

Notitie

voor Linde Kuyf (Provincie Utrecht)
van Jantine Muller, Sandra van Heukelom-Verhage en Jasper Kennis (Pels Rijcken)
datum 18 december 2018
inzake Advies aanbesteden of subsidiëren NPUH
zaaknr 11010394

1 Inleiding en vraagstelling

- 1.1 De Provincie Utrecht (hierna: de Provincie) overweegt om een samenwerkingsovereenkomst met een aantal gemeenten (Baarn, de Bilt, Leusden, Woudenberg, Utrechtse Heuvelrug, Zeist, Rhenen en Soest, hierna de gemeenten) aan te gaan teneinde de ambities van de Samenwerkingsagenda 2019-2020 voor het Nationaal Park Utrechtse Heuvelrug (hierna: NPUH) te realiseren. De samenwerkingsovereenkomst voorziet erin dat de gemeenten de Provincie een financiële bijdrage van € 400.000,- per jaar betalen ten behoeve van opdrachtverstrekking (door de Provincie) aan Stichting Nationaal Park Utrechtse Heuvelrug (hierna: de Stichting) ter uitvoering van de projecten genoemd in de Samenwerkingsagenda 2019-2020. De Provincie zal eveneens € 400.000,- per jaar bijdragen aan de projecten c.q. de dienstverlening van de Stichting. Het totale bedrag dat aan NPUH ter beschikking zal worden gesteld bedraagt derhalve € 800.000,-.
- 1.2 Blijkens de samenwerkingsagenda Nationaal Park Heuvelrug betreffen de door de Stichting uit te (laten) voeren projecten onder andere: het versterken, beheren en onderhouden van de natuur in het NPUH, het versterken van het "merk" NPUH (gebiedsmarketing, mede ten behoeve van de toeristisch-recreatieve sector), het vergroten van de beleving en de toegankelijkheid van NPUH (denk aan bezoekerscentra en het beheer en onderhoud van routes en paden), het uitoefenen van toezicht en handhaving in verband met toenemende recreatieve druk, het verkrijgen van inkomsten uit gebruikersbijdragen, openstellingsbijdragen, subsidies en vastgoedontwikkelingen en het werven van andere geldstromen/fondsen (o.a. door samenwerking met het bedrijfsleven).
- 1.3 De Provincies en de gemeenten overwegen – ter uitvoering van de samenwerkingsagenda - een dienstverleningsovereenkomst met NPUH te sluiten. Deze overeenkomst zal (naar verwachting) een looptijd hebben van twee jaar. Daarna

zal worden gezien of, en zo ja, in hoeverre de Stichting in staat is om financiering te verkrijgen vanuit de markt. De dienstverleningsovereenkomst kwalificeert in beginsel als een aan te besteden "overheidsopdracht" voor diensten. De vraag die thans voorligt, is ten behoeve van de opdrachtverstrekking aan de Stichting (ter waarde van € 1,6 miljoen gedurende de komende twee jaar) een beroep kan worden gedaan op de zogenoemde uitzondering van "quasi inbesteden". U verzocht deze veronderstelling juridisch te toetsen. Aan dat verzoek voldoen wij hierbij graag. Daarnaast verzocht u (aanvullend) te onderzoeken of de gelden op een andere wijze, bijvoorbeeld door subsidieverlening, rechtmatig aan de Stichting ter beschikking zouden kunnen worden gesteld.

2 Managementsamenvatting

Quasi inhouse?

- 2.1 De provincie en de gemeenten kunnen ten behoeve van de dienstverlening van NPUH op dit moment geen gebruik maken van de uitzondering van "quasi inbesteden". Zij oefenen immers geen toezicht op de Stichting uit als op een "eigen dienst". Om aan de vereisten van "quasi inbesteden" te voldoen dient het bestuur van de Stichting (op dit moment het enige besluitvormingsorgaan) volledig te worden samengesteld uit vertegenwoordigers van de gemeenten en de Provincie en/of andere deelnemende aanbestedende diensten (zoals Staatsbosbeheer). Dat vergt statutenwijziging aangezien het bestuur thans tevens bestaat uit bestuurders die op bindende voordracht van (private) organisaties (d.w.z. niet aanbestedende diensten) worden benoemd. Het recht om bestuurders te benoemen zal door middel van een statutenwijziging volledig bij de Provincie en de gemeenten moeten komen te liggen, zodat de Stichting een verlengstuk/uitvoeringsorganisatie van de Provincie en de gemeenten wordt waarvoor zowel politiek als bestuurlijk verantwoordelijkheid voor wordt gedragen.
- 2.2 Het is de vraag of dat wenselijk is, aangezien thans welbewust is gekozen voor een op afstand geplaatst samenwerkingsverband waarbinnen de Provincie en de gemeenten hun invloed niet of nauwelijks doen gelden (op dit moment worden geen instructies gegevens aan de bestuurder(s) die op voordracht van de Provincie en de gemeenten worden benoemd). Niet alleen zullen de Provincie en de gemeenten effectief toezicht op de Stichting moeten gaan uitoefenen, de Stichting zal zich tevens moeten toeleggen op de belangen/doelstellingen van de Provincie en de gemeenten. Thans behartigt de Stichting ook de belangen van de deelnemende private "partners", zoals recreatieondernemers en private terreineigenaren. De statutaire doelstellingen van de Stichting zullen in dit opzicht moeten worden aangescherpt. Ten slotte zullen de werkzaamheden die de Stichting in opdracht van "de markt" verricht moeten worden beperkt. Met haar marktwerkzaamheden mag de Stichting maximaal 20% van haar inkomsten behalen. Dit vereiste maakt dat de Stichting afhankelijk zal moeten blijven van opdrachtverstrekking c.q. financiering van de Provincie en de gemeenten, terwijl

dat (naar wij begrijpen) juist niet uw bedoeling is. Al met al betwijfelen wij dan ook of de keus voor de "quasi inhouse" uitzondering (waarvoor hoe dan ook een statutenwijziging is vereist) een gelukkige is.

Uitsluitend recht?

- 2.3 De figuur van het uitsluitend recht – op basis waarvan zonder voorafgaande aanbesteding dienstenopdrachten bij de Stichting kunnen worden weggezet - lijkt als zodanig evenmin een bruikbaar alternatief. Ten eerste moet de Stichting daarvoor blijven kwalificeren als "aanbestedende dienst". Dat betekent dat (blijvend) aan één van de zogenoemde afhankelijkheidscriteria (a t/m c, zie paragraaf 4.2) moet voldoen. Indien de Stichting in de toekomst niet voor meer dan 50% wordt gefinancierd (criterium a), zullen de Provincie en/of de gemeenten hun invloed moeten blijven uitoefenen in het bestuur van de Stichting of in een toezichthoudend orgaan van de Stichting (zoals een Raad van Toezicht, criterium c) of het beheer van de Stichting aan hun toezicht moeten onderwerpen (criterium b).
- 2.4 Ten tweede zal ook bij het toekennen van een uitsluitend recht - uit oogpunt van risicomijding - geen sprake kunnen zijn van particuliere invloed binnen de Stichting om te voorkomen dat particulieren door het toekennen van het uitsluitend recht worden bevoordeeld.
- 2.5 Ten derde is voor het toekennen van een uitsluitend recht een rechtvaardiging vereist die waarschijnlijk niet (of slechts voor een klein gedeelte van de werkzaamheden) zal kunnen worden gevonden.

