht moeten worden genomen*, onder verwijzing naar Scheltema en Scheltema, *Gemeenschappelijk Recht, wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, p. 130.

Bij gebruik van het privaatrecht gelden uiteraard in beginsel alle normen die in het privaatrechtelijke rechtsverkeer door eenieder in acht dienen te worden genomen. Te denken valt dan in het algemeen aan de privaatrechtelijke open normen van goede trouw (art. 3:11 BW, de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW)¹⁸, het verbod op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW). Er is echter specifiek in het kader van dit onderzoek nog een norm relevant die minder bekendheid geniet maar voor dit onderwerp van grote betekenis is. Het betreft de al genoemde regel uit 3:14 BW:

Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

Hoewel deze regel in algemene termen geformuleerd is – met betrekking tot *iemand* – wordt ze in het algemeen gezien betrekking hebbend op de overheid¹⁹. De vraag of en hoe deze regel van toepassing zou moeten zijn op het handelen van niet-overheden, burgers en organisaties onderling is voor zover wij kunnen zien geen onderwerp van discussie. Dat doet er nu echter verder niet toe; de regel is in ieder geval op de overheid van toepassing²⁰. Het belang er van is wat ons betreft daarin gelegen dat ze buiten enige twijfel stelt dat een overheid langs privaatrechtelijke weg niet meer vrijheid zou hebben dan binnen de grenzen waar ze zich aan te houden heeft op grond van geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dat betekent simpelweg dat, ook indien de overheid langs privaatrechtelijke weg opereert, de regels van publiekrecht, waar de overheid normaal gesproken aan gebonden is, ten volle van toepassing zijn²¹.

Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever beoogd met deze in het oude BW nog niet voorkomende regel bestaande rechtspraak wettelijk te verankeren om ieder misverstand hierover uit te sluiten. In de MvA II staat hierover:

¹⁸ Zie specifiek voor overeenkomsten art. 6:2 BW.

¹⁹ Zie onder meer G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, algemeen deel (Monografieën BW nr. A26a), 6a Wet, art. 3:14 BW en open normen.

²⁰ In de literatuur wordt steevast dit artikel besproken met betrekking tot overheidshandelen terwijl het toch neutraal geformuleerd is met de term 'iemand'. Op welke wijze dit artikel relevant is voor privaatrechtelijke (rechts)personen onderling laten we hier in het midden. Het artikel lijkt wat dat betreft echter een slapend bestaan te leiden. Rechtspraak waarin deze vraag aan de orde gesteld wordt hebben wij niet kunnen vinden. Art. 3:14 creëert noch beperkt bevoegdheden voor de overheid, het zegt alleen maar dat een privaatrechtelijke bevoegdheid niet uitgeoefend mag worden in strijd met regels van publiekrecht.

²¹ Dit volgt in beginsel ook uit art. 3:1 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht. In de literatuur wordt in het algemeen dit artikel als de pendant van art. 3:14 BW beschouwd. Onze observatie is dat naar de letter van de wet art. 3:2 lid 2 Awb slechts verwijst naar de artikelen 3.2 t/m 3.4 Awb als zijnde van toepassing op 'andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten' en dat daarmee art. 3:14 BW in ieder geval van meer algemene strekking is dan art. 3:1 lid 2 Awb. De exacte onderlinge verhouding doet er voor dit onderzoek in onze beleving verder niet toe. Zou er enige beperking liggen in art. 3:1 lid 2 van de Awb dan wordt dat in ieder geval opgeheven door de algemene regel van art. 3:14 BW. Zie onder meer Groene Serie Vermogensrecht, *ibid*, aant. 6, met verwijzingen naar parlementaire geschiedenis en literatuur.

De Hoge Raad heeft in zijn door prof. Meijers vermeld arrest²² van 12 januari 1923, NJ 1923, p. 307, erkend dat de ongeschreven regels van het publieke recht de uitoefening van bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomen, kunnen beletten. Het is gewenst deze rechtspraak in een wetsbepaling vast te leggen, omdat dit standpunt niet algemeen wordt gedeeld (vgl. de door Asser/Scholten, blz. 138-140 vermelde opvatting van Scheltema).

De bezwaren die de hier aan het woord zijnde leden tegen de bepaling hadden, kan de ondergetekende dan ook niet delen. Als men voor ogen houdt, dat de bepaling geen andere betekenis heeft dan vastlegging van de leer van de Hoge Raad, laat zich bezwaarlijk stellen, dat deze bepaling een stap in het duister is en dat de consequenties hiervan niet kunnen worden overzien. De rechtspraak hanteert de in het artikel neergelegde norm reeds thans, zonder dat dit tot opvallende consequenties heeft geleid.

In de MvA II Invoeringswet leest men daarover nog (onder meer) het volgende:

Inderdaad stelt dit artikel onder meer buiten twijfel dat de overheid ook bij de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In zoverre vormt het, zoals in de memorie van toelichting reeds aangestipt, tevens een kapstok voor de huidige rechtspraak op dit punt, die in dezelfde richting gaat. Men zie de in die memorie reeds aangeduide arresten HR 13 maart 1981, 346, betreffende de bevoegdheid al of niet een privaatrechtelijke overeenkomst aan te gaan, en 24 april 1981, NJ 1982, 84, betreffende de bevoegdheid van een gemeente om als eigenaar van een gebouw aan de erfpachter vergunning tot splitsing daarvan te weigeren, tenzij deze voor hem meer bezwarende erfpachtsvoorwaarden aanvaardt²³.

De ontwikkeling is sindsdien niet stil blijven staan. Waar ten tijde van deze parlementaire notities de Hoge Raad bij de beoordeling van overheidshandelen nog marginaal toetste – in antwoord op de vraag of de overheid in redelijkheid had kunnen handelen zoals zij deed –, is niet veel later deze wijze van toetsen verlaten en toetst de burgerlijke rechter sindsdien ook direct ('vol')²⁴. Hierna is de strekking van art. 3:14 niet wezenlijk veranderd in de zin dat de toepassing ervan de rechtspraak nog andere accenten heeft gelegd. Daar staat tegenover dat er niet heel veel jurisprudentie is²⁵.

²² Het gaat om de Toelichting Meijers, zie voor de hier aangehaalde citaten, p. 1034/35, uit de PG van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek.

²³ Het eerstgenoemde arrest betreft het arrest in de literatuur ook wel bekend onder de naam *Ockenburg* en het tweede het arrest *Stauss-Amsterdam*.

²⁴ Zie Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, deel 2, 2004, p. 290 e.v. voor een historisch overzicht van deze ontwikkeling. De marginale toetsing door de civiele rechter, bekend als de *Landsmeer*-doctrine, leidde tot ongelijkheid tussen de rechtsgang tussen de administratieve en burgerlijke rechter. Met de arresten *Tolkentarieven* (HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726) en *Gemeente Amsterdam-Ikon* (HR 27 maart 1987, NJ 727) is deze wijze van toetsen definitief verlaten. Zie tevens Asser/Hartkamp & Sieburg 6-IV 2015/353, Asser 6-IV De verbintenis uit de wet, 353 Bijzondere maatstaven ten aanzien van onrechtmatigheid overheidsoptreden. Zie voorts Groene Serie Privaatrecht, *ibid*, aant. 22/23.

²⁵ Zie onder meer HR 05-06-2009, nr. 07/10902, NJ 2009, 255 en AB 2009, 327 met noot van G.A. van der Veen.

4. De publiekrechtelijke route: over subsidies en meer

4.1 Subsidies: geldoverdrachten zonder tegenprestatie, of toch een beetje met?

Sinds 1998 is in de Awb de (uitvoerige) zogeheten subsidietitel opgenomen. Art. 4:21 Awb bepaalt daarvan de reikwijdte. Er is sprake van subsidie als er een aanspraak is op financiële middelen, verstrekt door een bestuursorgaan, met het oog op bepaalde activiteiten, terwijl niet gesproken kan worden van een betaling voor geleverde goederen of diensten. Daarbij maakt het niet uit in welke vorm de subsidie is gegoten. Het kan een bijdrage per lid van een vereniging zijn, een aanmoedigingsbedrag, een startkapitaaltje of een deel van de kosten van een organisatie, al dan niet tot een bepaald maximum. De definitie is derhalve zeer ruim. Daarom bepaalt de wet tevens wat de definitie niet omvat: belastingen, sociale zekerheid, heffing van inkomensafhankelijke bijdragen (waarin een subsidie aan personen met een lager inkomen kan worden gelezen) en bijdragen, uitsluitend aan publiekrechtelijke rechtspersonen verstrekt (zoals de bekostiging van zelfstandige bestuursorganen). De subsidietitel is voorts van overeenkomstige toepassing op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek.

De subsidiedefinitie (en daarmee de reikwijdte van de subsidietitel) is stevig voorwerp geweest van discussie tussen het kabinet en de Raad van State en later in het Parlement²⁶. De memorie van toelichting was op dit punt dan ook zeer uitvoerig. Dat is niet verwonderlijk voor wie – in navolging van diezelfde memorie van toelichting – bedenkt dat veel van de in de definitie vervatte grenzen nogal arbitrair – of althans: naar de omstandigheden van het geval – kunnen worden uitgelegd:

Subsidieverlening en betaling voor goederen of diensten kunnen in de praktijk soms dicht tegen elkaar liggen. Wanneer een bestuursorgaan aan een universiteit gelden verstrekt ten behoeve van het verrichten van een bepaald onderzoek, zal soms sprake zijn van subsidiëring, soms van een commerciële transactie waarbij de overheid eenvoudig een noodzakelijk geacht onderzoek «uitbesteedt». De aard van de rechtsverhouding moet dan aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval worden vastgesteld²⁷.

Het is ook niet verwonderlijk voor wie bedenkt dat een belangrijk oogmerk voor het ontwerpen van de subsidietitel was een streven naar harmonisatie en grotere rechtszekerheid voor alle betrokkenen. Eerder gehanteerde definities kenden immers ook de nodige onzekere grenzen. Zo valt in oudere literatuur in dat verband bv. te lezen:

Een algemeen aanvaarde definitie of begripsafbakening van wat als subsidie te zien valt, bestaat niet, en zal ook onmogelijk te geven zijn, als gevolg van de grote variëteit van uitingvormen. (...) Bij mijn, zoveel mogelijk algemeen gehouden, definitie wordt vooral aansluiting gezocht bij de vormen en doeleinden van subsidiëring in de specifieke welzijnssector. De elementen van het te hanteren subsidiebeprij zijn de

²⁶ De parlementaire geschiedenis is uitvoerig te raadplegen via de samenvatting daarvan zoals die door het kantoor van de Landsadvocaat is gepubliceerd: <http://pgawb.nl/pg-awb-digitaal/hoofdstuk-4/4-2-subsidies/4-2-1-inleidende-bepalingen/artikel-421>.

²⁷ Kamerstukken II, 23700, nr. 3, p. 59.

volgende: Subsidiering is een (1) geldelijke of op geld waardeerbare (2) uitkering vanwege de (3) overheid aan (4) particuliere instellingen (5 ten behoeve van bepaalde activiteiten, die de overheid in het (6) algemeen belang oordeelt maar die zij om (7) verschillende redenen niet zelf ter hand neemt.²⁸

In vergelijkbare zin, de (toenmalige) Commissie voor de beleidsanalyse:

Onder subsidie kan een uitgave van de overheid worden verstaan die rechtstreeks samenhangt met bepaalde activiteiten van de gesubsidieerde en waarmee wordt beoogd de hoeveelheid en kwaliteit van deze activiteiten te beïnvloeden²⁹.

Zowel toen – zij het wat impliciet – als nu gaat het bij subsidieverlening dus niet om het door de overheid geleverd krijgen van goederen of diensten, maar wel om het realiseren van bepaalde activiteiten. Dat biedt geen gemakkelijk onderscheid en dat heeft, bv. direct na de introductie van de Wet maatschappelijke ondersteuning in 2005, voor nogal wat onheldere situaties geleid. Ook daarvoor al was aan de orde dat de ene gemeente het welzijnswerk aanbesteedde, terwijl elders welzijnsorganisaties voor vergelijkbare werkzaamheden subsidie ontvingen³⁰. Beide situaties komen overigens nog steeds naast elkaar voor³¹ al verbazen sommigen zich daar openlijk over³². Min of meer in reactie op de soms confronterende keuze tussen subsidieverlening en (Europese) aanbesteding is de variant Maatschappelijk aanbesteden ontwikkeld³³. Wat – enigszins verwarrend – helemaal geen aanbesteding hoeft te zijn.

4.2 De beperkte mogelijkheid om het subsidie-instrument te ontwijken³⁴

Omdat het subsidiebegrip zo breed is kan er veel onder worden geschaard. Daaronder financiële transacties die een geheel andere benaming (en soms zelfs andere bedoeling) kennen. Om die reden gaan we ruim in op de ons inziens relevante onderdelen van de wettelijke definitie. Immers: die geldt, ook ongeacht de teksten die partijen gebruiken. Aansluitend plaatsen we een opmerking over de geldende wettelijke regeling. Het wordt evenwel geen college subsidierecht; daar zijn anderen al goed in geslaagd³⁵. Wel willen we een aantal voor het werkveld van de doe-democratie relevante grenzen tussen subsidieverlening en andere overheidsinterventies voor het voetlicht brengen. Grenzen, mogelijke overlap, de

²⁸ A.J.G. Reinders, *Subsidiering van instellingen*, Deventer, 1981.

