

Artikel

Subsidieovereenkomsten: op het *glijvlak* van privaatrecht en publiekrecht

G. van Hekesen-van Bruggen¹

1. Inleiding

Overheidsgeld wordt nogal eens door middel van subsidieverstrekking verdeeld. Subsidieverstrekking vindt over het algemeen plaats door het afgeven van een beschikking. Soms wordt ter uitvoering van de subsidiebeschikking een overeenkomst gesloten, een zogenoemde uitvoeringsovereenkomst. Daarnaast vindt subsidieverstrekking in bepaalde gevallen bij overeenkomst plaats. Zo'n overeenkomst wordt ook wel aangeduid als beschikkingsvervangende overeenkomst. Dit is op grond van de Algemene wet bestuursrecht (hierna Awb) in beginsel echter niet toegestaan en kan in de praktijk onvoorziene gevolgen hebben. Partijen zijn zich daar echter niet altijd van bewust. Veelal zal duidelijk zijn dat de subsidiegever een bestuursorgaan is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de subsidie wordt verstrekt door een gemeente, een provincie of een agentschap van een ministerie.² Ook komt het nogal eens voor dat subsidies door zelfstandig bestuursorganen worden verdeeld. Dit zijn vaak privaatrechtelijke rechtspersonen die (deels) zijn belast met de publieke taak van het verdelen van overheidsgeld door middel van subsidieverstrekking. Er zijn echter ook situaties waarin overheidsgeld wordt verdeeld zonder dat partijen zich realiseren dat de verstrekker van het geld, althans voor zover het de subsidieverstrekking betreft, wel eens een bestuursorgaan zou kunnen zijn. Subsidieverstrekking vindt in die gevallen bijna altijd plaats door middel van het aangaan van een overeenkomst tussen partijen. In dit artikel zal zowel worden ingegaan op de uitvoeringsovereenkomst als op de beschikkingsvervangende overeenkomst. Omdat van subsidieverstrekking pas sprake is wanneer dit gebeurt door een bestuursorgaan, zal ik allereerst beknopt

aangeven wanneer sprake is van een bestuursorgaan. Voor een goed begrip van de materie zal ik vervolgens ingaan op het subsidiebegrip in de Awb en zal ik kort aangeven wat voor soort regels van toepassing zijn in geval van de verstrekking van subsidies. Daarna wordt ingegaan op de verschillende soorten subsidieovereenkomsten: de uitvoeringsovereenkomst en de beschikkingsvervangende overeenkomst. Ten slotte zal ik aandacht besteden aan problemen die zich kunnen voordoen ten aanzien van de beschikkingsvervangende overeenkomst.

2. Bestuursorgaan

De Awb kent in artikel 1:1 lid 1 onder respectievelijk sub a en sub b twee soorten bestuursorganen: organen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (de zogenoemde 'a-organen') en andere personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed (de zogenoemde 'b-organen'). Voorbeelden van a-organen zijn gemeentes, provincies, waterschappen en andere organen die krachtens de wet zijn ingesteld. Voorbeelden van b-organen zijn rechtspersonen die niet tot de overheid worden gerekend, maar die wel met openbaar gezag zijn bekleed, omdat aan deze rechtspersonen een publieke taak is opgedragen. Zij zijn slechts voor dat publieke deel van hun werkzaamheden aan de bepalingen van de Awb onderworpen. Bij b-organen is overigens lang niet altijd sprake van een wettelijke grondslag voor de overdracht van bestuursbevoegdheden. Toch wordt ook in die gevallen soms uit de aard en/of de herkomst van de taak en de (in)directe zeggenschap van de overheid over de taakuitoefening afgeleid dat het om een publiekrechtelijke bevoegdheid moet gaan en dat de betrokken rechtspersoon dus een bestuursorgaan is.³ Een van de meest bekende voorbeelden van een b-orgaan is de Stichting Silicose oud-mijnwerkers. Deze

¹ Gerda van Hekesen-van Bruggen is als advocaat werkzaam bij van Doorne te Amsterdam.

² Voorbeelden hiervan zijn Senter, een agentschap van het ministerie van Economische Zaken, en Laser, een agentschap van het ministerie van LNV.