"Zuivere" subsidie?

- 2.6 Aangezien het de wens van de Provincie en de gemeenten is om de Stichting meer op afstand te houden en de geldelijke bijdragen (vooralsnog) een tijdelijk karakter zullen hebben, zou kunnen worden onderzocht of het mogelijk is om de gelden aan de Stichting te verstrekken in de vorm van een "zuivere" (project)subsidie. "Zuivere" subsidies zijn niet aanbestedingsplichtig aangezien deze de subsidieontvanger niet verplichten om werkzaamheden daadwerkelijk uit te voeren. Deze variant houdt derhalve in dat de Provincie en de gemeente van hun opdrachtgeversrol afstappen en het aan de Stichting overlaten om de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verleend (al dan niet) uit te voeren.
- 2.7 Wij tekenen bij deze variant aan dat de vormgeving van de rechtsverhouding met de Stichting uiteraard niet tot doel mag hebben het aanbestedingsrecht te omzeilen, maar moet aansluiten bij de daadwerkelijke wens van partijen. Daarnaast tekenen wij aan dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 11 juli 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft bepaald dat het leerstuk over schaarse publieke rechten ook van toepassing is bij de verdeling van subsidies. In de uitspraak heeft de Afdeling aangenomen dat een subsidie schaars is, als er naar verwachting meer

gegadigden zullen zijn dan dat er subsidie beschikbaar is. In dat geval geldt het gelijkheidsbeginsel, dat ertoe strekt potentiële subsidiegegadigden gelijke kansen te bieden. Om dat te bereiken, zal de subsidie op een transparante, op concurrentie gerichte wijze moeten worden verstrekt. Dat uitgangpunt leidt uitzondering indien sprake is van uniciteit, in die zin, dat vaststaat dat een bepaalde activiteit alleen kan worden verricht door één bepaalde ondernemer of als op grond van de omstandigheden van het geval bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag aan de subsidievoorwaarden kan voldoen. Alvorens voor de subsidievariant wordt gekozen verdient het derhalve aanbeveling om te onderzoeken of er (in potentie) meer gegadigden zouden kunnen zijn voor de aan de Stichting te verlenen subsidie.

Subsidie?

- 2.8 Een belangrijke indicator om vast te stellen of sprake is van een subsidie is of sprake is van een marktconforme prijs voor de te leveren diensten. Als het bestuursorgaan een marktconforme prijs betaalt (kostprijs met winstopslag), is vaak geen sprake van een subsidie. Als slechts een deel van de kosten wordt voldaan, is veelal sprake van een subsidie. U heeft ons laten weten dat de betalingen (van de Provincie en gemeenten tezamen) aan de Stichting naar verwachting slechts kostendekkend zullen zijn. Hier kan dus goed worden volgehouden dat sprake is van een subsidie. Als de gemeenten de gelden direct aan de Stichting verstrekken (dus zonder tussenkomst van de provincie) is ook in de relatie tussen de gemeenten en de Stichting sprake van subsidie (door de Provincie ook wel aangeduid als 'co-financiering'). Als de gemeenten de gelden niet direct – maar via de Provincie – aan de Stichting verstrekken, kan vooraf niet met zekerheid worden vastgesteld of deze bijdrage als subsidie kan worden aangemerkt.
- 2.9 Als partijen subsidie willen gaan verstrekken is een wettelijk voorschrift nodig (zowel bij de gemeenten als bij de provincie) op grond waarvan de subsidie wordt verstrekt, tenzij wordt gekozen voor een incidentele of begrotingssubsidie. Gegeven uw intentie om de subsidie slechts gedurende twee jaar te verstrekken zou kunnen worden gekozen voor een incidentele subsidie.
- 2.10 Hierdoor hoeft niet aan het vereiste van een wettelijk voorschrift te worden voldaan.

Gevolgen subsidieverlening voor governance en statuten

- 2.11 Het verstrekken van subsidie brengt in dit geval wel een andere complicatie met zich. Die heeft te maken met het feit dat een deel van het bestuur van de Stichting wordt benoemd door de gemeenten en de provincie tezamen. Indien dit in de praktijk betekent dat het bestuur wordt gevormd door bestuurders afkomstig van de gemeenten en provincie, vervullen de gemeenten en de provincie als het ware twee rollen, namelijk zowel subsidieverstrekker als aanvrager (ook wel de 'dubbele petten' problematiek genoemd). Dit is een governance vraagstuk, waar bestuursorganen vaak zelf beleid voor hebben ontwikkeld. Indien het mogelijk is om bestuurders van de

gemeenten en de provincie in de Stichting te benoemen – hetgeen in ieder geval ten aanzien van de provincie zo lijkt te zijn (zie 'Nota verbonden partijen') – dan dient te worden voorkomen dat de bestuurders in de vergaderingen op gemeentelijk en provinciaal niveau deelnemen aan de besluitvorming en stemmingen over de financieringsrelatie(s) met de Stichting. Voor de (aanpassing van de) governance en statuten van Stichting dient met het hier geschetste "dubbele petten" probleem rekening te worden gehouden. Dit zou er in de bestuurspraktijk mogelijk toe kunnen leiden dat de gemeenten en provincie niet langer invloed blijven uitoefenen in het bestuur, waardoor het probleem eenvoudig kan worden voorkomen.

- 2.12 Terugtrekken uit het bestuur verdient niet alleen vanuit de subsidierechtelijke invalshoek maar ook vanuit het aanbestedingsrechtelijke perspectief de voorkeur. Indien de Provincie en de gemeenten invloed blijven uitoefenen binnen het bestuur van de Stichting zou immers de indruk kunnen rijzen dat zij hun opdrachtgeversrol intern (d.w.z. binnen de geledingen van de Stichting) toch blijven uitoefenen. De keus voor een niet aanbestedingsplichtige "zuivere" subsidie zonder uitvoeringsplicht zou in dat geval als oneigenlijk kunnen worden beschouwd c.q. kunnen worden gezien als middel om de aanbestedingsplicht te omzeilen.

Twee sporen beleid?