²⁹ Weergegeven in P.R. Heij en J. Hofland, *Subsidiëren van prestaties* (pag. 89). Onderzoeksrceeks Instituut voor onderzoek van overheidsuitgaven nr. 13, Den Haag 1984.

³⁰ Zie daarover o.a. Movisie, *Sturing van welzijn*, brochure 2010.

³¹ En in beide varianten kan het 'fout gaan': is er te weinig sturing, blijken er tekorten of gaan instellingen failliet. Vgl. o.a. Jos van der Lans, Koning Albert, *Tijdschrift voor de Sociale Sector*, via <http://www.iosvdlans.nl/publicaties/2003-09%20TSS%20-%20ALCIDES2.pdf>. Maar dat valt buiten de scope van dit onderzoek.

³² Vgl. de annotatie van Willemien den Ouden onder AbRvSt 09-09-2009, LJN:BJ7186, AB 2010, 87.

³³ Boukje Keijzer, *Maatschappelijk aanbesteden*, informatieblad, ministerie van BZK, 2013.

³⁴ Dat het nummer van deze paragraaf overeenkomt met dat van de subsidietitel in de Awb berust uitsluitend op toeval.

³⁵ Zoals Willemien den Ouden, Rianne Jacobs en Nico Verheij in hun boek *Subsidierecht en beide eerstgenoemden in de elektronische publicatie Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?*, Netherlands Administrative Law Library, januari 2014.

juridische rafelranden, zo men wil: juist daar kan het spannend worden. Dat geldt zowel voor de burger als voor de overheid.

4.2.1 *Het element van de definitie: aanspraak op financiële middelen*

Bij subsidieverlening moet het gaan op het bieden van een aanspraak op gelden. Het ter beschikking stellen van faciliteiten onder de kostprijs³⁶ valt daar dus niet onder. Het toenmalige kabinet motiveerde dat met het betoog dat

de voorgestelde regels inzake subsidiebeschikkingen zouden zich vanzelfsprekend slecht lenen voor toepassing op de rechtsverhouding die ontstaat wanneer een burger bijvoorbeeld een museumkaartje koopt of gebruik maakt van een gemeentelijke sportaccommodatie.

In de nota naar aanleiding van het verslag herhaalt het kabinet die redenering met enige nuancering. Gesproken wordt daarbij van *indirecte subsidies*:

De regeling van titel 4.2 is toegesneden op het ter beschikking stellen van financiële middelen. Sommige bepalingen zullen desalniettemin ook op zogenaamde indirecte subsidies kunnen worden toegepast, maar andere bepalingen niet. Welke bepalingen zich wel of niet voor toepassing lenen, valt niet in het algemeen aan te geven, mede omdat weinig zicht bestaat op de verschillende soorten indirecte subsidies die in de praktijk voorkomen. Het verdient derhalve geen aanbeveling titel 4.2 in algemene zin op indirecte subsidies van toepassing te verklaren; de gevolgen daarvan zijn niet goed te overzien.³⁷

Dat betekent dus dat de niet in baar geld verstrekte, maar wel (in de woorden van Reinders) *op geld waardeerbare* verstrekkingen buiten het wettelijke subsidieregime zijn gelaten. Niet om principiële, maar om uitvoeringstechnische redenen. Maar de gemeentelijke wetgever heeft wel de mogelijkheid om, waar dat kan, titel 4.2 op bepaalde indirecte subsidies van overeenkomstige toepassing te verklaren, zo vervolgt de nota. Voor zover ons bekend is dat echter nog nooit gebeurd.

Het onderscheid leidt er toe dat het juridisch regime voor activiteiten die met subsidie bekostigd worden, anders is dan activiteiten die door overheden facilitair ondersteund worden. Anders gezegd: het maakt uit of een organisatie om niet of onder de kostprijs van een gemeentelijke accommodatie gebruik mag maken dan wel of er een marktconforme huur (of gebruiksvergoeding) wordt betaald terwijl gelijktijdig subsidie wordt verleend. Dat geldt niet alleen de rechtsverhouding zelf – is die publiek- dan wel privaatrechtelijk, met de daarbij behorende regels? – maar ook de mogelijkheden van rechtsbescherming als zich een verschil van mening aandient in de uitvoering. En het geldt al evenzeer voor derden die

³⁶ In de memorie van toelichting bij wetsv. 23 700 werd als voorbeeld genoemd het 'subsiëren' van museumbezoekers door het onder de kostprijs verkopen van toegangskaartjes. Maar (schreef het kabinet er toen niet bij) dat 'onder de kostprijs verkopen' was natuurlijk alleen mogelijk dank zij wel een echte subsidie aan het museum (of het in eigen beheer hebben van dat museum).

³⁷ Tweede Kamer, 1994–1995, 23 700, nr. 5, pag. 20. Sommigen spreken ook wel van *versluisde* subsidies.

neem nou

The Colour Kitchen in Utrecht en de Werkplaats Rotterdam Zuid. Beide zijn re-integratieprojecten, (voor-)gefinancierd door een sociaal ondernemer op titel van Social Impact Bonds.

De gemeente betaalt op basis van behaalde prestaties – wat lijkt op inkoop – maar houdt in feite ook budget achter de hand voor het geval ze te weinig kandidaten kan leveren. De ondernemer heeft daarom een zekere omzetgarantie. Ook is de gemeente geen opdrachtgever; er is sprake van een samenwerkingstraject. We beschouwen daarom de financiële relatie met de ondernemer in elk geval voor het garantiendeel als een subsidie.

wellicht ook op geld of ondersteuning aanspraak willen maken maar daar tot nu toe geen succes in hebben behaald. Maar daarover later.

Het hebben van een aanspraak op financiële middelen betekent overigens geenszins dat er ook daadwerkelijk een verstrekking van gelden moet plaatsvinden. Het verkrijgen van een (al dan niet achtergestelde) lening, een garantiesubsidie³⁸ of een garantie – een borgstelling – voor een elders aan te trekken lening is immers ook een aanspraak. Weliswaar een voorwaardelijke aanspraak, maar dat onderscheid kent de wet niet.

Met de term *aanspraak* wordt overigens ook benadrukt dat de beslissing om subsidie te verstrekken voor het bestuur evenmin vrijblijvend is. Ook de verlening van een subsidie voorafgaand aan de gesubsidieerde activiteit vestigt een rechtens afdwingbare – zij het opnieuw voorwaardelijke – aanspraak op financiële middelen. Daarmee neemt de wet afstand van eerder gebezigde termen als *subsidietoezegging* of *voorlopige (subsidie-)toekenning*. Dergelijke termen, die een

zekere mate van vrijblijvendheid suggereren heeft de wetgever bewust willen vermijden. Subsidieverlening is ook voor het bestuursorgaan bindend. Indien de subsidieontvanger de gesubsidieerde activiteiten verricht en zijn overige verplichtingen nakomt, is het bestuursorgaan gehouden tot nakoming van de subsidieverlening, dat wil zeggen tot het overeenkomstig de verlening vaststellen van de subsidie en het uitbetalen van het subsidiebedrag. Behoudens – vanzelfsprekend – als sprake zou zijn van fraude of de dreiging van een faillissement³⁹ dan wel een in een bijzondere regeling opgenomen weigeringsgrond⁴⁰.

4.2.2 *Het element: verstrekt door een bestuursorgaan*

In de gevallen dat een gemeentebestuur een subsidie verstrekt is evident sprake van subsidieverlening door een bestuursorgaan. Het betreffende besluit hoeft zeker niet altijd door (of namens) B&W ondertekend te zijn. In veel gevallen wordt de bevoegdheid om besluiten te nemen (waaronder subsidies te verstrekken) overgelaten aan medewerkers binnen de ambtelijke organisatie. In een aantal gevallen zelfs aan (medewerkers van) andere organisa-

³⁸ De garantie dat een eventueel tekort (al dan niet tot een zeker maximum) door een daadwerkelijke subsidie (een geldoverdracht) zal worden afgedekt.

³⁹ Art. 4:35 Awb.

⁴⁰ Dat kunnen ook heel inhoudelijke weigeringsgronden zijn, gerelateerd aan het doel van de subsidieverlening. Vergelijk de eerder gememoreerde definitie van subsidie zoals de COBA die hanteerde.

ties. Denk op gemeentelijk niveau aan bestuur en medewerkers van gemeenschappelijke regelingen, maar evenzeer aan bestuurscommissies⁴¹. Vaak worden ook gelden beschikbaar gesteld aan private organisaties, zoals wijkverenigingen of stichtingen dorpsbelangen, om binnen zekere grenzen subsidies te verlenen of (anderszins) activiteiten te laten financieren. Dat heeft dan doorgaans als oogmerk het bevorderen van de gemeenschapszin, het zelf organiseren van wat de buurt of de wijk wil, of wat ter plaatse het meest passend is.

Dat komt uitgesproken tegemoet aan wat met de doe-democratie wordt beoogd. Maar juridisch is het niet zonder risico's. Immers, als het een private organisatie betreft (een stichting, een wijkcomité, hoe ook genaamd of aangeduid) is dat geen bestuursorgaan, geen onderdeel van het openbaar bestuur. Kan ze dan worden gezien als de verlengde arm van het openbaar bestuur? Dat is alleen bij hoge uitzondering het geval. Maar dat leidt er toe dat geldoverdrachten aan anderen wettelijk ook niet als subsidies (althans: beschikkingen) worden gekwalificeerd. En dat heeft weer als ongemakkelijk gevolg dat, bij verschil van mening, de laagdrempelige mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter eveneens is afgesloten. Dat is voor aanvragende burgers bepaald vervelend. Andersom: door een private organisatie te plaatsen tussen een ('echt') bestuursorgaan en potentiële ontvangers van subsidie kunnen door dat bestuursorgaan bestuursrechtelijke garanties betrekkelijk eenvoudig worden omzeild. Dat gaat in elk geval voorbij aan de bedoelingen van de wetgever bij de introductie van de subsidietitel in de Awb. De op dit terrein gespecialiseerde wetenschapper J.A.F. Peters heeft de invulling van dit vereiste een 'hellend en ook spekglad vlak' genoemd⁴². Waar ligt de grens? We ontkomen er niet aan om in dit verband een wat langer citaat in te lassen.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bij twee uitspraken van 17 september 2014⁴³ het volgende overwogen:

Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb is een orgaan van een privaatrechtelijk persoon een bestuursorgaan als dat orgaan met openbaar gezag is bekleed. Daarvoor is bepalend of aan dat orgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend. Openbaar gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Als een daartoe strekkend wettelijk voorschrift ontbreekt, is een orgaan van een privaatrechtelijk rechtspersoon in beginsel geen bestuursorgaan. Bij organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, kan zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoen, waardoor die organen toch bestuursorgaan zijn in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb zijn. Deze uitzondering doet zich voor als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan.

⁴¹ Denk aan een commissie (of raad) voor kunst en cultuur of een sportraad, die subsidies kunnen verstrekken of zelfs opdrachten verlenen binnen in een beleidsdocument vastgestelde grenzen.

⁴² In: De publieke taak-jurisprudentie geijkt, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 2015, 23, zoals – met instemming – aangehaald door W. den Ouden in haar noot onder AbRvSt 13-05-2015, nr. 201409173, AB 2015/308.

⁴³ Met de nummers 201304908/1/A2 en 201307828/1/A2 en in navolging van de conclusie van de A-G Widdershoven, zaaknummers 201304908/3/A2 en 201307828/2/A2).

Het eerste vereiste is dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het inhoudelijke vereiste). Dat bestuursorgaan of die bestuursorganen hoeven geen zeggenschap te hebben over een beslissing over een verstrekking in een individueel geval.

Het tweede vereiste is dat de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het financiële vereiste).

neem nou

het IJpegelfonds op Texel.

Dat fonds is het gevolg van een gemeentelijke, per notariële akte verleende schenking aan de stichting Gemeenschapsfonds Texel, welke schenking naar de letter van de Awb een subsidie is.

Uit het IJpegelfonds worden aan particulieren donaties gedaan, die subsidies heten maar dat volgens de Awb niet zijn. De ontvangers (en zij die achter het net vissen) missen daardoor bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Verder geldt dat het bestuursorgaan dat of de bestuursorganen die in beslissende mate de criteria bepalen in de zin van het inhoudelijke vereiste, niet noodzakelijkerwijs dezelfde hoeven te zijn als het bestuursorgaan dat of de bestuursorganen die de verstrekking in overwegende mate financieren in de zin van het financiële vereiste. Overigens heeft hetgeen hiervoor is overwogen geen betekenis voor de specifieke wijze waarop het begrip bestuursorgaan, in verband met het begrip ‘openbare dienst’ in artikel 1 van de Ambtenarenwet, in de ambtenarenrechtspraak wordt gehanteerd.

De Afdeling is, in navolging van de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal, verder van oordeel dat de uitoefening van een overheids- of publieke taak geen zelfstandig, van de onder 5.1 geformuleerde criteria, te onderscheiden vereiste is om een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon als bestuursorgaan in de zin van

artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb aan te merken. Uit de inhoudelijke en financiële band tussen (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon en een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb volgt immers dat deze bestuursorganen een bepaalde taak aan zich hebben getrokken.