³ Zie P.J.J. van Buuren en T.C. Borman, Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht, p. 9 en 10.

stichting werd aangemerkt als bestuursorgaan, omdat de stichting op basis van haar reglement voor rekening van het rijk uitkeringen verstrekke. Een ander, meer recent voorbeeld uit de jurisprudentie betreft de Stichting Patiënten Fonds. De Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State oordeelde dat het bestuur van deze stichting een bestuursorgaan is. De Afdeling leidde dit af uit de nauwe betrokkenheid van de minister van VWS bij de uitvoering van de door het Fonds van hem overgenomen subsidiëringstaak op basis van de door hem goedgekeurde verdelingsgrondslag en subsidiecriteria.⁴ Ook achtte de Afdeling van belang dat de bekostiging van de financiële ondersteuning door deze stichting in overwegende mate uit de algemene middelen plaatsvindt. Het belang van deze jurisprudentie is dat de overheid, door het op afstand zetten van overheidstaken, zich niet kan onttrekken aan de rechtsmacht van de bestuursrechter. Naast voorgenoemde criteria wordt in de jurisprudentie in bepaalde gevallen ook wel aangenomen dat sprake is van een bestuursorgaan, omdat het wenselijk wordt geacht dat tegen de beslissingen van een rechtspersoon beroep op de bestuursrechter openstaat.

3. Subsidies en de Algemene wet bestuursrecht

In de Awb wordt een aparte titel, titel 4.2, gewijd aan subsidies. In artikel 4:21 lid 1 Awb wordt subsidie gedefinieerd als '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 of diensten'. Belastingfaciliteiten en uitkeringen aan overheden worden uitgezonderd van het subsidiebegrip. De Awb gaat uit van een materieel subsidiebegrip. In de praktijk worden nogal eens andere benamingen gebruikt voor subsidiegelden. Om te bepalen of sprake is van een subsidie, dient echter steeds te worden gezien of een concrete geldstroom aan het subsidiebegrip voldoet.

Dat de verstrekking van subsidies geen vrijblijvende bezigheid is, blijkt uit het feit dat de subsidietitel in de Awb een groot aantal dwingendrechtelijke bepalingen bevat. Daarmee worden niet alleen rechten en verplichtingen geschapen voor de subsidieontvanger, maar ook voor het subsidieverstrekende bestuursorgaan. Zo bevat de subsidietitel dwingendrechtelijke bepalingen die zien op het verlenen, vaststellen, intrekken en wijzigen van subsidies. Voor zover in het kader van dit artikel van belang, bevat titel 4.2 van de Awb onder andere voorschriften over standaardverplichtingen, ontoelaatbare subsidievoorwaarden, bepalingen over de wijze waarop de subsidie aan het eind van het subsidietijdvak dient te worden vastgesteld en de gevallen waarin en de wijze waarop de subsidie mag worden ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger kan worden gewijzigd. Zo kan een subsidie alleen in de in artikel 4:48 en 4:49 Awb genoemde gevallen worden

ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger worden vastgesteld. Daarnaast bepaalt artikel 4:51 Awb dat, indien aan een subsidieontvanger voor drie of meer achtereenvolgende jaren subsidie is verstrekt voor dezelfde of in hoofdzaak dezelfde voortduurende activiteiten, gehele of gedeeltelijke weigering van de subsidie voor een daarop aansluitend tijdvak op de in artikel 4:51 Awb genoemde gronden, slechts met inachtneming van een redelijke termijn kan plaatsvinden.

Subsidieovereenkomsten

a. De uitvoeringsovereenkomst

Op grond van artikel 4:36 lid 1 Awb kan ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening in beginsel een overeenkomst worden afgesloten, de zogenoemde 'uitvoeringsovereenkomst'. De beschikking waarmee de subsidie wordt verleend, dient in dat geval de voorwaarde te bevatten dat een uitvoeringsovereenkomst tot stand moet komen. Een uitvoeringsovereenkomst kan alleen dan niet worden gesloten wanneer dat op grond van een voorschrift in een bijzondere wet niet mogelijk is of wanneer de aard van de subsidie zich daartegen verzet. De wetgever heeft bij het opnemen van artikel 4:36 Awb vooral gedacht aan overeenkomsten van geldlening of van borgtocht, in welk geval de subsidie de vorm heeft van een krediet of een garantie. In de praktijk worden subsidieovereenkomsten overigens ook in andere gevallen afgesloten.⁵ Mijn ervaring is dat bestuursorganen – naar mijn mening in veel gevallen overigens ten onrechte – nogal eens de indruk hebben dat zij met een overeenkomst sterker staan dan met een subsidiebeschikking.