- 2.13 U stelde nog de vraag of een (niet aanbestedingsplichtige) "zuivere" subsidie zou kunnen worden gecombineerd met een uitsluitend recht voor specifieke werkzaamheden die door de Stichting in opdracht van de Provincie en/of de gemeenten zullen worden verricht (zoals de instandhouding van een educatief centrum).
- 2.14 Zoals in dit advies is toegelicht, zullen aan het verlenen van een uitsluitend recht – in verband met het "gemengde" karakter van de Stichting en de noodzaak om het uitsluitend recht te rechtvaardigen - altijd juridische risico's zijn verbonden (zie in dit verband paragrafen 2.4 en 2.5 en 4.4. t/m 4.9 van dit advies). Afgezien daarvan zal de Stichting bij de keus voor een uitsluitend recht moeten blijven kwalificeren als "aanbestedende dienst". Dat betekent dat zeker moet worden gesteld dat de Stichting (blijvend) aan één van de zogenoemde afhankelijkheidscriteria (a t/m c, zie paragraaf 4.2) voldoet. Hoewel thans wordt voldaan aan criterium a (meer dan 50% financieren) kan er niet vanuit worden gegaan dat blijvend aan dit criterium zal worden voldaan. Wij begrepen immers dat niet zeker is of, en zo ja, voor hoeveel procent de Stichting op de langere termijn door de Provincie en/of de gemeenten zal worden gefinancierd. Dat betekent dat de Provincie en/of de gemeenten hun invloed op de Stichting zullen moeten blijven verzekeren in het bestuur van de Stichting, een in te stellen Raad van Toezicht of een leidinggevend orgaan (criterium c) óf er voor moeten kiezen om hun invloed te verzekeren door toezicht uit te oefenen op het beheer van de Stichting (criterium b).

- 2.15 Daarmee ontstaat een spanningsveld in relatie tot de keus om tevens een (niet aanbestedingsplichtige) "zuivere" subsidie aan de Stichting te verlenen. Wij signaleren in dit advies immers op dat het – ter vermijding van "pettenproblematiek" en aanbestedingsrechtelijke discussies – de voorkeur verdient om een "terugtrekkende" beweging binnen de Stichting te maken (zie in dit verband onze opmerkingen onder paragraaf 2.11 en 2.12).

Voor de goede orde merken wij op dat het, ook om aan afhankelijkheids criterium b te voldoen (toezicht op het beheer) van belang is dat niet alleen repressief toezicht wordt uitgeoefend op het beheer van de Stichting, maar tevens een vorm van actief beheer. Op grond van jurisprudentie van het HvJ EU wordt pas aan het criterium "toezicht op het beheer" voldaan, indien het toezicht op de instelling een afhankelijkheid jegens de overheid schept, die zodanig is dat de overheid de besluiten van de betrokken instelling op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.

Zie HvJ 1 februari 2001, zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, rov. 48-49: "Aangaande de derde voorwaarde om als een publiekrechtelijke instelling te worden aangemerkt, moet worden onderzocht, of de verschillende vormen van toezicht waaraan de HLM-vennootschappen zijn onderworpen, tot gevolg hebben dat die vennootschappen afhankelijk zijn van de overheid, zodat deze hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden."

Daarnaast heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat van toezicht op het beheer geen sprake is indien het gaat om een loutere controle achteraf en dat toezicht op het beheer tot een gelijkwaardige afhankelijkheid van de overheid moet leiden als criterium a en c.

Zie HvJ EU 27 februari 2003, zaak C-373/00 (Truley), rov. 70 e.v.: "Meer in het bijzonder in verband met het toezicht op het beheer, heeft het Hof geoordeeld dat dit toezicht een afhankelijkheid van de betrokken instelling jegens de overheid moet scheppen die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan, te weten dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen, de directie of de raad van toezicht aanwijst, zodat de overheid de besluiten van de betrokken instelling ter zake van overheidsopdrachten kan beïnvloeden."

- 2.16 Bij een twee sporen beleid zal binnen dit spanningsveld (op termijn) mogelijk een risicoafweging moeten worden gemaakt: een "lichte(re)" governance waarbij het risico wordt gelopen dat deze niet sterk genoeg is om de Stichting afhankelijk te maken van de overheid (de Provincie en/of de gemeenten) of een wat "zwaardere" governance waarbij het risico wordt gelopen op pettenproblematiek en/of aanbestedingsrechtelijke discussies.

3 De uitzondering van "quasi inbesteden"

- 3.1 Zowel de gemeenten als de Provincies zijn "aanbestedende dienst" in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Een aanbestedende dienst mag zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure gebruik maken van de diensten van eigen bedrijfsonderdelen, dat wil zeggen van onderdelen die binnen dezelfde rechtspersoon als de aanbestedende dienst vallen. Dit wordt ook wel inbesteden genoemd. Zodra een aanbestedende dienst echter gebruik maakt van diensten van een andere rechtspersoon, zoals de Stichting, komt het aanbestedingsrecht in beeld.
- 3.2 In uitgangspunt moeten overheidsopdrachten aan andere rechtspersonen worden aanbesteed (ook indien deze rechtspersonen zelf eveneens als "aanbestedende dienst" kwalificeren). Dit leidt echter uitzondering als deze andere rechtspersoon feitelijk is te beschouwen is als een – op afstand geplaatste - eigen dienst van de aanbestedende dienst. Er is in dat geval in juridische zin weliswaar sprake van een andere entiteit (een andere rechtspersoon), maar de relatie tussen de aanbestedende dienst en deze rechtspersoon is zo vormgegeven dat deze laatste min of meer functioneert als een eigen dienst van de aanbestedende dienst (een "gecontroleerde" rechtspersoon). In dat geval is sprake van de quasi-inbesteden ofwel van de "quasi-inhouse" uitzondering. Het is ook mogelijk van deze uitzondering gebruik te maken als de andere rechtspersoon kan worden aangemerkt als een (gemeenschappelijke) eigen dienst van meerdere aanbestedende diensten.
- 3.3 In artikel 2.24a lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 zijn de (cumulatieve) voorwaarden voor het gunnen van opdrachten aan een (op afstand geplaatste) "eigen dienst" (een "gecontroleerde rechtspersoon") als volgt geformuleerd:
- 1) de aanbestedende dienst dient op de gecontroleerde rechtspersoon toezicht uit te oefenen zoals op zijn eigen diensten; van toezicht zoals op zijn eigen diensten is sprake: indien de aanbestedende dienst zowel op de strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent (artikel 2.24a lid 3);
 - 2) meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon moet worden uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen en
 - 3) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon).

3.4 Indien sprake is van een gemeenschappelijke "eigen dienst", dat wil zeggen: een dienst waarop toezicht wordt gehouden door meerdere aanbestedende diensten, geldt op grond van artikel 2.24b lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 het vereiste dat de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op de rechtspersoon toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten. Van gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten is sprake als:

- de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten (waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen (artikel 2.24b lid 2 onder a));
- de deelnemende aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon (artikel 2.24b lid 2 onder b), en
- de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten (artikel 2.24b lid 2 onder c).

3.5 Verder gelden bij gemeenschappelijk toezicht mutatis mutandis de hierboven onder 2 en 3 genoemde vereisten (artikel 2.24b lid 1 onder a en b).

