

TOETSINGSKADER BUDGETOVEREENKOMSTEN GEMEENTE DOETINCHEM JUNI 2014

Inleiding

Jaarlijks wordt er aan diverse instanties subsidie verstrekt voor haar activiteiten. De activiteiten bewegen zich van buurtfeestjes tot de professionele organisaties en uitvoeringen en ruimtelijke ontwikkelingen. Dit kan op zowel sportief, cultureel en vrijetijds vlak alsmede op het gebied van bouwontwikkeling. De betaalde subsidies belopen in 2013 een bedrag van ca 40 miljoen euro. Financiering vindt plaats uit de gemeentelijke begroting, provinciale- en rijkssubsidies e.d.

Er is behoefte aan een inventarisering van deze subsidies, met name ten aanzien van de vraag waaraan een verleende subsidie wordt besteed. Verder moet worden nagegaan of er in budgetovereenkomsten ook sprake kan zijn van dienstverlening (over en weer). Deze beoordeling richt zich met name op de vraag of er sprake is van een subsidie (BTW vrij?) of van een opdrachtverlening (BTW belast?).

Doel

In deze memo gaan we in op het onderscheid tussen subsidie en overeenkomst. Aan de hand hiervan wordt een toetsingskader geformuleerd waarop de bestaande en toekomstige budgetovereenkomsten van de gemeente getoetst kunnen worden. Een duidelijker onderscheid tussen een subsidiebeschikking, eventueel met een hieraan gekoppelde uitvoeringsovereenkomst, en een overeenkomst van opdracht kan dan gemaakt worden. Een geheel sluitend toetsingskader zal moeilijk te formuleren zijn. Iedere overeenkomst en nieuwe subsidieaanvraag zal daarom individueel getoetst moeten worden.

Het belang van onderscheid tussen subsidie en overeenkomst

Het onderscheid tussen subsidie en overeenkomst is onder andere van belang omdat op beide instrumenten een ander rechtsregime van toepassing is. Zo valt de subsidie binnen het bestuursrecht en de overeenkomst binnen de grenzen van het burgerlijke recht. Bij geschillen omtrent overeenkomsten is de burgerlijke rechter bevoegd en bij geschillen omtrent subsidies de administratieve rechter.

Bij opdrachten is de gemeente als opdrachtgever verplicht deze via een transparante procedure aan te besteden indien een bepaald drempelbedrag wordt overschreden. Die verplichting geldt ingeval van subsidies in beginsel niet, al is denkbaar dat een subsidie wordt aanbesteed.

Verder is het onderscheid tussen subsidie en overeenkomst van belang omdat ondernemers vaak BTW verschuldigd zijn over aan hen gedane betalingen voor diensten. Over aan hen verstrekte subsidies zijn ondernemers daarentegen in beginsel geen BTW verschuldigd.

Wanneer is sprake van subsidie?

De begrippen subsidie en overeenkomst zijn materiële begrippen. Dit betekent dat het er niet om gaat hoe partijen hun relatie benoemen, maar dat steeds aan de hand van de inhoud van de relatie moet worden beoordeeld of sprake is van subsidie of overeenkomst.

De gemeente Doetinchem beschikt over de Algemene subsidieverordening gemeente Doetinchem 2012 waarin de procedures en werkwijzen rond subsidieaanvraag en de verlening zijn beschreven.

In het geval subsidie wordt toegekend, moet in ieder geval zijn voldaan aan de voorschriften van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Subsidie wordt in de Awb als volgt omschreven: *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 (artikel 4:21, eerste lid).*

Een subsidie is een eenzijdige rechtshandeling waarbij op de aanvrager geen plicht rust tot tegenprestatie. Indien de afgesproken activiteit niet wordt uitgevoerd, dan zal de subsidie worden teruggevorderd. Het is niet mogelijk om de activiteiten die verricht zouden moeten worden, af te dwingen.

Wanneer is sprake van een overeenkomst?

Het Burgerlijk Wetboek geeft de volgende definitie van een overeenkomst:

Een overeenkomst is een meezijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan”.

Beide partijen verplichten zich tot iets. De ene partij verplicht zich doorgaans een bedrag te betalen en de andere partij verplicht zich een product te leveren of een dienst te verrichten (ten behoeve van het bestuursorgaan dan wel in opdracht van het bestuursorgaan ten behoeve van derden), terwijl de verplichting ook, in rechte, juridisch afdwingbaar is. Waar in deze memo wordt gesproken over overeenkomst, wordt bedoeld op een bepaald type overeenkomst, namelijk de overeenkomst van opdracht (BW art. 7:400):

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 (...).

