

Invest-NL

Bankieren met € 2,5 miljard publiek geld; welke regels gelden er eigenlijk?

Jacobine van den Brink & Willemien den Ouden¹

De wetgever moet vooraf nadenken en zich uitspreken over de regels die moeten gelden bij de besteding van € 2,5 miljard publiek geld door Invest-NL en niet de rechter achteraf opzadelen met de keuze voor publiekrechtelijke c.q. privaatrechtelijke normering en rechtsbescherming. Als de wetgever meent dat Invest-NL niet moet worden gehouden aan de publiekrechtelijke normen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet normering topinkomens en dat tegen het handelen van Invest-NL geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open hoeft te staan, dan dient dat in de wet zelf te worden geregeld.

1. Inleiding

In februari 2017 maakte het kabinet bekend dat de Nederlandse financierings- en ontwikkelingsinstelling Invest-NL, zou worden opgericht.² Invest-NL zal in termijnen € 2,5 miljard van de Staat ontvangen om financiering te verstrekken aan ondernemingen voor activiteiten op het gebied van grote transitie-opgaven, zoals energie, verduurzaming en voedsel, en aan start- en scale-ups. Op 16 februari 2018 is het concept-wetsvoorstel, dat de oprichting van Invest-NL mogelijk maakt, openbaar gemaakt voor publieke internetconsultatie. Naar verwachting zal het definitieve wetsvoorstel in het najaar 2018 bij de Tweede Kamer worden ingediend. Als alles goed gaat is Invest-NL, een organisatie met een kleine 200 fte personeel,³ in 2019 operationeel.

De oprichting van deze investeringsbank is het resultaat van jarenlang gelobby vanuit het bedrijfsleven en de financiële sector.⁴ Er wordt door de stakeholders veel verwacht, al zijn er ook experts die laten weten dat het beschikbare investeringskapitaal veel te klein is om de taken waarvoor Invest-NL staat echt goed vorm te geven, of juist dat er veel te weinig veelbelovende projecten zijn om zoveel geld tegenaan te gooien.⁵ Deze laatste stelling wordt ondersteund door het recente bericht dat de Nederlandse Investeringsinstelling (NLII) stopt.⁶ Van de € 1,2 miljard die beschikbaar was voor onder meer het Nederlandse midden- en kleinbedrijf, is slechts een derde uitgegeven. Wat daar verder ook van zij, vaststaat dat met de vormgeving van Invest-NL de overheid als bankier aan de slag gaat met een omvangrijke som aan publiek geld. Dat roept de vraag op in hoeverre dat handelen ook publiekrechtelijk wordt genormeerd. De overheid is immers geen 'gewone bank' (voor zover die nog bestaan). Van haar mag

worden verwacht dat zij zich richt op de behartiging van het algemene belang. Hoe wordt in het wetsvoorstel gewaarborgd dat de bankierende overheid vooral blijft handelen als overheid en ook als zodanig kan worden gecontroleerd en afgerekend?

Daarover is de toelichting op het concept-wetsvoorstel opvallend kort van stof. Hoewel sommige initiatiefnemers van het eerste uur hebben benadrukt dat het zou moeten gaan om 'een echte overheidsinstelling'⁷ en de gedachte ook lijkt te zijn dat de instelling wordt gedreven door deskundige ambtenaren van verschillende ministeries,⁸ wordt Invest-NL in een privaatrechtelijk jasje gestoken. Wat dit betekent voor de normering van zijn handelen, de controle daarop en de rechtsbescherming daartegen, blijft in het concept-wetsvoorstel vrijwel onbelicht. Dat lijkt ons geen goede zaak. In het verleden is namelijk meermaals gebleken dat wanneer de wetgever op dit vlak geen heldere keuzes maakt, het uiteindelijk de rechter is die knopen moet doorhakken. Dat past slecht bij zijn takenpakket in een democratische rechtsstaat. Bovendien duurt het vaak wel even voordat de hoogste rechters tot een duidelijke en uitgekristalliseerde normering en rechtsmachtverdeling zijn gekomen. Al die tijd bestaat er rechtsonzekerheid en dat is nooit goed voor de markt, investeringen, transities, innovatie, ondernemingen en burgers. Vandaar een pleidooi gericht tot de wetgever: geef vooraf duidelijkheid en licht keuzes toe!