Dat lijkt – daargelaten de wat technische formuleringen – op zichzelf helder. Als wij het voorgaande sterk vereenvoudigd samenvatten zou dat als volgt kunnen luiden:

Organen binnen de overheid zijn bestuursorganen. Een privaatrechtelijke organisatie (dan wel een bestuurder daarvan, of een commissie daaruit) zou ook kunnen

worden aangemerkt als een bestuursorgaan in publiekrechtelijke zin, maar dan moet aan twee voorwaarden zijn voldaan: (1) ze moet belast zijn met het toekennen (of uitdelen, uitkeren of verdelen) van gelden, die geheel of in hoofdzaak afkomstig zijn van de overheid en (2) een echt bestuursorgaan – binnen de overheid dus – moet in overwegende mate invloed hebben op de criteria op basis waarvan die toekenningen plaats vinden. Is aan beide criteria voldaan, dan is op beslissingen van die privaatrechtelijke organisatie het publiekrecht van toepassing, met als sluitstuk de laagdrempelige rechtsbescherming die de Awb biedt. Is niet aan (een van) beide criteria voldaan, dan moet iemand die zich tekort voelt gedaan naar de burgerlijke rechter om zijn eventuele gelijk te halen. Dat kost hem meer en duurt doorgaans langer.

Toegespitst op situaties in de doe-democratie betekent dat bv. dat wijk- of dorpsbudgetten, die (voor het grootste deel of geheel) gevoed worden met gemeentelijke gelden maar verdeeld worden door bv. het bestuur van de wijk- of dorpsvereniging, niet als subsidies in de zin van de Awb worden beschouwd. Dat heeft, aldus Den Ouden⁴⁴, zeker voordelen: men moet er samen uit zien te komen zonder direct te juridiseren. Maar het betekent feitelijk ook dat aanvragers van wie een verzoek (geheel of deels) wordt afgewezen op het stuk van rechtsbescherming in de kou komen te staan. En dat zou niet de bedoeling moeten zijn.

Eertijds was het ook anders. In 1995 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak betreffende de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers⁴⁵ bepaald dat genoemde stichting een zgn. B-orgaan was; een bestuursorgaan dat niet krachtens publiekrecht was ingesteld. Bepalend voor die kwalificatie was dat de stichting geld uitkeerde (aan oud-mijnwerkers) dat van de overheid afkomstig was, overeenkomstig een door de minister van SZW reglement. Voorts gold dat deze uitkeringen, onder meer gelet op allerlei publieke uitspraken van verschillende ministers, eigenlijk ook een overheidstaak betroffen. In 2006 heeft de Afdeling ook de Stichting Koppeling, die (samengevat) kosten kan vergoeden van medische zorg aan illegale vreemdelingen, die status toegekend⁴⁶.

4.2.3 *Het element: met het oog op bepaalde activiteiten*

Het onderdeel in de subsidiedefinitie dat het te verlenen subsidie gericht moet zijn op het realiseren van bepaalde activiteiten is wel het meest dunne criterium. Om te beginnen is de formulering al meer algemeen dan in vroegere definities en omschrijvingen; daar ging het immers nog om het bevorderen van activiteiten van de gesubsidieerde. Onder het huidige recht wordt onder activiteiten ook wel verstaan het juist niet realiseren van iets, zoals een te hoge vervuiling van afvalwater⁴⁷. Er zijn in het verleden ook subsidies verstrekt aan pomphouders in de grensstreek voor misgelopen inkomsten, aan pluimveehouders die werden getroffen door een vervoersbeperkingen in verband met de vogelgriep en aan landbouwers met regenschade. Nog betrekkelijk onlangs is uitspraak gedaan in een geding

⁴⁴ In haar noot onder AbRvSt 13-05-2015, AB 2015/308, punt 7.

⁴⁵ AbRvSt 30-11-1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850 (Stichting Silicose Oud Mijnwerkers).

⁴⁶ AbRvSt 11-10-2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9897.

⁴⁷ AbRvSt 11-10-2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9897.

waarbij GS van Noord-Brabant hadden meegewerkt aan de bedrijfsverplaatsing van een intensieve veehouderij, waarbij ook meerdere grondtransacties aan de orde waren. Er was dan ook (onder meer) sprake van koopsommen. Niettemin is de betreffende transactie door de Afdeling bestuursrechtspraak als een subsidie aangemerkt. Het zou immers geen commerciële transactie betreffen, omdat de door de veehouder nieuw verworven gronden tegen een niet-commerciële prijs van de provincie waren gekocht⁴⁸. Dat het echter ook anders kan aflopen laten we aan de hand van een voorbeeld in de volgende paragraaf zien.

Ook op de kleinere schaal van de doe-democratie zijn grenzen altijd even scherp te trekken. Het verlenen van een bijdrage aan een vrijwilligersorganisatie om zich te laten bijstaan door een administratieve kracht of een externe deskundige, tot welke *activiteit* zou dat precies leiden? Gelukkig (voor de betrokkenen) is de administratieve rechter op dit aspect niet al te streng. De materiële omschrijving van een subsidie in de wet maakt dat er veel onder dit begrip valt te scharen. Verder lijkt het weinig voor te komen dat bij een juridisch discours rond een subsidie het subsidiekarakter van de bijdrage, waar het om gaat, wordt aangevochten.

4.2.4 *Het element: geen betaling voor geleverde goederen of diensten*

Het laatste element van de definitie is negatief geformuleerd en bepaalt wat er *niet* onder subsidie moet worden verstaan: betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Dit lijkt een eenvoudige, scherpe grens, maar is dat in de praktijk zeker niet. Ten eerste omdat betrokkenen soms er bewust voor kiezen om niet te kiezen voor het instrument subsidie (wat verschillende, ook politieke redenen kan hebben). Niettemin prikt de rechter daar wel doorheen. Standaardvoorbeeld in deze context is de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de zaak Hanseland BV⁴⁹. De minister van EZ had in verschillende rondes ondersteuning aangeboden aan Nederlandse (midden- en klein-)bedrijven die investeringsactiviteiten zouden ontwikkelen in projecten in Oost-Europa – en voor deze specifieke tender Turkije – met als doel de versterking van marktgeoriënteerde en duurzame economieën te ondersteunen, investeringen in die regio te stimuleren en handelsrelaties tussen bedrijven uit Nederland en Oost-Europa en Turkije te bevorderen. Uit de tenderinstructies had het College afgeleid dat

met het programma mede is beoogd het Nederlandse midden- en kleinbedrijf in staat stellen te investeren in een project dat zonder de in dat kader te verstrekken gift slechts moeizaam of geheel niet van de grond zou komen, maar waarvan verweerder de verwezenlijking, gelet op bovengenoemde algemene beleidsdoelstellingen, van belang acht. Aldus bezien, laat de op grond van het programma te verstrekken bijdrage zich naar het oordeel van het College eerder als stimuleringsbijdrage beschouwen, dan als betaling voor aan verweerder geleverde goederen of diensten.

⁴⁸ AbRvSt 08-04-2015, nr. 201404419/1/A2.

⁴⁹ CBb 09-07-2008, AB 2008, 340, m.nt. J.R. van Angeren.

Dat de minister van EZ aanvoerde dat het programma in fiscale zin als ondernemersprogramma werd aangemerkt mocht hem niet baten. De constructie als geheel voldeed aan alle criteria die voor subsidies gelden en dus *was* het ook een subsidie. Dat ter uitvoering van het programma overeenkomsten werden gesloten deed daar niet aan af.

Maar er is ook sprake van een *ten tweede*. De grens tussen het verlenen van een subsidie en het verlenen van een opdracht is regelmatig wat fluide. Eerder wezen we er al op dat onderzoek nu eens per opdracht in de markt wordt gezet en in andere gevallen met een subsidie wordt mogelijk gemaakt. Ook noemden we het welzijnswerk, dat nu eens door een gemeente wordt aanbesteed en in andere gevallen met subsidies wordt betaald. Daarbij is met de komst van de in 2015 gewijzigde Wmo voor het aanbestedingsrecht nog relevant geworden of de aan te trekken diensten zich strikt richten op individuele burgers binnen de gemeente (zoals hulp in de huishouding) of als collectief goed voor iedereen beschikbaar zijn, zoals maatschappelijk werk of, duidelijker nog, buurthuiswerk⁵⁰.

Met die laatste voorbeelden raken we opnieuw aan de doe-democratie. Daarbinnen worden immers evenzeer activiteiten ontplooid die elders ook wel commercieel worden geëxploiteerd. Denk aan het in stand houden van een buurthuis, al dan niet met zalenverhuur, al dan niet met een horecafunctie. Hetzelfde geldt voor een zwembad of welke andere sportaccommodatie dan ook. Bijzonder recent zijn twee uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Daarbij ging het over een (voorgenomen) korting op de vergoeding voor groot onderhoud van sportterreinen, die de betreffende verenigingen bespeelden op basis van een gebruikersovereenkomst (aangeduid als: een ingebruikgevingsovereenkomst). De verenigingen hadden zich daarbij verplicht om de terreinen te onderhouden tegen een door de gemeente te betalen lager dan commercieel tarief. Met een nieuw oogmerk om verder te bezuinigen kondigde de gemeente aan op de subsidies aan sportverenigingen te willen korten. Enkele clubs hebben zich daartegen verzet, op basis van de stelling dat ze met de gemeente een onderhoudscontract hebben gesloten: het gaat derhalve om een betaling voor geleverde goederen of diensten. De verenigingen krijgen daarin gelijk. De gemeente heeft, als verhuurder, een onderhoudsverplichting. Hoe ze dat onderhoud uitvoert – uitbesteden aan een commerciële hovenier of aan een sportvereniging die ook huurder is, maakt niet uit: van een onaanvaardbare doorkruising van de titel 4.2 van de Awb is geen sprake, aldus de Afdeling⁵¹. Eerder had de Rechtbank nog wel overwogen dat het college beoogd had een subsidiebesluit te nemen en van een *subsidiebesluit* gesproken⁵². Niet alle grenzen zijn met een schaarste te knippen.

4.2.5 De geldende wettelijke regeling

Bij dit alles komt dat het subsidierecht inmiddels zeer gedetailleerd is en bovendien ge-laagd: naast de uitvoerige regeling in de Awb gelden allerhande sectorspecifieke of gemeentelijke regelingen en uitvoeringsbesluiten. Verder is de regeling in de Awb deels van dwingend recht – er moet letterlijk aan voldaan worden – maar soms ook van regelend

⁵⁰ Zie verder par. 4.3.2, Subsidie of opdracht?

⁵¹ AbRvSt 23-03-2016, nrs. 201504911/1/A2 en 201504916/1/A2.

⁵² Rb. Zeeland-West-Brabant, 30-04-2015, zaaknummers 14/3267 en 14/3352 (niet gepubliceerd).

recht: er *moet iets*, maar in een regeling over de betreffende subsidie of bij individuele beschikking kan dat *iets* worden ingevuld. Dat begint al met aan aanvraag: wanneer is de aanvraag compleet? Aan welke eisen moet worden voldaan en welke stukken moeten worden bijgevoegd? Dat zijn relevante vragen, zeker als er meerdere gegadigden⁵³ zijn en er gekozen moet worden. *Wie het eerst komt, het eerst maalt* is dan een gangbaar en in de rechtspraak geaccepteerd criterium. Maar ook als er sluitingsdata zijn gesteld – en dat kan het geval zijn omdat er, ook aan anderen, voor een bepaalde datum zekerheid moet worden gegeven – is die tijdige compleetheid vanzelfsprekend van belang.

Na de aanvraag volgt de beschikking tot subsidieverlening (of afwijzing). Bij meerdere gegadigden behoort er een verdeelsystematiek te zijn⁵⁴. De vorm daarvan is vrij, maar de systematiek moet wel transparant zijn en tijdig kenbaar. Alle betrokkenen moeten immers gelijke kansen krijgen. Of er (altijd) daadwerkelijk *andere betrokkenen* zijn is niet altijd zeker. Maar neem nu een organisatie die belast wordt met het beheer van een gebouw en ruimtes mag verhuren of beheerder zal zijn van een wijkcentrum met een horecafunctie. In de praktijk zal zo'n organisatie zich zelf melden en gaat de gemeente er mee in gesprek. Of het de enige gegadigde is, of het de meest gereede gegadigde is? Dat blijkt vaak pas achteraf. Wat wel een factor kan zijn, zijn andersoortige overwegingen. Zo kan het beheer van een wijkcentrum een afgeleide zijn van de wens, een bepaalde gemeenschap een eigen ruimte ter beschikking te stellen. Voorwaarde kan dan zijn, dat tenminste een bepaalde hoeveelheid ruimte, gedurende een bepaalde tijd, en wellicht met het stellen van andere voorschriften, beschikbaar zal zijn voor een bredere doelgroep. Het is dan dienstig om dat voor iedereen inzichtelijk te maken.

De beschikking moet immers zijn gemotiveerd en voor afloop van de activiteit of het tijdvak worden gegeven. Ze omvat ten minste een omschrijving van de te subsidiëren activiteiten (wat wordt er gesubsidieerd?), het (maximale of vaste) bedrag dat wordt verleend, en de aan het verlenen verbonden verplichtingen (of: voorwaarden) voor de ontvanger. Maar lang niet alle voorwaarden hoeven te worden opgenomen, omdat een deel er van algemeen geldend in de wet is opgenomen. Zo mag een subsidie niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan waarvoor ze is verstrekt, op straffe van een mogelijke terugvordering. De op te leggen verplichtingen mogen verder niet disproportioneel zijn en moeten verband houden met de subsidieverlening. Indien geen bedrag à fonds perdu wordt verleend, zal aan het eind van de activiteiten (of van het subsidietijdvak) een subsidievaststelling plaatsvinden, ook weer bij beschikking. Een subsidie verlenen bij overeenkomst, zoals dat vroeger wel gebeurde, staat de wetgever niet meer toe. Een overeenkomst binnen de subsidierelatie (een uitvoeringsovereenkomst) is wel weer mogelijk. Daarover meer in paragraaf 4.5.

