

Bijlagen bij:

Onderzoeksrapport

Subsidie of opdracht?

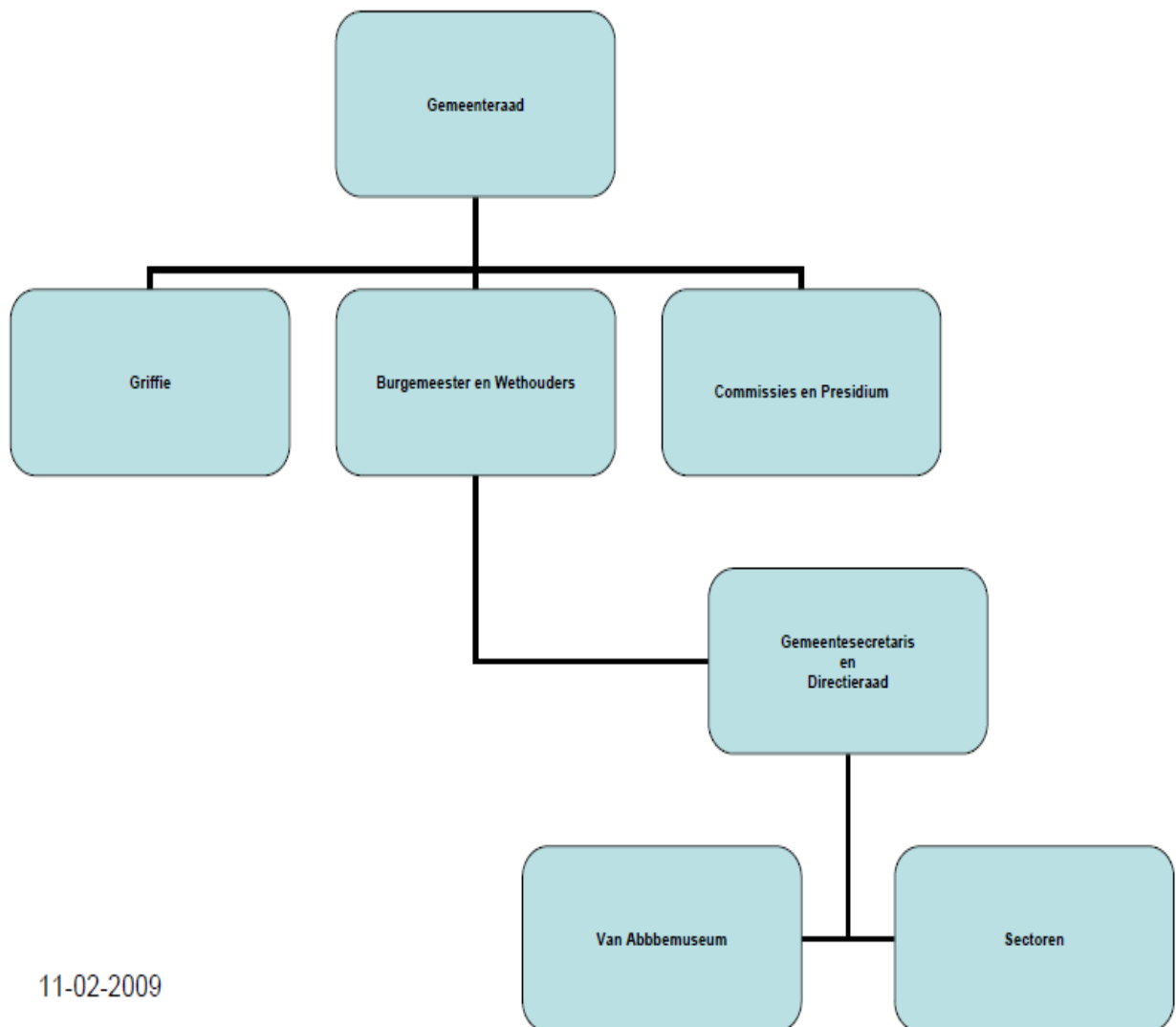
*“Het onderscheid tussen het bestuursrechtelijke begrip
subsidie en het privaatrechtelijke begrip overheidsopdracht.”*

Naam: Nisrin van Lieshout

Studentnummer: 2007534

Bijlage 1: Organogram gemeente Eindhoven

Organogram Gemeente Eindhoven



11-02-2009

**Bijlage 2: Drempelwaarden Europees Aanbestedingsrecht
2010/2011**

Drempelwaarden Europees Aanbesteden¹

Een overheidsopdracht die evenveel of meer bedraagt dan het drempelbedrag moet verplicht Europees worden aanbesteed.

In de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn drempelwaarden (drempelbedragen) vastgesteld. Een overheidsopdracht die evenveel of meer bedraagt dan het drempelbedrag moet verplicht Europees worden aanbesteed.

Deze Europese drempelwaarden voor overheidsopdrachten zijn vastgelegd in artikel 7 van de richtlijn 2004/18/EG. Drempelwaarden voor speciale sectoren zijn vastgelegd in richtlijn 2004/17/EG.

De Europese Commissie stelt elke twee jaar nieuwe drempelwaarden vast.

Hieronder een overzicht van de drempelwaarden in euro's (excl. BTW):

Drempelwaarden overheidsopdrachten 2010-2011 Richtlijn 2004/18/EG

Werken	4.845.000
Leveringen	193.000*
Diensten	193.000*
Overheidsopdrachten op het gebied van onderzoeks- en ontwikkelingsopdrachten en telecommunicatiediensten, en diensten vallend onder bijlage IIB	193.000
Prijsvragen algemeen (artikel 67)	193.000*
Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde werken (artikel 8a)	4.845.000
Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde diensten die verband houden met werken (artikel 8b)	193.000
Concessie voor openbare werken (artikel 56)	4.845.000

Richtlijn 2004/17/EG

Opdrachten voor leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten	387.000
Opdrachten voor werken in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten	4.845.000

¹ <http://www.pianoo.nl/regelgeving/drempelwaarden>

Bijlage 3: Handreiking subsidie of opdracht gemeente Eindhoven



Handreiking subsidie of opdracht

*“Het onderscheid tussen het bestuursrechtelijke begrip subsidie
en het privaatrechtelijk begrip overheidsopdracht.”*

Sector Juridische Zaken afdeling Advies

December 2010

Colofon

Uitgave

Gemeente Eindhoven
Sector Juridische Zaken afdeling Advies

Datum

Dece

Inhoudsopgave

	Inhoudsopgave	10
1	Inleiding	12
2	Wettelijk kader	13
2.1	Inleiding	13
2.2	Subsidie	13
2.2.1	Definitie subsidie	13
2.2.2	Kenmerken van het begrip subsidie	14
2.2.3	Werkingssfeer	17
2.2.4	Gevolgen	18
2.2.5	Staatssteun	19
2.3	Overheidsopdracht	20
2.3.1	Definitie overheidsopdracht	20
2.3.2	Kenmerken van het begrip overheidsopdracht	21
2.3.3	Werkingssfeer	21
2.3.4	Gevolgen	22
3	Verschillen	24
4	Vrije Keuze?	26
4.1.1	Tweewegenleer	26
4.1.2	Doorkruisingsleer	26
4.1.3	Conclusie	27
5	Indicatoren	29
5.1	Inleiding	29
5.2	Indicatoren vanuit het Nederlandse bestuursrecht	29
5.3	Indicatoren vanuit het Europese aanbestedingsrecht	31
5.3.1	Europese Commissie	31
5.3.2	PIANOo-vakgroep aanbestedingen	34
5.4	De Belastingdienst	36
5.4.1	Subsidieverstreking en btw	36
5.4.2	BTW-compensatiefonds	37
5.5	Overzicht indicatoren	37
6	Huidig beleid	40
6.1	Casussen gemeente Eindhoven	40
6.1.1	Dierenopvangcentrum de Doornakker	40
6.1.2	Buurtonderneming Woensel West	41
6.1.3	Het Noodfonds	42
6.1.4	De Voedselbank	43

6.1.5	Bijdrage A50-kunst	44
6.1.6	Stichting Kleurrijke Scholen	45
6.2	Werkzaamheid indicatoren	46
7	Conclusie	47
8	Bijlagen	49

1 Inleiding

De Romeinse jurist genaamd Domitius Ulpianus (170-223) schreef destijds in een van zijn werken het volgende;

“Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.”

“Het publiekrecht is wat ziet op de toestand van de Romeinse zaak, het privaatrecht dat wat het nut van particulieren betreft; sommige dingen zijn namelijk van algemeen, andere van privaat belang.”

Met deze tekst wordt het duidelijk dat er al eeuwen een onderscheid bestaat tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Zo ziet het publiekrecht op algemene belangen die ambtshalve worden gehandhaafd en ziet het privaatrecht meer op particuliere belangen die aan de belanghebbende zelf worden overgelaten. Ondanks de duidelijke scheiding, blijkt in de praktijk dat het twee in elkaar overlopende werelden zijn.

De overlap tussen het publiek- en privaatrecht komt - zij het in een iets andere context - bij gemeenten ook voor. Gemeenten kunnen namelijk met gemeenschapsgeld publiekrechtelijke subsidies verstrekken en privaatrechtelijke overeenkomsten (overheidsopdrachten) sluiten om bepaalde beleidsdoelstellingen te halen. Indien zij subsidies verstrekken doen zij dit aan de hand van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), indien zij overheidsopdrachten (hierna: opdrachten) willen aangaan zijn in principe het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en de aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG) van toepassing.

Ondanks het feit dat de begrippen subsidie en opdracht bij wet zijn geregeld, blijkt in de praktijk het onderscheid niet altijd even helder te zijn. Indien gemeenten met een financiering zowel het publiekrecht als het privaatrecht raken, komt de financiering mogelijk terecht in een zogenoemd “grijs gebied”. Wanneer een financiering zich bevindt in dit ‘grijze gebied’, is het voor gemeenten lastig om te komen tot een weloverwogen en gemotiveerde beslissing. Dit is echter wel belangrijk aangezien gemeenten verantwoordelijk voor zijn voor het rechtmatig besteden van gemeenschapsgelden. Indien gemeenten namelijk een verkeerde beslissing nemen, lopen zij het risico op de vingers te worden getikt en in het ergste geval schadevergoeding te moeten betalen.

In deze handreiking worden beide begrippen uiteengezet om er achter te komen in welke gevallen voor het instrument van de subsidie gekozen moet worden en in welke gevallen voor de opdracht. Daarnaast wordt aangegeven wanneer gemeenten verplicht zijn hun opdracht (Europees) aan te besteden, zodat de belangen van alle partijen worden gewogen en oneerlijke concurrentie voorkomen wordt. Tevens zullen de begrippen staatssteun en subsidietendering kort aan bod komen. Om uiteindelijk het geheel tastbaar te kunnen maken voor de praktijk worden de criteria uit de handreiking losgelaten op een aantal casussen van de gemeente Eindhoven.

2 Wettelijk kader

2.1 Inleiding

Een gemeente kan subsidies verstrekken of overeenkomsten (opdrachten) aangaan. Het verstrekken van subsidies doet zij op basis van de Awb, indien zij opdrachten aangaan zijn de regels van het Burgerlijk Wetboek en het (Europese) aanbestedingsrecht van toepassing. Zowel het begrip subsidie als het begrip opdracht is van materiële aard. Hiermee wordt bedoeld dat, ongeacht de benaming die partijen aan hun relatie geven, er aan de hand van de inhoud van de beschikking/overeenkomst wordt bekeken of er sprake is van subsidie of opdracht. “Het feit dat de betrokken partijen de betaling als subsidie of opdracht betitelen is dus niet doorslaggevend”.²

In dit hoofdstuk worden de wettelijke kaders van beide begrippen besproken. Tevens wordt beschreven wanneer er sprake is van staatssteun en komen de begrippen aanbesteden en subsidietendering aan bod.

2.2 Subsidie

Subsidies worden in de praktijk op verschillende manieren aangeduid. Benamingen als bijdrage, vergoeding of tegemoetkoming komen vaak voor. Indien echter aan alle vereisten van de begripsomschrijving van het begrip ‘subsidie’ is voldaan, is er sprake van een subsidie, ongeacht de naam die gebruikt wordt. Het begrip subsidie is daarmee aan te duiden als een materieel begrip. In titel 4.2 van de Awb is de subsidiewetgeving opgenomen. Deze titel is van belang voor alle ambtenaren die regelmatig met subsidies te maken hebben. Het geeft niet alleen een omschrijving van het begrip maar tevens bevat de titel formele rechtsregels waar zij aan gebonden zijn.

2.2.1 Definitie subsidie

De definitie van het begrip subsidie luidt:

Art. 4:21 Awb

1. Onder subsidie wordt 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 of diensten.*
2. Deze titel is niet van toepassing op aanspraken of verplichtingen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift inzake belastingen of de heffing van een premie dan wel een premieervangende belasting ingevolge de Wet financiering volksverzekeringen.
3. Deze titel is niet van toepassing 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.
4. Deze titel is van overeenkomstige toepassing op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek.

Naast het voldoen aan de bovenstaande begripsomschrijving, is in de Awb bepaald dat een subsidie in beginsel op een wettelijk voorschrift gebaseerd moet zijn.³ Een wettelijk voorschrift is echter niet vereist, indien:

- a. de begroting de subsidieontvanger en het subsidiebedrag vermeldt of;
- b. in incidentele gevallen, mits de subsidie voor ten hoogste vier jaren wordt verstrekt.⁴

² Gst. 2006, 149, pag. 3.

³ Artikel 4:23 Awb.

Bij gemeenten gaat het bij wettelijke voorschriften in de meeste gevallen om verordeningen. Indien een gemeente dus subsidie wil verstrekken dient zij zich te houden aan haar eigen subsidieverordening.⁵ In aanvulling op het bepaalde in de Awb bevat deze verordening procedurele en inhoudelijke voorschriften voor het verstrekken van subsidies en een omschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verstrekt. Op deze manier is het duidelijk welke activiteiten subsidiabel zijn en welke niet, en welke verplichtingen en voorwaarden aan een subsidieontvanger kunnen worden opgelegd.

2.2.2 Kenmerken van het begrip subsidie

Door de begripsomschrijving van artikel 4:21 lid 1 Awb te analyseren, kan aan de hand van een vijftal kenmerken bepaald worden of een bepaalde overheidsuitgave een subsidie is of niet. De kenmerken zijn:

- a. de aanspraak;
- b. financiële middelen;
- c. door een bestuursorgaan verstrekt;
- d. met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager;
- e. anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Ad a: de aanspraak

Indien in de vastgestelde subsidieverordening staat dat een activiteit gesubsidieerd wordt, is daarmee in feite de *aanspraak* op subsidie geopend, en gelden de regels van de Awb. Door de subsidieverlening wordt er reeds een recht geschapen op uitbetaling van de financiële middelen, zelfs al heeft de activiteit nog niet plaatsgevonden. De subsidie wordt verleend door middel van een verleningsbeschikking⁶ en deze beschikking is de aanspraak voor de subsidieontvanger en de verplichting voor de gemeente om zich eraan te houden. Indien de subsidieontvanger zich houdt aan de afgesproken activiteiten, die staan omschreven in de beschikking⁷, is de gemeente dus gehouden de betalingsverplichting na te komen.⁸ Het tijdstip van de aanspraak (subsidieverlening) en de daadwerkelijke financiële verstrekking kunnen ver uit elkaar liggen. Het kan namelijk zo zijn dat het geld pas verstrekt wordt na afloop van de activiteit en daarmee is de daadwerkelijke betaling dus niet het doorslaggevende moment, maar het moment dat de beslissing wordt genomen. Vanaf het moment van de beslissing treden de regels van het subsidierecht dus al in werking.