De beschikking tot subsidieverlening dient in ieder geval een aantal essentiële bepalingen te bevatten. Het gaat daarbij om de aanduiding van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verstrekt, de verplichtingen en het subsidiebedrag dan wel de wijze waarop het subsidiebedrag wordt bepaald.⁶ Ook is het mogelijk om deze elementen in algemene zin in de subsidiebeschikking op te nemen en vervolgens nader uit te werken in de uitvoeringsovereenkomst. De uitvoeringsovereenkomst mag, aldus de memorie van toelichting, echter geen doublure zijn van de beschikking, of omgekeerd. Veelal wordt de subsidie bij beschikking verleend, onder de opschortende of ontbindende voorwaarde dat een uitvoeringsovereenkomst tot stand komt.

Kenmerkend voor subsidie als bestuursinstrument is dat rechtstreekse overheidswang om de gesubsidieerde activiteiten ook daadwerkelijk uit te voeren, over het algemeen ontbreekt. Zo zal de overheid een toneelgezelschap dat een cultuursubsidie ontvangt, niet willen verplichten om toneelvoorstellingen te geven. Het gevolg is uiteraard wel dat de subsidieontvanger daarmee de aanspraak op subsidie kan verliezen. Er zijn echter gevallen denkbaar waarin de subsidiërende overheid een subsidieontvanger wel wil verplichten om de gesubsidieerde activiteiten uit te voeren. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer subsidie wordt ver-

4 ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10, m.nt. NV. De minister van VWS was aanvankelijk van plan om zelf een stichting in het leven te roepen, maar heeft dit uiteindelijk aan het particulier initiatief overgelaten. Wel heeft de minister het fonds laten weten bereid te zijn om de voorgenomen structurele financiering van de patiëntenorganisaties door middel van subsidiëring van het Fonds mogelijk te maken. De door het Fondsbestuur in verband met de subsidiëring vastgestelde criteria werden door de minister goedgekeurd.

5 Zie voor een uitgebreide beschouwing en voorbeelden van typen uitvoeringsovereenkomsten het proefschrift van M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten*; een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten, Den Haag: Elsevier 1999, p. 148 e.v.

6 Op grond van artikel 4:31 Awb dient de beschikking tot subsidieverlening altijd óf het bedrag van de subsidie, óf de wijze waarop het subsidiebedrag wordt bepaald, te bevatten.

leend voor het instandhouden van door de overheid essentieel geachte voorzieningen. In de wetsgeschiedenis worden als voorbeelden genoemd voorzieningen voor jeugdhulpverlening en justitiële particuliere inrichtingen voor ter beschikking gestelden. Met het oog daarop kan op grond van artikel 4:36, lid 2 in een uitvoeringsovereenkomst worden bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend, ook daadwerkelijk te verrichten. Dit wordt ook wel een afdwingovereenkomst genoemd. Het opleggen van een dergelijke verplichting in de beschikking tot subsidieverlening is niet mogelijk. Overigens mogen in de uitvoeringsovereenkomst geen voorwaarden worden opgenomen die in de beschikking tot subsidieverlening ook niet zijn toegestaan.

