



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De privaatrechtelijk vormgegeven ROM's als doorgeefluik van publiek geld: De Wgr als publiekrechtelijk alternatief?

Brink, J.E. van den; Jongkind, D.K.; Waarde, V.A. van

Citation

Brink, J. E. van den, Jongkind, D. K., & Waarde, V. A. van. (2022). De privaatrechtelijk vormgegeven ROM's als doorgeefluik van publiek geld: De Wgr als publiekrechtelijk alternatief? *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus*, 2022(4), 171-195. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3502332>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3502332>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

11. De privaatrechtelijk vormgegeven ROM's als doorgeefluik van publiek geld

De Wgr als publiekrechtelijk alternatief?

Prof. mr. J.E. van den Brink, mr. D.K. Jongkind, mr. V.A. van Waarde

Waar de regionale ontwikkelingsmaatschappijen ooit in het leven zijn geroepen om de regionale economische achterstanden weg te werken, verstrekken zij vandaag de dag aanzienlijke sommen publiek geld aan ondernemingen. Dit doen de ROM's in een privaatrechtelijk jasje. Worden de regionale ontwikkelingsmaatschappijen bij het verstrekken van leningen en garanties en het aangaan van deelnemingen publiekrechtelijk genormeerd? En zo nee, bestaat er een publiekrechtelijk alternatief?

1. Inleiding

Op 15 juli 2022 verscheen de meest recente evaluatie van het functioneren van de regionale ontwikkelingsmaatschappijen (hierna: 'ROM's'). Deze evaluatie vindt iedere vijf jaar plaats in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (hierna: 'het ministerie van EZK' of 'het ministerie').¹ De onderzoekers concluderen onder meer dat de ROM's een belangrijke uitvoeringspartner zijn op het vlak van financiering van het innovatieve MKB.² Zij bevelen om die reden het ministerie van EZK aan om te overwegen de ROM's een plek te geven in de uitvoering van grote nationale en Europese subsidieprogramma's.³ Of deze aanbeveling wordt overgenomen, moet worden afgewacht. Feit is wel dat met het van start gaan van ROM InWest op 8 oktober 2021 het netwerk van de ROM's landelijke dekking heeft.⁴ Dit betekent dat het voor het ministerie gemakkelijker wordt om de ROM's als uitvoeringsorganisatie breder in te zetten. Zo spelen de ROM's al een belangrijke rol bij de uitvoering van de coronasteunmaatregelen,

namelijk de Corona-Overbruggingslening (hierna: 'COL'). Met een subsidie van het ministerie van EZK verstrekten zij deze leningen aan *startups*, *scale-ups* en innovatieve MKB'ers die werden getroffen door de coronacrisis.⁵

Naar de ROM's is maar weinig juridisch onderzoek gedaan.⁶ Dit is opvallend omdat de ROM's aanzienlijke sommen publiek geld verstrekken

⁵ Coronaoverbruggingslening, raadpleegbaar via: rom-nederland.nl/corona-overbruggingslening/ en zie Techleap.nl en ROM Nederland, *COL Final Data report. A collective approach to supporting innovative entrepreneurs during COVID-19*, 2021. Zie over de COL ook J.E. van den Brink & M.J. Jacobs, 'De beschikking-ervangende subsidieovereenkomst: alive and kicking in de schemerzone van de Awb', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 15-28, p. 17-22.

⁶ De Ru en Damen besteden wel aandacht aan de ROM's in hun proefschriften. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid*, Nijmegen: Ars Aequi 1981 (diss. Utrecht), p. 103-107, en L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur*, Deventer: Kluwer 1987 (diss. Groningen), p. 203-213. Een recent voorbeeld waarin de ROM's als casusvoorbeeld worden gebruikt is Van den Brink & Jacobs 2021, p. 15-28, p. 17-22.

¹ Buck Consultants International, *Evaluatie ROM's 2016-2020 Eindrapport*, Nijmegen: 2022, p. 14.

² Buck Consultants International 2022, p. 10.

³ Buck Consultants International 2022, p. 10.