De vaststellingsbeschikking geeft een afdwingbare aanspraak op het in die beschikking toegezegde bedrag. Dat kan lager zijn dan bij de subsidieverlening, bv. als de activiteiten maar voor een deel hebben plaatsgevonden, maar ook als bv. aanvankelijk onjuiste gegevens

⁵³ Dit geldt dan ook niet alleen bij subsidies, maar bij alle schaarse te vergeven faciliteiten.

⁵⁴ Behoudens in de (tegenwoordig steeds zeldzamere) gevallen dat de subsidie als zodanig, met bedrag en ontvanger, is vermeld in de begrotingsstukken. Doorgaans gaat het dan om dít zwembad, dát museum, voor een gefixeerd of een maximum bedrag.

waren verstrekt. Als de feitelijke afwijking van de in de subsidiebeschikking omschreven activiteiten maar groot genoeg is, kan zelfs de verleningsbeschikking worden ingetrokken. In al deze situaties is de subsidiegever overigens gehouden om de gesubsidieerde voorafgaand aan het besluit te horen. In reguliere gevallen echter zal het subsidiebedrag worden vastgesteld. Op dat moment zijn aspecten aan de orde als controle en verantwoording. Bij dat laatste kan het soms noodzakelijk zijn, die verantwoording op meerdere verschillende wijzen plaats te laten vinden.

4.3 Mogelijkheden om het subsidie-instrument te passeren. Wat levert dat op?

4.3.1 Kan het ook anders?

Hoewel uit de voorgaande paragraaf mag worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest, ondersteuning van maatschappelijke initiatieven op publiekrechtelijke wijze gestalte te geven – een overheid, die ook optreedt *als overheid* – zien bestuursorganen toch vaak redenen om andere keuzes te maken. Soms om politieke redenen⁵⁵, maar vaak ook omdat subsidieverlening voor zowel overheid als ontvangende partij – zacht gezegd – een hoop gedoe op kan leveren. Het wordt dan, zeker bij kleinere projecten, vaak aantrekkelijker gevonden om één intermediaire partij – een wijkraad, een stichting – formeel een subsidie toe te kennen waarna die het in deeltjes aan kleinschaliger projecten kan toekennen. Of om feitelijk wel een subsidie te verlenen, maar dan per brief en onder een andere benaming, zoals 'startbijdrage', 'stipendium' of 'bijdrage ter aanmoediging', en verder alle relevante wettelijke bepalingen te negeren. Dat kan ook ongestraft, zolang daar niemand tegen ageert (en er dus geen rechter aan te pas komt). En bij niet-financiële transacties kan het bv. gaan om verhuur van ruimte of feitelijke ondersteuning. Denk bij dat laatste aan dienstverlening vanuit het gemeentehuis aan de initiatiefnemers of het beschikbaar stellen van materiaal.

4.3.2 Subsidie of opdracht

Zoals eerder aangegeven kan het door de overheid (deels) laten bekostigen van een prestatie in veel gevallen zowel bij wege van subsidieverlening tot stand komen als doordat het bestuursorgaan daartoe een opdracht verstrekt. De grens tussen beide is immers niet scherp. Sterker: een subsidieverlening kan – nog daargelaten de mogelijkheid dat naast het subsidiebesluit ook sprake is van een uitvoeringsovereenkomst – ook een opdracht in zich bergen. Daarover een door de landsadvocaat en Partners en Pröpper in opdracht van de VNG en het ministerie van BZK uitgebrachte Handreiking⁵⁶:

⁵⁵ In de casus Hanseland wilde de minister van EZ het commerciële karakter van de transacties zichtbaar maken en houden.

⁵⁶ Sandra van Heukelom en Jurgen de Jong, *Subsidiëren of inkopen? Handreiking voor ambtelijke professionals*, ministerie van BZK/VNG, Den Haag, 2015.

Een misverstand dat bij veel aanbestedende diensten heeft postgevat is dat vanwege het publiekrechtelijke karakter van subsidie (en het eenzijdige karakter van een besluit tot verlening daarvan) geen sprake zou kunnen zijn van een 'overeenkomst'. De enkele omstandigheid dat een overeenkomst een publiekrechtelijke karakter heeft en is gesloten in het kader van de uitoefening van overheidsgezag, verzet zich evenwel niet tegen het bestaan van een contractueel element. Bij de vraag of sprake is van een contractueel element – een

neem nou

- Lucas Community

- Het Lukt Ons

De Lucas Community huurt en verhuurt een gemeentelijk gebouw. Dat is dienstverlening die niet is aanbesteed. Dat hoeft ook niet altijd, mits maar duidelijk is dat de primaire doelstelling geen economische activiteit betreft maar een maatschappelijke, en waarom de keuzes gemaakt zijn zoals ze gemaakt zijn.

Het Lukt Ons is een platform ter ondersteuning van de opstart van activiteiten. Het platform heeft een startsubsidie gehad; later kopen gemeenten diensten van het platform in. Maatschappelijke initiatieven kunnen inkomsten verwerven uit bijdragen uit fondsen en crowdfunding, soms aan te vullen met gemeentelijke subsidies. Daarmee lopen verschillende financieringsvormen op het oog wat onhelder door elkaar.

overeenkomst onder bezwarende titel – gaat het niet om de vorm (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk) maar om de inhoud: zijn partijen materieel over en weer verplichtingen aangegaan die een contractueel element opleveren?

Wanneer materieel sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een gemeente en een instelling of ondernemer die voorziet in de verwerking van diensten, goederen of werken, valt deze regeling in uitgangspunt onder de werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (en de Aanbestedingswet 2012), ook als de Awb deze regeling niet als een privaatrechtelijke overeenkomst aanmerkt.

Bedoelde Handreiking is uitgebracht in verband met toenemende discussies over verschillende vragen, wanneer en hoe, en vooral wat moet worden aanbesteed bij het doen van overheidsopdrachten. Deze vragen hebben tot forse onzekerheden geleid in de praktijk, in het bijzonder omdat het Europese aanbestedingsrecht in algemene termen is geformuleerd omdat het toepasbaar moet zijn binnen het (soms zo uiteenlopende) recht van de verschillende Europese landen. Vraagstukken als deze vallen buiten het bereik van ons onderzoek maar de antwoorden kunnen relevant zijn. We beperken ons er op deze plaats echter toe op te merken, dat die antwoorden in veel gevallen nogal voorzichtig zijn geformuleerd. De rechtsontwikkeling op dit punt is nog volop gaande. Voor hier en nu is evenwel van belang, vast te stellen dat er sprake kan zijn van overlap van beide rechtsgebieden. Dat geldt overigens

ook zonder dat van aanbestedingsplicht sprake is, bv. omdat de omvang van de opdracht (of: de hoogte van het subsidie) de verschillende aanbestedingsgrenzen⁵⁷ niet overschrijdt. Om vergelijkbare redenen gaan we hier ook niet al te diep in op de mogelijkheid dat met

⁵⁷ Zie daartoe het door Pianoo verstrekte overzicht: <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/overzichtdrempelwaarden-januari2016.pdf>.

subsidieverlening of het geven van een opdracht wellicht ook sprake kan zijn van ongeoorloofde staatssteun. Volledigheidshalve merken we nog wel op dat ook sprake kan zijn van een omgekeerde beweging. Opdrachten kunnen worden verstopt in een subsidie, in een poging om bv. het aanbestedingsrecht te ontwijken⁵⁸.

4.3.3 Andere materiële steun

Zoals hiervoor al verschillende keren aan de orde kwam worden in een aantal gevallen maatschappelijke initiatieven niet ondersteund met (in welke vorm dan ook) een financiële bijdrage, maar met materiële bijstand in andere vorm. Denk aan de huur en verhuur van ruimte beneden de kostprijs, het verzorgen van het onderhoud dat normaal gesproken voor rekening van de huurder zou komen door de verhurende gemeente, of het verrichten van (bv.) administratieve diensten of anderszins ten behoeve van de maatschappelijke organisatie door gemeentelijke medewerkers. Het komt allemaal voor. In veel gevallen is de onderliggende juridische verhouding evenwel niet benoemd of – sterker – is daar niet echt over nagedacht.

Die onderliggende juridische verhouding is er natuurlijk wel. Ze wordt gevormd door de normale regels binnen het civiele recht: huur en verhuur, de overeenkomst van dienstverlening, wellicht zaakwaarneming, en dergelijke. Daar is maar één bijzonder punt bij aan de orde: het zijn diensten die worden geleverd door of vanuit een overheidsorganisatie, en dus door een overheid. Terug dus, op dit moment, naar hoofdstuk 3 van dit rapport:

Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Hoewel deze regel in het algemeen geformuleerd is – met betrekking tot iemand – wordt ze in ieder geval in het algemeen gezien betrekking te hebben op de overheid. (...) Het belang er van is wat ons betreft daarin gelegen dat ze buiten enige twijfel stelt dat een overheid langs privaatrechtelijke weg niet meer vrijheid zou hebben dan binnen de grenzen waar ze zich aan te houden heeft op grond van geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

Samengevat: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals (deels) gecodificeerd in de Awb, zijn ook van toepassing als de overheid handelt vanuit haar privaatrechtelijke positie, zoals het zijn van eigenaar van een gebouw of van gronden.

Daarnaast zijn vanzelfsprekend ook de 'gewone' privaatrechtelijke regels – waaronder de Europeesrechtelijke – van toepassing. Dat betekent bv. niet alleen dat verschillende partijen gelijk moeten worden behandeld, maar ook een gelijke kans moeten krijgen als ze dingen naar het mogen uitvoeren van een opdracht. Onder omstandigheden zal een opdracht dan ook niet 'zo maar' gegund mogen worden aan de eerste die zich aanbiedt, maar moeten worden aanbesteed. Of dat zo is hangt af van de aard van de opdracht, de waarde, die

⁵⁸ Of, zoals we voor de agrarische sector en de benzinstations in een grensstreek eerder aangaven, bij schadevergoedingen die op grond van de toepasselijke wetgeving eigenlijk niet zijn toegestaan.

deze vertegenwoordigt, en dergelijke⁵⁹; voorts geldt ook voor het verlenen van opdrachten een de minimis-regel⁶⁰. Maar het meerjarig exploiteren van een buurthuis of zwembad zal die ondergrens al snel ruim passeren. In dit verband ontkomen we er ook niet aan, te wijzen op het risico dat het hanteren van niet-marktconforme prijzen kan worden gezien als staatssteun.

4.3.4 Aanbesteden of niet?

Er wordt wel betoogd dat bij subsidie mogelijk staatssteun aan de orde is en bij opdrachtverlening de vraag of aanbesteding nodig is aan de orde komt⁶¹. Die indeling is verwarrend en lijkt ons in algemene zin onjuist. Het onderscheidend criterium moet zijn of er sprake is van een economische – in de zin van marktversturende of in elk geval voor een markt relevante – activiteit of juist niet. Daarbij is winstgevendheid wel een criterium maar niet doorslaggevend, omdat een organisatie zonder winstoogmerk wel degelijk een economische

neem nou

het Lucafé binnen de Lucascommunity in Amsterdam Osdorp. Een van de ondernemingen die het gebouw 'draaiend moeten houden'. Er moet dus verdiend worden. Maar de eis die daaraan vooraf gaat was: kun je bijdragen aan de opbouw van dit gebouw, aan de doelstelling om potentiële ondernemers op gang te helpen?

activiteit kan realiseren. Een stichting (zonder winstoogmerk) ter behartiging van de belangen van miljonairs, bijvoorbeeld, heeft vermoedelijk wel degelijk een economisch belang. De stichting tot behoud van het Zeeuwse dialect vermoedelijk echter niet. Het gaat er steeds om of de activiteit concurrentievervalsing met zich mee kan brengen of niet. Steeds is de vraag of de activiteit als *economisch* is aan te merken. Is het antwoord daarop bevestigend, dan maakt het niet uit of er sprake is van subsidie dan wel inkoop. Met dit voorbehoud dat in het eerste geval inderdaad gekeken moet worden of er geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun en in het tweede geval van een aanbestedingsplicht. Maar gaat het niet om een economische activiteit dan is het betrekkelijk indifferent of je langs de weg van subsidie of via

inkoop de activiteit laat plaatsvinden. Van staatssteun is dan geen sprake en evenmin van een aanbestedingsplicht. Dit is allemaal heel logisch omdat Europa in de eerste plaats een economische unie vormt en de (relevante) Europese regels zich alleen maar bekommeren om economische activiteiten. Het is dus belangrijk om die voorvraag eerst te beantwoor-

⁵⁹ Wij gaan verder niet op deze materie in; met name over de Europese regulering is de laatste jaren al ruim voldoende literatuur verschenen. Wij verwijzen naar de sites van gespecialiseerde organisaties als Pianoo, <https://www.pianoo.nl/regelgeving>, en Europa Decentraal, <https://www.europadecentraal.nl/>.

⁶⁰ Die regel houdt in dat opdrachten van een relatief kleine omvang niet aanbestedingsplichtig zijn; wel moeten ze (voldoende) transparant in de markt worden gezet.

⁶¹ Zie o.a. Elisabetta Manunza et al., Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden, Ministerie van BZK, Den Haag, 2015, pp. 7/8 en J.P.M. Verhoeven en P.E.M. Franssen, Ontwikkelingen met betrekking tot het subsidie-instrument, Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht 2015, nr. 6.

den: gaat het om een als economisch te kwalificeren activiteit of om het ondersteunen van activiteiten van algemeen belang?