Kenmerkend voor deze vorm van overeenkomst is dus dat de opdrachtgever bepaalde verrichtingen aan de opdrachtnemer opdraagt, welke de opdrachtnemer vervolgens verplicht is te verrichten. Dat is een belangrijk onderscheid met de subsidie.

Beoordelen onderscheid

Toch is het lang niet eenvoudig om heldere criteria aan te geven op grond waarvan beoordeeld kan worden of sprake is van subsidie of overeenkomst. In de praktijk is er vaak sprake van een grijs gebied tussen beide begrippen.

Aan de hand van de volgende vragen kan worden bepaald of in een concreet geval sprake is van subsidie of van overeenkomst. Geen enkele van de te behandelen criteria is op zichzelf doorslaggevend voor het antwoord op deze vraag. Dat is lastig, omdat het onderscheid van groot belang is, onder meer ten aanzien van fiscale aspecten (BTW) en de aanbestedingsplicht.

De volgende vragen zullen verder worden uitgewerkt:

I. Wettelijke bepaling

II. Wie heeft zeggenschap over de invulling van de prestatie?

III. Welke partij neemt het initiatief?

IV. Welk belang wordt gediend?

V. Hoe is de verhouding tussen de waarde van de prestatie en de betaling?

VI. Is de subsidieontvanger een onderneming met winstoogmerk?

VII. Verricht de instelling ook activiteiten voor derden?

Ad I. Wettelijke bepaling

Is er sprake van een wettelijke bepaling die aangeeft of er een subsidierelatie dan wel een contractuele relatie wordt aangegaan? Zo ja, dan wordt de wet gevolgd.

Ad II. Wie heeft zeggenschap over de invulling van de prestatie?

De grote lijn is dat naarmate de invloed van gD groter is op de invulling van de prestatie, de relatie meer onder de overeenkomst valt. Een in een uitvoeringsovereenkomst uitgewerkte subsidie waarin min of meer uitgebreide nakomingsverplichtingen worden opgenomen, kan voldoen aan de definitie van overeenkomst. Als gD dus een (uitgebreid) programma van eisen aan de subsidieontvanger wenst op te leggen, dan vormt dit een aanwijzing dat sprake is van een overeenkomst c.q. aanbestedingsplichtige opdracht.

Ad III. Welke partij neemt het initiatief?

Indien het initiatief van gD uitgaat, is dit een aanwijzing dat er sprake kan zijn van een overeenkomst. Kennelijk zit gD zelf om de dienst verlegen en weet zij wie zij om de betreffende dienst moet vragen. Dit is een aanwijzing dat een prestatie ten behoeve van het bestuursorgaan wordt verricht en dat de betaling moet worden gezien als een vergoeding voor de prestatie en dat dus van een overeenkomst sprake is. Het is dus een aanwijzing dat in feite van een overeenkomst sprake is als de overheid het initiatief neemt voor de betaling omdat de overheid het noodzakelijk vindt dat de activiteit wordt verricht.

Ad IV. Welk belang wordt gediend?

Wanneer het rechtstreekse eigen belang van gD wordt gediend, vormt dit een aanwijzing dat in feite sprake is van een overeenkomst. Dit vloeit direct voort uit de definitie van subsidie die de betaling voor *aan het bestuursorgaan* geleverde goederen of diensten uitsluit. Dat wil overigens niet zeggen dat indien het algemeen belang wordt gediend er per definitie sprake moet zijn van een subsidie.

Ad V. Hoe is de verhouding tussen de waarde van de prestatie en de betaling?

Is er sprake van een commerciële transactie met een reëel economische tegenprestatie en is er sprake van winst dan is dit een aanwijzing dat er sprake is van een overeenkomst. Is de betaling slechts een bijdrage niet hoger dan de kostprijs dan neigt het weer meer naar een subsidie.

Ad VI. Is de subsidieontvanger een onderneming met winstoogmerk?

In het verlengde van het voorgaande speelt de hoedanigheid van de subsidieontvanger een rol. In de praktijk zal bij een stichting (zonder winstoogmerk) de betaling doorgaans de kostprijs niet overtreffen. Het feit dat de subsidieontvanger geen winstoogmerk heeft is een aanwijzing dat van een subsidie sprake is. Het omgekeerde is niet steeds het geval. Het feit dat betaling aan een onderneming met winstoogmerk wordt gegeven, sluit niet uit dat er sprake kan zijn van subsidie.

Ad VII. Verricht de instelling ook activiteiten voor derden?