Ad b: financiële middelen

Het kenmerk *financiële middelen* uit de begripsomschrijving duidt erop dat verstrekkingen in natura niet onder het subsidiebegrip vallen.⁹ Wanneer een gemeente gebouwen beschikbaar stelt of bepaalde schenkingen doet, is er geen sprake van subsidie, ook al zijn de voorzieningen op geld waardeerbaar. Kredietverstrekkingen en garanties vallen in beginsel wel onder het verlenen van een aanspraak op financiële middelen.

Ad c: door een bestuursorgaan verstrekt

Door het opnemen van het vereiste ‘bestuursorgaan’ in de begripsomschrijving is vastgelegd dat subsidies enkel door rechtspersonen, die krachtens het publiekrecht zijn ingesteld, kunnen worden verleend.¹⁰ Een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld omvat allereerst de openbare lichamen waarvan art. 2:1 lid 1 BW bepaalt dat zij rechtspersoonlijkheid bezitten. Voorbeelden hiervan zijn de Staat, de provincies, *gemeenten* en waterschappen. Ten tweede vallen onder de noemer

⁴ Art. 4:23 lid 3 Awb.

⁵ De Raad van de gemeente Eindhoven heeft de ‘Subsidieverordening gemeente Eindhoven 2008 vastgesteld.

⁶ Art. 4:29 Awb.

⁷ Art. 4:30 Awb.

⁸ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 187-188.

⁹ Van Buuren & Borman (red.) 2009, p. 181.

¹⁰ Art. 1:1 lid 1 onder a Awb.

bestuursorgaan alle andere personen of colleges die met enig openbaar gezag bekleed zijn.¹¹ In het laatste geval is het soms lastig te bepalen of de subsidietitel van toepassing wordt verklaard. In de jurisprudentie is bepaald dat indien een privaatrechtelijke instelling subsidies verstrekt ten laste van de openbare middelen, er sprake is van een bestuursorgaan en daarmee de subsidietitel aangewend kan worden.¹²

Ad d: met het oog op bepaalde activiteiten aanvrager

Dit kenmerk zorgt ervoor dat de besteding van het subsidiegeld vast moet liggen. Indien er subsidie verstrekt wordt voordat de activiteiten hebben plaatsgevonden moet vermeld worden waarvoor de financiële middelen gebruikt gaan worden. Vandaar dat algemene uitkeringen op het gebied van de sociale zekerheid en studiefinanciering *geen* subsidies zijn. In deze gevallen is sprake van een inkomensvoorziening en kan niet vooraf bepaald worden waarvoor de financiële middelen gebruikt gaan worden. Aangezien bestuursorganen een grote beleidsvrijheid hebben in het bepalen van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend, kan de inhoud van de activiteiten sterk uiteenlopen. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld subsidies op het gebied van welzijn, sport en cultuur of voor instandhouding van een dierenasiel. Tevens kunnen subsidies betrekking hebben op eenmalige activiteiten, zoals bijvoorbeeld het steunen van een bepaald evenement. Als laatste kan zelfs het nalaten van iets, bijvoorbeeld het braak laten liggen van een stuk grond, als een activiteit worden beschouwd.¹³

Ad e: anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten

Het laatste kenmerk heeft de wetgever aan de begripsomschrijving gekoppeld om ervoor te zorgen dat commerciële transacties waarbij de overheid partij is, buiten het subsidiebegrip vallen.¹⁴ De formulering ‘anders dan’ benadrukt hiermee dat overheidsbetalingen die *geen* betalingen zijn voor geleverde goederen of diensten, en die ook aan de andere kenmerken van de begripsomschrijving voldoen, onder het subsidiebegrip vallen. Met *geen* betalingen wordt bedoeld dat de tegenprestatie die de overheid levert niet is afgestemd op de waarde van de geleverde goederen of diensten in het economische verkeer.¹⁵ Er is dus sprake van subsidie indien de overheid een prijs betaalt voor de aangeschafte goederen of diensten die onder de marktprijs, of juist overduidelijk boven de marktprijs ligt en daarnaast met de bijdrage het algemeen belang wordt gediend en de gemeente niet rechtstreeks gebaat is bij de gesubsidieerde activiteiten. In sommige gevallen is het echter wel lastig om te bepalen of er sprake is van subsidieverlening of juist van betaling voor goederen of diensten. Daarmee raakt dit kenmerk de **kern** van het onderzoek.

Bestuursorganen hebben een bepaalde vrijheid in het bepalen van de prijs en daarnaast is het zo dat de marktprijs niet altijd exact vast te stellen is. Bij het inhuren van een glazenwasser tegen normaal uurtarief of het aanschaffen van allerlei materialen voor het gemeentehuis, is er vaak geen probleem. Maar indien er gemeentegelden worden verstrekt ten behoeve van een bepaald onderzoek, zal soms sprake zijn van subsidiering en soms van een commerciële transactie waarbij de overheid het onderzoek als het ware ‘uitbestedt’.¹⁶ In dit soort gevallen is er vaak sprake van een ‘zogenoemd grijs’ gebied.

De memorie van toelichting heeft voor het kunnen aanmerken van een betaling als subsidie of overeenkomst (opdracht) een aantal criteria opgesteld. Het eerste criterium heeft betrekking op de al dan niet betrokkenheid van *derden*. Het tweede criterium is de *hoogte van het bedrag*, in verhouding tot de kosten van belang. En als laatste criterium is het belangrijk te weten van wie het *initiatief* is

¹¹ Art.1:1 lid 1 onder b Awb.

¹² Van Buuren & Borman (red.) 2009, p. 181-182.

¹³ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 35.

¹⁴ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.

¹⁵ Van Buuren & Borman (red.) 2009, p. 183.

¹⁶ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.

uitgegaan.¹⁷ Gezien het belang van deze criteria worden ze hieronder al uitgewerkt en daarnaast komen ze in hoofdstuk 5 nogmaals aan bod.

- *Betrokkenheid van derden*

Als er (commerciële) transacties aan te wijzen zijn tussen subsidieontvanger en derden, is dat een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een subsidie. Deze transacties tussen derden worden dan (mede) bekostigd uit de subsidie.¹⁸ Hierdoor ontstaat er een betaling voor *aan derden* geleverde goederen en diensten, in plaats van *aan het bestuursorgaan* geleverde goederen en diensten.

Voorbeeld: Het toekennen van een vergoeding voor de verlening van rechtsbijstand. Rechtsbijstandverleners kunnen een vergoeding voor rechtsbijstand krijgen, indien zij een cliënt juridische bijstand verlenen. De Raad voor de Rechtsbijstand (lees hier het bestuursorgaan) stelt de vergoeding vast, maar de dienst die de rechtsbijstandverlener verleent, komt ten goede aan de cliënt. In dit soort gevallen is er dus sprake van een transactie (geen commerciële) met een derde, namelijk de cliënt die rechtsbijstand krijgt en daarmee is de vergoeding aan de rechtsbijstandverlener aan te merken als een subsidie. Dit heeft de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna de Afdeling) ook bepaald in een van haar uitspraken.¹⁹

- *Hoogte van het bedrag*

Indien een commerciële transactie de kosten van de activiteit dekt, inclusief een zekere winstmarge, is de transactie aan te merken als zijnde een opdracht. Hierbij gaat het om betalingen die afgestemd zijn op de waarde van de goederen en diensten die in het economische verkeer gelden (marktprijs). Indien niet de werkelijke kosten worden betaald, maar slechts een deel van kosten, is de betaling aan te merken als subsidie. Ook is sprake van subsidie indien de betaling overduidelijk zo boven de marktprijs ligt, dat niet meer gesproken kan worden van een betaling.²⁰

Voorbeeld: Het realiseren van gemeentelijke kinderopvangplaatsen. Het college van B&W van een gemeente verstrekt geld aan een stichting die in opdracht van de gemeente kinderopvangplaatsen realiseert. Daar de betaling niet strekt tot de werkelijke kosten die de stichting moet maken, maar slechts een tegemoetkoming in de kosten, is er sprake van subsidie. Het college betaalt slechts een forfaitair bedrag per kinderopvangplaats.²¹

- *Initiatief*

Voor het bepalen subsidie of opdracht is het van belang van welke partij het initiatief is uitgegaan. Indien een gemeente namelijk het initiatief neemt een bepaald project uit te voeren, kan worden aangenomen dat de gemeente om een dienst verlegen zit. In dit soort gevallen wordt er een prestatie voor de gemeente verricht en moet de betaling beschouwd worden als een vergoeding voor die prestatie. Dit vormt een sterke aanwijzing dat er sprake is van een opdracht. Indien een instelling vraagt een bedrag ter beschikking te stellen voor onderzoek (in het algemeen op een bepaald terrein) is eerder sprake van subsidie.²²

Voorbeeld: Het onderzoek naar het functioneren van zogenaamde buddyprojecten.

¹⁷ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.

¹⁸ Van Buuren & Borman (red.) 2009, p. 183.

¹⁹ ABRvS 21 augustus 2002, JB 2002/300.

²⁰ Van Buuren & Borman (red.) 2009, p. 183.

²¹ ABRvS 12 september 2001, AB 2001/ 335.

²² Van Buuren & Borman (red.) 2009, p. 183.

Een stichting neemt het initiatief tot onderzoek naar het functioneren van zogenoemde buddyprojecten. De buddy's zijn betrokken bij de begeleiding van ernstig zieke patiënten. Het Ministerie van VWS (voorheen WVC) kent onder bepaalde voorwaarden een subsidie aan de stichting toe. Het Hof oordeelde in deze zaak dat er terecht sprake was van een subsidie, aangezien niet was gebleken dat aan het te verrichten onderzoek enig verzoek of opdracht van het ministerie (lees hier het bestuursorgaan) ten grondslag lag. Het onderzoek hield dus geen rechtstreeks verband met een prestatie van de stichting aan het ministerie.²³

2.2.3 Werkingssfeer

In de praktijk vormt het verstrekken van subsidies een belangrijk en essentieel beleidsinstrument. Bij subsidiering gaat het er om bij te dragen in de kosten van activiteiten die om redenen van *algemeen belang* wenselijk zijn.²⁴ Aangezien het publiekrecht hierop van toepassing is, worden subsidies verstrekt in de vorm van een beschikking.²⁵

Beschikkingen zijn bijzondere vormen van besluiten, en daarom zijn hierop de voorschriften van de Awb van toepassing. Het subsidieproces kent beschikkingen in de vorm van subsidievaststellingen²⁶ die veelal vooraf worden gegaan door subsidieverleningen. Deze subsidieverlening geeft de zekerheid dat de subsidie wordt uitbetaald indien de activiteit die in de beschikking vermeld staat wordt uitgevoerd, zelfs al wordt het subsidiebeleid tussentijds gewijzigd. Aan de andere kant kan de gemeente op grond van deze beschikking niet verplichten dat de gesubsidieerde activiteit moet worden uitgevoerd. De enige mogelijkheid die de gemeente bezit, is het intrekken van de subsidie op grond van artikel 4:48 Awb. Indien de gemeente de subsidie echter al heeft vastgesteld moet het afgesproken bedrag ook daadwerkelijk worden uitgekeerd.²⁷

Ondanks het feit dat in de beschikking van de subsidieverlening al een omschrijving van de activiteit(en), het subsidiebedrag en de eventuele subsidieverplichtingen staan vastgelegd, kan ter uitvoering van de beschikking nog een extra overeenkomst worden afgesloten.²⁸ Deze uitvoeringsovereenkomst- ook wel afdwingovereenkomst genoemd- is een overeenkomst naar *burgerlijk recht* tussen de subsidiegever- en ontvanger, waarin aanvullende verplichtingen zijn vastgelegd. In lid 2 van artikel 4:36 Awb is bepaald dat in de overeenkomst vastgelegd kan worden, dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten uit te voeren. Deze mogelijkheid dient ervoor een zekere garantie te scheppen dat de activiteiten die van groot belang zijn, ook daadwerkelijk zullen plaatsvinden. Een voorbeeld hiervan zijn bijvoorbeeld de feestelijke activiteiten die op Koninginnendag gepland staan en voor de gemeente van groot belang zijn. De artikelen 4:37, 4:38 en 4:39 Awb bepalen het soort verplichtingen dat de gemeente mag opleggen. Deze verplichtingen zorgen ervoor dat de algemene elementen uit de beschikking (tot subsidieverlening) gedetailleerder worden uitgewerkt in de overeenkomst, zodat hierin niet dezelfde gegevens komen te staan. Hoewel de overeenkomst naar haar aard privaatrechtelijk is, krijgt zij vanwege haar verbinding met de subsidiebeschikking op grond van de Awb toch een publiekrechtelijk karakter. Om echter te voorkomen dat de uitvoeringsovereenkomst niet het karakter gaat krijgen van een opdracht, dient er terughoudend mee om te worden gegaan (hierover later meer).

Subsidietendering

Het verdient hier al de opmerking dat de systematiek van aanbesteden- hierover meer in § 2.3.3 - ook van toepassing kan zijn op het verstrekken van subsidies. Voor deze bestuursrechtelijke vorm van aanbesteden wordt gebruik gemaakt van het zogenoemde subsidietendersysteem.

²³ Hof Amsterdam 4 juni 1991, nr. 6010/89.

²⁴ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 25.

²⁵ Art. 1:3 lid 2 Awb.

²⁶ Art. 4:42 Awb

²⁷ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 21-22.

²⁸ Art. 4:36 Awb.

Voorheen werden subsidies enkel verstrekt op basis van ‘wie-het-eerst-komt-wie-het-eerst-maakt’ principe, maar tegenwoordig klinkt de systematiek van het aanbestedingsrecht steeds meer door in de bestuursrechtelijke praktijk.²⁹ Wanneer een gemeente subsidie vertrekt kan zij namelijk verschillende partijen laten deelnemen aan een zogenoemde subsidietender. Hierbij dienen de partijen een aanvraag in en wordt op basis van kwaliteit een rangorde bepaald. Dit tendersysteem dient als verdelingsmechanisme en zorgt ervoor dat alle partijen kunnen strijden om een bepaalde bron van inkomsten.³⁰ De spelregels voor subsidietendering zijn niet zo makkelijk te vinden, maar een aantal instructies staan met name in de artikelen 4:23, 4:26 en 4:27 van de Awb. Aangezien de instructies te vinden zijn in de Awb is het bestuursrecht van toepassing. Dit in tegenstelling tot de aanbestedingspraktijk bij opdrachten, zoals later zal blijken, waarbij het privaatrecht en de aanbestedingsreglementen (o.a. Bao en Bass) gelden.