⁴ F. Gersdorf & M. Pols, 'Na corona heeft ook het rijke Noord-Holland een ontwikkelingsmaatschappij nodig', *FD* 5 september 2021.

aan ondernemingen.⁷ Zij verstrekken niet alleen leningen en garanties, maar gaan ook deelnemingen aan in innovatieve MKB-bedrijven. Omdat de ROM's privaatrechtelijke rechtspersonen zijn, wordt er door de ROM's zelf van uitgegaan dat zij niet worden genormeerd door het publiekrecht. Dit betekent dat er geen subsidieregelingen zijn vastgesteld en dat het publieke geld bij overeenkomst aan ondernemers wordt verstrekt. Wij vragen ons af of dit wenselijk is. Feit is dat de ROM's publiek geld uitgeven en publiek geld verplicht,⁸ zeker nu uit onderzoek is gebleken dat het verstrekken van publiek geld via het privaatrecht voor de aanvragers van financiering een verminderde waarborg van de eisen van de rechtsstaat betekent.⁹ In deze bijdrage staat daarom de vraag centraal of de ROM's bij het verstrekken van leningen en garanties en het aangaan van deelnemingen publiekrechtelijk worden genormeerd en zo nee, of er een publiekrechtelijk alternatief bestaat.

Om bovenstaande vraag te kunnen beantwoorden bespreken wij in paragraaf 2 in de eerste plaats de ontstaansgeschiedenis, het takenpakket en de juridische vormgeving van de ROM's. In paragraaf 3 gaan wij in op de vraag of de

ROM's publiekrechtelijk worden genormeerd. Daarvoor is noodzakelijk dat de ROM's bij het verstrekken van publiek geld aan ondernemers zijn aan te merken als bestuursorganen. Uit deze twee paragrafen zal blijken dat ondanks het feit dat in alle ROM's publiekrechtelijke rechtspersonen deelnemen, de ROM's zelf privaatrechtelijk worden vormgegeven en daarbij meestal niet als bestuursorganen handelen. Daarom bespreken wij in paragraaf 4 de vraag of de ROM's ook via een publiekrechtelijke weg zouden kunnen worden vormgegeven, namelijk op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen (hierna: 'Wgr'). In paragraaf 5 volgt een conclusie.

Gezien de beperkte hoeveelheid juridische literatuur over de ROM's is deze bijdrage vooral geënt op Kamerstukken, provinciale stukken, jaarverslagen, jaarplannen, evaluaties, statuten en investeringsreglementen over en afkomstig van de ROM's. Daarvoor hebben we gezocht op de namen van de specifieke ROM's en de bijbehorende fondsen van de ROM's, evenals de algemene termen regionale ontwikkelingsmaatschappij(en), ROM en ROM's.

2. De ROM's: een introductie

2.1 De ontstaansgeschiedenis van de ROM's

Halverwege de jaren zeventig en begin jaren tachtig werden de eerste ROM's op initiatief van het ministerie van EZK en de betrokken provincie(s) opgericht in regio's die op economische achterstand stonden.¹⁰ Het betrof de Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij voor Noord-Nederland (hierna: 'NOM') voor de provincies Drenthe, Friesland en Groningen, het Limburgs Instituut voor OntwikkelingsFinanciering (hierna: 'LIOF') voor de pro-

7 Buck Consultants International 2022, p. 1.

8 Zie J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897.

9 V.A. van Waarde, 'Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht' in: J.C.L. de Bruijn & V.A. van Waarde, *Publieke taken en privaatrecht* (Jonge VAR-reeks 20), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 71-153. Zie ook P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 348-353, over de vraag of en in hoeverre privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen onder de werking van het publiekrecht zouden moeten vallen.

