

Onderzoeksvoorstel:

Nieuwe vormen van publieke financiering van maatschappelijke projecten

Naar een plattegrond voor de uitvoeringspraktijk

Aanleiding

Er is een vernieuwingstrend gaande in de publieke financiering van maatschappelijke projecten. Uit een rapport van de Raad voor de financiële verhoudingen over de publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief uit 2014 kwam al duidelijk naar voren dat met name decentrale overheden op grote schaal experimenteren met andere vormen van publieke financiering dan de 'subsidie oude stijl'.¹ Van wijkactiviteiten tot de aanpak van werkloosheid, van innovatie tot energie- of landschapsbeleid, het 'netwerkend werken en financieren' vindt men inmiddels overal, zo blijkt uit een recent rapport over publiek private samenwerking, opgesteld in opdracht van het Ministerie van BZK.² Bij decentrale overheden, maar ook bij de regering,³ blijkt een sterke wens te leven om ook binnen het financieringsbeleid in te spelen op een veranderende samenleving waarin bedrijven en (groepen van) burgers mede verantwoordelijkheid dragen voor publieke taken.⁴ Overheden willen meer dan voorheen in samenwerking met andere overheden, het bedrijfsleven, maatschappelijke instellingen en particulieren en samen maatschappelijke vraagstukken oppakken. Daarbij willen zij als overheid 'minder leidend' zijn dan in het verleden vaak het geval was: top down aansturing en eenzijdige besluitvorming zijn achterhaalde concepten volgens veel deelnemers aan deze discussie. In plaats daarvan zoeken overheden naar manieren om ruimte te bieden voor initiatieven vanuit de samenleving, door deze te faciliteren, (mede) te financieren en particulieren (mede) verantwoordelijkheid te geven in de beleidsvorming en uitvoering daarvan.

Knelpunten bij gebruik van de klassieke subsidie

In het bestuurskundige discours is al veel gediscussieerd en geschreven over 'nieuwe' vormen van publiek-private samenwerking, die ook onder termen als burgerparticipatie, publieke netwerken, de doe-democratie en de netwerksamenleving worden besproken.⁵ Opvallend is dat in de betreffende

¹ Rapport van de Raad voor de financiële verhoudingen, 'Tussen betalen en bepalen, publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief', http://www.rob-rfv.nl/documenten/tussen_betalen_en_bepalen_webversie.pdf,

² Laken organisatie advies, Publiek-private samenwerking en hybride financiering. Organisatorische randvoorwaarden voor decentrale overheden, <http://kennisopenbaarbestuur.nl/rapporten-publicaties/publiek-private-samenwerking-en-hybride-financiering/>, maart 2016.

³ De Doe-democratie. Kabinetsnota ter stimulering van een vitale samenleving, Den Haag: BZK 2013. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2013/07/09/kabinetsnota-doe-democratie>.

⁴ Zie in dat verband bijvoorbeeld een rapport van Crisislab in opdracht van BZK onder de titel *Een derde weg ter bevordering van burgerinitiatieven*, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/11/01/een-derde-weg-ter-bevordering-van-burgerinitiatieven>, november 2015 en J.P.M. Verhoeven, P.E.M. Franssen, Ontwikkelingen met betrekking tot het subsidie-instrument, *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2015/93.

⁵ Zie bijvoorbeeld K.Geuijen, Maatschappelijke meerwaarde creëren in publieke netwerken: waartoe en hoe?, *Bestuurswetenschappen* 2014, p. 87-96, E. Netjes, Alternatieve vormen van financiering, *Bestuur en rendement* 2013, p. 14 e.v., Public Mission, Thema: anders financieren, in *PM* 2014, p. 14-21, M. Sanders en M. Heldeweg,