Over de aard van de uitvoeringsovereenkomst wordt verschillend gedacht. In ieder geval zijn op uitvoeringsovereenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Dit vloeit rechtstreeks voort uit artikel 3:14 BW, op grond waarvan op het privaatrechtelijke overheidshandelen de regels van publiekrecht van toepassing zijn. Vervolgens is echter de vraag of de overeenkomst als een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke overeenkomst dient te worden aangemerkt en wat de gevolgen van deze 'categorisering' zijn. Dit is met name van belang voor de vraag welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van geschillen die voortvloeien uit de overeenkomst. In de wetsgeschiedenis wordt de aard van de overeenkomst enigszins in het midden gelaten. Weliswaar wordt verwezen naar het arrest Staat/Appels van de Hoge Raad. In dit arrest merkte de Hoge Raad een kredietovereenkomst met een subsidie karakter aan als een overeenkomst met een publiekrechtelijk karakter.^{7,8} De regering spreekt zich echter niet expliciet uit over het karakter. Bovendien betrof de kredietovereenkomst waarover de Hoge Raad in Staat/Appels oordeelde geen uitvoeringsovereenkomst, maar een beschikkingsvervangende overeenkomst (waarover hierna meer). Den Ouden, Jacobs en Verheij menen dat, omdat de Awb vrijwel geen bepalingen over de uitvoeringsovereenkomst bevat, het ervoor moet worden gehouden dat het verbintenissenrecht van overeenkomstige toepassing is en dat geschillen over de uitvoeringsovereenkomst aan de burgerlijke rechter moeten worden voorgelegd.⁹ Volgens Simon heeft de uitvoeringsovereenkomst een publiekrechtelijk karakter.¹⁰ Simon meent dan ook dat de bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat en dat de overeenkomst publiekrechtelijk kan worden gehandhaafd, bijvoorbeeld middels toepassing van bestuursdwang. Voor zover bestuursrechtelijke handhaving niet mogelijk blijkt, is volgens hem ook handhaving via het Burgerlijk Wetboek mogelijk. Ik deel de mening van Simon in deze echter niet. Niet voor niets heeft de wetgever de mogelijkheid geschapen om naast de *beschikking* tot subsidieverlening, het sluiten van een overeenkomst mogelijk te

maken. Indien de civielrechtelijke weg niet open zou staan, zie ik niet in wat de voordelen van een overeenkomst naast een beschikking zouden moeten zijn.

b. De beschikkingsvervangende subsidieovereenkomst

In de praktijk komt het nogal eens voor dat subsidies niet door middel van een beschikking, eventueel met een daaraan gekoppelde uitvoeringsovereenkomst, worden verstrekt, maar dat de subsidies enkel met gebruikmaking van een overeenkomst worden verstrekt, zonder dat daaraan een subsidiebeschikking te pas komt. Soms zijn bestuursorganen domweg niet op de hoogte van het feit dat een subsidie bij beschikking dient te worden verleend. Ook komt het voor dat partijen zich niet realiseren *dat* sprake is van een subsidie, bijvoorbeeld omdat op een geldstroom nu eenmaal een ander etiket is geplakt. Daarnaast kan een argument van bestuursorganen om deze weg te kiezen, de wens zijn om daarmee toepassing van de Awb – en met name de in de Awb neergelegde rechtsbescherming – te omzeilen.¹¹

In eerste instantie was de Awb-wetgever blijkens het voorontwerp van de derde tranche van de Awb,¹² van plan om het fenomeen van de beschikkingsvervangende subsidieovereenkomst toe te staan. Wel werd ervan uitgegaan dat de overeenkomst een bestuursrechtelijk karakter zou hebben. Met het oog daarop werd bepaald dat op de beschikkingsvervangende subsidieovereenkomst de bepalingen uit de subsidietitel van overeenkomstige toepassing waren. De Raad van State had ten aanzien van dit punt echter kritiek op het voorontwerp. De Raad van State stelde voor om subsidieverlening bij beschikking voor te schrijven en om daarnaast het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst mogelijk te maken. Belangrijke overwegingen van de Raad van State hierbij waren dat een dergelijke regeling meer in overeenstemming zou zijn met de twee-wegenleer-jurisprudentie van de Hoge Raad.¹² En dat daarmee de toegang tot de administratieve rechter voor de aanvrager en derdebelaagden verzekerd zou zijn. Aldus geschiedde en het voorontwerp werd aangepast. De regering maakte zelfs een opmerkelijke ommezwaai door vervolgens in de memorie van toelichting bij artikel 4:36 op te merken dat aan de mogelijkheid om in plaats van een beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst te sluiten, in de praktijk geen behoefte bestaat.¹³ Dat deze veronderstelling niet overeenstemt met de praktijk, blijkt uit het proefschrift van M.J. Jacobs,¹⁴ waarin zij onder andere onderzoek deed naar het gebruik van de beschikkingsvervangende overeenkomst. Daaruit blijkt dat deze in de praktijk nog steeds veelvuldig wordt toegepast.