De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, die ook in §2.3.3 aan bod zullen komen, zijn wel terug te vinden in het bestuursrechtelijke subsidietendersysteem. Aangezien het gelijkheidsbeginsel deel uitmaakt van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.), is een gemeente er aan gebonden tijdens de uitvoering van al haar publiekrechtelijke taken. Bij subsidietendering dient het gelijkheidsbeginsel wel minder ruim te worden uitgelegd, dit in tegenstelling tot de privaatrechtelijke aanbestedingspraktijk. Het transparantiebeginsel is ook terug te vinden in de bestuursrechtelijke praktijk. Zo dient de aanvraag inzichtelijk en de beoordeling toetsbaar te zijn.³¹ Het derde algemene beginsel is het objectiviteitsbeginsel, wat in het bijzonder vervat is in het fair-play-beginsel (a.b.b.b.). Met andere woorden, de gemeente moet al haar taken zonder vooringenomenheid vervullen. Er mag geen sprake zijn van ‘vriendjespolitiek’ en een zorgvuldige opstelling is vereist. De jurisprudentie laat zien dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht – dus ook binnen het bestuursrecht- steeds ruimer worden uitgelegd. Hiermee doen gemeenten er verstandig aan zich te verdiepen in de bijzondere werking van de beginselen van het aanbestedingsrecht. Het lijkt er namelijk op dat het uitschrijven van subsidietenders een ingewikkelde en juridische aangelegenheid gaat worden.

2.2.4 Gevolgen

Een mogelijk gevolg kan zijn dat er over subsidies omzetbelasting (btw) moet worden betaald. In beginsel zijn subsidies onbelast, maar als de subsidieontvanger een prestatie levert aan de gemeente, waarbij de subsidie feitelijk de vergoeding is van de prestatie, is de btw heffing wel aan de orde. In de ogen van de belastingdienst is er dan sprake van een prestatie/opdracht. Daarnaast is er altijd btw verschuldigd als de subsidie in omvang rechtstreeks met de prijs van de handeling verband houdt (prijssubsidie).³² Bijvoorbeeld het verstrekken van subsidie per verkocht toegangsbewijs om zo de prijs van de toegangskarten tegen een lage prijs aan te kunnen bieden. Om echter aan te kunnen tonen of er sprake is van prijssubsidies moet worden nagegaan of de afnemers van de prestatie voordeel halen uit het feit dat er subsidie is toegekend.

Een voorbeeld: Wanneer is er sprake van een rechtstreeks verband?

Indien een afnemer van de prestatie voordeel kan halen uit het feit dat er een subsidie is toegekend, is er sprake van een rechtstreeks verband tussen de subsidie en de prestatie. De door de afnemer te betalen prijs is zo vastgesteld, dat de prijs daalt naar gelang de aan de subsidieontvanger toegekende subsidie. De subsidie is dus medebepalend voor de gevraagde prijs.³³ Op basis van het bovenstaande heeft de rechtbank in Haarlem dan ook geoordeeld dat de subsidie voor de exploitant van een sporthal niet aan te merken is als een prijssubsidie, daar de hiervoor in rekening gebrachte huurprijzen

²⁹ Gst. 2009,69, Subsidietendering.

³⁰ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 48.

³¹ Rechtbank Arnhem 31 januari 2008, *LJN* BC3256.

³² Art. 11 A, lid 1, sub a van de Zesde Richtlijn 77/388/EEG.

³³ HvJ EG 22 november 2001, zaak C-184/00.

overeenkomen met de in de regio gangbare prijs. De afnemers van de prestatie (de huurders van de hal) hebben dan ook geen voordeel kunnen behalen. Hierdoor is de subsidie niet belast en hoeft de exploitant geen btw af te dragen.³⁴

Indien een gemeente subsidies verstrekt die eigenlijk belast hadden moeten zijn met btw, kan de subsidieontvanger hiervan de dupe worden. De subsidieontvanger moet dan namelijk btw afdragen over de ontvangen subsidie en houdt per saldo minder over. Indien de subsidieontvanger de btw wil verhalen op de gemeente, kan zij proberen de gemeente een factuur te sturen met enkel de btw. Als de gemeente de btw niet kan claimen bij het BTW-compensatiefonds³⁵, kost het de gemeente dus wel extra geld.

Een ander gevolg ziet op de mogelijkheid van bezwaar en beroep indien er geschillen zijn omtrent het verstrekken van subsidies.³⁶ Bezwaar kan worden aangetekend bij de gemeente die het besluit heeft genomen en beroep kan vervolgens worden ingesteld bij de bestuursrechter. Deze rechter is vrij toegankelijk, omdat er geen procesvertegenwoordiging nodig is.

2.2.5 Staatssteun

In deze paragraaf wordt een enkel woord gewijd aan het onderdeel subsidies en Europees recht. De vraag die hierbij rijst, is wanneer een subsidie als staatssteun moet worden beschouwd. Gezien de complexiteit van deze materie, kan hierover niet alles gezegd worden. Indien een gemeente op basis van hetgeen hieronder is beschreven denkt dat er mogelijk sprake is van (ongeoorloofde) staatssteun, is het aan te raden er een gespecialiseerde jurist naar te laten kijken.

In artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)³⁷ zijn regels opgenomen die aangeven wanneer subsidies een vorm van staatssteun kunnen zijn. In lid 1 van dit artikel staat het *verbod* op staatssteun vermeld:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

Anders gezegd:

- b de steun wordt door een gemeente verleend of met gemeenschapsgeld bekostigd;
- b de steun levert een economisch voordeel aan onderneming(en), die zij niet langs de normale commerciële weg zouden hebben gekregen;
- b dit voordeel komt ten goede aan een bepaalde onderneming(en);
- b het voordeel vervalst de concurrentie (of dreigt deze te vervalsen) en heeft een sterke invloed op de handel tussen de lidstaten.³⁸

Indien aan de eerste drie voorwaarden is voldaan, is er waarschijnlijk sprake van staatssteun en dient de steun gemeld te worden bij de Europese Commissie. De steunmaatregel mag pas worden uitgevoerd als de Commissie een goedkeurende beschikking heeft afgegeven. Wordt de steun niet aangemeld kan dat zowel juridische als financiële risico's met zich mee brengen. Ook kan het leiden tot een vertrouwensbreuk tussen de gemeente en de desbetreffende onderneming(en). Ter uitsluiting van elk risico is het dus aan te raden een geplande steunmaatregel voor te leggen aan de Commissie.

³⁴ Rechtbank Haarlem 19 februari 2009, LJN BH3508.

³⁵ Zie § 5.4.2 voor nadere toelichting BTW-compensatiefonds.

³⁶ Hoofdstuk 6 en 7 van de Awb.

³⁷ Oud art. 87 lid 1 van het EG-Verdrag.

³⁸ <http://www.europadecentraal.nl/menu/550/Kernvragen.html>.

Wanneer de steunmaatregel echter ‘de minimisgrens’ van €200.000,- over een periode van drie belastingjaren *niet* te boven gaat, is er *geen* sprake van (ongeoorloofde) staatssteun en mag de gemeente het bedrag aan de onderneming uitkeren.³⁹ Om te toetsen of ‘de minimisgrens’ is behaald, moeten alle bedragen die aan de onderneming zijn verstrekt door overheden worden opgeteld. Ook kan het zijn dat een steun valt onder de vrijstellingen⁴⁰ die door de Europese Commissie zijn goedgekeurd. Hierdoor hoeven een aantal maatregelen niet te worden aangemeld en geldt enkel de kennisgevingsplicht.

Mocht een gemeente, onderneming of andere belanghebbende partij het niet eens zijn met de beslissing van de Europese Commissie, staat de mogelijkheid van beroep open bij een van de Europese gerechtelijke instanties.⁴¹

2.3 Overheidsopdracht

Wanneer bedrijven of (commerciële) instellingen diensten of goederen ten behoeve van een gemeente (als rechtspersoon) leveren, of wanneer zij op kosten van de gemeente leveren aan derden, sluiten zij hiervoor een overeenkomst met de gemeente. Bij het sluiten van de overeenkomst verplichten beide partijen zich aan afspraken te houden. Dit soort overeenkomsten gesloten met een overheid (hierna gemeente) worden overheidsopdrachten genoemd. In de praktijk worden overheidsopdrachten ook vaak als inkoop, inkoop van diensten of kortweg opdracht aangeduid.

Wanneer er overeenkomsten (opdrachten) gesloten worden waarmee hoge bedragen gemoeid zijn, komt de Europese regelgeving in beeld. Om ervoor te zorgen dat de concurrentie bij deze overheidsopdrachten wordt gegarandeerd, moeten opdrachten die een bepaald drempelbedrag te boven gaan, Europees worden aanbesteed.⁴² Hierover meer in §2.3.3.

2.3.1 Definitie overheidsopdracht

Het begrip overheidsopdracht vloeit voort uit artikel 7:400 BW en het specifieke artikel 1, lid 2, sub a van Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao).⁴³

Art. 7:400 lid 1 BW

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

Art. 1 lid 2 onder a van de Richtlijn

“Overheidsopdrachten” zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

³⁹ Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie (de-minimissteun).

⁴⁰ Art. 1 lid 1 sub a van EG Verordening nr. 994/98 van de Raad.

⁴¹ Te weten het Europese Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg.

⁴² Richtlijn 2004/18/EG, onder punt 2.

⁴³ http://www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/bao_en_bass.

Een opdracht is beperkt tot het verrichten van werken en diensten in zelfstandigheid - buiten dienstbetrekking- en dus niet in ondergeschiktheid. Hierdoor vallen arbeidsovereenkomsten niet onder het begrip opdracht.

2.3.2 Kenmerken van het begrip overheidsopdracht

Het begrip overheidsopdracht bestaat uit een aantal kenmerken die samen bepalen wat het begrip (juridisch gezien) inhoudt:

- a. schriftelijke overeenkomst
- b. onder bezwarende titel;
- c. ondernemer(s);
- d. aanbestedende dienst(en).

Ad a: schriftelijke overeenkomst

Er is sprake van een (schriftelijke) overeenkomst als de ene partij het aanbod van de andere partij accepteert. Overeenkomsten zijn tweezijdige beslissingen en onderscheiden zich daarom ook van (subsidie)beschikkingen. Beschikkingen zijn namelijk eenzijdige beslissingen, aangezien de beslissing alleen door het bestuursorgaan wordt genomen.

Ad b: bezwarende titel

Met het kenmerk “*onder bezwarende titel*” wordt bedoeld dat werken, goederen of diensten niet ‘voor niks’, maar tegen betaling moeten worden uitgevoerd/geleverd. Er moet een duidelijke op geld waardeerbare tegenprestatie worden geleverd. Voorbeelden hiervan zijn de geldelijke betaling voor de opdrachtvervulling (de prijs), maar ook de kwijtschelding van belastinggelden of het ter beschikking stellen van producten in natura die in de uitvoering van de opdracht gebruikt worden.

Ad c: ondernemer(s)

De term ‘ondernemer’ dekt zowel de termen ‘aannemer’, ‘leverancier’, of ‘dienstverlener’. De termen omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen of lichamen die de uitvoering van werken of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt.⁴⁴

Ad d: aanbestedende dienst(en)

Volgens artikel 1 lid 9 van de richtlijn wordt met een ‘aangebestede dienst’ bedoeld de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. Gemeenten vallen onder het begrip territoriale lichamen en worden dus gezien als een aanbestedende dienst, wanneer zij een opdracht plaatsen bij een dienstverlener.

2.3.3 Werkingssfeer

Wanneer een gemeente een overeenkomst aan wil gaan ter uitvoering van werken of ter levering van goederen of diensten, kan zij hiervoor meerdere partijen (ondernemers) benaderen, om zich voor de opdracht in te schrijven. Door de verschillende inschrijvingen naast elkaar te leggen, kan de gemeente uiteindelijk komen tot een zo gunstig mogelijke inkoop. Er zijn twee criteria aan de hand waarvan een gemeente de inschrijving kan beoordelen. De gemeente kan kiezen voor de laagste prijs of voor de inschrijving die economisch gezien het voordeligst is. Hierdoor wordt de marktwerking bevorderd en kunnen vraag en aanbod zorgvuldig op elkaar worden afgestemd. Deze manier van uitbesteden van opdrachten wordt ook wel *aangebesteden* genoemd.

Binnen het aanbestedingsrecht gelden een aantal kernbegrippen. Het fundamentele beginsel in het aanbestedingsrecht is het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel ziet erop dat ondernemers op een niet

⁴⁴ Art. 1 lid 8 Richtlijn 2004/18/EG.

discriminerende wijze worden behandeld. Daarnaast geldt het transparantiebeginsel, wat ervoor moet zorgen dat ondernemers vooraf moeten kunnen begrijpen wat van hen wordt verwacht en moet achteraf kunnen worden teruggevonden hoe de aanbestedingsprocedure is verlopen. Hierdoor wordt voorkomen dat ondernemers, bijvoorbeeld door verrichte leveringen in het verleden aan de gemeente, over meer informatie beschikken dan andere en daarmee in een bevoordeelde positie komen. Als laatste algemene beginsel van het aanbestedingsrecht kan het objectiviteitsbeginsel worden genoemd. Dit beginsel vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel en ziet op een objectieve vergelijking van de ingediende inschrijvingen. De reikwijdte van dit beginsel wordt onder andere bepaald door het feit dat de gemeente zich onpartijdig moet opstellen en de vereiste eerlijkheid in acht moet nemen.⁴⁵ Een gemeente moet zich altijd objectief opstellen en er mag geen sprake zijn van ‘vriendjespolitiek’.

Afhankelijk van de hoogte van het bedrag van de opdracht, moet de gemeente (aanbestedende dienst) bepalen of verplicht moet worden aanbesteed of niet. Vanuit Europa zijn algemene aanbestedingsregels opgelegd aan de individuele landen. De Europese richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in het Bao en het Bass (Besluit aanbestedingen speciale sectoren). Gaan de waardes van de opdracht een bepaald drempelbedrag⁴⁶ te boven, is de gemeente verplicht Europees aan te besteden. Zij dient zich dan te houden aan de zojuist besproken richtlijnen. Indien de waarde onder het drempelbedrag blijft zijn deze richtlijnen niet van toepassing maar worden vaak eigen beleidsregels gehanteerd om toch een bepaalde aanbestedingsprocedure te kunnen volgen. Een voorbeeld hiervan kan zijn dat een gemeente meerdere offertes opvraagt bij verschillende ondernemingen (marktpartijen). Besluit een gemeente een opdracht, onder de drempelwaarde, toch aan te besteden dan moeten de beginselen van het aanbestedingsrecht wel in acht genomen worden. Wanneer er sprake is van aanbesteding zijn er verschillende aanbestedingsprocedures mogelijk.⁴⁷

2.3.4 Gevolgen

Wanneer een gemeente haar opdrachten Europees aanbesteedt houdt zij zich aan de aanbestedingsrichtlijnen (in Nederland geïmplementeerd in het Bao en Bass). In deze richtlijnen zijn termijnen opgenomen en verschillende vereisten waaraan de inschrijver – de onderneming- ten minste moet voldoen. Aangezien de richtlijnen Europese wetgeving zijn, moeten deze richtlijnen nageleefd worden. Bij overtreding van deze wetgeving kan de gemeente verschillende ‘gevaaren’ lopen.

Indien een gemeente -als aanbestedende dienst- de aanbestedingsregels niet nakomt, kan zij zowel nationaal als internationaal worden aangeklaagd. Op nationaal niveau kan een benadeelde onderneming bij de *civiele rechter* een bodemprocedure starten. In deze procedure zal de onderneming vragen om een schadevergoeding. Wanneer hij kan aantonen dat hij bij een juiste toepassing van de aanbestedingsprocedure de opdracht zou hebben gekregen, zal de gemeente de schadevergoeding moeten betalen. Indien een benadeelde onderneming een vordering in kort geding indient, kan de uitspraak al binnen enkele weken plaatsvinden. Deze vorderingen gaan vaak over het verzoek tot schorsing van de aanbestedingsprocedure en het opleggen van een dwangsom.