artikelen en rapporten vaak wordt opgemerkt dat de klassieke subsidie in de praktijk wordt ervaren als een ontoereikend instrument. Verschillende knelpunten passeren de revue.⁶ Een veelgehoorde klacht is de inflexibiliteit en het tijdrovende karakter van subsidieprocedures. Hierdoor zouden kansen onbenut blijven; private partners kunnen of willen niet wachten op een trage overheid. Ook veelgehoord is de onwenselijke invloed van ‘de politiek’ op besluitvormingsprocedures: politici zouden risicomijdend gedrag tentoon spreiden of handelen op basis van politieke motieven, waardoor niet de meest veelbelovende projecten worden gefinancierd. Bovendien kan de politieke visie op wat wenselijk is in de loop van de tijd wijzigen, bijvoorbeeld door verkiezingen, terwijl veel kansrijke of veelbelovende projecten een langere looptijd kennen. Praktische problemen – de budgetcyclus van publiekrechtelijke rechtspersonen sluit niet aan bij dynamiek van maatschappelijke projecten – staan naast heel principiële bezwaren: zo zou bij de nieuwe vormen van samenwerken op basis van gelijkwaardigheid de beschikking als eenzijdig overheidsinstrument niet voldoen. De overheid is in deze processen geen eenzijdige besluitnemer, maar een partner, facilitator, één van de onderhandelaars of initiatiefnemers. Werkt men in die gevallen met een beschikking én een uitvoeringsovereenkomst in een subsidierelatie – iets dat de Algemene wet bestuursrecht (hierna Awb)⁷ uitdrukkelijk mogelijk maakt – dan zou dat leiden tot te veel onduidelijkheid over de toepasselijke rechtsregels. Het werken met een enkele (privaatrechtelijke) overeenkomst zou naast duidelijkheid ook als voordeel hebben dat de ondernemerszin van ontvangers van publieke gelden kan worden geprikkeld, terwijl subsidieregelingen vaak ineffectief zouden zijn.

Juridische vormgeving en randvoorwaarden van de ‘subsidie nieuwe stijl’

De hiervoor genoemde bezwaren tegen gebruik van het subsidie instrument worden weliswaar weinig met onderzoeksresultaten of juridische argumenten onderbouwd,⁸ zij hebben er wel toe geleid dat in een rap tempo allerlei nieuwe financieringsarrangementen zijn ontstaan. Naast het revolverend financieren is bijvoorbeeld het crowdfunding populair, evenals sponsoring, de ‘social impact bonds’, bewoners- of wijkbudgetten en prijsvragen.⁹ In alle onderzoeksrapporten die n.a.v. deze experimenten verschijnen is men enthousiast over de nieuwe vormen van werken, maar ook wordt steeds benadrukt dat de juridische vormgeving en randvoorwaarden daarvan nog niet helder in kaart zijn gebracht. Voorlopig kan worden betwijfeld of het werkelijk gaat om nieuwe vormen van publieke financiering, althans in juridische zin. Opvallend is dat volgens de Raad voor de financiële

To PPS or not to PPS? (Publiek-)private samenwerking rond groen gas, *Bestuurswetenschappen* 2014, p. 41-57, M. van der Steen, J. Scherpenisse, M. van Twist, Sedimentatie in sturing, systeem brengen in netwerkend werken door meervoudig organiseren, NSOB 2015.

⁶ Zie hiervoor bijvoorbeeld: P. van Asperen, Van sinterklaas naar maatschappelijk financier. De weg naar een contractueel subsidiestelsel, BR 2014/130, M. Könings, Decentraal energiebeleid en revolverend financieren, actualiteit, kansen en knelpunten in kaart, 2015, vindplaats, E J. Scherpenisse, (On-)geschreven regels. Subsidieverlening bij netwerkend werken in de provincie Zuid-Holland, NSOB 2015. In het laatstgenoemde rapport wordt overigens geconstateerd dat het vaak niet het subsidierecht is dat knelt, maar de manier waarop men gewoon is dat toe te passen.

⁷ Zie artikel 4:36 Awb

⁸ Uit onderzoek van de Algemene Rekenkamer dat blijkt het grote merendeel van de subsidieregelingen die vanuit het Rijk worden uitgevoerd geheel niet of gebrekkig wordt geëvalueerd. Wij vrezen dat dit weinig anders is voor subsidieregelingen van decentrale overheden. Er valt dus wetenschappelijk gefundeerd nauwelijks iets te zeggen over de effectiviteit van subsidiebeleid.

⁹ In het genoemde rapport van de Rfv uit 2014 worden 19 financieringsvormen uitgewerkt, die niet als juridische instrumenten maar als financiële constructies zijn uitgewerkt.

verhoudingen het financiële instrumentarium dat overheden aanwenden in deze context grotendeels bestaat uit subsidies, leningen, garantstellingen en fondsen, waarbij hij vervolgens opmerkt dat deze instrumenten niet altijd scherp van elkaar zijn te onderscheiden of in juridische zin zelfs één zijn.¹⁰ Volgens anderen gaat het formeel (juridisch) steeds om inkoop of subsidies¹¹ of gaat het in de meeste gevallen toch om subsidies ook al hebben partijen de uitdrukkelijke wens om die juridische vorm niet te gebruiken.¹² In het meest recente rapport over deze kwestie¹³ wordt verder geconstateerd dat het subsidie karakter van verhoudingen in de praktijk regelmatig niet worden onderkend en dat omgekeerd publiekrechtelijke financieringsinstrumenten soms subsidies worden genoemd waar zij dat niet zijn.

In het algemeen kan worden geconstateerd dat er veel onduidelijk heerst over de juridische mogelijkheden en randvoorwaarden op dit gebied.