2. Van Nederlands Investeringsagentschap (NIA) tot Invest-NL

Eerst iets over de context. Al zo'n tien jaar wordt in Nederland gesproken over de oprichting van een nationale

investeringsbank. Een dergelijke staatsbank zou kredieten moeten verlenen aan bedrijven, waar commerciële banken dat niet aandurven. Het idee van een Nederlandse investeringsbank is niet nieuw; sterker nog we hadden eerder al zo'n bank. In 1999 werd de destijds bijna dertig jaar oude Nederlandse Investerings Bank, net als veel andere 'overheidsbedrijven', geprivatiseerd.⁹ Sinds de kredietcrisis van 2008 waait echter een andere wind door Den Haag. De SP zag in een nieuwe nationale investeringsbank de oplossing om de economie op gang te krijgen; het was immers voor innoverende bedrijven moeilijk om private financiering te verkrijgen.¹⁰

De Nederlandse regering is natuurlijk ook geïnteresseerd in de Juncker euro's en met een nationale investeringsbank zouden deze euro's gemakkelijker beschikbaar komen

Hoewel de regering in eerste instantie afwijzend reageert,¹¹ verandert dit met de vaststelling van het Investeringsplan voor Europa in november 2014.¹² Dit investeringsplan omvat onder meer het Europees Fonds voor strategische investeringen (EFSI), de zogenaamde 'Juncker-gelden'. De EU-verordening die dit fonds regelt gaat uit van samenwerking tussen de Europese Investeringsbank Groep (de Europese Investerings Bank (EIB) en het Euro-

pees Investerings Fonds (EIF)) en nationale stimuleringsbanken of -instellingen.¹³ Nationale stimuleringsbanken of -instellingen zijn dus belangrijke spelers om deze gelden – uiteindelijk gaat het naar verwachting om in totaal € 500 miljard(!)¹⁴ – in de lidstaten weg te zetten.¹⁵ In de verordening wordt een nationale stimuleringsbank of -instelling gedefinieerd als een juridische entiteit die beroepsmatig financiële activiteiten verricht en van de lidstaat of een entiteit van een lidstaat op centraal, regionaal of lokaal niveau, de opdracht heeft gekregen om ontwikkelings- of stimuleringsactiviteiten te verrichten.¹⁶ Anders dan de meeste landen om ons heen,¹⁷ kent Nederland geen nationale stimuleringsbank (meer) en dat wordt nu een probleem: de Nederlandse regering is natuurlijk ook geïnteresseerd in de Juncker euro's en met een nationale investeringsbank zouden deze euro's gemakkelijker beschikbaar komen.

Daarom wordt in 2015 onder leiding van oud-bankier en oud-topambtenaar Jeroen Kremers het Nederlands Investerings Agentschap (NIA) opgericht. Het NIA kwalificeert echter niet als een nationale stimuleringsbank of -instelling; het heeft geen eigen juridische status en geen eigen financieel instrumentarium, met bijbehorende governancestructuur.¹⁸ Dit betekent dat het NIA onvoldoende is geëquipeerd om aanspraak te kunnen maken op de Juncker-euro's.¹⁹ Kremers adviseert daarom in het najaar van 2015 om haast te maken met de oprichting van een nationale stimuleringsbank of -instelling. Half juni 2016 lanceren VNO-NCW en MKB-Nederland een plan voor het 'Next Level Investment Fund' dat € 100 miljard zou moeten bevatten. Op 30 juni 2016 presenteren Jeroen Kremers, Oliver Wyman en de Brauw Blackstone Westbroek een plan voor de oprichting van de Nederlandse Financieringsinstelling voor Economische Ontwikkeling (NFEO).²⁰ In dit plan wordt geadviseerd om, door middel van samenvoeging de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG), de Nederlandse waterschapsbank (NWB), de Financieringsmaatschappij voor Ontwikkelingslanden (FMO) en enkele financieringsinstrumenten die door de Rijksdienst

Auteurs

1. Prof. mr. J.E. van den Brink is hoogleraar Europees en nationaal bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

Noten

2. Kamerstukken II 2016/17, 28165, 266.
3. Zie het functieprofiel Directeur Invest-NL in opbouw/beoogd CEO: www.maeslunau.com/upload/content/file/functieprofiel%20invest-nl%20ceo.pdf.
4. Zie 'Hoe een groots plan langzaam werd uitgekleed', *FD* 1 februari 2017.
5. Zie bijvoorbeeld 'Klinkt leuk als je 100 miljard wilt investeren, maar er is geen vraag', *NRC Handelsblad* 18 juni 2016.
6. 'Investeringsinstituut heft zichzelf op, geld bleef op de plank liggen', NOS.nl 15 mei 2018.