Dat is overigens nog lang niet altijd zo eenvoudig – al is dat geen reden om die vraag dan maar te passeren. Situaties zijn lang niet altijd zwart/wit te onderscheiden of te categoriseren. Of iets als economisch (of niet) moet worden gekwalificeerd is vaak afhankelijk van tijd en plaats, en soms ook ideologisch bepaald. Neem het openbaar vervoer in plattelandsgedebieden: daar kan een vervoersbedrijf geen droog brood verdienen. Zo er dan al een bus komt te rijden, dan is dat stevig gesubsidieerd (en is de chauffeur mogelijk een vrijwilliger). Het doel van die buslijn is dan ook niet de rentabiliteit, maar het ontsluiten van kleine dorpsgemeenschappen. De actueel veel in discussie zijnde thuiszorg komt voort uit het kerkelijk werk (maatschappelijk initiatief derhalve), kende een subsidieregeling⁶², werd ondergebracht in de AWBZ, vormt nu een voorziening die op basis van de Wmo verstrekt kan worden⁶³ terwijl hier en daar groepen mensen deze zorg weer zelf organiseren. Juist in een veranderende maatschappij, waar veel zaken eerder vercommercialiseerd zijn en nu terug moeten naar het maatschappelijke, kun je zeggen: we beschouwen iets niet meer als een economische activiteit. Dat mag. Lidstaten binnen de Europese Unie hebben een ruime eigen beoordelingsmarge over de vraag, wat als een economische activiteit moet worden gezien en wat niet.⁶⁴ Het is vervolgens wel zaak om dat ook duidelijk en onderbouwd te benoemen; een eis die (Europees, maar ook nationaal) immers altijd blijft gelden is die naar transparantie.

Samengevat: niet altijd is bij opdrachtverlening aanbesteding verplicht. In gevallen als bij maatschappelijk initiatief gaat het doorgaans (zij het niet altijd) om maatschappelijke activiteiten. De vraag hoe dit te plaatsen op de schaal van economisch naar algemeen belang lijkt vaak te ingewikkeld te worden gevonden. Als die veronderstelling juist is, gaat het in elk geval te ver om dan zekerheidshalve maar op de aanbestedingsplicht gaat zitten met als gevolg dat veel te vaak, node-loos zware procedures moeten worden doorlopen. Als er sprake is van een niet-economische activiteit die door een burgerinitiatief ontplooid wordt zouden de aanbestedingsregels er niet aan in de weg hoeven staan om de initiatiefnemers in kwestie een opdracht te verlenen in plaats van subsidie.

Maar ook als er wel moet worden aanbesteed hoeft dat voor maatschappelijke initiatieven niet op voorhand verkeerd uit te pakken. Vaak is het een kwestie van de juiste eisen formuleren, en dat mogen ook maatschappelijke eisen zijn. Bekend (en overigens af en toe omstreken) zijn de percentages werkzoekenden, die moeten worden ingezet bij een bepaalde opdracht. Maar evenzeer zijn maatschappelijke eisen denkbaar als de inzet van buurtgenoten, verbondenheid met bepaalde activiteiten, etc.⁶⁵.

⁶² De Rijkssubsidieregeling gezinsverzorging.

⁶³ Een mooi overzicht biedt de masterscriptie van F.J. Knuit, Verleden, heden en toekomst van de Achterhaalde Wet Bijzondere Ziektekosten, Heerlen 2010, te vinden via <http://dSPACE.ou.nl/bitstream/1820/3686/1/RWFJKnuitjuni2010.pdf>.

⁶⁴ Zie daarover Protocol 26, tweede lid, met toelichting: http://www.europa-nu.nl/id/vibzn4omhczh/protocol_26_betreffende_de_diensten_van.

⁶⁵ Wil en wet geeft daarvan voorbeelden; zie bv. de blauwe kaders op de pp. 53 en 71.

4.4 Het maatschappelijk PPS vergeleken met het commerciële, infrastructurele PPS

Wij hebben ons afgevraagd of er ten behoeve van de relatie tussen overheid en maatschappelijke initiatieven zou zijn te leren van de praktijk van civielrechtelijk overheidshandelen op andere terreinen, zoals grote infrastructurele projecten. Wij wilden daarbij zoeken naar PPS-constructies die aansluiten bij het type maatschappelijke initiatieven waar de eigenlijke onderzoeksvraag op betrekking heeft. Een verkenning van het veld van dat 'grote' PPS heeft echter uitgewezen dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn om zinvolle vergelijkingen mogelijk te maken. De algemene literatuur over PPS, zoals die enige decennia geleden (vooral via het ministerie van Financiën) het licht zag, bleek relatief sterk verouderd en achterhaald door wat inmiddels als algemeen inkoopbeleid wordt gepresenteerd. Nieuwere inzichten over specifiek PPS gaan vooral over de combinatie van ontwerpen, bouwen, beheren, onderhouden en soms ook financieren van (grote) infrastructurele projecten⁶⁶.

4.5 De privaatrechtelijke overeenkomst met de overheid vergeleken met de subsidieovereenkomst

Een reguliere, civielrechtelijke overeenkomst met de overheid wordt beheerst door het gewone burgerlijke (civiele) recht, zij het dat van de overheid als contractspartij net wat meer zorgvuldigheid wordt verlangd dan van gewone contractanten. Met verwijzing naar wat we daarover in hoofdstuk 3 schreven: de overeenkomst moet ook passen binnen de normatieve categorie *goed bestuur*. Kort gezegd: gelijke kansen voor iedere gegadigde, geen kunstjes, geen achterdeurtjes. Maar overigens is de overeenkomst met de overheid een zelfstandige, maar geen bijzondere rechtsfiguur: partijen maken afspraken en moeten die nakomen. Lukt dat niet, dan komt er in het ergste geval een geschil dat bij de civiele rechter kan eindigen.

Een subsidieovereenkomst daarentegen is, anders dan in het verleden, geen zelfstandige rechtsfiguur. Voordat de subsidiëring in de Awb werd gecodificeerd werd, werd subsidiëring ook wel in overeenkomsten geregeld. In het verlengde daarvan behelsde het voorontwerp voor dit deel van de Awb ook een artikel dat de subsidieovereenkomst mogelijk maakte, in plaats van de verleningsbeschikking, de *beschikkingvervangende overeenkomst*. Op advies van de Raad van State is het betreffende artikel omgevormd tot wat het nu is: ter *uitvoering* van de verleningsbeschikking kan een overeenkomst worden gesloten, de *uitvoeringsovereenkomst*. Dat is dus een overeenkomst waarvan het bestaan afhankelijk is van een voorafgaande beschikking. Het kabinet daarover aan de Tweede Kamer:

Een overeenkomst ter uitvoering van een subsidiebeschikking kan in veel gevallen worden beschouwd als een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Artikel 229 van Boek 6 BW bepaalt, dat een dergelijke overeenkomst vernietigbaar is indien de onderliggende rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening behoort

⁶⁶ Zie bv. <https://www.pianoo.nl/themas/integraal-inkopen> en <http://www.ppsnetwerk.nl/>.

te blijven van degene die zich op het ontbreken beroept. Trekt het bestuursorgaan derhalve een subsidiebeschikking in, dan kan het, hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een vordering in rechte (art. 3:49 BW), in beginsel ook de daarop voortbouwende overeenkomst vernietigen, tenzij in het gegeven geval de gevolgen van de intrekking voor rekening van het bestuursorgaan behoren te blijven⁶⁷.

Dat impliceert dat geschillen over (nakoming van) de uitvoeringsovereenkomst niet door de civiele rechter worden beslist, maar door de bestuursrechter. Dat is in de rechtspraak ook bevestigd⁶⁸.

De uitvoeringsovereenkomst vervangt (alle of de meeste) verschillende voorwaarden en voorschriften, die aan een subsidieverlening kunnen zijn verbonden. Dat kan (letterlijk) overal over gaan: openingstijden van een wijkaccommodatie, de ten minste te ondernemen activiteiten, de minimale hoeveelheid bewoners die bereikt of betrokken moeten worden, of kwaliteitseisen van in te zetten medewerkers. Het geeft antwoord op de vraag, wat partijen met de subsidieverlening willen bereiken. Zonder op verdere conclusies vooruit te willen lopen: door het tweezijdig karakter van de subsidieovereenkomst lijkt deze een in beginsel meer passend instrument dan (eenzijdig opgelegde) subsidievoorwaarden. Al realiseren we ons dat ook die in de praktijk vaak voorwerp van overleg zijn.

Dit alles betekent intussen niet dat aan subsidieverlening geen overeenkomst vooraf zou kunnen gaan. Dat kan wel degelijk en het komt ook wel voor. Dat kan het geval zijn als de te subsidiëren activiteit nog in de toekomst ligt en de overheid met de beoogde uitvoerder van die activiteit al wel afspraken wil maken (en kunnen vastleggen). In zo'n voorfase kan de overheid immers niet sturen met bv. subsidievoorwaarden of -voorschriften. Het betreffende bestuursorgaan zal zich daarbij hebben te realiseren dat zo'n

neem nou

de Amersfoortse buurthuizen, de stichting Ruimte, het zwembad in Den Ham. Wat hebben ze gemeen? Ze kregen een startsubsidie. Maar voorafgaand aan die subsidieverlening waren er afspraken vastgelegd over wie, wat, wanneer zou doen en wie, waarvoor, verantwoordelijk zou zijn;

en de Stichting Ruimte in Eindhoven. Die huurt ruimtes van de gemeente (en soms van particulieren) en verhuurt die voor kortere of langere tijd aan culturele ondernemers. Dat biedt de kunstenaars werkruimte en voorkomt tegelijkertijd leegstand en verpaupering. Hoewel het de bedoeling is dat de Stichting uiteindelijk zichzelf kan bedruipen is een startsubsidie verstrekt. Er is inmiddels een concept voor een overeenkomst waarin de verschillende taken en verantwoordelijkheden – ook voor wat betreft beheer, rapportage, etc. – worden vastgelegd.

⁶⁷ Tweede Kamer, 1994–1995, 23 700, nr. 5, pag. 16.

⁶⁸ Zie bv. AbRvSt, 28-06-2006, AB 2006, 326, m.nt. W. den Ouden, en CBb 18-01-2007, AB 2007, 66, m.nt. I. Sewandono. De ze laatste kwestie betrof een innovatiesubsidie in de vorm van een krediet, onder de voorwaarde dat binnen zes weken na de verleningsbeschikking een uitvoeringsovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. De (verantwoordelijke) minister van EZ had die overeenkomst bestempeld als een civiele aangelegenheid, maar werd door de rechter dus teruggefloten.

overeenkomst verwachtingen wekt en al vrij snel gelezen zal kunnen worden als subsidie-toezegging.

5. Rechtsbescherming.

In het vorenstaande is de rechter al enkele malen langs gekomen, maar er is nog wel iets meer over te zeggen. Vanzelfsprekend streeft niemand er naar om de relatie tussen een overheid en deelnemers van maatschappelijke initiatieven bij de rechter te laten eindigen. Maar dat betekent niet dat de verschillende consequenties niet van te voren zouden hoeven te worden doordacht. Al was het maar, omdat er die relatie tussen overheid en maatschappelijke initiatieven een omgeving kent die wellicht ook nog wat wil.

Bij een publiekrechtelijk vormgegeven relatie – doorgaans dus een subsidie – kan het zijn dat er onmin ontstaat tussen de subsidiegever en de subsidieontvanger. Dat zal uitmonden in een beschikking waarbij (doorgaans) een lager bedrag wordt vastgesteld dan was verleend of een subsidie zelfs wordt ingetrokken. Het kan echter ook gaan om een zgn. schaarse vergunning, een vergunning waarvan er maar een beperkt aantal kunnen worden uitgegeven⁶⁹. Daarover twisten kan bij de bestuursrechter, te beginnen bij de Rechtbank en in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State⁷⁰. In beide gevallen kan een normaal geding nog worden voorafgegaan doordat de (niet meer of lager dan gewenst) gesubsidieerde bij de betreffende rechterlijke instantie een voorlopige voorziening vraagt. Maar dat is maar een deel van het verhaal. Dergelijk beroepsmogelijkheden staan immers open voor alle belanghebbenden, dus ook voor derden. Dat betekent dat degene met wie de overheid geen relatie aangaat, zich bij de rechter kan verzetten tegen de relatie welke die overheid met een ander aangaat. Geld kan immers maar één keer worden uitgegeven, fysieke ruimte maar één keer ingenomen.

Maar niet alleen dat; een derde kan, na aan een ander verleende subsidie, bij de bestuursrechter ook betogen dat geen subsidie had mogen worden verleend, maar dat een opdracht had moeten worden verstrekt die wellicht ook nog aanbesteed had moeten worden. Startpunt is echter altijd een besluit van het bestuursorgaan. Is een beschikking gegeven (dus: een publiekrechtelijk besluit genomen) dan is altijd de bestuursrechter bevoegd, zelfs als de appellant claimt dat helemaal geen publiekrechtelijk besluit genomen had mogen worden, maar een privaatrechtelijke relatie had moeten worden aangegaan. Of het vervolgens gaat om een economisch relevante activiteit of een maatschappelijke activiteit is voor die rechtsingang niet van belang. Vanzelfsprekend kan het als redengevend argument in de betreffende procedure wel aan de orde komen.

⁶⁹ Meest bekende voorbeeld in dit type gevallen is de markt- of standplaatsvergunning, waarvan het aantal begrensd wordt door de beschikbare ruimte. Maar het kan evenzeer gaan om een oliebolleakraam bij het station, een buurtbarbeque, of wat een gemeentebestuur dan ook maar binnen een gelimiteerde hoeveelheid wil of kan toestaan.