Werken aan een plattegrond

Dit onderzoeksvoorstel beoogt in die leemte te voorzien. Juridische onduidelijkheid en financiële experimenten van overheden op een onzekere juridische basis zijn namelijk onwenselijk en leveren vertraging en risico's op in de bestuurspraktijk.

Ten eerste zijn er principiële bezwaren. Immers, zoals de Raad voor de financiële verhoudingen het onlangs formuleerde: 'publiek geld verplicht'. Zaken als democratische legitimatie van en publiek verantwoording afleggen over overheidsuitgaven, transparantie bij de allocatie van publieke gelden, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid van de uitvoerders van projecten die (mede) met publiek geld worden gefinancierd, rechtsbescherming en georganiseerde controles op doeltreffendheid en rechtmatigheid van de overheidsuitgaven verdienen steeds de nodige aandacht. Deze zaken zijn bij gebruik van de klassieke subsidie uitvoerig geregeld in de Awb (titel 4.2) en over de precieze betekenis van die bepalingen is in de loop der tijd veel jurisprudentie ontstaan, zo is een ver ontwikkeld rechtskader ontstaan. Voor veel van de nieuwe vormen van publieke financiering wordt gekozen voor een (privaatrechtelijke) overeenkomst of een samenwerkingsdocument zonder duidelijke juridische status (een convenant) en in die gevallen zijn zaken als transparantie, rechtsgelijkheid en publieke controle vaak nauwelijks gewaarborgd. Te verwachten valt dat rekenkamers hierbij kritische vragen gaan stellen.¹⁴

Een dergelijke situatie levert ook andere risico's op. Ten eerste komt het regelmatig voor dat de bestuursrechter in een financieringsovereenkomst toch een subsidieverhouding ontdekt en het geschil binnen de lijnen van het subsidierecht afdoet.¹⁵ Dat levert allerlei problemen op: er moet

¹⁰ Rapport uit 2014, p. 29.

¹¹ Zie het rapport Publiek-private samenwerking en hybride financiering. Organisatorische randvoorwaarden voor decentrale overheden, p. 8.

¹² Zie het rapport opgesteld in opdracht van BZK onder de titel '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', maart 2016, p. 31.

¹³ Zie rapport genoemd in voetnoot 12.

¹⁴ Zie bijv. Art. 7.24 e.v. (Onderzoek naar publieke middelen buiten het Rijk) van de nieuwe Comptabiliteitswet 2016 (nog een wetsvoorstel)

¹⁵ Zie bijv. ECLI:NL:RVS:2015:1073 (Geen overeenkomst naar burgerlijk recht maar een subsidiebesluit).

bijvoorbeeld met terugwerkende kracht een wettelijke regeling worden gemaakt en de status van veel gelijksoortige overeenkomsten gesloten met andere partijen word in een klap onduidelijk.

Ook komt het regelmatig voor dat de civiele rechter financiële overeenkomsten beoordeeld en deze legt langs de lat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en als onrechtmatig kwalificeert.¹⁶ Daardoor kan aansprakelijkheid ontstaan jegens derden.¹⁷

Ook tussen particuliere partijen onderling betrokken bij de maatschappelijke initiatieven die worden gefinancierd kan gemakkelijk onmin ontstaan. Als de juridische constructie van de samenwerking onderling en met de overheid onduidelijk is, is bijvoorbeeld ook onduidelijk wie verantwoordelijk c.q. aansprakelijk is bij onregelmatigheden en bij welke partij gelden kunnen/zullen worden teruggevorderd. Met andere woorden rechtsonzekerheid speelt op meer vlakken dan slechts bij de financierende overheden.

Opzet onderzoek

Het voorgestelde onderzoek komt voort uit een initiatief van de Provincie Zuid Holland. Daar is men de afgelopen jaren aan de slag gegaan met netwerkend financieren. Het streven is om waar dat nodig of nuttig is te werken als faciliterende of responsieve overheid, maar wel op basis van duidelijke juridische en financiële structuren. In dat breed opgezette (primair bestuurskundige) project,¹⁸ waarin veel expertise van buiten is ingeroepen, werd al snel duidelijk dat de juridische constructies nog veel vragen oproepen: wat mag en kan er precies (ook rekening houdend met Unierechtelijke perspectieven, zoals het staatssteunrecht en de EU subsidiegelden en financiële instrumenten) en in welke gevallen is welk juridisch instrument het best geschikt? Met welke risico's moet men rekening houden en wanneer is het mogelijk en zinvol die af te dekken? Hoe blijft men bij dat alles ook steeds recht doen aan de basisgedachte: publiek geld verplicht?

