

Reactie op de wet houdende machtiging tot oprichting van de Nederlandse financierings- en ontwikkelingsinstelling Invest-NL (machtigingswet Invest-NL).

29 maart 2018

Prof. mr. J.E. (Jacobine) van den Brink, hoogleraar Europees en nationaal bestuursrecht Universiteit Maastricht

Prof. mr. drs. W. (Willemien) den Ouden, hoogleraar Staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden

1. Inleiding

Hierbij geven wij graag een reactie op de consultatieversie inzake de machtigingswet Invest-NL. In deze wet wordt aan Invest-NL, een door de minister van Financiën namens de Staat der Nederlanden op te richten N.V., de opdracht gegeven om bij te dragen aan het financieren en realiseren van maatschappelijke transitieopgaven door ondernemingen en aan het bieden van toegang tot ondernemingsfinanciering.¹ Gelet op de Unierechtelijke staatssteunregels zal de bijdrage van Invest-NL zich beperken tot situaties waarin de markt onvoldoende financieringsmogelijkheden biedt; er dient sprake te zijn van marktfalen.

De Staat zal aan Invest-NL € 2,5 miljard beschikbaar stellen als eigen vermogen. Invest-NL heeft volgens de wet tot taak dit bedrag te gebruiken voor het direct of indirect voor eigen rekening en risico financiering verstrekken aan ondernemingen, die een bijdrage leveren aan het realiseren van maatschappelijke transitieopgaven of aan de Nederlandse economie (hierna: de investeringstaak).² Blijkens de toelichting gaat het om participaties, garanties en (achtergestelde) leningen. In zoverre is Invest-NL aan te merken als een revolverend fonds. Als alles loopt zoals gehoopt, vloeien de geïnvesteerde middelen terug 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.³

In deze reactie vragen wij uw aandacht voor het feit dat in (de toelichting op) het wetsvoorstel ten onrechte geen aandacht is besteed aan de Algemene wet bestuursrecht en de betekenis van het algemene bestuursrecht voor het handelen van Invest-NL en eventuele rechtsbescherming daartegen. Wij adviseren de regering dringend om hieraan alsnog aandacht te besteden.

2. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) buiten de deur?

Om de voormelde investeringstaak uit te kunnen voeren, wordt in artikel 5, eerste lid, onder b, aan Invest-NL de bevoegdheid toegekend om voor eigen rekening en risico risicodragend vermogen en overig kapitaal te verschaffen. Wat betreft de samenwerking met EU-instellingen betekent dit dat Invest-NL ook bevoegd is om voor eigen rekening en risico risicodragend vermogen en overig kapitaal te verschaffen met het oog op deelname aan financieringsfaciliteiten en financieringsprogramma's van de EU-instellingen, zoals COSME.⁴

¹ Artikel 3, eerste lid, van het voorstel.

² Artikel 4, eerste lid, sub b, van het voorstel.

³ Zie artikel 4, eerste lid, sub e, van het voorstel.

⁴ Zie de Memorie van Toelichting, p. 26.

In de toelichting op het voorstel wordt helaas 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, eerste lid, sub b, van de Awb en kwalificeert het uitoefenen van deze bevoegdheid als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de 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 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 die wat de financiering betreft niet door de markt worden bediend. De bevoegdheid om met publiek geld ondernemingen te financieren komt bovendien niet aan een ieder toe, maar is toegekend aan Invest-NL op grond van artikel 5, eerste lid, onder b, van het wetsvoorstel. Dit betekent dat Invest-NL op grond van artikel 5, eerste lid, 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, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb en kwalificeren de financieringsbeslissingen van Invest-NL als besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

Het gaat daarbij waarschijnlijk om subsidiebesluiten. Immers in artikel 4:21 van de 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 kunnen worden beschouwd als subsidiebesluiten,⁵ ook wanneer zij worden verstrekt door privaatrechtelijke rechtspersonen.⁶

In de toelichting op het voorstel is opvallend genoeg in het geheel geen aandacht besteed aan de Algemene wet bestuursrecht. In paragraaf 7.3 en in de toelichting op artikel 10, eerste lid, 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, eerste lid, onder b, ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen kwalificeren als bestuursorgaan – namelijk voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (lees: publiekrechtelijke bevoegdheden hebben) – was dit naar onze mening 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 Cbb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:317, AB 2018/17, m.nt. J.R. van Angeren.

⁶ Zie Rechtbank Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162.

3. 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 handelingen van Invest-NL, die 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 in de eerste plaats 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,⁷ maar gezien de investeringsbedragen die nodig zijn en bedrijfsbelangen die daarmee gemoeid zijn is voorspelbaar 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, eerste lid, van de Awb. Afgewezen aanvragers en concurrenten kunnen daartegen dus (laagdrempelige 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 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.⁸

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.⁹ 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.¹⁰

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

Als de bestuursrechter de beslissingen van Invest NL beschouwt als besluiten, heeft dit in de tweede plaats veel en belangrijke consequenties voor de normering van het handelen van Invest NL. Zo zal

⁷ Zie artikel 10 van het voorstel.

⁸ 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.

⁹ Zie bijvoorbeeld CbB 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:317, AB 2018/17, m.nt. J.R. van Angeren.

¹⁰ Zie artikel 9 onderdeel C van de waarschijnlijk per 1 juli 2018 in werking te treden Wet Terugvordering staatssteun, Staatsblad 2018/75.

het verstrekingsproces van de (schaarse) publieke investeringen in dat geval waarschijnlijk moeten voldoen aan de publiekrechtelijke transparantieplichting.¹¹ Deze transparantieplichting zou inhouden dat Invest-NL een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de financiering, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. 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 is de Wet normering topinkomens van toepassing.

4. 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 euro publiek geld en niet de rechter achteraf opzadelt met de keuze voor publiekrechtelijke c.q. privaatrechtelijke normering en rechtsbescherming in het dossier Invest NL.¹² 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!

¹¹ 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.

¹² Zie over de onwenselijke gevolgen daarvan: J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl - Publiek geld verplicht?', NJB 2016/2000.