Gemeenschappelijk toezicht als op een eigen dienst?

3.6 De Stichting kent thans slechts één besluitvormingsorgaan, te weten een bestuur. Het bestuur bestaat op grond van artikel 3 van de statuten tenminste uit drie en maximaal uit vijf personen (thans: vijf). Meer dan de helft van het aantal bestuurders (thans drie) wordt volgens de statuten benoemd door de gemeenten Baarn, de Bilt, Leusden, Woudenberg, Utrechtse Heuvelrug, Zeist, Rhenen, Soest en de provincie Utrecht te samen. De overige bestuurders (thans twee) worden benoemd op basis van een gezamenlijke bindende voordracht van de volgende private en publieke organisaties: Stichting Natuur- en milieufederatie Utrecht, Stichting het Utrechts Landschap, Staatsbosbeheer, Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten in Nederland, Gebiedscoöperatie O-gen, Stichting Instituut voor Natuur en Milieueducatie, de Vereniging van Recreatieondernemers in Nederland, Stichting Q4 en de Vereniging Utrechts Particulier Grondbezit.

3.7 Op zichzelf zijn de gemeenten en de Provincie over de band van hun statutaire benoemings- en ontslagrecht in staat om gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de Stichting. De gemeenten en de Provincie benoemen immers de meerderheid van de bestuursleden (artikel 3 lid 1 sub a) en kunnen deze ook ontslaan (artikel 3 lid 3 aanhef en onder f). Op grond van artikel 11 heeft ieder bestuurslid bij de

besluitvorming één stem. Daarnaast kan het bestuur slechts rechtsgeldige besluiten nemen in een vergadering waarin tenminste de helft van het aantal bestuursleden aanwezig is met dien verstande dat tenminste de helft van die meerderheid moet worden gevormd door de bestuurders die zijn benoemd door de Provincie en de gemeenten (artikel 8 lid 2 en 3). Ten slotte behoeven statutenwijzigingen, ontbindingsbesluiten (e.d.) de goedkeuring van de deelnemende gemeenten en de Provincie (artikel 17 lid 1).

- 3.8 Van belang is echter wel dat de gemeenten en de Provincie over de band van hun statutaire benoemings- en ontslagrecht ook feitelijk effectief toezicht op de Stichting uitoefenen. Naar wij begrijpen, vindt thans (welbewust) geen enkele vorm van instructie door de gemeenten en de Provincie of ruggespraak met de gemeenten en de Provincie plaats, mede nu de bestuurders niet afkomstig zijn uit de Provinciale of gemeentelijke organisaties.¹
- 3.9 Als gekozen wordt voor een "quasi inhouse" constructie, dan adviseren wij om een instructie op te stellen tussen de gemeenten en de Provincie enerzijds en de vertegenwoordigers/bestuursleden anderzijds. Deze instructie dient de gemeenten en de Provincie in staat te stellen om op specifieke terreinen invloed op de besluitvorming uit te oefenen te geven c.q. bij te sturen (bijvoorbeeld: periodieke verantwoording, overleg, het voorleggen van strategische plannen, et cetera). Desgewenst geven wij graag een voorzet voor een dergelijke instructie. Om de effectieve invloed van de deelnemende gemeenten en de Provincie verder te verzekeren adviseren wij tevens om te kiezen voor benoemingsrechten c.q. vertegenwoordiging van slechts enkele gemeenten per bestuurslid en een separaat benoemingsrecht voor de Provincie. Thans is sprake van één gemeenschappelijke voordracht van alle deelnemende gemeenten en de Provincie waardoor de effectiviteit van de invloed voor de individuele toezichthoudende aanbestedende diensten minder goed kan worden verzekerd (het zal in de praktijk lastig zijn voor één vertegenwoordiger om de instructies van alle organisaties op te volgen; deze kunnen uiteenlopen).
- 3.10 Aan een rechtsgeldig beroep op de "quasi inhouse" uitzondering staat voorts in de weg dat het bestuur (het enige besluitvormingsorgaan) van de Stichting niet volledig is samengesteld uit vertegenwoordigers van de – aan de Stichting - deelnemende aanbestedende diensten, zoals artikel 2.24b lid 2 onder a vereist. Het bestuur bestaat immers ook uit vertegenwoordigers van andere (private) organisaties dan deelnemende aanbestedende diensten. Diverse private organisaties die niet kunnen worden aangemerkt als "aangebestedende dienst" hebben het recht mee te beslissen over de bindende voordracht met betrekking tot de benoeming van één of twee bestuurders (thans twee). Dat zou door middel van een statutenwijziging moeten worden aangepast. Andere aanbestedende diensten, waaronder in ieder geval Staatsbosbeheer, kunnen wel vertegenwoordigd blijven in de Stichting. Dit zou deze

¹ In het kader van de statutenwijziging van 28 mei 2018 zijn de bestuurders van de rechtsvoorganger van de Stichting – "Stichting Beheer heel de Heuvelrug" op één bestuurder na herbenoemd.

aanbestedende diensten, evenals de gemeenten en de Provincie, de mogelijkheid kunnen geven gebruik te maken van de "quasi inhouse" uitzondering.

- 3.11 Ten slotte adviseren wij in de statuten te verankeren dat de Stichting geen belangen mag nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. De Stichting behartigt blijkens haar doelstellingen niet alleen de belangen van de deelnemende aanbestedende diensten, maar ook de belangen van de deelnemende private "partners", zoals recreatieondernemers en private terreineigenaren. De Stichting streeft haar doelen onder andere na door actief de samenwerking met (grote)re ondernemingen te zoeken die belang hebben bij de verdere ontwikkeling van Nationaal Park Utrechtse Heuvelrug zodat sprake zal zijn van een bredere economische basis. Ook met het behartigen van deze doelstellingen zal de Stichting zich moeten blijven richten naar het belang van de controlerende aanbestedende diensten. Indien de belangen van de controlerende aanbestedende diensten bepaalde activiteiten niet toelaten zullen deze moeten worden gestaakt.

De 80% norm (ook wel: merendeelcriterium)

- 3.12 Meer dan 80% van de activiteiten van de Stichting moet de uitvoering behelzen van taken die door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen zijn toegewezen. Blijkens de Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.24a lid 4 en 5) wordt dit percentage bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet van de rechtspersoon (de Stichting), of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de rechtspersoon of de controlerende aanbestedende diensten zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht. Bij een nieuw opgerichte rechtspersoon kan worden gewerkt met bedrijfsprognoses. Het is van belang dat 80% van de omzet bestaat uit de uitvoering van opdrachten die door de controlerende aanbestedende dienst(en) zijn gegund, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert.