In het verlengde van de vorige vraag geldt dat indien de subsidieontvanger ook voor derden (ook niet overheden) activiteiten verricht, er waarschijnlijk sprake is van een concurrerende markt. Met andere woorden indien sprake is van marktgerichte activiteiten is dat een aanwijzing dat van een overeenkomst sprake is, ook omdat in die situatie de marktprijs betaald wordt en niet slechts de kostprijs. Het type activiteit is dus mede bepalend. Bijvoorbeeld: de betaling aan een commerciële onderneming voor de leverantie van scootmobielen in het kader van de WMO zal in beginsel als de verstrekking van een opdracht aangemerkt moeten worden.

Het onderscheid tussen subsidie en overeenkomst kan als volgt schematisch worden weergegeven:

Subsidie	Overeenkomst
Bestuursrecht	Privaatrecht
Eenzijdige rechtshandeling	Tweezijdige rechtshandeling
Zonder uitvoeringsovereenkomst geen tot afdwingen levering c.q. geen leveringsplicht	Mogelijkheid tot afdwingen levering mogelijkheid c.q. wel leveringsplicht
In beginsel geen BTW (boekhouding)	In beginsel BTW-plichtig (beperking BTWcompensatie)
Organisatie verricht doorgaans alleen activiteiten voor gD	Organisatie verricht doorgaans ook (marktgerichte) activiteiten voor derden (ook niet-overheden)
Zeggenschap invulling activiteiten voor een groot deel bij uitvoerende organisatie	Zeggenschap invulling activiteiten voornamelijk bij gD
Uitvoerende organisatie neemt initiatief	gD neemt initiatief
Belang van derden wordt gediend	Belang van gD wordt gediend
Financiering tot maximaal kostprijniveau	Volledige financiering inclusief winstmarge

Eigen bijdrage deelnemers

Geen eigen bijdrage deelnemers

Geen plicht tot aanbesteden

Mogelijke plicht tot Europese aanbesteding

Combinatievariant: subsidie binnen een raamovereenkomst

In de praktijk blijken combinaties mogelijk. gD sluit (bv. na een doorlopen aanbestedingsprocedure) een raamovereenkomst met een organisatie voor het aanbieden van activiteiten binnen de gemeente. Deze overeenkomst zal doorgaans 3 tot 5 jaar geldig zijn. Binnen deze overeenkomst wordt jaarlijks subsidie verstrekt waar door middel van een beschikking de aard en omvang van de afspraken wordt vastgelegd. Hier wordt dus in feite mede een subsidie aanbesteed.

Subsidieverlening en betaling voor goederen en diensten kunnen in de praktijk dicht bij elkaar liggen. Afhankelijk van de specifieke situatie kunnen beide instrumenten geschikt zijn. Het sluiten van overeenkomsten was tot voor kort gebruikelijk wanneer gD iets zó belangrijk vindt, dat zij dat in een afdwingbare overeenkomst wil regelen. Maar tegenwoordig kan het afdwingen ook bij subsidiëren worden geregeld in een zgn. aanvullende uitvoeringsovereenkomst.

Uitvoeringsovereenkomst (subsidieovereenkomst)

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent de figuur van de subsidie- of uitvoeringsovereenkomst. De subsidie- of uitvoeringsovereenkomst kan in aanvulling op de subsidiebeschikking met de subsidieontvanger worden gesloten om deze laatste te kunnen dwingen tot uitvoering van de activiteiten waar subsidie voor gegeven wordt. De subsidie wordt verleend onder de voorwaarde dat de ontvanger meewerkt aan het tot stand brengen van een overeenkomst. In de overeenkomst wordt beschreven onder welke voorwaarden de subsidie wordt verstrekt en kan worden teruggevorderd. De overeenkomst is ondergeschikt aan de subsidiebeschikking.

Deze figuur kom je vooral tegen in het brede welzijnswerk, waar steeds vaker gewerkt wordt met budgetfinanciering. Bij budgetsubsidieering is sprake van een directe relatie tussen de betaling door gD en de geleverde activiteiten door de gesubsidieerde instelling. Door middel van subsidie- of uitvoeringsovereenkomsten worden afspraken tussen gD en subsidieontvanger vastgelegd.

Overigens dient bij de uitwerking van een subsidie in een uitvoeringsovereenkomst zeer terughoudend te worden omgegaan met het opnemen van uitgebreide nakomingsverplichtingen, nu dit naar de letter van de wet mogelijk kan voldoen aan de definitie van overeenkomst.

Bij het schrijven van dit memo is mede gebruik gemaakt van de artikelen:

1) 'Korte uiteenzetting over subsidie en/of overeenkomst in het welzijnswerk', Samenwerkende Amsterdamse Stadsdelen voor Onderwijs en Welzijn, Stedelijke werkgroep Aanbesteden in welzijnswerk, 2010;

2) 'Subsidie of opdracht?' van B.S. Ten Kate en T.A.M. van den Ende uit de Gemeentestem, 2006, nr. 7261, p. 583-591.