Om te komen tot concrete antwoorden is het de bedoeling dat er in jaar 1 wordt gewerkt aan een plattegrond, waarin juridische mogelijkheden en risico's worden gekoppeld aan de bestuurlijke en financiële realiteit. Welke juridische constructies zijn er mogelijk als overheden gelden willen verstrekken aan maatschappelijk initiatieven? Doen bestuursorganen dat zelf of richten zij daarvoor een fonds op? Als er een fondsbeheerder wordt ingeschakeld, is dat dan een bestuursorgaan? Wordt het geld verstrekt per beschikking, per overeenkomst of met een combinatie daarvan? Kiest men voor een deelneming, een lening een garantie of een subsidie? Het betreft een overzicht van alle juridische mogelijkheden én de juridische informatie die over die vormen beschikbaar is. Relevant wettelijk kader en jurisprudentie worden in kaart gebracht evenals juridische vraagstukken waarop de wet en de rechter nog geen antwoord (hebben ge)geven. Wensen die leven onder bestuurders of in de uitvoeringspraktijk worden zoveel mogelijk concreet gekoppeld aan de verschillende juridische mogelijkheden, waarbij ook de bijpassende financiële instrumenten worden beschreven. Ook de

¹⁶ Zie bijv. ECLI:NL:RBAMS:2013:6780 en ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (onrechtmatige financiële overeenkomsten tussen gemeenten en private partners).

¹⁷ ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 (schadevergoeding).

¹⁸ Zie daarover o.a. Sedimentatie in sturing, M. van der Steen, J. Scherpenisse, M. van Twist, Sedimentatie in sturing, systeem brengen in netwerkend werken door meervoudig organiseren, NSOB 2015 en J. Scherpenisse, (On-)geschreven regels Subsidieverlening bij netwerkend werken in de provincie Zuid-Holland, NSOB 2015.

risico's van de verschillende opties worden in kaart gebracht evenals de eventuele mogelijkheden om die af te dekken. Zo ontstaat voor betrokkenen een plattegrond op basis waarvan kan worden genavigeerd naar wenselijke en zorgvuldige constructies van publieke financiering van maatschappelijke projecten.

In jaar 2 wordt deze plattegrond omgezet in een digitale navigeeromgeving. Aan de hand van concrete casus wordt met de omgeving gewerkt en wordt daarmee ervaring opgedaan. Die ervaringen zorgen ervoor dat duidelijk wordt waar nog vragen leven, waar en waarom bepaalde constructies werken en met welke risico's rekening moet worden gehouden. Zo kan de content van de omgeving steeds worden aangevuld en up-to-date worden gehouden (nieuwe jurisprudentie, ervaringen en onderzoeksrapporten worden ingevoerd).

Deze werkzaamheden worden uitgevoerd door een promovenda, die een solide basis heeft in het financiële bestuursrecht en het Unierecht en belangstelling voor interdisciplinair onderzoek. Op basis van deze ervaringen zal zij jaar 3 en 4 gebruiken om de onderzoeksresultaten van de eerste 2 jaar te relateren aan het theoretische kader dat ten grondslag ligt aan het adagium publiek recht verplicht. In hoeverre kunnen juridische constructies worden gecreëerd die aansluiten bij de wensen van de praktijk en die óók recht doen aan eisen van transparantie, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en waarbij voldoende rechtsbescherming wordt geboden aan alle betrokken partijen? Als dit in de praktijk moeilijk is gebleken, welke maatregelen zouden partijen als wetgever(s), rekenkamer(s) en rechters dan kunnen treffen om die spanningen op te heffen?

Om dit onderzoek werkelijk een bottom-up approach te geven wordt gestart vanuit de ervaringen/casus in de uitvoeringspraktijk. In ieder geval de uitvoeringspraktijk van de PZH, maar bij voorkeur wordt er met meer bestuursorganen gewerkt. Dit helpt tunnelvisie te voorkomen (ieder bestuursorgaan heeft nu eenmaal eigen uitvoeringspraktijken die soms diep zijn ingesleten) en geeft ook meer zicht op welke instrumenten er in de praktijk al worden gebruikt en op welke schaal. Bovendien drukt het de kosten voor verschillende deelnemers (totaal 200 K).

Verder wordt om juridische tunnelvisie te voorkomen, gewerkt met een breed begeleidingsteam dat ervaring heeft met de praktijk en de context van publieke financiering van maatschappelijke initiatieven. Zo worden zaken als politieke context, audit- en financieringspraktijken en bestuurlijke realiteiten meegenomen: de bedoeling is immers te komen tot een plattegrond waarmee het openbaar bestuur in de praktijk kan navigeren én daadwerkelijk resultaten kan boeken.