7. Zie 'Een bank voor de falende markt', *NRC Handelsblad* 30 juni 2016.
8. Zie 'Kabinet richt nationale investeringsbank op', *NRC Handelsblad* 10 februari 2017.
9. De NIB werd verkocht door minister Zalm aan pensioenfondsen ABP en PGGM. Inmiddels is de bank in andere handen. De naam werd gewijzigd in NIB Capital NV en de bank is sinds 23 maart van dit jaar weer beursgenoteerd. Overigens was de NIB de opvolger van de in 1945 opgerichte Maatschappij tot Financiering van Nationaal Herstel (Herstelbank). Zie hierover ook Menno Tamminga, 'Eureka! De overheid vult 'n gat in de markt', *NRC Handelsblad* 6 maart 2018.
10. Zie de Initiatiefnota Een nieuwe Nationale Investeringsbank, *Kamerstukken II* 2008/09, 32050, 2.
11. *Kamerstukken II* 2009/10, 32050, 3.

12. Mededeling van de Commissie, *Een Investeringsplan voor Europa*, COM (2014) 903 final.
13. De Engelse term is: National Promotional Bank/Institution (NPBI). Deze term komt in de meeste stukken terug.
14. In eerste instantie ging het om € 315 miljard (zie het Europees Investeringsplan, p. 3). Inmiddels is het plan met de Verordening 2017/2396/EU verlengd tot 2020 en gaat het om € 500 miljard. Zie ook een *Investeringsplan voor Europa, Het Europees Fonds voor strategische investeringen: van crisisrespons naar structurele impact*, 13 maart 2018.
15. Verordening 2015/1017/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 juni 2015 betreffende het Europees Fonds voor strategische investeringen, de Europese investeringsadvieshub en het Europese investeringsprojectenportaal – het Europees

Fonds voor strategische investeringen, *PbEU* 2015, L 169/1.
16. Zie art. 2 aanhef en onder 3 Verordening 2015/2017/EU.
17. Zo kent Frankrijk de French Caisse des Dépôts Group (CDC), Italië de Cassa di Risparmio di Roma (CR) en Spanje de Instituto de Crédito Oficial (ICO). Zie ook Jeroen Kremers, *Nederlands Investerings Agentschap voor EFSI: Opstart en verdere vormgeving*, p. 16.
18. Jeroen Kremers, *Nederlands Investerings Agentschap voor EFSI: Opstart en verdere vormgeving*, p. 17.
19. Zie art. 2 lid 4 onder d en art. 10 Verordening 2015/2017/EU.
20. www.nfeo.nl/images/20160630---NFEO-report-vfinal.pdf.



© dieKleinert / Alamy

voor Ondernemend Nederland worden uitgevoerd, een nationale investeringsbank op te richten met een vermogen van € 250 miljard.

Na verzet van de BNG, NWB en FMO²¹ kiest het kabinet in februari 2017 echter voor een veel kleinschaliger fonds: Invest-NL,²² een plan dat kabinet Rutte III overneemt.²³ Dit plan sluit – naar nu blijkt – nauw aan op de

Europese strategie. Begin mei 2018 maakt de Europese Commissie haar plannen bekend voor de Europese meerjarenbegroting 2021-2027. Er zal op EU-niveau vanaf 2021 een nieuw geïntegreerd investeringsfonds worden opgericht: InvestEU. Dit fonds zal worden gevuld met € 15,2 miljard, waarmee de Commissie binnen de EU € 650 miljard aan additionele investeringen hoopt te realiseren.²⁴

3. Het concept-wetsvoorstel

Invest-NL heeft op grond van art. 2 van het concept-wetsvoorstel twee hoofddoelstellingen. In de eerste plaats dient Invest-NL, daar waar de markt hierin onvoldoende voorziet, bij te dragen aan het financieren en realiseren van maatschappelijke transitieopgaven door ondernemingen. Daartoe heeft Invest-NL een ontwikkeltaak en een investeringstaak. De ontwikkeltaak houdt in dat Invest-NL de ontwikkeling van initiatieven of ondernemingen steunt, indien daarmee een bijdrage geleverd kan worden aan het realiseren van maatschappelijke transitieopgaven of aan de Nederlandse economie. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om het functioneren als platform waarbij ervaringen en informatie door ondernemingen en projectinitiatiefnemers kunnen worden uitgewisseld en geaggregeerd.²⁵ Om deze ontwikkeltaak te kunnen uitvoeren, ontvangt Invest-NL jaarlijks een subsidie van € 10 miljoen.²⁶