⁷⁰ In theorie kan ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven aan de orde zijn en, als het niet gaat om subsidie maar om bv. de inzet van uitkeringsgerechtigden, de Centrale Raad van Beroep. Wij gaan daar nu verder niet op in; het betoog blijft in die gevallen hetzelfde.

Bij het aangaan van een civielrechtelijke relatie speelt ongeveer (maar niet precies) hetzelfde. Bij gerezen onmin kunnen partijen – in dit geval dus: zowel het bestuursorgaan als de initiatiefnemers – naar de burgerlijke rechter bij de rechtbank. De eis kan zijn nakoming van hetgeen is overeengekomen, wijziging daarvan (bv. als er sprake is van gewijzigde omstandigheden) of ontbinding. In de gevallen dat een private partij gelden mag verdelen over maatschappelijke initiatieven⁷¹ en een dergelijk initiatief buiten de boot valt, kan de betreffende partij zelfs vragen om ook in aanmerking te komen voor een bijdrage⁷². En ook in dit soort omstandigheden kan een derde ageren dat de opdracht niet rechtmatig is verleend, dat hij eerder had aangegeven het gehuurde te willen betrekken, dat hem een bijdrage is onthouden, dat (ten onrechte) staatssteun wordt verleend, enzovoorts.

De keuze voor de vorm van de onderliggende juridische relatie bepaalt dus de wijze van rechtsbescherming. Daarbij is van belang dat rechtsbescherming door de bestuursrechter laagdrempeliger is dan die door de civiele rechter, al is het maar vanwege de kosten. Anderzijds mondt een publiekrechtelijke procedure nogal eens uit in een teleurstelling: *u heeft formeel gelijk maar verkrijgt materieel nauwelijks winst*. De uitkomst is dan dat het bestuursorgaan zijn werk moet overdoen, het besluit moet heroverwegen. De civiele rechtsgang is duurder en minder toegankelijk maar leidt in de regel wel tot meer inhoudelijke beslissingen.

De juiste rechtsgang is soms lastig te vinden bij min of meer gemengde constructies, zoals wanneer een ruimte wordt gehuurd en een subsidie wordt verleend in de huurkosten⁷³. Nog sterker speelt dat als een bestuursorgaan een private organisatie inschakelt om bestuurlijke taken te verrichten, zoals het toekennen van kleine geldbedragen aan kleinschalige initiatieven of het verrichten van diensten aan (andere) burgers. Om die reden wordt

neem nou

nogmaals de Amersfoortse buurthuizen, die stichting Ruimte, dat zwembad in Den Ham. Ze hebben immers nog veel meer gemeen.

Immers: is er gedoe over subsidie? Dan komt de bestuursrechter er aan te pas, ook als het gedoe inhoudt dat er sprake is van staatssteun. Maar als een derde claimt dat hij ook wel exploitant had willen worden? Dan de civiele rechter, tenzij die derde als ingang kiest dat de gelukkige exploitant (daarom) die subsidie niet had mogen krijgen. Dat er aanbesteed had moeten worden: er zijn meerdere gegadigden en het gaat om een bedrag boven de aanbestedingsgrens. Ook al de civiele rechter, tenzij die aanbesteding ingebracht wordt in een geding over dat subsidie.

En als het een beetje tegenzit: twee separate procedures

⁷¹ Wij laten nu in het midden hoe die bijdrage juridisch genoemd zou moeten worden. Datgene wat in het spraakgebruik bv. doorgaans een sponsorbijdrage wordt genoemd zou, indien er althans geen tegenprestatie tegenover staat, strikt juridisch vermoedelijk als een schenking worden aangeduid.

⁷² Ook de vraag hoe kansrijk zo'n actie zou zijn, laten we nu in het midden.

⁷³ Als de huur omhoog gaat en/of een subsidie om een deel van die huurkosten goed te maken daalt, kan het aangewezen zijn om over de huur bij de civiele rechter te klagen en over het subsidiebedrag bij de bestuursrechter.

ook nagedacht over andere bestuursrechtelijke procedures, die minder hangen aan een formeel besluit als wel aan een (conflict opleverende) situatie waar (huiselijk samengevat) meer partijen bij zijn betrokken en niet duidelijk is of het privaatrecht dan wel het publiekrecht binnen die verhoudingen overheerst⁷⁴. Dat denken is ontsproten binnen het bestuursrechtelijk circuit, maar zou een bredere benadering verdienen. Ook zou dan bezien kunnen worden of (en, eventueel, onder welke omstandigheden) op geld waardeerbare bijdragen (sociale huurprijzen, fysieke ondersteuning vanuit de overheid) juridisch behandeld zouden kunnen worden als 'echte' subsidies. Uit eerste berichten blijkt voorts dat binnen nogal wat gemeenten een streven bestaat om dergelijk ongemak te dejuridiseren en via klachtprocedures tot een oplossing te komen⁷⁵. Welke weg uiteindelijk de beste zal zijn valt nog te bezien, maar het lijkt een richting in te slaan die ook voor het omgaan met maatschappelijke initiatieven de moeite waard is om verder te verkennen.

Tot slot nog dit. Wordt door partijen steeds de juiste rechtsvorm gekozen? Zeker niet. Nog daargelaten dat tussen publiek- en privaatrecht niet steeds een scherpe scheiding is aan te geven en al evenzeer daargelaten dat er ook mengvormen mogelijk zijn is het volgende van belang. Als twee (of meer) partijen het ergens over eens zijn – zoals: iemand vraagt een subsidie voor een zekere activiteit en die krijgt hij ook, of een bestuursorgaan verleent een opdracht en de particuliere organisatie voert die uit en stuurt een factuur – dan zijn partijen daar jegens elkaar aan gebonden. Dat geldt dus ook de gekozen onderlinge juridische verhouding. Anders gezegd: datgene wat tussen partijen is afgesproken heeft tussen hen te gelden, ongeacht de vraag of het in een juridisch correct jasje is gestoken. Pas als alle betrokkenen er gezamenlijk anders over denken dan wel wanneer een rechter een ander oordeel velt, geldt dat andere oordeel.

6. Wat leert dit ons? Hoofdpijnen van onze bevindingen en een beetje extra

6.1 Welke hoofdpijnen zien we en wat leren die ons?

Hoofdpijnen de belangrijkste juridische hoofdpijn die we uit de praktijksituaties kunnen destilleren is, dat er nauwelijks een hoofdpijn valt te bespeuren. Er staan overheden en maatschappelijke organisaties een scala aan juridische mogelijkheden ter beschikking en het komt ons voor, dat ze ook vrijwel allemaal wel ergens, ooit, gebruikt worden.

Maar bij de tweede blik valt er toch wel iets meer van te zeggen. Om te beginnen dat er in heel veel gevallen sprake is van subsidies, ook als betrokken partijen hebben laten weten dat eigenlijk niet te willen. Vaak gaat het om startsubsidies, bedoeld om een programma of

⁷⁴ Scheltema, Michiel, Conflictoplossing in het sociaal domein: van gefragmenteerde naar integrale geschilbeslechting, discussiepaper voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht, Den Haag, 2015.

⁷⁵ Dat vergt overigens een zorgvuldige wijze van werken, te beginnen met het formeel opschorten van de beslistermijn die geldt als een bezwaarschrift is ingediend (en aan de mogelijkheid daartoe zijn in de Awb weer grenzen gesteld). Het gaat immers niet aan om, als 'prijs' voor een meer burger-vriendelijke aanpak, aan die burger toekomende formele rechten te negeren of te miskennen. Dat streven naar dejuridisering wordt overigens ondersteund vanuit het (eveneens binnen BZK geïnitieerde) programma Prettig contact met de burger.

activiteit op gang te helpen. In een aantal gevallen is er ook sprake van materiële – dus op geld waardeerbare – hulp vanuit de gemeente op een andere manier. Dat varieert van de inzet van menskracht tot verhuur van vastgoed tegen een niet-marktconforme prijs. Waar wel een marktconforme prijs wordt gehanteerd wordt soms subsidie verleend om de huur voor de betreffende organisatie wat draaglijker te maken. In dit soort omstandigheden zijn privaatrechtelijke verhoudingen en publiekrechtelijke relaties dus min of meer onlosmakelijk verweven. Of dit een doelmatige wijze van werken is, is een vraag die we aan bedrijfskundigen overlaten. Juridisch kan het allemaal, maar het kan ook ongemakkelijke gevolgen hebben.

Zo'n gemengde verhouding kan immers complex worden als de onderliggende situatie wijzigt, bv. omdat een huur wordt opgezegd, de huurprijs wordt aangepast of het subsidie wordt aangepast. Als daar een geschil uit voortvloeit kan dat (zoals we zagen) min of meer gelijktijdig eindigen bij twee verschillende rechters. Immers, in de verschillende deelsituaties zijn verschillende rechters bevoegd. Bij huur en verhuur is dat de kantonrechter, terwijl bij geschillen over subsidie de bestuursrechter bevoegd is. Wij brengen onder de aandacht dat in het verleden ook materiële steun, die niet in de vorm van een geldoverdracht werd verleend, onder het begrip *subsidie* werd gerekend⁷⁶. Zou dat nog zo zijn, dan was duidelijk welke rechter bevoegd is als zich onmin aandient. We hebben het min of meer vergelijkbare geval van de uitvoeringsovereenkomsten toch ook kunnen tackelen.

neem nou

inderdaad eens die SIB's, Social Impact Bonds. Natuurlijk, de ondernemer financiert op die wijze en rekent daar ook mee. Ook de gemeentelijke afrekening wordt in SIB's uitgedrukt. Maar juridisch is het (afhankelijk van de precieze gekozen constructie) wellicht soms inkoop of opdrachtverlening, maar in de hier gepresenteerde voorbeelden kunnen we de gemeentelijke bijdrage toch niet anders kwalificeren dan als een subsidie.

Voorts valt op dat partijen niet steeds lijken te onderkennen dat (en wanneer) er van subsidieverlening sprake is. Ook de zogeheten SIB's zoals te zien bij de re-integratie-initiatieven in Utrecht en Rotterdam zijn bv. aan te merken als voorwaardelijke (ex post) subsidies: de terugbetalingen vanuit het Participatiefonds. Het omgekeerde komt echter ook voor. Zo worden uitkeringen uit het IJspiegelfonds en het WijkInvesteringsFonds Rotterdam aangemerkt als subsidies terwijl ze dat niet zijn. Ze worden immers niet verstrekt door een bestuursorgaan, zodat ook de Awb niet van toepassing is.

Het is uit de stukken niet af te leiden of dat een bewuste of een onbedoelde situatie is. Als dat laatste het geval is, dan staat het de betrokkenen (het bestuur van resp. het Texelfonds en de stichting de Delfshaven Coöperatie) natuurlijk alsnog vrij om een bezwaarschriftenprocedure in te richten die naadloos lijkt op die, welke de Awb kent. Zowel diegenen die

⁷⁶ Zie paragraaf 4.1. Inmiddels is er natuurlijk nog veel meer gewijzigd in juridisch Nederland, zoals de wijze van rechtsbescherming. Het voert voor deze studie te ver om daarover alle varianten uit te werken: hoe het was vormt geen vraag bij ons onderzoek. Maar in de aanbevelingen komen we nog op deze kwestie terug.

een bedrag hebben ontvangen als zij, die achter het net visten, kunnen daar baat bij hebben. Van een eventuele verdere procedure bij de bestuursrechter kan echter geen sprake zijn: de Awb is immers (nog steeds) niet van toepassing; er is alleen een zorgvuldige procedure ingericht voor zover dat binnen de competentie ligt van het bestuur van de stichting. Zo'n zorgvuldige procedure kan wel van pas komen mocht het tot een procedure voor de civiele rechter komen, maar de kans dat zoiets gebeurt is door de (financiële) drempel voor de civiele rechter natuurlijk niet zo heel groot.

Of datgene wat *subsidie* heet ook altijd als zodanig gekwalificeerd mag worden achten we intussen de vraag. In een aantal gevallen is sprake van bekostiging van een *middel*, niet van een activiteit van de gesubsidieerde waarvan het de bedoeling is om die te ondersteunen. Denk aan de betrokkenheid van de overheid waar die door middel van bekostiging van een persoon (een kwartiermaker of een dorpsondersteuner) op zichzelf wel bijdraagt aan de activiteiten van de gesubsidieerde, maar niet rechtstreeks. De rechtspraak lijkt daar overigens geen moeite mee te hebben; als partijen dit – in weerwil van de subsidie-definitie in de Awb – als subsidie aanmerken, volgt de rechter daarin. En wat zou hij ook anders moeten doen?

Andere bestuursrechtelijke figuren dienen zich in de onderzochte projecten eigenlijk nauwelijks aan. Van vergunningen, ontheffingen of concessies is geen sprake. Wel is het vanzelfsprekend zo, dat bij beide re-integratieprojecten de sociale zekerheidswetgeving een rol speelt, maar die wordt niet ingezet als beleidsinstrument. Wel wordt er in die projecten meer dan gemiddeld creatief met de mogelijkheden, die de betreffende regelingen bieden, omgegaan.