Naast de nationale procedures is het ook mogelijk op Europees niveau te procederen. Op basis van een klacht van de benadeelde uit een bepaalde lidstaat of uit eigen onderzoek van de Europese Commissie, wordt de kwestie voorgelegd aan het Europese Hof. Voordat de Commissie de zaak echter indient bij het Hof, wordt de lidstaat⁴⁸ eerst in de gelegenheid gesteld de overtreding ongedaan te maken. Als de zaak naar tevredenheid is opgelost hoeft het Europese Hof niet meer ingeschakeld te worden.

⁴⁵ Ook wel aangeduid als fair-play-beginsel.

⁴⁶ Bijlage 1: Drempelwaarden Europees Aanbestedingsrecht 2010/2011.

⁴⁷ Gemeente Eindhoven hanteert haar eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid. Deze beleidsnota geeft uitgangspunten en richtlijnen aan de hand waarvan de inkoop en aanbesteding van diensten heeft te verlopen.

⁴⁸ De lidstaat waarin de aanbestedende dienst is gevestigd wordt aangesproken, aangezien zij verantwoordelijk zijn voor de correcte toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen.

Het niet nakomen van de aanbestedingsregels kan dus nare gevolgen met zich mee brengen. Naast een schadevergoeding en het opleggen van een dwangsom kan een rechter ook een gebod tot staking van de uitvoering en aanbesteding opleggen of de overeenkomst vernietigen. Tevens kan de rechter de gemeente verplichten nieuwe aanbestedingsprocedures te voeren.⁴⁹

Een heel ander gevolg ziet op de betaling van omzetbelasting (btw). Indien een ondernemer een overeenkomst sluit met een gemeente, dient het bedrag vastgesteld te zijn exclusief btw. Er is namelijk sprake van geleverde goederen of diensten aan de gemeente en de gemeente heeft er rechtstreeks voordeel van.

⁴⁹ <http://www.pianoo.nl/visie-8-subsidie-of-overheidsopdracht>.

3 Verschillen

Gezien de gevolgen die besproken zijn in het vorige hoofdstuk is het van belang om een weloverwogen en gemotiveerde keuze te maken tussen subsidie of opdracht. Om de keuze te kunnen maken, is het nodig de verschillen tussen beide begrippen boven tafel te krijgen. Dit kan door de definities met uitleg naast elkaar te leggen en te vergelijken.

Hieronder volgt een schematisch overzicht van de verschillen tussen opdracht (rechter kolom) en subsidie (linker kolom) die mede bepaald zijn aan de hand van de definities. Wanneer er zich meerdere aspecten uit de rechterkolom voordoen, en minder uit de linker, is in een bepaalde situatie waarschijnlijk sprake van subsidie (en vice versa). Wanneer er sprake is van een vermenging van kenmerken moet er aan de hand van een aantal indicatoren bepaald worden welke keuze moet worden gemaakt. Deze indicatoren van het ‘grijze gebied’ worden in het volgende hoofdstuk besproken.

	Subsidie	Opdracht
1	De definitie staat in artikel 4:21 Awb en betreft een beschikking eventueel met uitvoeringsovereenkomst (bestuursrecht).	De definitie staat in artikel 7:400 BW en artikel 1 lid 2 van de Richtlijn 2004/18/EG en betreft een schriftelijke overeenkomst (privaatrecht).
2	Recht op betaling subsidie nadat de activiteiten hebben plaatsgevonden (dit volgt uit <i>de aanspraak</i>).	In beginsel bestaat er niet de plicht tot gunnen.
3	Subsidie wordt door de gemeente (als publiekrechtelijk orgaan) verstrekt. Het betreft een eenzijdige rechtshandeling (in beginsel geen prestatieplicht).	Opdracht betreft een tweezijdige rechtshandeling tussen een ondernemer(s) en een gemeente gesloten (de gemeente treedt hier op als rechtspersoon). Er is sprake van aanbod en aanvaarding.
4	Subsidie is gericht op het laten uitvoeren van de activiteiten die het algemeen belang treffen.	Opdracht is in het belang van de gemeente en gericht op activiteiten tegen het ‘gunningscriterium’, de laagste prijs of economisch gezien het voordeligst.
5	Subsidieregeling is van toepassing (Awb en subsidieverordening).	De contract- en inkoopvoorwaarden zijn van toepassing.
6	Bij bezwaar/beroep tegen de subsidiebeschikking is de bestuursrechter bevoegd.	De civiele rechter is bevoegd.
7	In beginsel geen btw (enkel bij prijssubsidies).	In beginsel wel btw verschuldigd.
8	Geen uitdrukkelijke aanbestedingsverplichting, wel is	Vaak aanbestedingsplicht ingevolge het aanbestedingsbeleid of de

	subsidietendering mogelijk.	Europese aanbestedingsrichtlijnen.
9	Ter ondersteuning van beleid of bevordering algemeen belang wordt er een geldelijke <i>tegemoetkoming</i> geleverd (<i>anders dan betaling</i>) door de gemeente.	<i>Betaling</i> voor aan de gemeente geleverde goederen of diensten.

4 Vrije Keuze?

Indien een verstrekking een subsidie is in de zin van de Awb, kan een financiering dan toch aangemerkt worden als opdracht? En in hoeverre mag zomaar van het privaatrecht gebruik worden gemaakt, terwijl een gemeente als overheidsinstantie haar plaats vindt in het publiekrecht? Om deze vragen te kunnen beantwoorden dient er rekening gehouden te worden met de door de rechtspraak ontwikkelde doorkruisingsleer. Deze leer is ontstaan nadat er in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw, scherpe kritiek werd geuit op het feit dat de overheid (en dus ook de gemeente) in beginsel een keuzevrijheid had tussen het bewandelen van twee wegen, namelijk de wettelijke (publiekrechtelijk) of de privaatrechtelijke weg.

4.1.1 Tweewegenleer

Tot het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw werd de klassieke 'gemene rechtsleer' gevolgd. Deze leer beschouwde het privaatrecht als het algemene recht dat aanvaardbaar was, behalve als er een dringende reden was om hiervan af te wijken. De gemeente kon dus gewoon gebruik maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. De enkele beperking die werd opgelegd, was dat het bewandelen van de privaatrechtelijke weg niet in strijd mocht zijn met de wet en dat de gemeente geen misbruik mocht maken van haar bevoegdheden of machtspositie. Dit blijkt tevens uit het Kruseman-arrest uit 1962.⁵⁰

Aan deze 'tweewegenleer' zijn echter een aantal bezwaren verbonden. Bij hantering van het privaatrecht wordt in tegenstelling tot het publiekrecht, namelijk niet voorzien in verplichte advisering en inspraak. Ook staat niet de bestuursrechtelijk weg van rechtsbescherming open, zoals al eerder besproken, waarmee de burger een relatief laagdrempelige rechtsingang heeft. Tevens kan de gemeente door het gebruik van het privaatrecht zich van meer rechten en bevoegdheden verzekeren, alsook van een grotere vrijheid jegens haar tegenpartij. Ondanks deze bezwaren (en nog andere) heeft de wetgever slechts bij uitzondering de publiekrechtelijke weg exclusief voorgeschreven.⁵¹ Het is met name de rechter geweest die grenzen heeft verbonden aan het gebruik van de privaatrechtelijk weg.

4.1.2 Doorkruisingsleer

De Hoge Raad heeft in 1990 de tweewegenleer aangescherpt doormiddel van de leer van de 'onaanvaardbare doorkruising'. Hiermee is niet bedoeld het gebruik van het privaatrecht door gemeenten uit te sluiten, maar om de 'oude' tweewegenleer nader in te kleuren en te beperken. In het Windmill-arrest⁵² heeft de Hoge Raad een aantal criteria geformuleerd die moet aantonen of het hanteren van een privaatrechtelijke bevoegdheid de burger, uit het oogpunt van rechtswaarborgen, niet in een slechtere positie brengt. Voordat de criteria uit het Windmill-arrest worden toegepast moet er eerst een *voorvraag* te worden gesteld.

Voorvraag

Geeft de wet een uitdrukkelijk antwoord op de vraag of de privaatrechtelijke weg is toegestaan?

(Onder het begrip de wet wordt ook eerdere jurisprudentie verstaan of dat wat geldt in de algemeen gebruikelijke praktijk.)

Bij het bewandelen van de voorvraag blijkt dus van betekenis te zijn of de wetgever van de mogelijkheid gebruik heeft gemaakt om als het ware een stokje te steken voor het bewandelen van de

⁵⁰ HR 13 april 1962, *NJ 1964*, 366 (Kruseman).

⁵¹ Zowel in art. 122 van de Woningwet.

⁵² HR 26 januari 1990, *NJ 1991*, 393 (Windmill).

privaatrechtelijke weg. Kan de voorvraag echter niet bevestigend beantwoord worden, dan dient er gekeken te worden naar de criteria uit het Windmill-arrest.

Criteria

1. de inhoud en strekking van de betrokken regeling;
2. de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd;
3. of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken.

De Hoge Raad heeft bepaald dat de criteria in samenhang worden beoordeeld. Het is niet duidelijk aan welk criterium het meeste belang wordt gehecht, maar indien via de publiekrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kan worden behaald als via de privaatrechtelijke weg (zie punt 3), vormt dat een belangrijke aanwijzing dat er *geen* ruimte is voor het privaatrecht.⁵³

Voorbeeld 1: Ontruiming asielzoekerscentrum via burgerlijke rechter.

In dit arrest is op grond van het Windmill-arrest bepaald dat er *geen* sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de bestuursrechtelijke rechtsgang. Allereerst heeft de Staat (lees hier bestuursorgaan) geen mogelijkheid om via de publiekrechtelijke weg het asielzoekerscentrum te ontruimen (de mogelijkheid van het opleggen van een publiekrechtelijke dwangsom ontbreekt). Daarnaast is belanghebbende niet aangetast in zijn rechtspositie, doordat de mogelijkheid blijft bestaan de voorzitter van de Afdeling schorsing van de beschikking te vragen. De Hoge Raad heeft in dit arrest enkel de toets van het vergelijkbare resultaat (criteria 3) gebruikt en daar haar uitspraak op gebaseerd.⁵⁴

Voorbeeld 2: Sluiten van beschikkingvervangende subsidieovereenkomsten.

Met Europees geld heeft de provincie (lees hier bestuursorgaan) overeenkomsten gesloten met verschillende partijen ter bevordering van de werkgelegenheid in de agrarische sector. Door een geschil tussen de partijen kwam de vraag naar boven of het in deze wel was toegestaan om de subsidiebeschikking te vervangen door een privaatrechtelijke overeenkomst. Uiteindelijk heeft de Afdeling geoordeeld dat er niet van dwingend Awb-recht mag worden afgeweken, nu de provinciale verordening geen grondslag biedt om een beschikkingvervangende overeenkomst aan te gaan. Hierdoor levert het sluiten van een overeenkomst een onaanvaardbare doorkruising op van hetgeen in titel 4.2 Awb, en in het bijzonder in art. 4:36 Awb, is geregeld. Tevens is in deze uitspraak vast komen te staan dat de subsidietitel van de Awb ook van toepassing is bij de verstrekking van subsidies ten laste van Europese begrotingen.⁵⁵

4.1.3 Conclusie

Indien er een privaatrechtelijke overeenkomst (opdracht) wordt aangegaan en er eigenlijk gekozen had moeten worden voor het verstrekken van subsidie is er altijd sprake van een doorkruising van het

⁵³ Zie voor nadere toelichting de gehele publicatie van de VNG over de doorkruisingsleer in de gemeente praktijk: <http://www.vng.nl/smartsite.dws?id=96688&ch=DEF>.

⁵⁴ HR 18 februari 1994, AB 1994/415.

⁵⁵ ABRvS 19 april 2006, AB 2006/296.

systeem van de Awb. Ondanks dat deze regel niet is vastgelegd in de wet, dient er in dit soort gevallen van overlap dus gekozen te worden voor het subsidie-instrument.

5 Indicatoren

In hoofdstuk 2 is al aangegeven dat het zinsdeel “*anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*”, uit de begripsomschrijving van subsidie, de kern van het onderzoek raakt. Met dit zinsdeel is namelijk getracht het begrip subsidie te onderscheiden van het begrip opdracht.

5.1 Inleiding

Aangezien het in sommige gevallen lastig is om te bepalen of er sprake is van een betaling voor geleverde goederen of diensten, is in die gevallen een aantal indicatoren gegeven die dit “grijze gebied” mogelijk kunnen inkleuren. Het verdient hier al de opmerking dat geen enkel criterium op zichzelf staand doorslaggevend is. Hierdoor moet elke situatie aan de hand van alle indicatoren gewogen worden om uiteindelijk de ‘weegschaal’ naar één kant te kunnen laten zakken.

De indicatoren die hierna aan bod komen, zijn geformuleerd in het Nederlandse bestuursrecht en het Europese aanbestedingsrecht. Sommige indicatoren komen zowel in het Nederlandse bestuursrecht als in het Europese aanbestedingsrecht voor en hierdoor worden deze meermaals uitgelegd. Aangezien het ‘btw-aspect’ ook een rol kan spelen in de overweging, zoals eerder al is aangegeven, wordt er aan dit onderwerp ook een paragraaf gewijd.

5.2 Indicatoren vanuit het Nederlandse bestuursrecht

In deze paragraaf worden de indicatoren die de Nederlandse wetgever heeft geformuleerd in de Memorie van Toelichting besproken. De Tweede Kamer heeft bij wetsvoorstel 23 700 een aantal criteria gegeven, waarmee vastgesteld kan worden of er in een aantal gevallen sprake is van een commerciële transactie (opdracht) of van subsidie.⁵⁶ In paragraaf 2.2.2 kwamen deze al aan bod, maar gezien het belang van deze criteria worden ze hieronder nogmaals nader toegelicht.

1. Betrokkenheid van derden

Wanneer de verstrekking van financiële middelen gericht is op de bekostiging van een transactie tussen de subsidieontvanger en *derden*, is dit een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van subsidie. In dit soort gevallen wordt aan derden door de subsidieontvanger geleverd of krijgen derden een voorziening, product of levering. Een voorbeeld hiervan is het uitlenen van boeken door een bibliotheek (subsidieontvanger) aan derden (lezers). In deze situatie is er sprake van een driepartijenverhouding en dit geeft een sterke aanwijzing dat het om subsidie gaat. Indien er goederen of diensten geleverd worden aan een gemeente en er enkel een transactie plaatsvindt tussen deze gemeente en de leverancier, geeft dit een sterke aanwijzing dat er juist sprake is van een commerciële transactie (opdracht). De kring van betrokkenen beperkt zich hier tot de gemeente en leverancier/contractspartij.

Voorbeeld: Vergoeding collectief vraagafhankelijk vervoer (hierna CVV)

De provincie (lees hier bestuursorgaan) verstrekt een vergoeding aan Connexxion voor CVV. Aangezien de vergoeding mede ten goede komt aan de reizigers, die als ontvanger van de vervoersdiensten worden aangemerkt, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna het College) mede op grond van deze indicator bepaald dat er sprake is van een subsidie. Het betreft namelijk een transactie tussen de subsidieontvanger (Connexxion) en derden (reizigers).⁵⁷

⁵⁶ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.