De investeringstaak is financieel van veel groter belang en houdt in dat Invest-NL voor eigen rekening en risico financiering zal verstrekken aan ondernemingen, die een bijdrage leveren aan het realiseren van maatschappelijke transitieopgaven of aan de Nederlandse economie.²⁷ Uit het concept-wetsvoorstel blijkt dat de Staat daartoe aan Invest-NL € 2,5 miljard beschikbaar zal stellen als eigen vermogen. Daarmee gaat de investeringsbank, volgens de toelichting, participaties, garanties en (achtergestelde) leningen verstrekken. In zoverre is Invest-NL aan te merken als een revolverend fonds. Als alles loopt zoals gehoopt, vloeien de geïnvesteerde middelen terug naar het fonds en kunnen zij opnieuw worden geïnvesteerd. In het kader van deze investeringstaak heeft Invest-NL ook tot taak om samen te werken met onder meer instellingen van de Europese Unie.²⁸

De tweede hoofddoelstelling heeft betrekking op de beoogde oprichting van een Joint Venture van Invest-NL met FMO. Dit samenwerkingsverband heeft ingevolge artikel 3 lid 2 van het concept-wetsvoorstel als taak om, indien de markt hierin onvoldoende voorziet, direct of indirect ondersteuning te geven aan de Nederlandse ondernemingen voor het op de internationale markt brengen van hun producten, het kunnen meedingen naar opdrachten van buitenlandse partijen en het ontwikkelen en financieren van internationale projecten met een maatschappelijke impact. Ook deze Joint Venture heeft zowel een ontwikkeltaak als een investeringstaak. De investeringen door het samenwerkingsverband moeten uit de aan Invest-NL beschikbaar gestelde € 2,5 miljard worden bekostigd. Voor de ontwikkelactiviteiten zal het

samenwerkingsverband een jaarlijkse subsidie van € 9 miljoen ontvangen.²⁹ Wat betreft de investeringen combineert de Joint Venture internationale regelingen van de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking³⁰ met activiteiten van FMO NL-Business.³¹ Zo wil de regering één financieringsloket creëren voor exporteerend Nederland.³² Voormelde internationale regelingen worden momenteel uitgevoerd door de grootste subsidieverstrekker van de rijksoverheid van dit moment, de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Dit betekent dat mensen en middelen zullen overgaan van RVO naar Invest-NL.

Naast deze ontwikkel- en investeringstaken wordt in het concept-wetsvoorstel de mogelijkheid gecreëerd om Invest-NL in mandaat van de minister subsidieregelingen uit te laten voeren³³ en om namens de minister bepaalde aandeelhoudersbevoegdheden uit te oefenen.³⁴ Op grond van art. 4 lid 1 onderdeel e, krijgt Invest-NL ook de taak om bepaalde aandelenbelangen in ondernemingen of

Met dit wetsvoorstel wordt een vehikel gebouwd, waar allerlei taken eenvoudig – door het creëren van een dochtermaatschappij – onder kunnen worden geschoven

fondsen aan te houden. Meer concreet gaat het hierbij om de aandelen van Dutch Venture Initiative SA SICAR (DVI) en Dutch Venture Initiative II S.A. SICAR (DVI II);³⁵ met publiek geld gevulde investeringsfondsen van de Nederlandse Staat en het Europees Investeringsfonds die zijn gevestigd in Luxemburg en alleen investeren in andere private fondsen (fonds-in-fondsconstructies).³⁶

Volgens de toelichting vergen de verschillende hiervoor geschetste taken van Invest-NL een gedifferentieerde vorm van aansturing en verantwoording. Voor de ontwikkel- en investeringstaak geldt bijvoorbeeld dat slechts van een beperkte mate van overheidsinvloed sprake kan zijn, om zo te voorkomen dat sprake is van een niet-financiële

21. Zie hierover 'Kabinet schrapt fusieplan nationale investeringsbank', FD 2 februari 2017 en ook 'Nationale investeringsclub als cruciale club', *Binnenlands Bestuur* 2016, 48, p. 21-23.

22. Brief van 10 februari 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 28165, 266. Zie hieromtrent, 'Hoe een groots plan langzaam werd uitgekleeft', FD 1 februari 2017.

23. Zie het regeerakkoord 2017-2021, *Vertrouwen in de toekomst*, punt 2.4.

24. Zie Communication from the Commission, *A Modern Budget for a Union that Protects, Empowers and Defends. The Multiannual Financial Framework for 2021-2027*, COM (2018) 321 final, p. 7.

25. Concept-memorij van toelichting, p. 21.

26. Brief van 15 februari 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 28165, 281.

27. Art. 4 lid 1 sub b van het voorstel.

28. Zie art. 4 lid 1 sub e van het voorstel.

29. Brief van 15 februari 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 28165, 281.

30. Het gaat om het Dutch Good Growth Fund (DGGF, onderdelen 'Investeren Nederlandse mkb') en 'Exporteren Nederlandse mkb'), Dutch Trade and Investment Fund (DTIF) en het Development Related Infrastructure Investment Vehicle (DRIVE).