In de subsidietitel wordt verstrekking van subsidies bij overeenkomst overigens niet expliciet verboden. Tijdens de Kamerbehandeling van de derde tranche van de Awb heeft de regering¹⁵ echter wel uitdrukkelijk aangegeven dat het bij overeenkomst toekennen van subsidies een doorkruising oplevert van

7 HR 12 januari 1990, AB 1991, 430 (Staat/Appels).

8 Opvallend is dat in de MvT wordt aangegeven dat de Hoge Raad de kredietovereenkomst kenschetst als een publiekrechtelijke overeenkomst. Dat is echter niet het geval. Letterlijk merkt de Hoge Raad het volgende op: 'Dat hier sprake is van een overeenkomst naar burgerlijk recht, neemt niet weg dat deze overeenkomst een "publiekrechtelijk karakter" heeft.' Ik meen dat er, in ieder geval gevoelsmatig, een verschil is tussen een 'publiekrechtelijke overeenkomst' en 'een overeenkomst met een publiekrechtelijk karakter'.

9 W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 136 e.v.

10 H.J. Simon, *Handboek bestuurs(proces)recht volgens de Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, p. 189.

11 Zie ook W. den Ouden e.a. p. 130 e.v..

12 De subsidietitel van de Awb is via de derde tranche van de Awb ingevoerd.

13 Kamerstukken II 1993/94, 23 780, nr. 3. Overigens wijst de praktijk anders uit, nu subsidies ook onder de subsidietitel regelmatig door middel van een overeenkomst worden verstrekt.

14 M.J. Jacobs, p. 153 e.v.

15 Namens de minister van Justitie de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht.

het systeem van de subsidietitel.¹⁶ De vraag is of dit betekent dat het verstrekken van subsidies bij overeenkomst daarmee niet is toegestaan. Aangezien er weinig jurisprudentie is, kan deze vraag vooralsnog eigenlijk niet goed worden beantwoord. Gelet op de uitspraak van de regeringscommissaris, dient er vooralsnog van te worden uitgegaan dat de beschikkingsvervangende overeenkomst in beginsel niet is toegestaan. Overigens kan uiteraard bij formele wet de mogelijkheid worden geschapen om een beschikkingsvervangende subsidieovereenkomst aan te gaan.¹⁷ Een voorbeeld hiervan is artikel 2.3.4 Wet educatie en beroepsonderwijs.¹⁸

Omdat in de praktijk wel degelijk beschikkingsvervangende overeenkomsten worden gesloten, is de vraag wat de status van deze overeenkomsten nu eigenlijk is. Door een civielrechtelijke bril bekeken, zou je tot de conclusie moeten komen dat deze overeenkomsten nietig zijn. Dit kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van overeenkomsten die een onaanvaardbare doorkruising opleveren van de publiekrechtelijke weg. Dergelijke overeenkomsten zijn in strijd met de openbare orde en daarmee nietig. De Hoge Raad heeft dit begin dit jaar uitgesproken in een arrest over kostenverhaal langs civielrechtelijke weg door een gemeente, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestond.¹⁹ Nietigheid van beschikkingsvervangende overeenkomsten heeft echter allerlei – met name uit rechtsbeschermingsoogpunt – ongewenste consequenties. Nietigheid zou immers betekenen dat het subsidieverlenende bestuursorgaan door het sluiten van een beschikkingsvervangende overeenkomst, makkelijker van haar verplichtingen af zou kunnen dan op grond van de (subsidietitel van de) Awb het geval is. Scheltema wees daar in 1994, nog voor de totstandkoming van de subsidietitel, al op.²⁰ Hij gaf aan dat geen sprake kan zijn van nietigheid van de overeenkomst, omdat de gevallen waarin de overheid op grond van de Awb van een subsidierelatie af kan, afwijken van het privaatrecht.

Naar ik meen in lijn met het betoog van Scheltema, ben ik van mening dat beschikkingsvervangende overeenkomsten – anders dan uitvoeringsovereenkomsten – uit rechtsbeschermingsoogpunt zouden moeten worden aangemerkt als een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Geschillen die voortvloeien uit de overeenkomst, zouden enkel aan de bestuursrechter moeten kunnen worden voorgelegd. Daarmee zou de burgerlijke rechter zichzelf – ondanks het civielrechtelijke etiket op de overeenkomst – onbevoegd moeten verklaren om kennis te nemen van geschillen die voortvloeien uit een beschikkingsvervangende overeenkomst.