- 3.13 Nu wij geen zicht hebben op de huidige en (toekomstige) opdrachtenportefeuille, uitgaven en inkomsten van de Stichting, valt niet na te gaan of thans aan het merendeelcriterium wordt voldaan. Het voldoen aan het merendeelcriterium blijft ook in de toekomst een belangrijk aandachtspunt, te meer nu de Stichting tevens diensten wenst te verrichten voor private (markt)partijen en de bijdragen van de publieke partijen om die reden mogelijk worden verlaagd. De werkzaamheden voor de markt zullen hoe dan ook moeten worden beperkt.

Is sprake van deelname van privaat kapitaal in de Stichting?

- 3.14 De ratio van het vereiste van het verbod op (directe) deelname van privaat kapitaal is dat private (marktgerichte) belangen geen invloed mogen hebben op de besluitvorming van de entiteit. Aangezien het niet mogelijk is om kapitaal in een

Stichting te houden is - in strikte zin – aan dit vereiste voldaan. Echter, de invloed van particuliere organisaties op entiteiten wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie gelijkgeschakeld met de (verboden) particuliere deelname in het kapitaal van een onderneming.² Deze particulieren kunnen zich laten leiden door overwegingen die verband houden met hun eigen particuliere belangen. Hoewel ook de particuliere deelnemers doelen zullen nastreven die in het algemeen belang zijn en/of als zeer waardevol moeten worden beschouwd, worden deze particuliere belangen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie toch van een andere aard beschouwd dan de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd door bij een entiteit betrokken aanbestedende diensten (organisaties uit de publieke sector). Iedere vorm van particuliere invloed staat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie dan ook aan de kwalificatie als "eigen dienst" in de weg. Dat betekent dat deze invloed ook niet kan worden uitgeoefend in een ander besluitvormingsorgaan dan het bestuur, zoals een (eventueel) binnen de Stichting in te stellen Raad van Toezicht.

- 3.15 Wij adviseren dan ook om de invloed van particuliere stakeholders op de Stichting zo veel mogelijk te beperken en geen bijzondere rechten toe te kennen aan donateurs en/of andere bij de Stichting betrokken particuliere partijen.

4 Alternatieven?

Uitsluitend recht?

- 4.1 Mocht het wenselijk zijn de Stichting toch een meer zelfstandige c.q. eigen rol te laten (blijven) vervullen (d.w.z. zonder toezicht als op een "eigen dienst"), zou mogelijk kunnen worden gekozen voor het vestigen van een uitsluitend recht. Op basis van het uitsluitend recht (neergelegd in artikel 2.24, aanhef en onder a van de Aanbestedingswet) kunnen dienstenopdrachten aan een andere aanbestedende dienst of samenwerkingsverband van aanbestedende diensten worden vergeven zonder voorafgaande aanbesteding.
- 4.2 Om te kwalificeren als "aanbestedende dienst" ("publiekrechtelijke instelling") dient de Stichting (i) specifiek ten doel te hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Daarnaast (ii) dient sprake te zijn van een sterke afhankelijkheid van de overheid doordat aan een van de volgende drie (afhankelijkheids)criteria wordt voldaan:
1. de activiteiten worden in hoofdzaak (d.w.z. voor meer dan de helft) door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling gefinancierd, of
 2. het beheer is onderworpen aan toezicht door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of

² Such arrest van 19 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:2004

3. de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan wordt voor meer dan de helft aangewezen door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling.
- 4.3 Wij veronderstellen dat de Stichting op dit moment - vanwege haar doelstellingen die niet overwegend commercieel en/of industrieel lijken te zijn en vanwege het recht van de Provincie en de gemeenten om de meerderheid van het bestuur te benoemen - kwalificeert als aanbestedende dienst ("publiekrechtelijke instelling), ondanks de particuliere invloed die binnen de Stichting wordt uitgeoefend.
- 4.4 Toekenning van het uitsluitend recht brengt evenwel een navenante afsluiting van de markt met zich en een daaruit voortvloeiende beperking van het vrije dienstenverkeer (artikel 56 VWEU). Indien een aanbestedende dienst een uitsluitend recht geniet kunnen als gevolg daarvan immers dienstenopdrachten bij een andere aanbestedende dienst worden geplaatst die de toepasselijke Europese drempelwaarde(n) voor dienstenopdrachten overschrijden en derhalve vanwege hun geraamde waarde een (door de Europese wetgever verondersteld) grensoverschrijdend belang vertonen. Deze dienstenopdrachten zouden normaal gesproken op grond van Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 Europees moeten worden aanbesteed. Artikel 2.24, aanhef en onder a vereist om die reden dan ook dat het uitsluitend recht verenigbaar is met het VWEU.
- 4.5 Dat betekent dat de beperking van het dienstverkeer moet kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is het ook mogelijk om een belemmering van het vrije dienstenverkeer te rechtvaardigen op grond van een dwingende reden van algemeen belang (de "rule of reason"). Deze belangen c.q. dwingende redenen moeten wel geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mogen niet verder gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Deze "rechtvaardigingstoets" is een strenge toets.
- 4.6 De Provincie en de gemeenten zullen moeten kunnen onderbouwen dat de maatregel (het vestigen van uitsluitend recht ten behoeve van de Stichting) niet alleen geschikt maar ook noodzakelijk is om een dwingend algemeen belang te kunnen waarborgen (een minder vergaande beperking is niet mogelijk).
- 4.7 Het is de vraag of deze onderbouwing/rechtvaardiging kan worden gevonden (dat zal per soort dienst moeten worden onderzocht), waardoor aan het vestigen van een uitsluitend recht de nodige juridische risico's zijn verbonden.

Onderzocht zou nog wel kunnen worden of bepaalde diensten (zoals bijvoorbeeld: het in stand houden van een educatief centrum) kunnen worden beschouwd als een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB), hetgeen een zelfstandige rechtvaardiging zou kunnen opleveren om een

uitsluitend recht te vestigen. Uiteraard zal dan wel moeten kunnen worden aangetoond dat daadwerkelijk sprake is van een DAEB. Het dient bij een DAEB te gaan om activiteiten ten aanzien waarvan de overheid meent dat die onvoldoende of niet onder de gewenste voorwaarden worden ontplooid door marktpartijen, zodat sprake is van marktfalen. Die (gewenste) voorwaarden dienen dan uiteraard wel redelijk te zijn en niet onnodig bezwarend. Ook het marktfalen zal goed moeten kunnen worden onderbouwd. Ten slotte mag de DAEB (en dus: het uitsluitend recht) niet ruimer te zijn geformuleerd dan strikt noodzakelijk.

Indien op redelijke gronden een DAEB kan worden benoemd en afgebakend, zal de Stichting, indien zij kwalificeert als "aanbestedende dienst" in beginsel met de uitvoering van die DAEB kunnen worden belast (zie echter wel de kanttekening onder 4.8).