31. Dit deel van FMO houdt zich bezig met de ontwikkeling van internationale projecten en het bieden van financieringsoplossin-

gen voor het Nederlandse bedrijfsleven.

32. Kamerbrief 15 februari 2018, Vormgeving Invest-NL.

33. Art. 4 lid 1 onderdeel c.

34. Art. 4 lid 1 onderdeel d.

35. Art. 20 concept-wetsvoorstel.

36. 'Het ministerie van EZ heeft voor ieder plan wel een potje', FD 30 maart 2017 en 'Het sprookje van de revolverende fondsen. De overheid als durfkapitalist', *De Groene Amsterdammer* 29 maart 2017.

transactie die het EMU-saldo belast.³⁷ Een dergelijke beperkte mate van overheidsinvloed past echter niet bij de overige taken van Invest-NL, die niet worden uitgevoerd met behulp van de € 2,5 miljard.³⁸ Vandaar dat wordt gekozen voor een holdingsstructuur. Er wordt een Invest-NL-groep opgericht, waarbij de verschillende taken van Invest-NL wordt verdeeld over een moedermaatschappij en 100%-dochtermaatschappijen.³⁹ Op dit moment is het voornemen om in ieder geval een investeringsdochter en ontwikkelingsdochter op te richten, maar art. 2 lid 4 van het concept-wetsvoorstel maakt het mogelijk dat veel meer dochtermaatschappijen worden opgericht.⁴⁰

De voorziene oprichting van Invest-NL heeft in ieder geval tot resultaat dat ook Nederland over een nationale stimuleringsinstelling beschikt als bedoeld in de EFSI-verordening.⁴¹ Daarmee zijn de Juncker-gelden voor Nederland definitief veiliggesteld. Het feit dat Invest-NL zich niet zal beperken tot de uitvoering van EFSI, laat echter zien dat de verwachting gerechtvaardigd is dat aan Invest-NL in de toekomst veel meer taken zullen worden toegewezen. Met dit wetsvoorstel wordt een vehikel gebouwd, waar allerlei taken eenvoudig – door het creëren van een dochtermaatschappij – onder kunnen worden geschoven. Artikel 4 lid 3 van het concept-wetsvoorstel bevat daartoe een ruimhartige delegatiebepaling: bij algemene maatregel van bestuur kunnen aan zowel Invest-NL als aan het samenwerkingsverband taken worden opgedragen, voor zover deze verenigbaar zijn met de (brede) doelstellingen van Invest-NL. Uit de mededeling van de Commissie van 22 juli 2015 die gaat over de rol van nationale investeringsbanken bij de facilitering van het Investeringsplan van Europa blijkt dat dergelijke taken ook heel goed uit Europa afkomstig kunnen zijn.⁴² Hierbij kan worden gedacht aan het uitvoeren van financieringsinstrumenten die worden gefinancierd door de Europese structuur- en investeringsfondsen.⁴³

4. Invest-NL: een Awb-bestuursorgaan?

In deze bijdrage concentreren wij ons op de (financieel) meest omvangrijke opdracht van Invest-NL: de investeringsstaak. Om deze uit te kunnen voeren wordt in artikel 5 lid 1 onder b aan Invest-NL de bevoegdheid toegekend om voor eigen rekening en risico risicodragend vermogen en overig kapitaal te verschaffen aan ondernemers en Europese financieringsfaciliteiten en programma's. Deze opdracht tot het investeren met staatsmiddelen raakt uiteraard aan het staatssteunrecht. Hierover zegt de toelichting weinig meer dan dat zal worden voldaan aan de staatssteunregels.⁴⁴ Uit de letters 'PM' maken wij op dat hieraan op een later moment meer aandacht zal worden besteed. Dit is geen overbodige luxe, nu Invest-NL juist moet gaan investeren in gevallen waarin sprake is van marktfalen.⁴⁵ Het lijkt daarom weinig reëel dat Invest-NL in beginsel marktconform zal opereren, zoals in de toelichting wordt aangekondigd.⁴⁶ Hier ligt dus nog een punt van aandacht.

In de toelichting op het voorstel wordt helaas helemaal geen aandacht besteed aan de vraag hoe de bevoegdheid tot het verschaffen van risicodragend vermogen en overig kapitaal door Invest-NL juridisch moet worden gezien. Kwalificeert Invest-NL op grond van deze bevoegdheid als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1

sub b Awb en kwalificeert het uitoefenen van deze bevoegdheid als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb? Dat zijn belangrijke vragen omdat het antwoord daarop bepalend is voor de regels waaraan Invest-NL zich moet houden en de rechtsbescherming die open staat tegen zijn beslissingen.