10 *Kamerstukken II* 2000/01, 26570, nr. 16, p. 3; Damen 1987, p. 203; de website van de ROM's onder 'wat is een ROM?', raadpleegbaar via: <https://www.rom-nederland.nl> en het rapport Ecorys, *Evaluatie van de Regionale ontwikkelingsmaatschappijen (ROM's) Eindrapportage*, ministerie EZK 2016.

vincie Limburg, de Brabantse Ontwikkelingsmaatschappij (hierna: 'BOM') voor de provincie Noord-Brabant, de Overijsselse Ontwikkelingsmaatschappij (hierna: 'OOM') voor de provincie Overijssel en de Gelderse Ontwikkelingsmaatschappij (hierna: 'GOM') voor de provincie Gelderland. Deze laatste twee ROM's zijn inmiddels gefuseerd tot de Ontwikkelingsmaatschappij Oost-Nederland (hierna: 'Oost NL').¹¹

Omdat het wegwerken van regionale economische achterstanden in de loop der jaren steeds meer naar de achtergrond verdween,¹² gingen de bestaande ROM's zich richten op activiteiten van potentieel succesvolle bedrijven en sectoren, die tot een structurele versterking van de regionale economie moesten leiden.¹³ De ROM's ontwikkelden zich dus tot organisaties voor uitvoering van beleid teneinde het provinciale vestigingsklimaat verder te versterken. Dit leidde ertoe dat het fenomeen ROM ook interessant werd voor de provincies die geen ROM hadden.¹⁴ Zodoende volgden de provincies Zeeland, Zuid-Holland, Flevoland, Utrecht en Noord-Holland met de oprichting van respectievelijk Economische Impuls Zeeland (hierna: 'Impuls'),¹⁵ InnovationQuarter,¹⁶ Horizon,

ROM Utrecht Region en InWest.¹⁷ Daarmee kent Nederland anno 2022 een landsdekkende structuur van ROM's.¹⁸

2.2 Het takenpakket van de ROM's

Tegenwoordig zijn de ROM's volgens het ministerie van EZK 'een waardevol instrument voor de ontwikkeling en versterking van de regionale economie en de uitvoering van nationaal beleid op regionaal niveau'.¹⁹ De ROM's bereiken dit doel door een bundeling van de drie kerntaken innoveren, internationaliseren en investeren.²⁰ De kerntaak innoveren houdt in dat de ROM's zich inzetten om innovatief en ambitieus ondernemerschap te stimuleren.²¹ Het versterken van ecosystemen waarin wordt samengewerkt tussen bedrijven valt ook binnen deze kerntaak.²² Dit wordt ook wel *business development* genoemd.²³ Het aantrekken en behouden van buitenlandse bedrijven naar en voor de desbetreffende provincie, evenals het ondersteunen van provinciale bedrijven bij de betreding van internationale markten, behoort tot de kerntaak internationaliseren.²⁴ In feite gaat het bij internationalisering dus om acqui-

11 *Kamerstukken II* 2000/01, 26570, nr. 16, p. 4.

12 *Kamerstukken II* 2000/01, 26570, nr. 16, p. 4.

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 26570, nr. 16, p. 4.

14 *Kamerstukken II* 2000/01, 26570, nr. 16, p. 10.

15 Zie de website van Impuls Zeeland, raadpleegbaar via impulszeeland.nl/nl/over/kerncompetenties. Overigens is het ministerie van EZK geen aandeelhouder van Impuls. Het ministerie van EZK is sinds 2018 wel aandeelhouder van Investeringsfonds Zeeland, het investeringsvehikel van de ROM Impuls. Zie ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 169, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021

16 *Kamerstukken II* 2014/15, 32637, nr. 156, p. 1.

17 *Kamerstukken II* 2019/20, 29697, nr. 84, p. 2 en *Kamerstukken II* 2020/21, 29697, nr. 104.

18 Zie over de 'landsdekkendheid' van de ROM's *Kamerstukken II* 2000/01, 26570, nr. 16, p. 10.

19 *Kamerstukken II* 2019/20, 29697, nr. 84, p. 1, en *Kamerstukken II* 2020/21, 29697, nr. 104, p. 2.