⁵⁷ CBB 24 februari 2005, AB 2005/165, r.o. 5.3.

2. Hoogte van het verstrekte bedrag

Indien een gemeente de kosten van de activiteit plus een zekere winstmarge betaalt, geeft dit een belangrijke aanwijzing dat het gaat om een commerciële transactie. Hierbij is de vergoeding een reële economische tegenprestatie (oftewel de marktprijs).

Wanneer een gemeente echter alleen een deel van de kosten betaalt of een vergoeding toekent die onmiskenbaar ver boven de marktprijs ligt, kan aangenomen worden dat er sprake is van subsidie.⁵⁸ Ook kan er sprake zijn van subsidie als een gemeente alle kosten vergoed maar er geen winstmarge wordt betaald. Het vergoeden van de gehele kosten zonder winstmarge komt regelmatig voor bij het subsidiëren van welzijnsinstellingen.

Voorbeeld 1: Hier kan weer het voorbeeld van het realiseren van gemeentelijke kinderopvangplaatsen worden aangehaald uit § 2.2.2.

De Afdeling oordeelde in haar arrest dat er sprake was van subsidie aangezien de betaling van de gemeente aan de stichting niet strekte tot vergoeding van de werkelijke kosten. Er was slechts sprake van een tegemoetkoming in de kosten per kinderopvangplaats.⁵⁹

Voorbeeld 2: Hier kan ook het voorbeeld van het CVV weer worden aangehaald.

Aangezien de betaalde bedragen van de provincie aan Connexxion slechts een gedeelte van de kosten van de exploitatie dekken, en de exploitatiebijdrage niet gezien kan worden als een reële economische tegenprestatie, is er *geen* sprake van een betaling aan het bestuursorgaan. Hierdoor kan mede bepaald worden dat er sprake is van subsidie.⁶⁰

3. Initiatief nemen

De subsidieverstrekking wordt altijd vooraf gegaan door een subsidieaanvraag. Daarmee komt bij subsidie het initiatief van de aanvrager. Indien een gemeente het initiatief neemt, zit de gemeente blijkbaar om een dienst verlegen en wordt de prestatie ten behoeve van de gemeente verricht. In dit soort gevallen dient de subsidie beschouwd te worden als een opdracht. Als een gemeente het initiatief neemt om ervoor te zorgen dat een bepaalde activiteit wordt gestimuleerd, is het altijd nog aan de subsidieontvanger om een aanvraag in te dienen. Hierdoor komt het initiatief uiteindelijk toch van de subsidieontvanger door het indienen van de aanvraag, en is er duidelijk sprake van subsidie. Indien het niet duidelijk is van wie het initiatief is uitgegaan kunnen bijkomende omstandigheden soms ook aanwijzingen bieden. Bijvoorbeeld door te kijken naar de afspraken die er zijn gemaakt over de publicatie van een onderzoek.⁶¹

Voorbeeld: Bijdragen project Samenwerking Oost-Europa.

In dit arrest heeft het College bepaald dat er sprake was van subsidie. Het College vond dat de bijdrage gericht was op het stimuleren van activiteiten en het ging om een vergoeding van slechts een deel van de kosten. Daarnaast benadrukte het College dat het *initiatief* bij de deelnemers van het project lag, aangezien zij zelf initiatief moesten nemen om voor een bijdrage voor de uitvoering van het project in aanmerking te kunnen komen.⁶²

4. Bijkomende omstandigheden

⁵⁸ Van Buuren & Borman, (red.) 2009, p. 183.

⁵⁹ AB 2001/335.

⁶⁰ AB 2005/165.

⁶¹ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p.33.

⁶² CBB 9 juli 2008, AB 2008, 340.

Om te bepalen of er sprake is van subsidie of opdracht zijn het soms de bijkomende omstandigheden die soelaas kunnen bieden.⁶³ Daarom dient ieder geval op zichzelf bekeken te worden. Eventueel kan worden aangesloten bij jurisprudentie over de heffing van btw⁶⁴.

Voorbeeld: Vergoeding voor prestatie.

Een aannemer heeft voor de bouw van energiezuinige woningen een financiële bijdrage ontvangen. Doordat deze bijdrage door de belastinginspecteur werd gezien als een vergoeding voor een prestatie aan de overheid (lees bestuursorgaan), moest er over dat bedrag omzetbelasting worden betaald.⁶⁵ Het Hof heeft echter geoordeeld dat er geen sprake was van een vergoeding voor een prestatie, nu de overheid niet rechtstreeks baat heeft gehad bij de door de aannemer aangebrachte energiebesparende voorzieningen. De overheid heeft de bijdrage enkel uitgekeerd op grond van het algemeen belang dat gediend is met de bevordering van verantwoord energieverbruik. De Hoge Raad sloot zich aan bij de uitspraak van het Hof.⁶⁶

5.3 Indicatoren vanuit het Europese aanbestedingsrecht

Hieronder worden de indicatoren uit het werkdokument van de Europese Commissie en het rapport van de PIANOO-vakgroep & Aanbestedingsrecht, vanuit het Europese recht besproken. Beide instanties zijn expert op het gebied van het aanbestedingsrecht.

5.3.1 Europese Commissie

De Europese Commissie heeft in haar werkdokument “Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest” (SEC 2007/1514) een viertal indicatoren genoemd die een hulpmiddel vormen bij het maken van onderscheid tussen financieringsrelaties waarop het staatssteunregime van toepassing is en opdrachten waarop de aanbestedingsregels van toepassing zijn. Indien volgens de indicatoren een subsidie voldoet aan de omschrijving van opdracht, dient deze opdracht op grond van de algemene richtlijn (2004/18/EG) tevens Europees aanbesteed te worden.

1. Prestatieplicht subsidieontvanger

Gezien de begripsomschrijving van artikel 1 lid 2a van de richtlijn wordt met ‘bezwarende titel’ bedoeld: het over en weer in het leven roepen van rechten en plichten voor beide partijen. In het geval van subsidieverlening worden geen wederzijdse verplichtingen opgelegd en is de subsidieontvanger niet verplicht om de gesubsidieerde activiteit uit te voeren en daarmee te presteren.⁶⁷ De subsidieontvanger loopt enkel het risico dat het subsidiebedrag niet, of deels wordt uitbetaald. De achterliggende gedachte van het subsidie-instrument is het stimuleren van activiteiten en niet het inkopen van ‘diensten’. Hierdoor hoeft een subsidie op grond van de Awb niet te worden aanbesteed, aangezien de Algemene Richtlijn enkel overheidsuitgaven reguleert die voortvloeien uit een opdracht aan de markt om tegen betaling een werk uit te voeren, een dienst te verrichten of een product te leveren. Het verdient hier de opmerking dat de staatssteunregels⁶⁸ wel gelden.

Wanneer de ‘prestaties’ van de subsidieontvanger echter worden afgedwongen in een uitvoeringsovereenkomst⁶⁹, neigt de subsidie evenwel naar het karakter van een opdracht. Ook zonder zo’n overeenkomst zou sprake kunnen zijn van een opdracht. In dit soort situaties moet er materieel

⁶³ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.

⁶⁴ Hierover meer in § 4.4 De Belastingdienst.

⁶⁵ Art. 4 lid 1 Wet OB 1968.

⁶⁶ HR 23 oktober 1991, BNB 1991/356.

⁶⁷ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 62.

⁶⁸ Zie paragraaf 2.2.5 over staatssteun.

⁶⁹ Art. 4:26 lid 2 Awb.

gezien gekeken worden naar de totale rechtsverhouding tussen de partijen. Indien de wederzijdse prestatieplicht aangetoond kan worden, bijvoorbeeld uit een briefwisseling, draagt dat stuk bij aan het bewijs dat er sprake is van een opdracht. Ook spelen de aard van de dienst, de wijze waarop in het verleden de dienst is gecontracteerd en de aard van de subsidierelatie (langdurig/bestendig) een belangrijke rol.⁷⁰

Voorbeeld: Gemeentelijke bijdrage aan winkelwoningcomplex

Op grond van een gemeentelijke verordening werd er subsidie verstrekt aan de eigenaar van een winkelwoningcomplex. De bijdrage werd echter toegekend onder een aantal bijkomende voorwaarden, waaronder de ondertekening van een raamovereenkomst.⁷¹ In deze overeenkomst verplichtte de eigenaar zich tot renovatie van het complex. Het Hof en de Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van een opdracht daar de eigenaar jegens de gemeente meerdere verplichtingen op zich had genomen en de bijdrage dus moest worden aangemerkt als een vergoeding voor aan de gemeente verrichte diensten. De enkele omstandigheid dat de dienst het algemeen belang diende, gaf hier niet de doorslag.⁷²

2. Publiekrechtelijke verantwoordelijkheid

Doorgaans worden subsidies vertrekt op initiatief van de aanvrager die daarbij rechtstreeks belang heeft. Daarnaast zijn subsidies bedoeld om het algemeen belang te dienen. Hierin zit hem dan ook de moeilijkheid. Een gemeente heeft namelijk bepaalde publiekrechtelijke taken, waar zij verantwoordelijk voor is en die het algemeen belang dienen. Zo is een gemeente bijvoorbeeld verantwoordelijk voor haar eigen infrastructuur en dient zij er zorg voor te dragen dat het huisvuil wordt opgehaald. Dit soort taken kunnen gemeenten vaak niet in eigen beheer uitvoeren en daarom worden deze taken uitbesteed. De gemeente neemt dan het initiatief om ervoor te zorgen dat haar taken worden uitgevoerd. De uitvoering van deze taken raakt daarmee het rechtstreekse belang van de gemeente en tevens het algemene belang van de burgers.

Volgens het werkdocument van de Europese Commissie vormt de omstandigheid dat een bepaalde taak binnen de gemeentelijke verantwoordelijkheid valt, een sterke aanwijzing dat er sprake is van een opdracht. Door deze verplichte taken zijn gemeenten namelijk gehouden de dienst als het ware “in te kopen” en moet de opdrachtnemer ook verplicht nakomen. Ook heeft de rechtbank in Zwolle in een van haar uitspraken bepaald dat het uitvoeren van werkzaamheden, die behoren tot de wettelijke taak van een bestuursorgaan, als opdracht dienen te worden aangemerkt.⁷³

Echter is de omstandigheid dat er sprake is van een publiekrechtelijke taak, niet doorslaggevend voor het bestaan van een opdracht. Een voorbeeld waarin dit gegeven wordt bevestigd geeft de wetgever in de parlementaire geschiedenis van de Wmo⁷⁴. Hierin is bepaald dat er naast inkoop (opdracht) van maatschappelijke ondersteuning ook gekozen kan worden voor het subsidie-instrument. Hierdoor dient er dus altijd gekeken te worden naar de wijze waarop invulling is gegeven aan de wettelijke taakopdracht.⁷⁵ In het voorbeeld van de Wmo kan de financiële ondersteuning voor de hulp in het huishouden dus op verschillende manieren worden gecreëerd. Indien een gemeente degene die huishoudelijke hulp nodig heeft, daarvoor een bedrag geeft om de hulp zelf in te kopen, kan dat bedrag als een subsidie worden aangemerkt. Als de gemeente echter de hulp bij de huishouding inkoopt bij een derde zal de balans doorslaan ten gunste van een opdracht. De derde zal namelijk winstoogmerk hebben en de gemeente zal verschillende partijen benaderen voor een offerte (aanbesteden).

⁷⁰ Rapport Het Leertje van de kraan 2008, bijlage 1, p. 12-13.

⁷¹ Een overeenkomst gesloten tussen een aanbestedende dienst(en) en een ondernemer(s) met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen.

⁷² HR 8 december 1993, nr. 29198, V-N 1994/401.

⁷³ Rechtbank Zwolle 12 december 2007, LJN BC0341.

⁷⁴ Wet maatschappelijke ondersteuning.

⁷⁵ Rapport Het Leertje van de kraan 2008, bijlage 1, p. 15.

Voorbeeld: Subsidie op grond van een publiekrechtelijke taak.

De Stichting Koppeling, die fungeert als doorgeefluik van de overheid, heeft vergoedingen verstrekt aan Stichting Parnassia Bavo Groep ter compensatie van de kosten die deze laatste stichting heeft gemaakt voor het verlenen van psychiatrische zorg aan illegale vreemdelingen. De werkzaamheden die Parnassia verricht strekken tot ondersteuning van de zorgplicht die onder meer voortvloeit uit artikel 3 EVRM en tot bescherming van de Nederlandse volksgezondheid. Ondanks het feit dat er sprake is van een publiekrechtelijk taak van de overheid (lees hier bestuursorgaan) heeft de Afdeling geoordeeld dat het in dit specifieke geval toch aanvaardbaar is de financiering aan te merken als zijnde een subsidie (met toepassing van art. 4:23 lid 3, aanhef en onder c Awb). De financiële bijdrage diende hier enkel ter stimulering en vloeide niet rechtstreeks voort uit de rechtsplicht (de wijze van invulling van de rechtsplicht is dus belangrijk).⁷⁶

Een ander voorbeeld is gebleken uit het eerder aangehaalde arrest van de Raad van State over de bijdrage kinderopvang, waarin is bepaald dat er sprake is van subsidie als slechts een gedeelte van de kosten wordt vergoed. Daarbij komt dat er in dit voorbeeld sprake is van een uitvoering van een wettelijke taak van rijkswege, waardoor de gemeente enkel fungeert als doorgeefluik voor het Rijk, en daardoor toch sprake is van subsidie.⁷⁷

3. Activiteiten nauwkeurig omschreven

Het werkdocument van de Europese Commissie sluit in haar oordeel aan bij de mening van de nationale wetgever. De nationale wetgever heeft namelijk bepaald dat naarmate de gesubsidieerde activiteiten niet nauwkeurig worden omschreven, dit een belangrijke aanwijzing vormt dat er geen sprake is van een commerciële transactie(opdracht). Hoe meer zeggenschap de gemeente krijgt over de invulling van de activiteiten, des te meer de relatie de kant op gaat van een (civielrechtelijk) overeenkomst van opdracht.⁷⁸

De schrijvers van de nota “Het Leertje van de Kraan”, zijn het eens met de gedachte van de Europese Commissie, maar zijn van mening dat het stellen van eisen aan de gesubsidieerde activiteiten op zichzelf geen grond vormt om aan te nemen dat er sprake is van een opdracht. Wanneer een gemeente bijvoorbeeld goedkeuring verleent aan een bepaald activiteitenplan, worden er als het ware bepaalde eisen gesteld. Pas wanneer deze eisen gepaard gaan met de verplichting de activiteiten uit te voeren (prestatieplicht), kan volgens de schrijvers aangenomen worden dat er sprake is van een opdracht.

Voorbeeld: Hier kan weer het voorbeeld over de bijdrage renovatie winkelwoningcomplex worden aangehaald.

De gemeente had zoveel verplichtingen opgelegd in een overeenkomst (activiteiten nauwkeurig omschreven) dat er niet meer gesproken kon worden van subsidie. Een van de eisen was de verplichting om over te gaan tot renovatie (prestatieplicht). De Hoge Raad en het Hof vonden dat de bijdrage moest worden aangemerkt als een vergoeding voor geleverde diensten aan de gemeente en daarmee was de bijdrage aan te merken als een opdracht.⁷⁹ Tevens is daarmee vast komen te staan dat er terecht een naheffingsaanslag is opgelegd in verband met het niet afdragen van btw.