Wat betreft de vraag of Invest-NL handelt als een bestuursorgaan, is relevant dat het concept-wetsvoorstel aan een NV de bevoegdheid toekent om met publiek geld risicodragend vermogen en overig kapitaal te verschaffen. Dit wijst erop dat het hier gaat om het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid om een overheidstaak uit te voeren. De overheidstaak, die is geregeld in een formele wet, bestaat in het met publiek geld financieren van ondernemingen en fondsen die wat de financiering betreft niet door de markt worden bediend. Deze financieringsbevoegdheid komt bovendien niet aan een ieder toe, maar is toegekend aan Invest-NL op grond van artikel 5 lid 1 onder b van het wetsvoorstel. Dit betekent dat Invest-NL op grond van artikel 5 lid 1 onder b van het voorstel bevoegd is om eenzijdig de rechtspositie van de ondernemingen die voor financiering in aanmerking willen komen te bepalen (komen zij wel of niet in aanmerking voor een publieke financiering die door hen is aangevraagd?). Zo beschouwd is Invest-NL een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb en kwalificeren de financieringsbeslissingen van Invest-NL als besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.

Het gaat daarbij waarschijnlijk om subsidiebesluiten. Immers, in artikel 4:21 Awb is dwingend geregeld dat alle aanspraken op financiële middelen verstrekt door een bestuursorgaan met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor goederen of diensten, subsidies zijn waarop de Awb (en in het bijzonder titel 4.2 inzake subsidies) van toepassing is. Uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie is bovendien duidelijk geworden dat leningen en garanties gefinancierd uit publieke middelen kunnen worden beschouwd als subsidiebesluiten,⁴⁷ ook wanneer zij worden verstrekt door privaatrechtelijke rechtspersonen.⁴⁸

In de toelichting op het voorstel is geen aandacht besteed aan de Algemene wet bestuursrecht. In par. 7.3 en in de toelichting op artikel 10 lid 1 wordt slechts terloops opgemerkt dat Invest-NL geen bestuursorgaan is. Deze stelling wordt echter op geen enkele wijze onderbouwd. Gelet op het feit dat op grond van artikel 1:1 lid 1 onder b, ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen kwalificeren als bestuursorgaan – namelijk voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (lees: publiekrechtelijke bevoegdheden hebben) – was een nadere onderbouwing zeker op zijn plaats geweest. Nu aan deze vraag geen expliciete aandacht wordt besteed, ontstaat onzekerheid over de vraag hoe beslissingen van Invest-NL juridisch moeten worden gekwalificeerd, met alle nadelige gevolgen van dien.

5. Consequenties en risico's van het negeren van de Awb

In onze visie verdient de vraag of de Awb van toepassing is op het handelen van Invest-NL en de rechtsbescherming daartegen daarom nadere doordenking. Het is bepaald onwenselijk dat over het juridische karakter van handelin-

Wanneer onduidelijkheid bestaat over het rechtskarakter van beslissingen van Invest-NL betekent dat automatisch ook onduidelijkheid over de rechtsbescherming

gen van Invest-NL, dat zal worden belast met de uitvoering van een omvangrijke en complexe publieke taak, waarmee veel publiek geld is gemoeid, onduidelijkheid bestaat en wel om verschillende redenen.

Onduidelijkheid over de rechtsbescherming

Wanneer onduidelijkheid bestaat over het rechtskarakter van beslissingen van Invest-NL betekent dat automatisch ook onduidelijkheid over de rechtsbescherming. Zeer voorstelbaar is dat afgewezen en dus teleurgestelde aanvragers rechtsbescherming willen zoeken tegen een afwijzingsbesluit van Invest-NL. Hetzelfde geldt voor concurrenten van ondernemers die wel financiering ontvangen. Voor die laatsten geldt een klachtenregeling,⁴⁹ maar gezien de investeringsbedragen die nodig zijn en bedrijfsbelangen die daarmee gemoeid zijn is het voorstelbaar dat zij soms hardere acties zullen kiezen dan een klacht. Bij welke rechter kunnen deze partijen terecht?