- 4.8 Daarnaast zou het toekennen van een uitsluitend recht aan een "aanbestedende dienst" *waarop particuliere invloed* wordt uitgeoefend kunnen neerkomen op een *ontoelaatbare bevoordeling* van particulieren. Hoewel op dit punt (nog) geen jurisprudentie voorhanden is, merkt de Europese Commissie in haar werkdocument met betrekking tot de publiek-publieke samenwerking het volgende op³:

"Indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten een dwingende reden van algemeen belang is, moet onder meer worden voldaan aan de voorwaarde dat de betrokken maatregelen niet-discriminerend moet zijn. Dit betekent in het algemeen dat geen enkele particuliere entiteit een voordeligere positie zou mogen krijgen dan haar concurrenten. Ingeval een exclusief recht zou worden verleend aan een aanbestedende dienst met gebruik van privékapitaal (hetgeen zich kan voordoen in het geval van een publiekrechtelijke instelling), kan men zich moeilijk inbeelden hoe aan dit beginsel kan worden voldaan zonder transparante procedure waardoor gelijke behandeling wordt gegarandeerd. Anderzijds zou dit in het licht van de geschiedenis en het doel van artikel 18 en van recente rechtspraak over vergelijkbare situaties misschien niet noodzakelijk zijn, indien de begunstigde van het exclusieve recht een overheidsinstantie is, zoals een aanbestedende dienst zonder privékapitaal."

- 4.9 Ook bij een uitsluitend recht zal ons advies dus zijn om – uit oogpunt van risicomijding – particuliere invloed in de vorm van zeggenschap binnen de Stichting (op welke wijze dan ook) te vermijden. Daarmee rijst de vraag of het uitsluitend recht wel voordelen biedt boven het gebruik van de "quasi inhouse" uitzondering, omdat bij een uitsluitend recht (als gezegd) ook de rechtvaardigingsvraag nog moet worden beantwoord. Een uitsluitend recht is vanwege de vereiste rechtvaardiging (en het gebrek aan relevante jurisprudentie) omgeven door meer juridische onzekerheid dan de "quasi inhouse" uitzondering.

³ SEC (2011) 1169

"Zuivere" subsidie als alternatief?

- 4.10 Zuivere subsidies, dat wil zeggen subsidies zonder direct of indirect afdwingbare uitvoeringsverplichtingen vallen niet onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. De subsidiegelden worden in dat geval immers niet gebruikt om een overheidsopdracht te plaatsen (een "overeenkomst onder bezwarende titel" te sluiten), maar louter om bepaalde, maatschappelijk gewenste activiteiten te "stimuleren". De enkele verplichting van de Stichting om subsidiegelden terug te betalen, indien de activiteiten niet worden uitgevoerd, is onvoldoende om te kunnen spreken van een "overheidsopdracht" (een "overeenkomst onder bezwarende titel").

Zie in dit verband overweging 4 van de considerans van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU):

"Bovendien valt het uitsluitend financieren met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels."

- 4.11 Zodra de subsidieontvanger (hier: de Stichting) echter door de subsidieverstrekker wordt verplicht om de activiteiten/diensten daadwerkelijk te verrichten en de uitvoering van die prestatieplicht in rechte kan worden afgedwongen (door middel van een zogenoemde uitvoerings- of afdwingovereenkomst), is sprake van het plaatsen van een "overheidsopdracht" en derhalve (mogelijk) van een aanbestedingsplicht.
- 4.12 Een en ander doet de vraag rijzen of in de relatie tussen de gemeenten en de Provincie sprake zou kunnen zijn van een subsidierelatie waarin de prestaties van de Stichting niet worden afgedwongen. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal in het tweede deel van het advies worden nagegaan of de geldstroom kan voldoen aan de kwalificatie "subsidie" en wat de gevolgen van die kwalificatie zijn, onder andere voor de governance van de Stichting.

5 Subsidie

Is sprake van een subsidie in de relatie tussen de Provincie en de Stichting?

- 5.1 Wanneer is nu sprake van een subsidieverstrekking? Het antwoord op deze vraag is te vinden in artikel 4:21, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Ingevolge deze bepaling wordt onder subsidie verstaan:

- de aanspraak op financiële middelen,
- door een bestuursorgaan verstrekt,
- met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager,

- anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten.

- 5.2 Het gaat hier om een materieel begrip. Dit betekent dat wanneer bij de verstrekking van financiële middelen door de overheid aan deze criteria is voldaan, sprake is van een subsidie en de subsidietitel (Titel 4.2) van de Awb van toepassing is. Dit geldt ook wanneer de verstrekking anders wordt aangeduid of genoemd.
- 5.3 In het onderhavige geval staat niet ter discussie dat sprake is van een aanspraak op financiële middelen. De Stichting ontvangt een financiële bijdrage van de Provincie van € 800.000 per jaar (zijnde de bijdragen van Provincie en gemeenten gezamenlijk) voor het uitvoeren van projecten genoemd in de Samenwerkingsagenda 2019-2020 (in totaal 1,6 miljoen gedurende de komende twee jaar). Verder kwalificeert de bijdrage pas als subsidie als deze door een bestuursorgaan wordt verstrekt. Hiertoe zijn, op grond van artikel 3 van de Algemene subsidieverordening provincie Utrecht, Gedeputeerde Staten aangewezen. Bij de gemeenten zal op dit grond van de Algemene Subsidieverordening veelal het college van burgemeester en wethouders zijn. Wil sprake zijn van subsidie dan moet de bijdrage dus niet door de Provincie zelf als publiekrechtelijke rechtspersoon, maar door Gedeputeerde Staten worden verstrekt. Daarnaast staat vast dat de financiële bijdrage wordt verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de Stichting. Deze activiteiten zijn omschreven in de Samenwerkingsagenda 2019-2020.
- 5.4 Het vierde en laatste criterium is in de Awb opgenomen om commerciële transacties met de overheid buiten het subsidiebegrip te houden. Wanneer het gaat om een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten, is geen sprake van een subsidie. Of sprake is van subsidieverlening of een commerciële transactie moet aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval worden vastgesteld.
- 5.5 Het grootste deel van de projecten dat is opgesomd en omschreven in de Samenwerkingsagenda 2019-2020 en die de Stichting dient uit te voeren (zie paragraaf 1.2), betreft op het eerste oog commerciële diensten. Wij noemen met name het versterken van het "merk" NPUH (gebiedsmarketing, mede ten behoeve van de toeristisch-recreatieve sector) en het vergroten van de beleving en de toegankelijkheid van NPUH. Dergelijke diensten kwalificeren in beginsel niet als een subsidie.
- 5.6 Een belangrijke indicator om vast te stellen of sprake is van een subsidie is evenwel of sprake is van een marktconforme prijs voor de te leveren diensten. Als het bestuursorgaan een marktconforme prijs betaalt (kostprijs met winstopslag), zal veelal geen sprake zijn van een subsidie. Als slechts een deel van de kosten wordt voldaan, zal veelal sprake zijn van een subsidie.