⁷⁶ ABRvS 18 juni 2008, AB 2008/235.

⁷⁷ AB 2001/335.

⁷⁸ Rapport Het Leertje van de kraan 2008, bijlage 1, p. 15-16.

⁷⁹ HR 8 december 1993, nr. 29198, V-N 1994/401.

4. Kostendekkende vergoeding

Wanneer een gemeente een financiële bijdrage levert, waarbij de volledige kosten van de te verrichten diensten worden gedekt, is er volgens de Europese Commissie sprake van een opdracht. In dit soort gevallen wordt door de gemeente een marktconforme vergoeding betaald. Dit houdt in dat de ontvanger voor de geleverde diensten de kostprijs inclusief winstmarge krijgt uitbetaald. Indien een gemeente slechts een deel van de kosten betaalt is er eerder sprake van subsidie. Vandaar ook het zinsdeel; *anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten*, uit de definitie van subsidie.

De schrijvers van het rapport 'Het Leertje van de Kraan' voegen er aan toe dat ook dit criterium op zichzelf niet doorslaggevend is. Zij zijn van mening dat een kostendekkende vergoeding in ieder geval een bezwarende titel zal opleveren, mits er daadwerkelijk de verplichting is de activiteiten uit te voeren. Er moet dus sprake zijn van een wederzijdse prestatieplicht, waarbij de kostendekkende subsidie enkel wordt uitgekeerd na het uitvoeren van de activiteiten.

Voorts is uit de jurisprudentie gebleken dat er ook overeenkomsten onder bezwarende titel kunnen worden gesloten, waarbij de gemeente niet alle kosten betaalt. De reden hiervoor is dat in zulk soort gevallen de kosten op een andere manier worden gefinancierd of dat de uitvoerder van de overeenkomst de opdracht mede uit eigen belang uitvoert. Voorbeelden hiervan kunnen zijn, dat er andere overheden of private partijen (derden) deelnemen in de kosten of dat de uitvoerder van de overeenkomst beschikt over eigen vermogen.⁸⁰

Voorbeeld: Auroux-arrest.⁸¹

In dit arrest heeft de Franse gemeente Roanne een overeenkomst gesloten met een vennootschap voor het aanleggen van een recreatiepark. Daar er geen aanbesteding had plaatsgevonden van de opdracht werd er verzocht om nietigverklaring van het besluit. Tijdens de behandeling van dit arrest kwam tevens de vraag naar voren of er een overeenkomst onder bezwarende titel kan worden gesloten, indien de gemeente niet *alle* kosten betaalt. Het Hof van Justitie oordeelde hierin dat de tegenprestaties voor het aanleggen van het recreatiepark zowel worden geleverd door de gemeente als door derden (de kopers van bepaalde werken).

5.3.2 PIANOo-vakgroep aanbestedingen⁸²

De PIANOo- vakgroep Aanbestedingsrecht heeft in een visie de wezenlijke verschillen die er zijn tussen subsidie en opdracht proberen te verduidelijken. Hiervoor heeft de vakgroep 5 vragen gesteld.

1. Hoe is het verband tussen de betaling en de prestatie?

Indien de activiteiten erg nauwkeurig zijn omschreven en de gemeente veel zeggenschap heeft over de invulling van de activiteiten, is er waarschijnlijk sprake van een opdracht, zoals in de vorige paragraaf ook al besproken is. Hierdoor gaat de 'eigen activiteit' van de subsidieontvanger namelijk verloren. Vandaar dat er bij het verstrekken van subsidies in principe geen wederzijdse verplichtingen in het leven worden geroepen. De subsidieontvanger is niet verplicht de activiteit uit te voeren, als dit wel zo is dan krijgt de subsidie het karakter van een opdracht. In de subsidiebeschikking staat enkel de

⁸⁰ Rapport Het Leertje van de Kraan, 2008, bijlage 1, p. 17.

⁸¹ HvJ EG 18 januari 2007, zaak C 220/05.

⁸² PIANOo-vakgroep, Expertisecentrum Aanbesteden biedt informatie, advies, instrumenten en praktische tips aan iedereen die zich in de publieke sector bezighoudt met het inkopen en aanbesteden van werken, leveringen en diensten. Ons doel: professionalisering van inkoop bij alle overheden. Met oog voor rechtmatigheid én doelmatigheid. PIANOo-vakgroep werkt voor en met een netwerk van ruim 3.500 inkopers en aanbesteders.

bestedingsrichting van de financiële middelen vermeld. Eventueel kan de beschikking gekoppeld zijn aan een uitvoeringsovereenkomst met daarin een aantal aanvullende verplichtingen, zoals in § 2.2.3 ook al is aangegeven.

2. Welk belang wordt gediend? Wat is het doel van de activiteit?

Indien een gemeente een vergoeding geeft voor activiteiten gericht op het algemeen belang is er vaak sprake van subsidie. Indien de activiteit gericht is op de eigen behoefte van de gemeente, is vaak sprake van opdracht. Het feit dat een bepaalde activiteit behoort tot de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van een gemeente geeft een sterke aanwijzing dat er sprake is van een opdracht, daar de gemeente er rechtstreeks baat bij heeft. Vaak worden de activiteiten nauwkeurig omschreven en zijn er voorwaarden en verplichtingen opgenomen, om er zeker van te zijn dat de taak wordt uitgevoerd. Indien er echter bij een publiekrechtelijke taak weinig verplichtingen worden opgelegd en de gemeente weinig zeggenschap heeft, kan er toch sprake zijn van een subsidie. Zo ook in het eerder aangehaalde arrest van de Afdeling over de zorg aan illegale vreemdelingen.⁸³

3. Van wie is het initiatief uitgegaan?

Als een gemeente het initiatief neemt om ervoor te zorgen dat een bepaalde activiteit wordt uitgevoerd duidt dat sterk op een opdracht. De gemeente zit dan kennelijk om een dienst verlegen en acht het noodzakelijk dat de activiteiten worden uitgevoerd. In geval van aanbesteding worden er ook door de gemeente meerdere partijen uitgenodigd om een bepaalde aanbieding te doen (zie § 2.3.3) om voor de opdracht in aanmerking te kunnen komen. Indien het initiatief genomen wordt door degene die de activiteit verricht, is meestal sprake van subsidie. De subsidieontvanger bepaalt zelf hoe de activiteiten worden uitgevoerd, de gemeente kan enkel een kader schetsen.

4. Zijn er derden bij het project betrokken?

Als er geen derden betrokken zijn bij een bepaald project en er een directe relatie opdrachtgever-opdrachtnemer is, kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een opdracht. Wanneer er commerciële transacties tussen de subsidieontvanger en derden zijn aan te wijzen, is veelal sprake van subsidie. Dit kan betekenen dat de subsidieontvanger een prestatie levert voor de derde, of omgekeerd dat de derde een prestatie levert aan de subsidieontvanger. In beide gevallen wordt de prestatie met de subsidie bekostigd.

5. Is er sprake van commerciële activiteiten?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient er –zoals inmiddels bekend- gekeken te worden naar de waarde tussen de prestatie en de betaling. Worden er activiteiten verricht tegen kostprijs of komt er nog een winstmarge bovenop? Indien een gemeente enkel de kostprijs vergoedt zal er in de meeste gevallen sprake zijn van subsidie. Het gaat dan vaak niet om ‘gewone’ commerciële transacties. Bij het toekennen van een winstmarge gaat het al snel de richting op van een opdracht. Wanneer er geen kostendekkende vergoeding wordt gegeven kan er soms toch sprake zijn van een opdracht. In dit soort gevallen kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een gezamenlijke financiering van een project.

Voorbeeld: Aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

In dit arrest verkoopt de gemeente tegen een *niet* marktconforme prijs een stuk grond aan een projectontwikkelaar om tot herinrichting van de grond over te gaan. De vraag in deze is, of dit project aanbesteed had moeten worden? De rechtbank oordeelde hier dat er sprake was van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met betrekking tot een bouwwerk en dat er dus sprake was van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. De te leveren inspanningen die de projectontwikkelaar in ruil voor de grond leverde, inclusief het betalen van een niet marktconforme prijs, werden gezien als de tegenprestatie. Tevens wordt het project gerealiseerd met de bedoeling om er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen.⁸⁴

⁸³ AB 2008/235.

⁸⁴ V.zr. Rechtbank 's-Gravenhage 24 september 2008, L.JN BF4232.

5.4 De Belastingdienst

In artikel 1 van de Wet OB 1968 is bepaald dat iedere levering van goederen of diensten, door Nederlandse ondernemers verricht, belast is met de heffing van omzetbelasting (btw).⁸⁵ Diensten zijn aan te merken als alle prestaties die tegen vergoeding worden verricht.⁸⁶ Indien een *ondernemer* dus een overeenkomst (opdracht) sluit met een gemeente en de gemeente een *vergoeding* geeft in ruil voor de *prestatie*, is de ondernemer verplicht btw af te dragen aan de Belastingdienst, tenzij de desbetreffende prestatie is vrijgesteld van btw-heffing.⁸⁷ Het is goed te beseffen dat het ondernemerschap voor de btw een ruim begrip is. Naast commerciële ondernemers kunnen organisaties in de non-profit-sfeer (stichtingen, verenigingen etc.) namelijk ook optreden als btw-ondernemers, hier bestaan vaak misvattingen over.

5.4.1 Subsidieverstreking en btw

Gezien het bovenstaande kan aangenomen worden dat subsidies in beginsel niet belast zijn, daar er bij subsidies geen sprake is van een betaling voor een dienst (zoals inmiddels bekend). Toch rijst soms de vraag of er tussen de subsidie en de activiteit geen rechtstreeks verband bestaat en de activiteit als prestatie onder ‘bezwarende titel’ kan worden bestempeld. Deze vraag is echter wel belangrijk, daar een gemeente in beginsel het subsidiebedrag niet zal verhogen met (19%) btw, aangezien zij zelf niet altijd recht heeft op aftrek van voorbelasting of een claim bij het BTW-compensatiefonds. Hierdoor zal de gemeente eisen dat de subsidieontvanger de eventuele omzetbelasting uit het subsidie bedrag voldoet, met het gevolg dat de subsidieontvanger per saldo minder overhoudt.

In het kader van subsidieverstreking moet er dus een prestatie worden verricht, waarvoor de subsidie de *rechtstreekse* vergoeding vormt. Met andere woorden moet er een relatie bestaan tussen de door de subsidieontvanger verrichte prestatie en de vergoeding (subsidie) voor die prestatie. Indien de gemeente een afdwingbare verplichting heeft geëist, is in beginsel btw-heffing aan de orde. In de jurisprudentie is hier echter nog een criterium aan toe gevoegd. Indien er sprake is van een rechtstreeks verband, maar de gemeente geen goederen of diensten verkrijgt voor eigen gebruik maar voor het algemeen belang, is er *geen* sprake van btw-heffing. Dit criterium wordt ook wel aangeduid als het zogenoemde ‘verbruikscriterium’.⁸⁸

Voorbeeld: Subsidie voor terugbrengen melkproductie.

Een Duitse landbouwer heeft subsidie gekregen van de EG om zijn bedrijf te stoppen in het kader van het terugbrengen van de melkproductie. Ondanks dat de prestatie (stoppen van de bedrijfsuitvoering) hier in rechtstreekse relatie stond tot de subsidie, oordeelde de rechter dat de regering (lees hier bestuursorgaan) geen dienst verbruikte, maar dat sprake was van een algemeen belang. Er was geen sprake van enig rechtstreeks voordeel voor de autoriteiten, waardoor zij als gebruiker van een dienst kunnen worden aangemerkt. Hierdoor was de subsidie onbelast.⁸⁹

Aangezien subsidies altijd in meerdere of mindere mate het algemeen belang dienen, lijkt het alsof er dus nooit btw afgedragen hoeft te worden over subsidies. Dit is echter niet het geval. Er dient bij subsidies tevens een vergelijking te worden gemaakt tussen vergoedingen voor het algemeen ‘collectief’ belang en het individuele ‘eigen’ belang. Indien er handelingen plaatsvinden die het

⁸⁵ Tevens is het van belang om te weten dat de btw-wetgeving in overeenstemming dient te zijn met de Europese Richtlijnen en vandaar dat Europese wetgeving in dit kader relevant is.

⁸⁶ Art. 4 Wet OB 1968.

⁸⁷ Art. 11 Wet OB 1968 geeft een aantal vrijstellingen.

⁸⁸ M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2007, p. 127.

⁸⁹ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-215/94 (Mohr).

individueel gebruik van goederen of diensten tot gevolg hebben, is btw-heffing aan de orde. Een voorbeeld hiervan is het subsidiëren van toegangsprijzen per bezoeker om de prijs laag te houden. Er is dan sprake van een rechtstreeks verband en de vergoeding komt ten goede aan de individuele bezoeker. Met andere woorden is btw-heffing aan de orde, als de subsidie rechtstreeks verband houdt met de prijs (prijs subsidies).

5.4.2 BTW-compensatiefonds

Indien financieringen van de gemeente belast zijn met btw, kan de gemeente de btw verrekenen met de af te dragen btw of proberen te claimen bij het BTW-compensatiefonds. Dit laatste is echter niet altijd mogelijk. Het BTW-compensatiefonds is voornamelijk opgericht om gemeenten in hun rol als overheid tegemoet te komen, indien zij diensten willen uitbesteden aan ondernemingen. Voor januari 2003 konden gemeenten de btw niet terugvorderen van de Belastingdienst en daardoor waren ondernemingen al snel te duur en was er sprake van concurrentienadeel. Door het compensatiefonds worden deze nadelen ondervangen en kunnen gemeenten voordelen behalen door in zee te gaan met ondernemers.

Gezien dit voordeel is het belangrijk na te gaan of de btw geclaimd kan worden bij het BTW-compensatiefonds.⁹⁰ Zo niet dan kost het de gemeente dus meer geld, of houdt de ondernemer per saldo minder over als de gemeente de btw-factuur niet wil betalen.

Indien de belastingdienst een instelling dus ziet als een btw-plichtige ondernemer is het de afweging waard om te kijken naar de belangen die spelen van zowel de ondernemer als de gemeente. In de praktijk is gebleken dat hier vaak verschillend over wordt gedacht.

Voorbeeld: Subsidie aan NS

De provincie (lees hier bestuursorgaan) verstrekt subsidie aan de NS in verband met het aanbieden van het Brabants nachtnet. De NS stuurt echter een btw factuur naar de provincie, aangezien er volgens de NS sprake is van een belaste prestatie. De provincie is het hier echter niet mee eens en spreekt van een zuivere subsidie op basis van het algemeen belang. Ondanks deze tegenstrijdigheid mag de provincie de btw op de factuur toch compenseren bij het BTW-compensatiefonds.⁹¹

5.5 Overzicht indicatoren

Door de bovenstaande indicatoren en vragen met elkaar te vergelijken kan geconcludeerd worden dat verschillende instanties voor een deel dezelfde indicatoren aanhouden, zij het soms in iets andere bewoordingen. Hieronder zijn de indicatoren uit de vorige paragrafen samengevat en in schema weergegeven. Het schema geeft de uiteindelijke indicatoren die gebruikt kunnen worden om het 'grijze gebied' mogelijk in te kleuren.

	Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van commerciële transactie?	Is er sprake van commerciële transactie?
	Nee, enkel vergoeding van de kostprijs (geen winstmarge) een deel van de kosten, of beduidend meer dan de commerciële prijs	Ja, vergoeding kostprijs plus <i>winstmarge</i> . In de meeste gevallen is er sprake van een kostendekkende vergoeding.

⁹⁰ Art. 3 onder a Wet op het BTW-compensatiefonds: het publiekrechtelijk lichaam heeft recht op een bijdrage uit het fonds ter financiering van de omzetbelasting, die door een ondernemer aan het publiekrechtelijk lichaam in rekening is gebracht, dan wel van het publiekrechtelijk lichaam wordt geheven, ter zake van aan hem verrichte leveringen en verrichte diensten die het publiekrechtelijk lichaam bezigt anders dan in het kader van zijn onderneming.

⁹¹ Artt. 3 onder a en 4 lid 1 onder a van de Wet op het BTW-compensatiefonds.

2	Neemt de gemeente het initiatief? Nee, het initiatief ligt bij de <i>subsidieontvanger</i>, die zelf bepaalt hoe de activiteiten worden uitgevoerd. De behoefte voor subsidie dient middels een aanvraag ingediend te worden.	Neemt de gemeente het initiatief? Ja, de gemeente zit kennelijk om een dienst verlegen en formuleert haar wensen. De gemeente nodigt meerdere partijen uit, waarna een aanbestedingsprocedure kan volgen.
3 a	Wordt het algemeen belang gediend? Ja, het betreft vaak activiteiten die om redenen van <i>algemeen belang</i> wenselijk zijn (waarbij de gemeente (vaak) belang heeft bij het in stand houden van de activiteiten).	Wordt het algemeen belang gediend? Nee, de activiteiten zijn hoofdzakelijk gericht op de eigen behoefte van de gemeente.
3 b	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak? Bij <i>publiekrechtelijke taken</i> wordt vaak het algemeen belang gediend, maar er is enkel sprake van subsidie indien de gemeente weinig verplichtingen oplegt en weinig zeggenschap heeft over de invulling van de activiteiten. In de meeste gevallen wijst deze indicator richting opdracht ->	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak? Bij <i>publiekrechtelijke taken</i> speelt wel vaak het algemeen belang maar wil de gemeente er op de eerste plaats zeker van zijn dat haar taken uitgevoerd worden. De gemeente zal haar diensten dan als het ware gaan 'inkopen' en daarmee zijn de activiteiten hoofdzakelijk gericht op de eigen behoefte van de gemeente.
4	Is er sprake van een afdwingbare prestatie? Nee, de prestatie die tegenover subsidie staat is niet of beperkt afdwingbaar. Bij niet nakoming van de activiteiten kan slechts een lagere subsidie worden gegeven of bestaat er de terugvorderingsmogelijkheid. Een aantal verplichtingen kunnen zijn vastgelegd in een 'uitvoeringsovereenkomst', maar hoe meer er geregeld is, des te eerder er sprake is van een opdracht. Let op: Indien er geen prestatieplicht is en de activiteiten niet rechtstreeks ten goede komen aan de gemeente, maar het algemeen belang dienen, hoeft er in beginsel <i>geen</i> omzetbelasting betaald te worden door de subsidieontvanger aan de Belastingdienst (enkel bij prijssubsidies).	Is er sprake van een afdwingbare prestatie? Ja, er is sprake van een <i>prestatieplicht</i>. Bij niet nakoming van de overeenkomst kan nakoming worden gevorderd, aangezien de afspraken zijn gemaakt onder bezwarende titel. Let op: Indien er sprake is van een vergoeding in ruil voor een prestatie, dient de ontvanger omzetbelasting te betalen aan de Belastingdienst!
5	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven? Nee, er is sprake van een '<i>eigen activiteit</i>' van de subsidieontvanger. De gemeente heeft geen/beperkt zeggenschap over de invulling	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven? Ja, de activiteiten zijn nauwkeurig omschreven en de gemeente heeft veel zeggenschap over de invulling van de activiteiten.

	van de activiteiten. Ook hierbij geldt de terughoudendheid van de 'uitvoeringsovereenkomst'.	
6	Zijn er derden bij het project betrokken? Ja, de financiële middelen zijn gericht op de bekostiging van een commerciële transactie tussen subsidieontvanger en derden.	Zijn er derden bij het project betrokken? Nee, er vindt enkel een commerciële transactie plaats tussen de gemeente en een leverancier/onderneming.

6 Huidig beleid

De afdeling Advies van de gemeente Eindhoven heeft in het verleden vele vragen gekregen vanuit de gemeentelijk organisatie of een financiële verstrekking aangemerkt moest worden als subsidie of als opdracht. Ook nu nog krijgt de afdeling herhaaldelijk verzoeken hier een antwoord op te geven. Om te kijken hoe de gemeente in het verleden haar afwegingen heeft gemaakt, worden in §6.1 een aantal voorbeeld casussen besproken en getoetst aan de hand van de indicatoren uit het vorige hoofdstuk. Ook komen in §6.1 een aantal casussen aan bod, die op dit moment nog aan de orde van de dag zijn. Door op de verschillende casussen de indicatoren los te laten, kan de 'weegschaal' mogelijk naar een kant doorslaan. Indien er daarna toch nog twijfel bestaat is het in de praktijk de bedoeling advies in te winnen bij de sector JZ afdeling Advies of de kwestie voor te leggen aan het bestuur/de politiek. Maatschappelijke, economische, fiscale en andere belangen kunnen immers doorslaggevend zijn. Indien er een keuze wordt gemaakt die niet juridisch te verantwoorden is, dient het besluit gemotiveerd en transparant genomen te worden. In de laatste paragraaf wordt aangegeven of alle indicatoren even belangrijk zijn om op te nemen in de handreiking.

6.1 Casussen gemeente Eindhoven

6.1.1 Dierenopvangcentrum de Doornakker

Relevante feiten

Dierenopvangcentrum de Doornakker (DOC), waarover in de inleiding al is gesproken heeft een langdurige/bestendige relatie met de gemeente Eindhoven. Het DOC krijgt voor de uitvoering van de zorgplicht voor gevonden gehouden dieren (dat wil zeggen dieren die wel een eigenaar hebben) binnen de gemeentegrenzen €180.000,-- . Deze zorgplicht is door de gemeente overgedragen aan het DOC. Het DOC voert naast deze zorgplicht van de gemeente ook nog andere taken uit. De vraag is of de financiering aangemerkt dient te worden als subsidie of opdracht. Aangezien het probleem zit in het laatste zinsdeel van de begripsomschrijving van subsidie, *anders dan als betaling aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten*, bevindt deze casus zich in het grijze gebied.

Argumentatie gemeente Eindhoven

De gemeente Eindhoven heeft de financiering aan het DOC uiteindelijk aangemerkt als zijnde een opdracht, aangezien het fiscaal gezien voordeliger is en ook andere gemeenten een overeenkomst hebben gesloten met het DOC. Hierdoor vond de gemeente Eindhoven het niet logisch om als enige gemeente te kiezen voor subsidie. De bestuursrechtelijke juristen vinden toch dat hier gekozen had moeten worden voor subsidie. Zij hebben dit gebaseerd op de volgende feiten. In deze kwestie wordt enkel de kostprijs vergoed, dient het DOC zelf de aanvraag in, heeft de gemeente geen zeggenschap over de invulling van de activiteiten, bestaat er niet de plicht te presteren, is het algemeen belang gediend, zijn er transacties met derden aan te wijzen en is er geen commerciële markt voor de activiteiten. Het enkele feit dat de gemeente het noodzakelijk vindt dat de activiteiten worden uitgevoerd en het DOC btw-plichtig is, mogen volgens de bestuursrechtelijke juristen niet de doorslag geven. Tevens vinden zij dat er bij een keuze tussen het publiek- en privaatrecht gekozen moet worden voor het publiekrecht.

Criteria schema

		Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja

3	Wordt het algemeen belang gediend?	Ja	Nee
4	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak?	Nee	Ja
5	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
6	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
7	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Conclusie

De gemeente Eindhoven heeft in deze onterecht gekozen de financiering aan het DOC aan te merken als zijnde een opdracht. Indien de criteria uit het schema toegepast worden op de casus, wijst de financiering in zes van de zeven gevallen richting subsidie. Hierdoor is het mogelijk de weegschaal naar een kant te laten zakken, mede gezien het feit dat de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke weg niet onaanvaardbaar mag doorkruisen.⁹² Tevens heeft deze casus veel raakvlakken met het arrest van de gemeentelijke kinderopvangplaatsen uit § 2.2.2. Ook daar was sprake van een publiekrechtelijke taak en ook daarin werd bepaald dat er sprake was van subsidie gezien het ontbreken van een kostendekkende vergoeding. Indien het DOC btw-plichtig is in de ogen van de Belastingdienst, kan dat in deze niet gezien worden als een doorslaggevende factor om voor opdracht te kiezen. Wel is het aan te raden het BTW-compensatiefonds te raadplegen voor een eventuele tegemoetkoming in de kosten van de gemeente.

6.1.2 Buurtonderneming Woensel West

Relevante feiten

In april 2010 is stichting Trudo met het voorstel gekomen om de Buurtonderneming Woensel West (BOWW) zelf opdrachtgever te laten zijn en zelf haar bedrijfsvoering te laten organiseren. Hierdoor zou de relatie tussen de gemeente Eindhoven en BOWW fundamenteel veranderen. Nu is er namelijk sprake van een privaatrechtelijke relatie tussen de gemeente en het adviesbureau DHV. In het voorstel van Trudo zou de rechtspersoon BOWW de contractspartner voor een aantal overeenkomsten worden en zouden de gemeente Eindhoven en Stichting Trudo de BOWW jaarlijks een bedrag beschikbaar moeten stellen waarmee de BOWW haar bedrijfsvoering kan uitoefenen. Het doel van het BOWW is het coördineren en aansturen van de wijkvernieuwing-/krachtwijkopgave in Woensel-West. Uitgaande van het voorstel van Trudo rijzen er een aantal vragen. Een van die vragen is of de relatie tussen de gemeente Eindhoven en de BOWW in de nieuwe situatie te kenschetsen is als die van opdrachtgever - opdrachtnemer (privaatrechtelijk) of die van subsidieverlener - subsidieontvanger (publiekrechtelijk).

Argumentatie gemeente Eindhoven

⁹² Zie de doorkruisingsleer uit § 3.5.2.

Volgens de projectontwikkelaar van de gemeente Eindhoven werkt een opdracht flexibeler dan het verstrekken van subsidie. Volgens hem zijn de bedrijfsvoeringprocessen bij subsidie behoorlijk zwaar, aangezien de Awb en de subsidieverordening van toepassing zijn. Zorgvuldigheid aan de ‘voorkant’ is dus geboden. Bij een opdracht werkt het gehele proces veel sneller en het minder moeilijk. Ook belastingtechnisch is het voordeliger voor BOWW om de financiering plaats te laten vinden middels een opdracht.

Criteria schema

		Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja
3	Wordt het algemeen belang gediend?	Ja	Nee
4	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak?	Nee	Ja
5	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
6	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
7	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Conclusie

Gezien de verdeeldheid in de uitkomsten van de criteria uit het schema is het lastig te bepalen naar welke kant de weegschaal uiteindelijk zal moeten doorslaan. Aangezien subsidie een maal vaker voorkomt in de afweging zou dit de doorslag moeten geven. Echter speelt hier ook het btw-aspect een rol. Indien de Belastingdienst een financiering namelijk aanmerkt als zijnde een vergoeding voor een prestatie, dient er omzetbelasting te worden betaald. De kans is dus groot dat BOWW belastingplichtig is, gezien het feit dat er in de ‘raamovereenkomst’ met de gemeente bepaalde afspraken zijn gemaakt. Zoals al eerder aangeven mag het btw-aspect niet de doorslag geven en daarom is het aan te raden dit wel in het achterhoofd te houden. Mogelijk is het een optie de activiteiten nauwkeuriger te laten omschrijven door de gemeente zodat vraag 6 uit het schema wijst richting opdracht. In dat geval wijst de financiering meer richting opdracht en kan hier gemotiveerd en weloverwogen voor gekozen worden. Tevens kan hier het arrest van het winkelwoningcomplex worden aangehaald. Hier gaf de aanwezigheid van een raamovereenkomst de doorslag zodat er sprake was van een opdracht ondanks het feit dat het algemeen belang gediend werd.

6.1.3 Het Noodfonds

Relevante feiten

Veel gemeenten kennen een Noodfonds. Het Noodfonds is een samenwerkingsverband, maar op initiatief van een gemeente tot stand gekomen. De uitvoering van het Noodfonds is ‘ingekocht’ bij het

Steunpunt Materiële Hulpvragen (SMH). Het SMH kan rechtstreeks aan inwoners financiële hulp verstrekken in acute noodsituaties. De gemeente Eindhoven stelt zich de vraag of de uitvoering van het Noodfonds terecht is weggezet als opdracht (inkoop), of is er sprake van een subsidierelatie?

Argumentatie gemeente Eindhoven

De gemeente Eindhoven is van mening dat de uitvoering van het Noodfonds terecht is 'ingekocht'. Het Noodfonds is namelijk een initiatief en een besluit van de gemeente zelf. Er is geen sprake van een subsidieaanvraag en daarmee is niet voldaan aan het subsidiebegrip (namelijk 'aanspraak' op financiële middelen en 'aanvrager').

Criteria schema

		Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja
3	Wordt het algemeen belang gediend?	Ja	Nee
4	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak?	Nee	Ja
5	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
6	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
7	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Conclusie

In het voorbeeld kan geconcludeerd worden dat er meerdere indicatoren wijzen richting opdracht. Daarnaast kan opgemerkt worden dat een andere doorslaggevende factor gelegen is in het feit dat een inkomensvoorziening nooit aan te merken is als subsidie, aangezien de bestedingsrichting niet vast ligt. De financiering is door de gemeente dus terecht aangemerkt als zijnde een opdracht (inkoop).

6.1.4 De Voedselbank

Relevante feiten

Om te bewerkstelligen dat de Voedselbank daadwerkelijk haar activiteiten kan verrichten, is een vergoeding van de huurkosten noodzakelijk. Om de voedselbank in staat te stellen haar activiteiten in het pand aan de Kanaaldijk Noord te verrichten, is een gemeentelijke bijdrage in de verhuiskosten noodzakelijk. Zijn de vergoedingen aan de Voedselbank aan te merken als subsidie?

Argumentatie gemeente Eindhoven

Er is volgens de argumentatie van de gemeente sprake van subsidie op grond van het volgende. Allereerst is het algemeen belang gediend, er is geen sprake van winst en heeft de Voedselbank het initiatief genomen. Daarnaast is de Voedselbank een onderneming zonder winstoogmerk.

Criteria schema

		Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja
3	Wordt het algemeen belang gediend?	Ja	Nee
4	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak?	Nee	Ja
5	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
6	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
7	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Conclusie

De gemeente Eindhoven heeft de huurkosten en verhuishbijdragen terecht aangemerkt als zijnde subsidie. Het feit dat de Voedselbank aan te merken is als een onderneming zonder winstoogmerk wil niet per definitie zeggen dat er eerder sprake is van subsidie.⁹³ Ook het feit dat er sprake is van een publiekrechtelijke taak wil niet altijd zeggen dat er sprake is van een opdracht. In het schema is aangegeven dat een publiekrechtelijke taak een subsidie kan zijn, indien de gemeente weinig zeggenschap heeft en weinig verplichtingen oplegt. Dat is hier ook het geval. Vandaar terecht een subsidie.