16 Jacobs stelt in haar proefschrift de vraag waarin een doorkruising eigenlijk is gelegen. Zij stelt zich op het standpunt dat van een doorkruising geen sprake is en dat een beschikkingsvervangende overeenkomst wel degelijk is toegestaan. Dit zou slechts anders zijn wanneer een concrete wettelijke regeling zich tegen een beschikkingsvervangende overeenkomst verzet.

17 Zie Jacobs 1999, p. 232 e.v. en Den Ouden, Jacobs & Verheij, 2004, p. 142 e.v..

18 In artikel 2.3.4, lid 1 Wet educatie en beroepsonderwijs wordt het volgende bepaald: "In afwijking van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht berust de betaling van de bedragen aan die instelling of regionale opleidingscentra op een door het gemeentebestuur met het bevoegd gezag gesloten overeenkomst. De titels 4.1 en 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing." Zie ook Den Ouden, Jacobs & Verheij, 2004, p. 142-143.

19 HR 6 januari 2006, JB 2006, 90, m.nt. LJMT.

20 M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', WPNR 6074, p. 958-963.

In de jurisprudentie is een voorbeeld bekend waarin het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) een beschikkingsvervangende overeenkomst als een appellabel besluit aanmerkte.²¹ Omdat het CBB in deze uitspraak echter geen enkel woord wijdt aan het verbod op beschikkingsvervangende overeenkomsten, kan uit de uitspraak echter niet worden opgemaakt of het CBB de overeenkomst bewust heeft aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Daarnaast heeft ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo in feite aangegeven dat een beschikkingsvervangende overeenkomst als een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb moet worden aangemerkt. Hij deed dit om de weigering om een beschikkingsvervangende overeenkomst aan te gaan, als een appellabel besluit aan te merken.

4. Problemen in de praktijk van de beschikkingsvervangende subsidieovereenkomst

In de praktijk kunnen zich met name problemen voordoen ten aanzien van de beschikkingsvervangende overeenkomsten. Zoals ik in mijn inleiding al aangaf, is niet altijd duidelijk dat sprake is van een subsidierelatie in de zin van de Awb, met name omdat subsidieverlenende instanties zich er lang niet altijd van bewust zijn dat zij bestuursorgaan zijn. Als voorbeeld zou ik willen noemen het systeem van toekenning van ESF-subsidies zoals wij dat sinds enkele jaren kennen. ESF-subsidies kunnen slechts door een aantal – door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangewezen partijen – worden aangevraagd. Aangewezen partijen zijn onder andere gemeenten, een aantal ministeries, het UWV en het Lisv. Daarnaast kan subsidie worden aangevraagd door O&O-fondsen. Dit zijn samenwerkingsverbanden tussen bedrijfssectoren. De aangewezen partijen vragen de subsidie aan ten behoeve van bedrijven en instellingen die een project willen uitvoeren waarvoor ESF-subsidie kan worden verkregen. Uit de wetgeschiedenis kan worden afgeleid dat de minister van SZW O&O-fondsen aanmerkt als tussenpersoon tussen het ministerie en de te subsidiëren projecten.²² Zij zijn subsidieaanvrager en –ontvanger, en zijn jegens het ministerie integraal verantwoordelijk voor de naleving van alle verplichtingen die voortvloeien uit de subsidiëring van de individuele projecten, waarvoor zij als clusteraanvrager optreden. Vervolgens sluiten zij deze subsidies door naar de uiteindelijke uitvoerders van met ESF-geld gesubsidieerde projecten. Daartoe hanteren zij over het algemeen een eigen uitkeringsreglement, dat uiteraard dient te voldoen aan de eisen die de minister van SZW stelt aan de wijze waarop ESF-subsidies dienen te worden besteed. Zij zijn voor de uitvoering van de ESF-regelingen in feite een verlengstuk van de minister en SZW. Daarmee voldoen de O&O-fondsen naar mijn mening aan de, in paragraaf 2 beschreven, in de jurisprudentie ontwikkelde definitie van b-orgaan. Zij kwalificeren in mijn ogen daarmee als bestuursorgaan. Dit is overigens ook logisch, omdat de uiteindelijke uit-