- 5.7 Of in het onderhavige geval een marktconforme prijs voor voornoemde diensten wordt betaald, kunnen wij op basis van de bij ons bekende gegevens niet beoordelen. Het voorgaande brengt met zich dat wij op voorhand niet kunnen vaststellen of de bijdrage van de Provincie aan de Stichting als subsidie moet worden gekwalificeerd. Als de Provincie de kans wil vergroten dat sprake is van een subsidie, zal moeten worden aangestuurd op het vergoeden van activiteiten op of onder kostprijsniveau. Hetzelfde geldt als het deel van de bijdrage dat nu via de Provincie loopt, rechtstreeks van de gemeenten naar de Stichting zou lopen. Ook dan moet immers worden beoordeeld of sprake is van een subsidie.

Intermezzo: verdeling van schaarse subsidies

- 5.8 Indien tot uitgangspunt wordt genomen dat sprake is van een subsidie, dan rijst vervolgens de vraag of de subsidie rechtstreeks aan de Stichting mag worden verstrekt, of dat daarvoor een transparante wijze van verdeling van de subsidie moet worden gevolgd. Dat raakt aan het leerstuk van de schaarse publieke rechten.
- 5.9 In de rechtspraak is tot uitgangspunt genomen dat sprake is van een schaarse subsidie, indien een subsidieplafond in de zin van artikel 4:21 van de Awb is vastgesteld en de vraag naar de subsidie groter is dan het bedrag waarop het subsidieplafond is vastgesteld. Van een subsidieplafond hoeft in casu geen sprake te zijn, zodat om die reden gesteld zou kunnen worden dat geen sprake is van een schaarse subsidie. In literatuur wordt evenwel tot uitgangspunt genomen dat de uitleg in de rechtspraak mogelijk te beperkt is, en dat iedere subsidie waarvoor in potentie meer gegadigden zullen zijn dan geld, een schaarse subsidie is.⁴
- 5.10 Niet ondenkbaar is dat er andere partijen zijn die geïnteresseerd zijn in het verrichten van de beoogde subsidiabele activiteiten (of onderdelen daarvan). In lijn met voornoemde literatuur, zou dat tot de conclusie leiden dat sprake is van een schaars recht, zodat alle geïnteresseerden gelijke kansen moeten worden geboden op het verkrijgen daarvan.
- 5.11 Zoals opgemerkt, is de in de literatuur geschetste lijn nog niet bevestigd in rechtspraak. Dat betekent dat bij de huidige stand van het recht tot uitgangspunt mag worden genomen dat geen sprake is van een schaarse subsidie. Wel tekenen wij daarbij aan dat dit in de toekomst mogelijk anders ligt. Bovendien ontstaat er als gevolg van deze opvatting mogelijk een procesrisico, inhoudende dat andere geïnteresseerden (eventuele concurrenten) mogelijk tegen deze opvatting zullen opkomen.

Vereiste van het wettelijk voorschrift

- 5.12 Als sprake zou zijn van een subsidie, hetgeen dus met name afhankelijk is van de te betalen vergoeding voor de activiteiten van de Stichting, dan gelden de eisen van de

⁴ Zie ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmman.

subsidietitel van de Awb – indien niet van de mogelijkheid van artikel 4:21, derde lid, van de Awb gebruik wordt gemaakt⁵. Dit betekent onder meer dat voor de verstrekking van de financiële bijdrage een wettelijk voorschrift is vereist (artikel 4:23, eerste lid, van de Awb). De bevoegdheid om een wettelijk voorschrift op te stellen kan subsidieverordening provincie Utrecht. Het wettelijk voorschrift is dan een door Gedeputeerde Staten vast te stellen uitvoeringsregeling. Als de gemeenten de bijdragen direct aan de Stichting verstrekken, zullen de gemeenten zelf ook een wettelijk voorschrift moeten vaststellen.

- 5.13 Voor een begrotingssubsidie of een incidentele subsidie geldt het vereiste van een wettelijke grondslag niet (artikel 4:23, derde lid, sub c en d, van de Awb). Dit houdt in dat het bestuursorgaan bij de verstrekking van deze soorten subsidies niet in een wettelijk voorschrift hoeft te voorzien. Van een begrotingssubsidie is sprake indien de begroting van het bestuursorgaan de subsidieontvanger en het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld, vermeldt. De vermelding op de begroting maakt publieke controle op de subsidie mogelijk, waardoor een wettelijke grondslag niet is vereist. Van een incidentele subsidie is sprake als een subsidie eenmalig, voor ten hoogste vier jaren, wordt verstrekt. Bij incidentele subsidies geldt een verslagverplichting voor het bestuursorgaan op grond van artikel 4:23, vierde lid, van de Awb. Aan de hoogte van het subsidiebedrag worden, evenals bij de begrotingssubsidie, geen grenzen gesteld.
- 5.14 Beide uitzonderingen op de verplichting van het wettelijk voorschrift zouden in het onderhavige geval kunnen worden toegepast.
- 5.15 Indien de financiële bijdrage een subsidie zou zijn, dan is op de financieringsrelatie tussen de Provincie (en/of de gemeenten) en de Stichting het bestuursrecht en niet het privaatrecht van toepassing. Dat zorgt er onder meer voor dat de bijdrage aan de Stichting lager kan worden vastgesteld door de Provincie als de Stichting de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend niet of niet geheel heeft uitgevoerd. De Stichting kan op haar beurt tegen deze beslissing bezwaar instellen bij Gedeputeerde Staten en in beroep gaan bij bestuursrechter. Als de gemeenten de bijdragen rechtstreeks aan de Stichting verstrekken, moeten de bezwaren bij de gemeenten als verstrekker van de subsidie worden ingesteld.
- 5.16 Subsidies moeten verder volgens de regels van Titel 4.2 van de Awb bij beschikking worden verstrekt. Een overeenkomst die strekt tot uitvoering van een subsidiebeschikking (een zogenaamde uitvoeringsovereenkomst) is toegestaan, zo volgt uit artikel 4:36 van de Awb. Een overeenkomst die geheel in plaats komt van een subsidiebeschikking is echter in strijd met Titel 4.2 van de Awb.

⁵ Zie hierover paragraaf 5.21 e.v.

5.17 Het verstrekken van een subsidie door de gemeenten en Provincie bergt nog een andere complicatie in zich. Die heeft te maken met het feit dat een deel van het bestuur van de Stichting wordt benoemd door de gemeenten en de provincie tezamen. Indien dit in de praktijk betekent dat het bestuur wordt gevormd door bestuurders afkomstig van de gemeenten en provincie, vervullen de gemeenten en de provincie als het ware twee rollen, namelijk zowel subsidieverstrekker als aanvrager (ook wel de 'dubbele petten' problematiek genoemd). Dit is een governance vraagstuk dat veelal door de betrokken bestuursorganen zelf is geregeld door middel van een deelnemingenbeleid. Ten aanzien van de provincie is dit neergelegd in de 'Nota verbonden partijen'. Hierin is opgenomen dat een gedeputeerde of andere vertegenwoordiger van de provincie kan deelnemen in een bestuur van een stichting. Indien het mogelijk is om bestuurders van de gemeenten en de Provincie in de Stichting te benoemen – hetgeen ten aanzien van de Provincie zo is – dan dient in ieder geval voorkomen te worden dat de bestuurders in de vergaderingen op gemeentelijk en provinciaal niveau deelnemen aan de besluitvorming en stemmingen over de financieringsrelatie met de Stichting. Dit moet duidelijk kunnen worden afgeleid uit de notulen van (college)vergaderingen.