Dat alles voor zover het gaat om de publiekrechtelijke benadering: de overheid, die handelt en optreedt *als overheid*, in die hoedanigheid. Maar de overheid kan natuurlijk ook datgene doen, wat alle andere mensen en rechtspersonen kunnen doen: privaatrechtelijk handelen. Die mogelijkheid bestaat al sinds mensenheugenis, maar niet iedereen realiseert zich dat⁷⁷. Zo maakt erfpacht het mogelijk om voorwaarden te verbinden aan de overeenkomst waarmee het erfpachtrecht wordt vastgelegd. En dat zonder (bijzondere) wettelijke grondslag, dus van een democratisch gecontroleerde legitimiteit was eertijds nog geen sprake. Datzelfde geldt het uitgeven van concessies, al neemt relevante wetgeving een steeds duidelijker plaats in. De praktijk daarvan spreidt zich uit van handelsvaart al van voor de gouden eeuw via de aanleg van spoorwegen vanaf plm. 1860 tot actueel als duidelijkste voorbeeld het openbare personenvervoer.

Tegenwoordig is het régime anders. In artikel 3:14 BW is vastgelegd dat (ook) overheden (samengevat) zich ook bij hun privaatrechtelijk handelen hebben te houden aan de beginselen van behoorlijk bestuur: geen misbruik van bevoegdheden, geen ongelijkheid bij het bejegenen van verschillende (groepen van) burgers, fair play. Ze mogen voorts niet privaatrechtelijk regelen wat hen publiekrechtelijk onmogelijk is gemaakt. In artikel 3:1, tweede

⁷⁷ Als voorbeeld: al in het oude Egypte en in het Romeinse rijk werd grond in erfpacht uitgegeven. In Amsterdam is het stelsel van erfpacht sinds 1896 tot ontwikkeling gekomen.

lid, Awb is (complementair) vastgelegd dat dat de afdelingen 2 tot en met 5 van hoofdstuk 3 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Daarmee is de juridische cirkel rond:

De overheid heeft het algemeen belang te dienen, mag daarbij privaatrechtelijke instrumenten gebruiken maar moet binnen de grenzen blijven die voor haar *als overheid*, publiekrechtelijk dus, gelden.

Dat gaat vaak goed, maar niet altijd. Er kan immers sprake zijn van een ogenschijnlijk privaatrechtelijke figuur terwijl er in werkelijkheid sprake is van een subsidie⁷⁸. In dat geval zijn de normale regels van het subsidierecht van toepassing. Bovendien: als er sprake is van subsidie moet ook er op gelet worden of er geen strijd is met Europese regelgeving inzake staatssteun. Daar tegenover: er kan materieel sprake zijn van een *opdracht*; in dat geval moet er rekening gehouden worden met een mogelijke aanbestedingsplicht. Niettemin:

Staatssteun en aanbestedingsplicht zijn niet aan de orde als er geen sprake is van een *economische activiteit*. Dat is een groot grijs gebied, maar gelukkig hebben lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid om zelf te bepalen wat wel economisch is en wat niet.

Een ander moment van *niet goed gaan* dient zich aan waar overheden zich strikt commercieel gaan opstellen, zoals wanneer vastgoedafdelingen van gemeenten bij het verhuren van ruimtes die als wijkgebouw kunnen dienen, uitsluitend oog hebben voor commerciële tarieven. Een hoog financieel rendement staat wellicht mooi in de boeken, maar de overheid heeft primair te zorgen voor *maatschappelijk* rendement. Dat staat nog los van de vraag of men dan een loket verder subsidie kan verkrijgen. Ook daar weer tegenover staat het fenomeen dat een buurthuis in het huurcontract beperkende voorwaarden kan zien opgenomen, zoals in ieder geval de verplichting om sociaal te verhuren, terwijl de gemeente zelf op andere plaatsen gebouwen anti-kraak ter beschikking stelt aan buurtbewoners. Dat levert uiteraard concurrentievervalsing op, omdat sociale huurders weg zullen trekken; zij zoeken natuurlijk een financiële ondergrens.

Volledigheidshalve memoreren we nog dat overheden ook optreden via inkoop. We hebben op dat vlak geen opvallende zaken kunnen traceren. Over zin en onzin van aanbesteden hebben we al in par. 4.3.4 enkele opmerkingen gemaakt. We herhalen hier dat het entameren van een aanbesteding om der wille van de overweging *dan zit je safe* geen goede keuze is; ook een volledig transparante aanbesteding kan leiden tot corruptie van een der partijen. Anderzijds is het volstrekt legitiem om in de aanbestedingsdocumenten voorwaarden op te nemen waar – naar verwachting – kleine, lokale ondernemers eerder en makkelijker aan kunnen voldoen dan multinationals van ruim over de grens. Dat moeten dan wel te verdedigen voorwaarden zijn, die verband houden met de aard van de opdracht. Zo zou denkbaar zijn om voor het buurthuis in een wijk waarbinnen een grote groep allochtonen woonachtig is, kennis te vragen van de eetgewoonten van zo'n groep of van die groepen.

⁷⁸ Of omgekeerd; vergelijk het recente voorbeeld aan het slot van par. 4.2.4 waar Rechtbank en Afdeling bestuursrechtspraak eenzelfde situatie juridisch verschillend kwalificeerden.

Tegen de achtergrond van het voorgaande merken we op dat veel regels de laatste decennia tot stand zijn gekomen met het oog op het bevorderen van een rechtvaardige samenleving: de overheid is neutraal tegenover alle burgers en bedrijven, ze trekt niet voor en bevoordeelt niemand, Ze rekent keurig af en laat gesubsidieerde organisaties ook keurig afrekenen volgens daartoe gestelde, voor iedereen geldende regels. Daar valt weinig op af te dingen. Of dat ook steeds passend is in de relatie met maatschappelijke organisaties die eigen initiatieven de ruimte willen geven, is echter de vraag. Er zijn auteurs die betogen dat, bij het verschuiven van maatschappelijke verantwoordelijkheden, de bestaande regelgeving niet meer passend is. Immers, eigen initiatief binnen de maatschappij houdt geen (of: niet vanzelfsprekend) rekening met voorschriften vanwege de overheid en kan dat naar zijn aard ook niet; de initiatiefnemer wil immers zelf zijn regels en grenzen bepalen⁷⁹. Ons

rechtsstelsel – en daarmee een betrokken overheid – heeft daar nog geen antwoord op.

Neem nou

Voorbeelden van versluierde subsidies:

- ✓ *gebruikersovereenkomsten*
- ✓ *sociale huurtarieven*
- ✓ *dienstverlening, zoals onderhoud*
- ✓ *inzet van eigen medewerkers bij het begunstigde initiatief*
- ✓ *overnemen van of hulp bij taken (bv. administratie)*
- ✓ *ondersteunende werkzaamheden zoals verkeersmaatregelen*

Het betreft steeds op geld waardeerbare inzet of activiteiten die nu juridisch niet of niet duidelijk zijn gekwalificeerd.

6.2 Beantwoording van een aantal concrete deelvragen

Bij het begin van dit adviestraject hadden we ons voorgenomen om een aantal concrete deelvragen te beantwoorden. Hoewel na het voorgaande een aantal antwoorden niet meer verrassend kan zijn, gaan we dat niettemin wel doen.

a. Wat zijn te onderscheiden publiek- en privaatrechtelijke vormen waar overheden in zitten?

Overheden maken in de breedte weinig gebruik van publiekrechtelijke mogelijkheden. Een veelvoorkomende figuur is wel die van de subsidie, hoewel partijen zelf niet steeds onderkennen dat een bepaalde financiële bijdrage inderdaad een subsidie is. Soms wordt een gift gegoten in de juridische vorm van een schenking. In sommige

andere gevallen geeft de overheid een garantie of biedt anderszins een voorwaardelijke aanspraak.

Ook versluierde subsidies komen voor: verhuur beneden de kostprijs, onderhoudswerkzaamheden die krachtens het reguliere huurrecht doorgaans voor rekening van de huurder zouden moeten komen, het ter beschikking stellen van menskracht. Deze versluierde subsidies worden juridisch evenwel gekwalificeerd als privaatrechtelijk handelen (al is niet steeds direct duidelijk binnen welke privaatrechtelijke figuur ze passen); subsidies zijn in de

⁷⁹ Meer daarover bij F.J. van Ommeren, *Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten*, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer, 2012, p. 149-156.

wettelijke definitie immers beperkt tot geldelijke bijdragen. In enkele gevallen is sprake van bekostiging vanuit de sociale wetgeving (de re-integratieprojecten, de nachtopvang). Waar het niet gaat om een financiële relatie is doorgaans een vorm van samenwerking aan de orde: betrokkenheid door het bij de opstart faciliteren van een bewonersvereniging, faciliteren van betrokkenheid van burgers bij op zichzelf gemeentelijke taken.

Privaatrechtelijk is er meer variatie. In een aantal gevallen wordt ruimte ter beschikking gesteld, nu eens bij wege van huur en verhuur en dan weer via een gebruikersovereenkomst; soms wordt zelfs (tijdelijk) ruimte om niet ter beschikking gesteld. De huurprijs (commercieel of sociaal) is weliswaar een gegeven, maar soms kan huurvermindering worden verleend wanneer als tegenprestatie er vrijwilligerswerk wordt verricht. In een aantal gevallen worden aan de huur voorwaarden verbonden, zoals over doorverhuur aan anderen of te leveren verdere diensten. In dergelijke gevallen kan de gemeente betrokken zijn als inkoper van die diensten, voor zichzelf dan wel voor derden. In nog weer andere gevallen ondersteunt de gemeente burgerinitiatieven door daadwerkelijk (direct of indirect) mee te doen, door deel uit te maken van een samenwerkingsverband of anderszins. Dat kan formeel, bv. door het sluiten van een convenant, maar ook informeel, door feitelijke inzet van medewerkers.

b. Wat is hun juridische positie in die overeenkomsten?

De vraag naar de juridische positie van overheden in allianties met burgers is niet in zijn algemeenheid eenduidig te beantwoorden. Gaat het om echte subsidies, dan geldt het subsidierecht zoals dat in de Awb is opgenomen, met inbegrip van de voorschriften over verantwoording. Maar als de betrokken overheid maar een relatief kleine medebekostiger is, naast bv. een goeddoelenfonds of zelfs een onderneming, dan kan die verantwoording alleen worden gevraagd over het eigen subsidiebedrag, niet over het gehele project. Dat kan alleen anders zijn als daar specifieke afspraken over zijn gemaakt. Bij toepassing van civielrechtelijke constructies is de situatie nog meer casuïstisch. Partijen mogen (binnen de grenzen van bepaalde juridische figuren) immers vrijelijk afspraken maken en daarmee hun positie bepalen. Bij het sluiten van overeenkomsten kan dus van geval tot geval worden vastgelegd, wie, waarover, welke zeggenschap heeft.

c. Waar gaat men als overheid dan nog wel over en waarover niet?

Betekent het voorgaande dat de overheid in dergelijke relaties niets (meer) zou kunnen? Geenszins; we betogen alleen dat over de hier genoemde onderwerpen moeilijk eenduidige uitspraken zijn te doen, omdat de praktijk zoveel varianten laat zien en het recht die ook mogelijk maakt. Veel ligt er vast bij verschillende rechtsfiguren, zowel bij huur en verhuur van bedrijfsruimte als bij het verlenen van subsidies. Maar evenzeer ligt er veel niet vast, omdat het niet (uitputtend) geregeld is of omdat er sprake is van zgn. regelend recht, waar partijen van af mogen wijken. Maar meer nog valt op dat overheden, die de geijkte paden verlaten en de grenzen opzoeken van wat er juridisch mogelijk is, daar doorgaans succesvol mee lijken. Dat geldt zowel de re-integratieprojecten als bv. het zwembad De Groene Jager, waar 'verpacht' wordt om niet. Dat komt niet zo vaak voor, maar het kan wel:

Met wat meer creativiteit dan gebruikelijk is er netjes binnen de juridische lijnen te blijven, maar is het resultaat maatschappelijk soms net iets plezieriger dan volgens de gebruikelijke wegen.

De hamvraag hier is of er voldoende is gemotiveerd dat en waarom de dorpsgemeenschap de zeggenschap krijgt over het zwembad, en niet bv. een ondernemer is ingeschakeld: is er geen sprake van marktverstoring? En het sluitstuk is vanzelfsprekend: kan de gemeente verantwoorden wat ze heeft gedaan, welke keuzes ze heeft gemaakt, en waarom? Kunnen B&W dat richting de raad en kunnen de raadsleden dat richting hun kiezers?

d. En maakt het daarbij nog uit wat voor geld daarin wordt ingezet (bijv. subsidiegeld of geld van de private opdrachtnemer in die privaatrechtelijke overeenkomst)?

Het antwoord op deze vraag luidt: *ja en nee*. Of beter nog: *het hangt er van af*. In beginsel moet een gemeentebestuur alles kunnen verantwoorden wat het doet, elke vorm van betrokkenheid. Ook in de gevallen dat een gemeentebestuur een groep burgers niet veel meer faciliteert dan met wat meedenken, met het ondersteunen van een sponsorverzoek bij een goeddoelenfonds, moet het die stappen kunnen verantwoorden: waarom deze groep, met dit doel? waarom een eventuele andere niet? Maar dat type verantwoording is natuurlijk niet anders dan bij het verlenen van schaarse vergunningen, het besluit om in een winkelcentrum te brancheren, het verhuren van sportvelden aan clubs die tenminste een bepaald aantal jeugdleden hebben, en dergelijke. Overheden hebben immers op veel terreinen beleidsvrijheid, hun middelen zijn niet oneindig en er moeten heel vaak keuzes worden gemaakt. Dat mag niet alleen, dat moet vrijwel onophoudelijk. Het is dan daarbij de kunst om tevoren goede criteria te stellen en die consequent te hanteren (of een afwijking daarvan duchtig te motiveren) en de proportionaliteit niet uit het oog te verliezen. Voor wat betreft dat laatste: als een bedrijf of een goeddoelenfonds het tienvoudige doneert ten opzichte van een gemeentelijk subsidie, dan mag over de besteding van dat subsidie zeker verantwoording worden gevraagd, maar past bescheidenheid bij vragen over het gehele project.

e. Maakt het daarbij dan nog uit wat de rechtsvorm is van de contractpartner waar de overheid mee in zee gaat?