21 CBB 24 februari 2005, JB 2005, 255, m.nt. AJB.

22 Kamerstukken 2000/01, 26 642, nr. 14. p. 7.

voerders van ESF-projecten, weliswaar via een omweg, wel subsidie ontvangen, maar geen bestuursrechtelijke bescherming zouden genieten. Het kan niet de bedoeling van de Awb-wetgever zijn geweest om dergelijke besluiten uit te zonderen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Gelet op de talrijke jurisprudentie over b-organen, zijn echter ongetwijfeld meer voorbeelden aan te dragen van instellingen die bestuursorgaan zijn, zonder dat zij dat zelf (willen) weten.

Mijn ervaring is echter dat O&O-fondsen zich niet bewust zijn van het feit dat zij wel eens een bestuursorgaan in de zin van de Awb zouden kunnen zijn. Dit leidt er onder andere toe dat zij hun interne processen niet hebben afgestemd op de Awb. Zo worden ESF-subsidies door O&O-fondsen over het algemeen bij overeenkomst verstrekt. Deze overeenkomsten zouden gelet op het vorenstaande naar mijn mening als een besluit in de zin van de Awb moeten worden aangemerkt. De overeenkomsten zijn in de meeste gevallen echter niet 'Awb-proof'. In de overeenkomsten wordt nogal eens bepaald dat een O&O-fonds alle aansprakelijkheid ten aanzien van haar handelen in het kader van de ESF-subsidieverlening uitsluit en ook wordt de mogelijkheid om een O&O-fonds in rechte aan te spreken, nog wel eens uitgesloten. Dit is naar mijn mening echter een op grond van de subsidietitel ontoelaatbare voorwaarde en bovendien in strijd met het systeem van rechtsbescherming van de Awb. Het gevolg hiervan is dat de bestuursrechter dergelijke voorwaarden buiten toepassing zou moeten laten. Wanneer een subsidieaanvrager meent dat de hoogte van de verleende subsidie niet correct is, kan hij het toekenningsbesluit aan de bestuursrechter voorleggen, die vervolgens inderdaad zou kunnen bepalen dat het subsidiebedrag naar boven toe dient te worden bijgesteld. Daarnaast zou het probleem van de meerjarensubsidies kunnen spelen. Zoals ik in het vorenstaande al aangaf, mag een meerjarige subsidierelatie niet zomaar van de een op de ande-

re dag worden stopgezet. Dat zou voor partijen die zich niet realiseren dat sprake is van een bestuursrechtelijke subsidierelatie tot onaangename verrassingen kunnen leiden waarop veelal niet is geanticipeerd. Zoals ik eerder al aangaf, is subsidieverstrekking geen vrijblijvende bezigheid. Zolang instellingen, zoals O&O-fondsen zich echter niet realiseren dat zij in feite subsidies verstrekken, zijn zij ook niet in staat om hun interne processen in te richten op de verplichtingen die dit met zich meebrengt.

5. Ten slotte

Ik ben in dit artikel ingegaan op subsidieovereenkomsten. Daarbij heb ik zowel aandacht besteed aan de op grond van de Awb in beginsel toegestane uitvoeringsovereenkomsten, als op de volgens de wetgever niet toegestane beschikkingsvervangende overeenkomsten. Met name de beschikkingsvervangende overeenkomsten kunnen in de praktijk tot problemen leiden. Deze problemen vloeien deels voort uit het feit dat lang niet iedere subsidieverlenende instantie zich bewust is van het feit dat zij een bestuursorgaan is, waarop de bepalingen van de subsidietitel in de Awb van toepassing zijn.

Hoewel af en toe de indruk zou kunnen ontstaan dat de overheid bewust tracht om subsidieverlening buiten de bestuursrechtelijke rechtsbescherming te brengen c.q. te houden, meen ik dat er een taak voor de overheid is weggelegd om partijen zoals hiervoor omschreven, meer bewust te maken van het feit dat zij in een bestuursrechtelijke context opereren, zodat instellingen zich kunnen instellen op de verplichtingen die subsidieverstrekking met zich brengt. Gelet op de hoeveelheid uitspraken over de vraag of sprake is van een bestuursorgaan, is er nog wel wat werk te verzetten.