Is sprake van een subsidie in de relatie tussen de Provincie en Gemeenten?

5.18 Een andere vraag is of de financieringsrelatie tussen de gemeenten en de Provincie – te weten de verstrekking van de € 400.000 ten behoeve van de activiteiten van de Stichting zoals in de Samenwerkingsagenda omschreven – als subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb zou moeten worden beschouwd. Het verstrekken van een geldelijke aanspraak vergt immers een juridische grondslag. De financiering tussen de gemeente en de Provincie is niet aan te merken als een betaling voor aan de gemeente te leveren goederen of commerciële diensten. De grondslag kan daarom niet worden gevonden in artikel 7:400 BW.

5.19 De wetgever heeft verder beoogd om met artikel 4:21, eerste lid, van de Awb een vangnet c.q. juridische grondslag te creëren voor alle betalingen die níet zijn aan te merken als aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten, voor zover zij voldoen aan de vereisten in artikel 4:21, eerste lid, van de Awb. Die betalingen zijn steeds als subsidie aan te merken. Kan derhalve niet worden vastgesteld dat sprake is van een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (een commerciële transactie), dan is in de optiek van de wetgever sprake van subsidie. Titel 4.2 van de Awb is derhalve in beginsel op de bijdrage van de gemeenten aan de Provincie van toepassing.

5.20 Dat leidt alleen uitzondering, als zich de situatie als bedoeld in artikel 4:21, derde lid, van de Awb voordoet. Hierin is bepaald dat de subsidietitel niet van toepassing is op de aanspraak op financiële middelen die wordt verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.

- 5.21 Ervan uitgaande dat de uitzondering van artikel 4:21, derde lid, van de Awb van toepassing is op onderhavige situatie⁶, dan geldt dat financiële aanspraken slechts worden uitgesloten van de subsidietitel, als deze worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend ziet op verstrekking van financiële middelen aan publiekrechtelijke rechtspersonen. Met dat wettelijke voorschrift wordt een regeling bedoeld van een orgaan dat zijn regelgevende bevoegdheid ontleent aan de Grondwet of een wet in formele zin. De gemeenten dienen derhalve, wanneer door de betrokken partijen voor deze uitzondering wordt gekozen, een regeling vast te stellen op grond waarvan de € 400.000 aan de Provincie wordt verstrekt.⁷
- 5.22 Teneinde een discussie over de toepassing van artikel 4:21, derde lid, van de Awb te voorkomen, kunnen de gemeenten er ook voor kiezen om de financiële bijdragen – in plaats van aan de Provincie – direct aan de Stichting te verstrekken. In dat geval is naar verwachting sprake van subsidie als de gemeenten de activiteiten op of onder kostprijsniveau financieren (vergelijkbaar met onze conclusie in paragraaf 4.7).
- Is sprake van een subsidie in de relatie tussen Stichting en derden?*
- 5.23 Tot slot rijst de vraag of de Stichting mogelijk zélf als bestuursorgaan kwalificeert als zij jegens derden handelt. Als dat zo is, kwalificeren de beslissingen van de Stichting om gelden aan derden te verstrekken mogelijk als (subsidie)besluiten, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Daarnaast kan bijvoorbeeld eenieder op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) een verzoek indienen om informatie over bestuurlijke aangelegenheden van de Stichting.
- 5.24 Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, Awb is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon 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.
- 5.25 voorzieningen aan derden verstrekken, kan zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoen, waardoor die organen toch bestuursorgaan 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.
- 5.26 Het eerste 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).

⁶ Op grond van de parlementaire geschiedenis en literatuur is hier wel discussie over mogelijk. Zie W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 22-23.

⁷ Over de vormgeving van een dergelijke constructie hebben wij de Provincie Utrecht in een ander verband al eens eerder geadviseerd. Zie de adviezen over de uitleg van artikel 4:21 lid 3 Awb en de aandachtspunten en risico's voor een bijdrageverordening.

- 5.27 Het tweede 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.
- 5.28 Verder geldt dat het bestuursorgaan 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.
- 5.29 Aan het eerste vereiste wordt in het onderhavige geval voldaan: de verstrekking van de financiële bijdragen door de Stichting worden in beginsel voor twee derden of meer gefinancierd door de Provincie en/of de gemeenten.
- 5.30 Aan het tweede vereiste wordt naar onze mening op dit moment niet voldaan. De (precieze) invulling van de inhoudelijke criteria aan de hand waarvan de gelden door de Stichting aan derden worden verstrekt, is – bij ons weten - niet overgelaten aan de Provincie en/of de gemeenten. Het is de privaatrechtelijke rechtspersoon van de Stichting die zelf bepaalt aan wie en op welke gronden de door de Stichting te verdelen gelden worden verstrekt. Dat wordt mogelijk anders, indien gehoor wordt gegeven aan onze adviezen teneinde de Stichting aan te kunnen duiden als “eigen dienst”.
- 5.31 Dit heeft tot gevolg dat de financiële bijdragen van de Stichting aan derden thans niet kwalificeren als subsidie. In geschillen over de door de Stichting te verdelen gelden tussen de Stichting en derden is het bestuursrecht daarom niet van toepassing. Deze partijen zullen zich tot de civiele rechter moeten wenden.
- 5.32 Indien de bestuursrechter – mogelijk op basis van de gewijzigde statuten van de Stichting – toch zou oordelen dat de Stichting een bestuursorgaan is, en de besluiten van de Stichting worden aangemerkt als subsidiebesluiten, dan doet zich het bijkomende probleem van het vaststellen van een wettelijk voorschrift voor. Privaatrechtelijke rechtspersonen als de Stichting hebben niet de bevoegdheid om een wettelijk voorschrift vast te stellen. In dat geval zou een wettelijke grondslag voor de verstrekking van de subsidie van een klassiek overheidsorgaan moeten komen, bijvoorbeeld door middel van een subsidieregeling die is vastgesteld door Gedeputeerde Staten. Dit verhoudt zich echter niet goed met de constructie waarbij de Provincie op afstand van de Stichting wordt geplaatst.⁸

⁸ Vgl. recent Rb. Oost-Brabant 30 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2592 en ABRvS (vzr.) 27 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2535. In deze zaak wordt op korte termijn een einduitspraak van de ABRvS verwacht.

- 5.33 Tot zover ons advies. Tot een nadere uitwerking of toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.