Zoals hiervoor aan de orde kwam valt goed te verdedigen dat beslissingen van Invest-NL inzake investeringen kwalificeren als besluiten als genoemd in artikel 1:3 lid 1 Awb. Afgewezen aanvragers en concurrenten kunnen daartegen dus, na bezwaar, (laagdrempele en goedkope) rechtsbescherming zoeken bij de bestuursrechter. In een bestuursrechtelijke procedure tegen de afwijzing van een aanvraag om een lening of garantie zal een enkele opmerking in de toelichting dat Invest-NL geen bestuursorgaan is, weinig indruk maken; het subsidiebegrip van de Algemene wet bestuursrecht is immers een materieel begrip. Dit betekent dat de bestuursrechter zelfstandig beoordeelt of sprake is van een subsidie. Hoe deze lening of garantie in de bijzondere wet wordt genoemd of door het bestuursorgaan wordt geduid doet daarbij niet ter zake.⁵⁰

Hoger beroep staat vervolgens, nu daarover in het wetsvoorstel niets bijzonders is geregeld, open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Of de laatste de meest geschikte hoger beroepsrechter is, verdient in dat geval nadere doordenking nu over andere geschillen over garanties en leningen verstrekt door bestuursorganen in veel gevallen wordt geoordeeld door

het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁵¹ Deze laatste rechter is ook bevoegd te oordelen over geschillen rond de terugvordering van leningen en garantiegelden in het geval deze (onverhoopt) toch mochten kwalificeren als onrechtmatige staatssteun, een risico dat gezien het beleidsterrein en het investeringskapitaal van Invest-NL beslist niet denkbeeldig is.⁵²

Als Invest-NL geen bestuursorgaan is, is er de weg van de genoemde klachtregeling. Echter, het is de vraag of die daadwerkelijke rechtsbescherming zal bieden. De werking van de klachtenregeling van de Europese investeringsbank geeft op dat vlak weinig hoop. Er wordt bij de EIB regelmatig geklaagd door o.a. milieu- en mensenrechtenorganisaties en concurrenten, maar de werking van die procedure is zwak en de EIB is voornemens de klachtprocedure 'verder te vereenvoudigen', door sommige geherformuleerd als 'uitkleden'.⁵³ Verder kan natuurlijk rechtsbescherming worden gezocht bij de civiele rechter als restrechter. De vraag is echter waaraan de laatste het handelen van Invest-NL als overheidsbank zou moeten toetsen.

Normering handelen van Invest-NL: transparantie, openbaarheid en verbod op topinkomens

Als de bestuursrechter de beslissingen van Invest-NL beschouwt als besluiten, heeft dit belangrijke consequenties voor de normering van het handelen van Invest-NL. Zo zal het verstrekingsproces van de (schaarse) publieke investeringen in dat geval waarschijnlijk moeten voldoen aan de zich snel ontwikkelende publiekrechtelijke transparantieplichting die geldt bij de verdeling van schaarse publieke rechten.⁵⁴ Deze transparantieplichting zou inhouden dat Invest-NL een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van financieringsgelden, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen selectiecriteria. Het doel hiervan is dat potentiële aanvragers een gelijke kans hebben om voor financiering in aanmerking te komen. Voorts valt het handelen van Invest-NL in dat geval onder de Wet openbaarheid van bestuur en zou het logisch zijn op deze organisatie de Wet normering topinkomens van toepassing te verklaren.

37. Concept-toelichting, p. 8.

38. Concept-toelichting, p. 8.

39. Concept-toelichting, p. 9.

40. Concept-toelichting, p. 10.

41. Concept-toelichting, p. 31.

42. COM (2015) 361 final.

43. COM (2015) 361 final, p. 13.

44. Zie de concept-toelichting op p. 18.

45. Zie de concept-toelichting op p. 2.

46. Zie de concept-toelichting op p. 35.

47. Zie bijv. Cbb 6 oktober 2016,

ECLI:NL:CBB:2016:317, AB 2018/17,

m.nt. J.R. van Angeren.

48. Zie Rb. Den Haag 21 februari 2018,

ECLI:NL:RBDHA:2018:2162.

49. Zie art. 10 van het voorstel.

50. Zie onder andere Cbb 9 juli 2008,

ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340,

m.nt. J.R. van Angeren en ABRvS 23 maart

2016, ECLI:NL:RVS:2016:803, AB

2016/286, m.nt. A. Drahmman. Dit ligt vanzelfsprekend anders voor zover in een formele wet van de Awb wordt afgeweken. Dat is in het concept-wetsvoorstel echter niet gebeurd.

51. Zie bijv. Cbb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:317, AB 2018/17, m.nt. J.R. van Angeren.

52. Zie art. 9 onderdeel C van de waarschijnlijk per 1 juli 2018 in werking te

treden Wet Terugvordering staatssteun, Stb. 2018, 75.