De overheid mag met iedereen contracteren en aan iedereen subsidies of vergunningen verlenen die daarom vraagt en er voor in aanmerking komt. De rechtsvorm van de contractspartij maakt daarvoor niet uit. Toch vragen veel gemeenten aan groepen burgers, die iets met of van de overheid willen, om zich te organiseren: wordt eerst maar eens een vereniging of een stichting. De achterliggende reden daarvoor is dat de overheid dan weet dat ze zaken doet met één partij, waarbinnen de onderlinge verhoudingen tussen de deelnemers al geregeld zijn en vastliggen. De gemeente hoeft dan niet met (bijvoorbeeld) twintig burgers afzonderlijk te contracteren en ze heeft een adresant voor de vergunning of het subsidie: op wiens naam en naar welke rekening over te maken? Deze handelwijze betreft dus geen voorschrift, maar een praktische aanpak – althans in de ogen van de betrokken overheid. Nog meer achterliggend: als het fout gaat, is er een organisatie om de schade op te verhalen. Dat het ook anders kan bewijzen o.a. het Texelfonds en vele (niet in dit onder-

zoek betrokken) wijk- en dorpscomité's, die kleine bedragen verdelen vanuit een van de echte overheid (doorgaans een gemeente) verkregen budget. Burgers hebben vaak niet de neiging om zich te organiseren, zeker niet als het om een relatief kleinere of vooral praktische voorgenomen activiteit gaat. Voor hen is dat immers vooral *gedoe* dat maar afleidt van wat ze inhoudelijk van plan zijn. Overheden zouden zich wellicht wat meer kunnen afvragen welk risico ze helemaal lopen in het geval dat er inderdaad iets fout gaat.

6.3 *Het toegezegde extraatje*

Wij hadden aangekondigd dat we enkele bevindingen zouden presenteren die niet direct volgen uit de vraagstelling van ons onderzoek, maar die er wel uit voortvloeien. Dat doen we in deze laatste paragraaf van ons rapport. Het gaat om vier punten.

a. Prevaleert publiekrecht of privaatrecht?

Publiekrecht is het recht waar de overheid zich aan heeft te houden en privaatrecht geldt voor iedereen; als de overheid zich wil voegen in dat *iedereen*, dan mag dat maar dan moet ze wat meer zorgvuldig zijn dan gewone mensen. Maar de vraag kan vervolgens ook zijn, of die specifiek voor de overheid ontworpen publiekrechtelijke aanpak ook effectiever is dan een privaatrechtelijke benadering. Het antwoord op die vraag luidt: daar hebben we geen aanwijzing voor gevonden. Een keuze voor publiek- of privaatrecht maakt voor het bereiken van maatschappelijke doelen niet uit; we hebben daarvoor geen enkele correlatie gevonden. ***Wat wel lijkt uit te maken is de wens van betrokkenen (ook binnen de overheidsorganisatie) om er iets van te maken, of althans niet in de weg te lopen of beren op die weg aan te wijzen.*** Het lijkt er bepaald op dat een enthousiaste overheid bijdraagt aan het slagen van maatschappelijke projecten en dat dit belangrijker is dan de keuze voor de juridische vormgeving. Ook als die keuze op het eerste juridische oog wellicht niet direct voor de hand zou liggen.

b. Een beetje lef ...

Wat daarbij kan helpen is het tonen van een beetje lef. ***Niet kijken waarom iets (wellicht) niet zou kunnen, maar hoe, onder welke condities, een initiatief wel gerealiseerd kan worden. Er kan vaak veel meer dan gedacht. Het enkele dat hebben we altijd zo gedaan of wat zou de toezichthouder er van vinden? is een slechte onderbouwing van een besluit om ergens niet aan mee te werken.*** In een aantal van de onderzochte projecten wordt van deelnemers – ook van hen, die vrij onderaan de sociale ladder staan – actieve deelname aan iets gevraagd. En zie, het werkt! Cohesie kan zitten in een gedeeld gevoel van eigenaarschap, of dat nu een zwembad betreft of een nachtopvang voor daklozen. Of in een gevoel van *er bij horen*, zoals in een buurthuis. En re-integreren via een maatschappelijk project in plaats van een verplichte werkstage bleek ook al te kunnen. Of niet aanbesteden van het beheer van een wijkcentrum, omdat je eerste doel niet dat wijkcentrum is, maar *het bieden van een eigen ruimte aan een specifieke groep*. Het nevendoeel 'beheer dan ook maar een wijkcentrum' behelst de activiteit, die het ruimte bieden aan die specifieke groep mogelijk moet maken. En maak dat dan ook duidelijk kenbaar.

c. *Maak ongelijkheid mogelijk*

Onze wetgeving is om veelal goede redenen hier en daar wel erg gedetailleerd geworden. Natuurlijk, vanwege de wens iedereen gelijke kansen te bieden, gelijke gevallen gelijk te behandelen, goede mogelijkheden te hebben en te houden om verantwoording in te bouwen. Alleen, soms lijkt er sprake van overkill en is de standaard set regels te zwaar. In de nachtopvang konden de Arbo-regels niet (meer) worden toegepast en was er soms geen gediplomeerde kracht aanwezig. Mensen bleken niettemin in staat het geheel draaiend te houden. ***Dit pleit er voor om niet alleen regelluwe zones te kunnen aanwijzen, maar ook regelluwe activiteiten. Daarvoor is wellicht nodig een regel er bij te creëren, waarin de mogelijkheid om van de standaardregulering af te wijken mogelijk wordt gemaakt.*** Maar wellicht is er al veel te bereiken met een set afspraken met toezichthouders, al dan niet onder voorwaarden. Per slot, als een gemeentebestuur een niet-legale situatie kan gedogen, waarom zou een toezichthouder dat dan niet kunnen of mogen?

d. *Creëer een laagdrempelige regeling voor conflictbeslechting*

Eerder in dit rapport wezen we er al op: als een activiteit wordt ondersteund vanuit een niet-bestuursorgaan is doorgaans geen bezwaar en zeker nooit beroep mogelijk: de Awb is immers niet van toepassing. In andere gevallen kan een samenwerkingsverband ontstaan zijn van waaruit mensen een beroep op hulp kunnen doen of anderszins van afhankelijk kunnen zijn. Daarbij kunnen zowel private als publieke partijen betrokken zijn waardoor het verkrijgen van resultaat van meerdere partijen afhankelijk kan zijn⁸⁰. Bij onenigheid daarover is het nu soms niet direct helder welke rechter bevoegd is (of welke rechters bevoegd zijn). Er wordt nu op verschillende fronten gezocht naar een oplossing voor dit vraagstuk. ***Ons inziens zou het de moeite waard zijn om daarbij de vraag te betrekken of het instituut vrederechter opnieuw in Nederland zou kunnen worden geïntroduceerd, een functionaris zoals we die in Nederland kenden tot 1838 en die als taak had, te proberen partijen tot een schikking te bewegen.*** Dus niet (direct) de Belgische variant, waarbinnen aan de vrederechter vrij veel bevoegdheden zijn opgedragen, maar een ombudsmanachtige functionaris met net iets meer bevoegdheden dan alleen bemiddelen of 'schandpalen'. Natuurlijk vergt deze gedachte nadere uitwerking. Maar als we ons in dit land in twee varianten een rijdende rechter kunnen veroorloven die vooral burenruzies beslecht, waarom dan geen volstrekt laagdrempelige voorziening die uitspraken doet over maatschappelijke vraagstukken?

⁸⁰ Zie daarover hoofdstuk 5.

Bijlage 1: Aangehaalde voorbeelden

Dit adviesrapport is geïllustreerd met voorbeelden van reële casuïstiek uit verschillende publicaties. Wij ontleenden de volgende voorbeelden aan:

Publiek-private samenwerking en hybride financiering, Organisatorische randvoorwaarden voor decentrale overheden:

- ✓ Het Lukt Ons! West-Friesland
- ✓ Stichting Ruimte, Eindhoven
- ✓ IJpegelfonds, Texel
- ✓ The Colour Kitchen, Utrecht
- ✓ Werkplaats Rotterdam Zuid
- ✓ WijkInvesteringsFonds, Rotterdam

De ondernemende burger, De woelige wereld van lokale initiatieven:

- ✓ De Lucas Community, Amsterdam
- ✓ Het Bruishuis, Arnhem
- ✓ De Dompelaar, Elsendorp
- ✓ De Gaveborg, Oostwold
- ✓ Zwembad De Groene Jager, Den Ham
- ✓ Zorgcoöperatie, Voorschoten
- ✓ Nachtopvang uit noodzaak, Nijmegen
- ✓ Circulair Buiksloterham, Amsterdam
- ✓ Wijkcentrum 't Middelpunt, Amersfoort
- ✓ Wijkcentrum Het Klokhuis, Amersfoort
- ✓ G1000 in Amersfoort in stad en wijk

Aan **Wil en Wet**, Over maatschappelijke initiatieven en regelgeving, hebben we geen specifieke voorbeelden, maar wel gedachten ontleend.

Bijlage 2: Geraadpleegde literatuur

- Asser/A.S. Hartkamp & C. Sieburg 6-IV, De verbintenis uit de wet, Deventer 2015
- Commissie voor de Ontwikkeling van Beleidsanalyse, Subsidie-onderzoek, Den Haag, 1976
- Damen, L. e.a., Bestuursrecht 1, Den Haag, 2013
- Gemerden, L.J. van, et al., Budgetfinanciering, een beleidsverkenning, Samenwerkingsverband bestuurswetenschappen Noorden des Lands, Groningen, 1987
- Groene Serie Vermogensrecht, Deventer, losbl.
- Ham, Marcel en Jelle van der Meer, De ondernemende burger, de woelige wereld van lokale initiatieven, Tijdschrift voor sociale vraagstukken, 2015
- Harmonisatieraad welzijnsbeleid, Sociaal en cultureel beleid en het recht, Den Haag, 1989
- Heij, P.R. en J. Hofland, Subsidiëren van prestaties, onderzoeksreeks Instituut voor overheidsuitgaven nr. 13, Den Haag, 1984
- Hellendoorn, H.H. et al., Sociaal overwogen aanbesteden, brochure in opdracht van het ministerie van VWS en de VNG, Den Haag
- Heukelom, Sandra van en Jurgen de Jong, Subsidiëren of inkopen? Handreiking voor ambtelijke professionals, ministerie van BZK/VNG, Den Haag, 2015.
- Hoekstra, Tj. (red.), Maatschappelijke ondernemingen, congresverslag, Kluwer, 2007
- Hovens, F.J.H., De civielrechtelijke gevolgen van de doorkruisingsformule voor overeenkomsten met de overheid, met name op ruimtelijk orderingsgebied, NTBR 2006, 49
- Jacobs, Rianne en Willemien den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', Netherlands Administrative Law Library, januari 2014, DOI:10.5553/NALL/.000017
- Knuit, F.J., Verleden, heden en toekomst van de Achterhaalde Wet Bijzondere Ziektekosten, masterscriptie, Heerlen 2010
- Könings, Melvin en Roelof Balk, Van subsidies naar durfkapitaal, Trendrapport Economie & Innovatie, Lysias, Amersfoort, 2011
- Manunza, Elisabetta, Wouter Lohman en Gerrieke Bouwman, Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden, ministerie van BZK, Den Haag, 2015
- Ministerie van Economische Zaken, Handleiding Wet markt en overheid; <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid>
- Ministers van Financiën en van Justitie, Subsidiebeleid, Tweede Kamer, 22 150, nr. 5
- Moerkamp, Jos, Wil en wet, ministerie van BZK, Den Haag, 2015

Ommeren, F.J. van, Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten, in: S.E. Zijlstra (red.), Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid, Deventer, 2012.

Ouden, W. den, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, 2^e druk, Kluwer, 2011

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek

Raad voor het openbaar bestuur, Burgers betrokken, betrokken burgers, Den Haag, 2004

Raad voor het openbaar bestuur, Primaat in de polder, Nieuwe verbindingen tussen politiek en samenleving, Den Haag, 2002

Raad voor maatschappelijke ontwikkeling, Aansprekend burgerschap, Den Haag, 2000

Reinders, A.J.G., Subsiëring van instellingen, Deventer, 1981

Scheltema, Michiel, Conflictoplossing in het sociaal domein: van gefragmenteerde naar integrale geschilbeslechting, discussiepaper voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht, Den Haag, 2015

Sluiter, Jan en Johan Vermeulen, Sturen op beleid en maatschappelijk ondernemen, Utrecht, 2003

Snijders, G., Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Monografieën BW nr. A26a)

Dunné, J.M. van, Verbintenissenrecht, deel 2, Algemeen deel verbintenissenrecht, Deventer, 2004

Verhoeven, J.P.M. en P.E.M Fransen, Ontwikkelingen met betrekking tot het subsidie-instrument, Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht 2015 nr. 6, artikel 93

Voogt, Peter W., De kleine coöperatie, Landelijk centrum opbouwwerk, Den Haag, 1998

Slouts *advies*



mr. W.E.H. Slouts advies, juridica & procesmanagement