20 Buck Consultants International 2022, p. 30-31.

21 Buck Consultants International 2022, p. 62.

22 Zie Oost NL, *Jaarverslag Oost NL 2021*, p. 7, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/jaarverslagen-en-publicaties en BOM, *Jaarverslag 2020*, p. 36, raadpleegbaar via presaties.bom.nl/jaarverslag-2020/

23 Ecorys 2016, p. 59-60.

24 BOM, *Jaarverslag 2020*, p. 41, raadpleegbaar via presaties.bom.nl/jaarverslag-2020/ en Oost NL, *Jaarverslag Oost NL 2021*, p. 8, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/jaarverslagen-en-publicaties. Zie ook Buck Consultants International 2022, p. 81 e.v.

sitie.²⁵ De investeringstaak houdt in dat de ROM's risicodragende financiering verstrekken aan startende en groeiende ondernemingen.²⁶ Vaak wordt deze financiering in de vorm van leningen, deelnemingen en garanties vanuit fondsen verstrekt die deel uitmaken van de ROM's. Zoals in paragraaf 2.3 zal worden besproken, bestaat het participatiebedrijf van de ROM's vaak uit meerdere fondsen. Ook de uitvoering van de COL valt onder deze investeringstaak.

De voormelde kerntaken innoveren en internationaliseren zijn ondergebracht in het zogenaamde ontwikkelingsbedrijf van de ROM's, terwijl de kerntaak investeren is neergelegd in het participatiebedrijf van de ROM's.²⁷ Deze twee bedrijven van de ROM's worden verschillend gefinancierd.²⁸ Om de kerntaken innoveren en internationaliseren te bekostigen, ontvangen de ROM's jaarlijks subsidie van het ministerie van EZK en de betrokken provincie(s).²⁹ Het verstrekken van financiering vanuit het participatiebedrijf geschiedt doorgaans op basis van het aandelenkapitaal dat de betrok-

ken provincie(s) en eventuele andere partijen, zoals het ministerie van EZK en gemeenten, in de ROM's houden.³⁰ Voor het doen van investeringen vanuit het participatiebedrijf ontvangen de ROM's doorgaans geen aanvullende financiering.³¹ De verschillende fondsen dienen zichzelf te bedruipen vanuit inkomsten uit het rendement van gedane investeringen, waarmee ook de exploitatiekosten van het fonds moeten worden gedekt.³² Aan de ROM's wordt dus de eis gesteld dat de middelen vanuit het participatiebedrijf revolverend worden ingezet.³³

Gelet op de in paragraaf 1 geformuleerde onderzoeksvraag ligt in deze bijdrage de focus op de investeringstaak van de ROM's. Bij de uitoefening van de ontwikkeltaak verstrekken de ROM's immers geen leningen of garanties en worden ook geen deelnemingen aangegaan. De vraag die derhalve in deze bijdrage centraal

25 Zie voor een definitie van acquisitie binnen de ROM's Ecorys 2016, p. 30 en Oost NL, *Jaarverslag Oost NL 2021*, p. 8, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/jaarverslagen-en-publicaties.

26 BOM, *Jaarverslag 2020*, p. 37, raadpleegbaar via prestaties.bom.nl/jaarverslag-2020/ en Oost NL, *Jaarverslag Oost NL 2021*, p. 8, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/jaarverslagen-en-publicaties. Zie ook Buck Consultants International 2022, p. 41 e.v.

27 Ecorys 2016, p. 17.

28 Dit blijkt bijv. al uit *Kamerstukken II 2000/01*, 26570, nr. 16, en *Kamerstukken II 2000/01*, 26570, nr. 17, waarin wordt gesproken over een subsidierelatie en aandeelhoudersrelatie.

29 Ecorys 2016, p. 17. Zie ook *Kamerstukken II 2019/20*, 29697, nr. 84, p. 2 en p. 3; *Kamerstukken II 2020/21*, 29697, nr. 104, p. 3, en InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, p. 22 en p. 106-107, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblik-jaarverslag-innovationquarter-2021/

30 Ecorys 2016, p. 17. Zie ook *Kamerstukken II 2019/20*, 29697, nr. 84, p. 2 en p. 3; *Kamerstukken II 2020/21*, 29697, nr. 104, p. 2-3 en InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, p. 22 en p. 106-107, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblik-jaarverslag-innovationquarter-2021/. In sommige gevallen wordt aanvullend ook een subsidie verstrekt.

31 Buck Consultants International 2022, p. 37. Voor sommige fondsen geldt dat ook een subsidie wordt verstrekt, bijv. uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO). Ook voor de uitvoering van de COL is een uitzondering gemaakt. Hiervoor ontvingen de ROM's in totaal € 300 miljoen in de vorm van een subsidie (en dus geen aandelenkapitaal).