53. Zie Rik Winkel, 'EIB holt klachtenregeling nog verder uit', FD 3 november 2017.

54. Zie ABRvS 2 november 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426,

m.nt. C.J. Wolswinkel; ABRvS 18 januari

2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253,

m.nt. S. Philipsen; en Rb. Oost-Brabant 16

juni 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3279.

Kortom: als Invest-NL zijn investeringstaak uitvoert als bestuursorgaan zijn veel rechtsstatelijke waarden min of meer automatisch geborgd. In dat geval zijn er voldoende handvatten voor politici, bedrijven, hun concurrenten, journalisten en burgers om te (laten) controleren of Invest-NL behoorlijk handelt en publiek geld aanwendt om het algemeen belang te dienen.

Als de bestuursrechter de beslissingen van Invest-NL beschouwt als besluiten, heeft dit belangrijke consequenties voor de normering van het handelen van Invest-NL

Is Invest-NL geen bestuursorgaan dan ligt dat allemaal veel diffuser. Diegenen die zichzelf geruststellen door te denken dat de overheid ook als zij privaatrechtelijk handelt aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden, herinneren wij er hier graag aan dat ook de civiele rechter er vanuit gaat dat het *bestuursorganen* zijn die via de schakelbepalingen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij civielrechtelijke handelingen. Dat civielrechtelijke rechtspersonen voorzien in behoeften van algemeen belang en hoofdzakelijk zijn gefinancierd door publieke middelen

55. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/Conformmed), JB 2003/121, m.nt. J.A.F. Peters, AB 2003/365 m.nt. FvO, NJ 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

56. Zie bijv. ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1494, AB 2016/254, m.nt. N. Jak. Zie ook N. Jak, 'Semipublieke

instellingen en de Wet open overheid', NJB 2016/1475, afl. 29, p. 2083-2090.

57. Het gaat hier om fondsen van het Rijk, provincies en gemeenten. Wij volstaan hier met het noemen van het Warmteparticipatiefonds Zuid-Holland (€ 65 miljoen), Limburgs Energiefonds (€ 90 miljoen) en MAS-SIF (€ 325 miljoen). Dit laatste fonds wordt

maakt nog niet dat ook zij zich dienen te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zo oordeelde de Hoge Raad.⁵⁵ Verder verdient aandacht dat privaatrechtelijke rechtspersonen die volledig met overheidsmiddelen worden gefinancierd en belast zijn met een publieke taak, zeker niet automatisch onder de Wob vallen. Integendeel zelfs: in de jurisprudentie is juist een trend zichtbaar waarin steeds minder snel wordt aangenomen dat deze wet van toepassing is op privaatrechtelijke rechtspersonen.⁵⁶

Het vraagstuk of Invest-NL kwalificeert als een bestuursorgaan staat niet op zichzelf. Er bestaan in Nederland inmiddels tientallen revolverende fondsen die privaatrechtelijk zijn vormgegeven, maar volledig zijn gevuld met publiek geld, het is een ware rage.⁵⁷ Ook bij deze fondsen bestaat in veel gevallen onduidelijkheid of hun beslissingen kwalificeren als besluiten en daarmee over de vraag of rechtsstatelijke waarden zijn geborgd.⁵⁸

6. Conclusie

Gelet op het vorenstaande is het wenselijk dat de wetgever vooraf nadenkt en zich uitsprekt over de regels die moeten gelden bij de besteding van € 2,5 miljard publiek geld en niet de rechter achteraf opzadelt met de keuze voor publiekrechtelijke c.q. privaatrechtelijke normering en rechtsbescherming in het dossier Invest-NL.⁵⁹ Als de wetgever meent dat Invest-NL niet moet worden gehouden aan de publiekrechtelijke normen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet normering topinkomens en dat tegen het handelen van Invest-NL geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open hoeft te staan, dan dient dat in de wet zelf te worden geregeld. Bovendien verdient de burger uitleg over die keuze, vanzelfsprekend is zij immers zeker niet! ●

beheerd door de Nederlandse Financierings-Maatschappij voor Ontwikkelingslanden (FMO), gericht op versterking van de financiële sector op het terrein van ontwikkelingssamenwerking.

58. Zie hierover de op 8 juni 2018 door J.E. van den Brink aan de Universiteit Maastricht uit te spreken oratie *Realistisch revol-*

veren. Het revolverend fonds met een Europese touch. Deze oratie zal dit najaar bij Wolters Kluwer in boekvorm verschijnen.

59. Zie over de onwenselijke gevolgen daarvan: J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl – Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, afl. 39, p. 2888-2897.