6.1.5 Bijdrage A50-kunst

Relevante feiten

Er worden gelden ingebracht in een stichting, waarin meerdere gemeenten participeren. De stichting formeert per deelproject Inhoudelijke Werkgroepen. Een van de werkgroepen is verantwoordelijk voor de kunsttoepassing van de A50-kunst. De vraag die speelt is of de bijdrage aan A50-kunst gezien moet worden als een subsidie of opdracht?

Argumentatie gemeente Eindhoven

De gemeente Eindhoven heeft geoordeeld dat er in deze sprake was van een subsidierelatie en wel om de volgende redenen. Allereerst is de zeggenschap van de gemeente beperkt en dit wijst richting subsidie. Het project dient het algemeen belang en minder de rechtstreekse belangen van de gemeente

⁹³ Zie §5.4 De Belastingdienst.

en dat neigt weer naar subsidie. Tevens is de bijdrage kostendekkend (geen winst) en zijn er derden bij het project betrokken. Dit wijst weer richting subsidie. Als laatste is de stichting een onderneming zonder winstoogmerk, dus dan is er eerder sprake van subsidie.

Criteria schema

		Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja
3	Wordt het algemeen belang gediend?	Ja	Nee
4	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak?	Nee	Ja
5	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
6	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
7	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Conclusie

De gemeente heeft terecht gekozen voor subsidie. Slechts een indicator wijst richting opdracht en die mag dus niet de doorslag geven. De opmerking van de gemeente dat er eerder sprake is van subsidie, aangezien de onderneming geen winstoogmerk heeft, is echter niet juist. Zoals eerder aangegeven kan een onderneming zonder winstoogmerk ook gezien worden als een btw-ondernemer.

6.1.6 Stichting Kleurrijke Scholen

Relevante feiten

De Stichting Kleurrijke Scholen heeft de gemeente gevraagd of zij subsidie kan krijgen om de integratie van autochtone kinderen op basisscholen te bevorderen. Op dit moment vormen 20 basisscholen van de gemeente Eindhoven geen afspiegeling van de wijk. Middels ondersteuning van ouderinitiatieven en het organiseren van scholentochten wil de stichting deze vorm van schoolkeuzevoorlichting ondersteunen. Hiervoor heeft de stichting een plan van aanpak en subsidieaanvraag ingediend.

Argumentatie gemeente Eindhoven

Volgens de gemeente Eindhoven bevindt deze casus zich in het grijze gebied. De laatste keer heeft de Stichting subsidie ontvangen maar mogelijk neigt de financiering naar inkoop (opdracht).

Criteria schema

		Subsidie	Opdracht
--	--	----------	----------

1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja
3	Wordt het algemeen belang gediend?	Ja	Nee
4	Is er sprake van een publiekrechtelijke taak?	Nee	Ja
5	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
6	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
7	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Conclusie

In deze is het overduidelijk dat er sprake is van een subsidie, ondanks het feit dat er bij twee indicatoren onduidelijk bestaat. Ook al wijzen de beide indicatoren richting opdracht, dan nog moet voor subsidie gekozen worden. Echter is de twijfel bij de gemeente waarschijnlijk ontstaan door de berekening van btw in de kostenpost. Zoals al eerder aangeven kan een stichting zonder winstoogmerk ook aangemerkt worden als zijnde een btw-plichtige ondernemer. Gezien het feit dat het merendeel van de indicatoren wijst richting subsidie mag het btw-aspect hier niet de doorslag geven. Er wordt tevens ook niet rechtstreeks aan de gemeente een prestatie geleverd. Indien er toch btw berekend wordt, kan deze mogelijk geclaimd worden bij het BTW-compensatiefonds.

6.2 Werkzaamheid indicatoren

Door de indicatoren los te laten op de praktijkvoorbeelden kan de conclusie worden getrokken dat de indicatoren drie en vier geen meerwaarde hebben en elkaar opheffen in het grijze gebied. Daarnaast komt indicator drie al expliciet aan de orde bij de toetsing van artikel 4:21 lid 1 Awb (het subsidiebegrip). Indien er sprake is van een publiekrechtelijke taak, is daarmee ook altijd het algemeen belang gediend en vice versa. Met andere woorden is de stand altijd één tegen één, en kunnen de indicatoren beter achterwege worden gelaten.

7 Conclusie

Er is sprake van subsidie indien aan de vereisten van artikel 4:21 Awb is voldaan, ongeacht het naamkaartje wat aan de financiering wordt gehangen. De vereisten zijn:

- b Aanspraak op financiële middelen;
- b Door een bestuursorgaan verstrekt;
- b Met het oog op het bepaalde activiteiten van de aanvrager;
- b Anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten.

Het laatste vereiste raakt de kern van het onderzoek. Indien er namelijk sprake is van een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten is er sprake van een opdracht.

Het begrip opdracht volgt uit de begripsomschrijving van artikel 4:700 lid 1 BW⁹⁴:

- b Een schriftelijke overeenkomst;
- b Onder bezwarende titel;
- b Gesloten tussen ondernemer(s) en aanbestedende dienst(en).

Indien het niet duidelijk is of een financiering aan te merken is als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten, bevindt de financiering zich mogelijk in het grijze gebied. De wet en de jurisprudentie hebben een aantal indicatoren geformuleerd die aan kunnen geven of er sprake is van subsidie of opdracht. Alle indicatoren wegen even zwaar en daardoor kan geen enkel criterium op zichzelf staand doorslaggevend zijn. Daar de criteria algemeen belang en publiekrechtelijke taak elkaar opheffen, is het overbodig deze criteria toe te passen. De indicatoren zijn:

		Subsidie	Opdracht
1	Is er sprake van een commerciële transactie?	Nee	Ja
2	Neemt de gemeente het initiatief?	Nee	Ja
3	Is er sprake van een afdwingbare prestatie?	Nee	Ja
4	Zijn de activiteiten door de gemeente nauwkeurig omschreven?	Nee	Ja
5	Zijn er derden bij het project betrokken?	Ja	Nee

Met het doorlopen van de indicatoren kan de gemeente de weegschaal uiteindelijk een kant op laten doorslaan.⁹⁵ Indien de weegschaal richting subsidie doorslaat moet er ook voor subsidie gekozen worden. In de jurisprudentie is namelijk bepaald dat het kiezen van de privaatrechtelijke weg niet mogelijk is, indien er ook voor de publiekrechtelijke weg kan worden gekozen. Anders is er sprake van een onaanvaardbare doorkruising. Indien er op basis van de indicatoren nog geen duidelijk onderscheid kan worden gemaakt, kan indicator nummer 3 mogelijk nog de doorslag geven. De

⁹⁴ Respectievelijk art. 1 lid 2 onder a van Richtlijn 2004/18/EG.

⁹⁵ Zie bijlage 2: Stroomschema subsidie of opdracht.

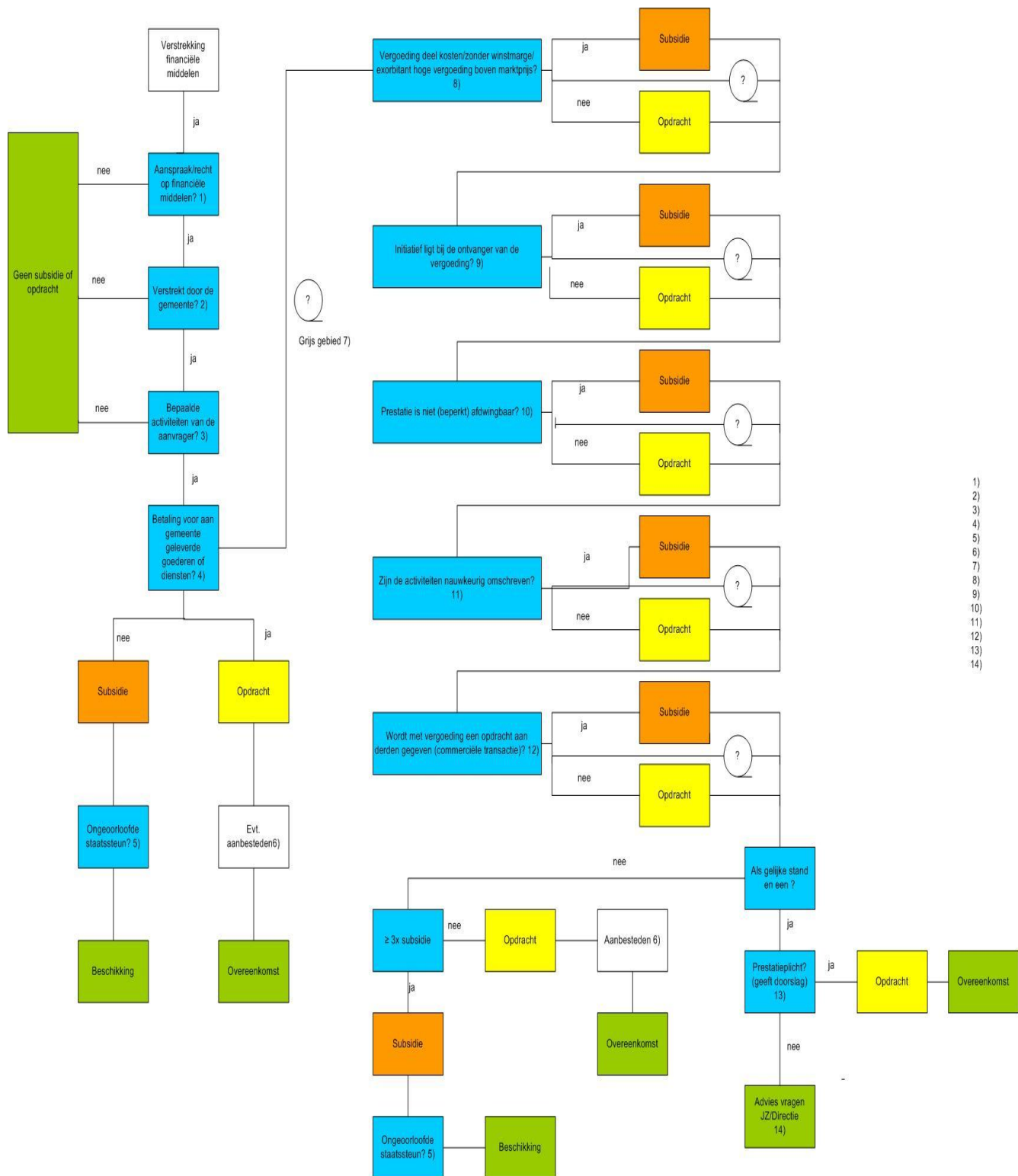
belastingdienst ziet een betaling voor een geleverde prestatie namelijk als zijnde een opdracht en vandaar dat de Belastingdienst in die gevallen overgaat tot btw-heffing. Dit is echter wel te verklaren aangezien er geen sprake meer is van subsidie als er een duidelijke prestatie wordt geleverd. Het is dus raadzaam het standpunt van de Belastingdienst in acht te houden, om niet voor onverwachte verrassingen te komen staan. Indien er namelijk btw betaald moet worden over het ontvangen subsidiebedrag houdt de subsidieontvanger per saldo minder over. De subsidieontvanger kan dan de gemeente een btw-factuur sturen en hopen dat zij tot betaling overgaan. De gemeente is echter niet verplicht de btw te betalen. Indien zij wel overgaat tot betaling zal zij de afgedragen btw verrekenen of proberen te claimen bij het BTW-compensatiefonds. Mocht er hierna nog geen keuze kunnen worden gemaakt, is het aan te raden advies te vragen bij de sector JZ afdeling Advies van de gemeente Eindhoven. Zij zullen dan diepgaand adviseren. Mogelijk is er sprake van een keuze die aan het bestuur/de politiek moet worden overgelaten

8 **Bijlagen**

Bijlage 1: Drempelwaarden Europees aanbestedingsrecht

Bijlage 2: Stroonschema subsidie of opdracht

Bijlage 4: Stroomschema subsidie of opdracht



- 1)
- 2)
- 3)
- 4)
- 5)
- 6)
- 7)
- 8)
- 9)
- 10)
- 11)
- 12)
- 13)
- 14)

Toelichting bij het stroomschema: Subsidie of opdracht?

- 1) Er moeten gelden worden verstrekt. Verstrekkingen in natura vallen niet onder het begrip financiële middelen.
 - 2) De verstrekking vindt plaats door een bestuursorgaan die krachtens het publiekrecht is ingesteld (artikel 1:1 lid 1 onder a Awb).
 - 3) De besteding van het geld is ten behoeve van activiteiten, hierdoor zijn algemene uitkeringen uitgesloten omdat hierbij de bestedingsrichting niet vaststaat.
 - 4) Bij een betaling is er sprake van een rechtstreeks verband tussen de betaling en de geleverde goederen of diensten.
 - 5) Bij subsidie (artikel 4:21 Awb) dient er op gelet te worden dat er geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun (artikel 107 lid 1 VWEU).
 - 6) Bij opdracht (artikel 7:400 lid 1 BW) moet er boven een bepaald drempelbedrag worden aanbesteed op basis van de Europese richtlijnen.
 - 7) Indien het niet duidelijk is, of er sprake is van een betaling voor geleverde goederen en diensten, bevindt de financiering zich in het grijze gebied. Op basis van de indicatoren 8, 9, 10, 11 en 12 kan mogelijk bepaald worden of er sprake is van een subsidie of opdracht. Het is de bedoeling een keuze te maken bij elke indicator. Daarna moet worden opgeteld hoe vaak de indicator richting subsidie wijst (of richting opdracht). Bij twijfel dient er gekozen te worden voor het vraagteken (?).
 - 8) Met andere woorden wijst deze indicator richting een opdracht als er sprake is van een commerciële transactie (kostprijs + winstmarge).
 - 9) Degene die het initiatief verleend, zit kennelijk om een dienst verlegen. Neemt de gemeente het initiatief wijst deze indicator richting een opdracht.
 - 10) Met andere woorden wijst deze indicator richting opdracht als de prestatie verplicht moet worden nagekomen (bezwarende titel).
 - 11) Indien de gemeente meer zeggenschap heeft over de invulling van de activiteiten is er geen sprake meer van een 'eigen' activiteit van de ontvanger en wijst deze indicator richting een opdracht.
 - 12) Met andere woorden wijst deze indicator richting een opdracht als er een directe relatie bestaat tussen de gemeente en de ontvanger. Indien de ontvanger een prestatie levert aan derden betekent dit dat de gemeente niet rechtstreeks gebaat is (dan subsidie).
 - 13) Indien indicator 10 aangeeft dat de prestatie afdwingbaar is (antwoord nee), mag bij een gelijke stand de financiering worden aangemerkt als een opdracht. Indien er namelijk sprake is van een prestatieplicht wordt de financiering door de Belastingdienst aangemerkt als zijnde een opdracht en dient er omzetbelasting (btw) te worden betaald door de ontvanger.
 - 14) Bij een gelijke stand en bij twijfel dient er om advies gevraagd te worden bij de sector Juridische Zaken afdeling advies van de gemeente Eindhoven.
- * De handreiking 'Subsidie of opdracht', is te vinden op PINO.
Vragen? Bel: 2335.