32 Buck Consultants International 2022, p. 16.

33 Zie bijv. *Kamerstukken II 2000/01*, 26570, nr. 17, p. 3, en *Kamerstukken II 2014/15*, 32637, nr. 156, p. 2. Zie ook het rapport van de Algemene Rekenkamer waarin de ROM's worden bestempeld als revolverende fondsen: Algemene Rekenkamer, *Zicht op revolverende fondsen van het Rijk*, Den Haag: 2019, p. 12. Zie over het revolverend fonds J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

staat is in hoeverre de participatiebedrijven van de ROM's worden genormeerd door het publiekrecht. Daarvoor is beslissend of de participatiebedrijven van de ROM's zijn aan te merken als een bestuursorgaan. Voordat in paragraaf 3 dieper op deze vraag zal worden ingegaan, wordt in paragraaf 2.3 in algemene zin ingegaan op de juridische vormgeving van de ROM's.

2.3 De juridische vormgeving van de ROM's

In deze paragraaf wordt per ROM uiteengezet wie de aandeelhouders van de ROM's zijn en uit welke fondsen hun participatiebedrijven bestaan. Dit is van belang om in paragraaf 3 te kunnen vaststellen of de participatiebedrijven van de ROM's zijn aan te merken als bestuursorgaan. Zoals al aangegeven bestaat het participatiebedrijf van de ROM's vaak uit meerdere fondsen die tezamen het participatiebedrijf vormen. Wij maken daarbij een onderscheid tussen de twee typen ROM-fondsen. In de eerste plaats zijn er fondsen die de ROM's zelf als 'eigen' fonds bestempelen. Deze fondsen bezitten geen privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, waardoor de ROM's er geen aandelen in kunnen houden, maar kennen een afgescheiden vermogen door middel van een aparte rekening binnen de ROM's.³⁴ In de tweede plaats zijn er fondsen waarin de ROM's alleen of samen met overheden en andere publiekrechtelijke rechtspersonen aandelen houden. Deze fondsen zijn op hun beurt vaak aandeelhouder in andere fondsen; de zogenaamde dochterfondsen.³⁵ Voor zover het grootste deel van het fondskapitaal van deze (dochter-)fondsen met publiek geld wordt gefinancierd, zijn deze fondsen in dit onderzoek meegenomen. Daarnaast komt het ook voor dat een ROM het

fondsmanagement op zich neemt van fondsen van andere overheden.³⁶ Deze fondsen behoren niet tot het participatiebedrijf van de ROM's en worden dus buiten dit onderzoek gehouden.

2.3.1 BOM

De BOM is juridisch vormgegeven als een holding in de vorm van een besloten vennootschap (hierna: 'bv'). De provincie Noord-Brabant houdt 100% van het aandelenkapitaal in BOM Holding.³⁷ De BOM Holding is op haar beurt 100% aandeelhouder van verschillende fondsen, namelijk het Energiefonds Brabant bv (€ 60 miljoen),³⁸ het Innovatiefonds Brabant bv (€ 125 miljoen)³⁹ en BOM Capital II bv. BOM Capital II bv heeft vervolgens ook een eigen 100% dochterfonds, namelijk het Spin-off Fonds Brabant bv.⁴⁰

Daarnaast houdt BOM Holding 50,1% van de aandelen van BOM Capital I bv. De overige aandelen van dit fonds zijn in handen van het ministerie van EZK (49,9%).⁴¹ BOM Capital I houdt vervolgens 100% van de aandelen in het Life Sciences & Health Fund bv. Daarnaast houdt BOM Capital I aandelen in twee andere

34 Bijv. het LIOF Participatiefonds.

35 Bijv. het Topfonds Gelderland, waarvan de aandelen in handen zijn van de ROM Oost NL en de provincie Gelderland. Het Topfonds Gelderland houdt zelf 100% van het aandelenkapitaal in een aantal dochterfondsen, zoals het Perspectief Fonds Gelderland.

36 ROM Horizon is fondsbeheerder van het Groiefonds Flevoland, waarvan de aandelen in handen zijn van het ministerie van EZK en de provincie Zeeland. Ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 182, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021.

37 BOM, *Jaarverslag 2021*, p. 26, raadpleegbaar via presaties.bom.nl/jaarverslag-2021/

38 KplusV, *Evaluatie Fondsen Noord-Brabant. Overkoepelende rapportage*, Arnhem 2021, p. 10 en p. 14.

39 KplusV 2021, p. 10 en p. 14.

40 BOM, *Jaarverslag 2021*, p. 106, raadpleegbaar via presaties.bom.nl/jaarverslag-2021/

41 BOM, *Jaarverslag 2021*, p. 26, raadpleegbaar via presaties.bom.nl/jaarverslag-2021/ en ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 131, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021

fondsen, namelijk in het Technostartersfonds Zuid Nederland bv (26,4%) en het Technostartersfonds Zuid-Oost Nederland bv (50%). Het is onbekend wie de overige aandeelhouders in deze twee fondsen zijn.

2.3.2 Horizon⁴²

De ROM Horizon is juridisch vormgegeven als een bv. De provincie Flevoland houdt 100% van de aandelen in Horizon bv.⁴³ Horizon houdt op haar beurt aandelen in drie fondsen: de Aanjager bv (100%), het MKB Fonds Flevoland bv (81,5%) en het Technofonds Flevoland bv (62,5%).⁴⁴ Deze drie fondsen kennen bij elkaar opgeteld een fondsomvang van € 15 miljoen.⁴⁵ De overige aandelen in het MKB Fonds Flevoland zijn in handen van de Coöperatieve Rabobank. De gemeenten Almere, Dronten, Lelystad, Noordoostpolder en Urk zijn samen met Horizon aandeelhouder in het Technofonds Flevoland. Dit betekent dat het ministerie van EZK op geen enkele manier betrokken is bij de fondsen die behoren tot het participatiebedrijf van Horizon.

2.3.3 Oost NL⁴⁶

De ROM is juridisch vormgegeven als een naamloze vennootschap (hierna: 'nv'). De aan-

delen van Oost NL zijn in handen van vijf partijen: het ministerie van EZK (54,6%), de provincie Gelderland (29,8%), de provincie Overijssel (13,2%), de Universiteit Twente (2,4%) en Regio Twente (één aandeel).⁴⁷ Oost NL houdt 95% van de aandelen in het Topfonds Gelderland bv. De overige aandelen zijn in handen van de provincie Gelderland.⁴⁸ Onder het Topfonds Gelderland zijn vier dochterfondsen gebracht, namelijk het Innovatie- en Energiefonds Gelderland bv, MKB Kredietfaciliteit Gelderland bv, Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland bv en Perspectief Fonds Gelderland bv.⁴⁹ In deze fondsen houdt het Topfonds Gelderland 100% van de aandelen en is een totaal bedrag van € 374,25 miljoen ondergebracht.⁵⁰ Daarnaast kent Oost NL nog drie 'eigen' fondsen,⁵¹ die voor zover wij hebben kunnen achterhalen niet zijn vormgegeven als aparte juridische entiteit, maar wel een afgescheiden vermogen kennen.⁵²

47 Ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 182, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021

48 Topfonds Gelderland, *Jaarverslag 2020*, p. 20, raadpleegbaar via gelderland.notubiz.nl/dashboard

49 Topfonds Gelderland, *Jaarverslag 2020*, p. 10, raadpleegbaar via gelderland.notubiz.nl/dashboard

50 Bijlage bij Statenbrief Evaluatie TG en gewijzigde statuten en beheerovereenkomsten, 2012-016728 en Statenbrief Perspectiefonds Gelderland – Storting van € 1 miljoen, 2018-011639.

51 In het jaarverslag van Oost NL staat dat 'Het aantal financieringen aan bedrijven vanuit Oost NL (het Participatiefonds Oost NL, ION+ en GVI-I) in 2021 is toegenomen van 75 naar 79'. Dit is wat ons betreft een indicatie dat deze drie fondsen 'eigen' fondsen van Oost NL zijn. Zie Oost NL, *Jaarverslag 2021*, p. 21, raadpleegbaar via oostnl.nl/jaarverslagen-en-publicaties

52 Het ION+ is in ieder geval vormgegeven als een 'separate block of finance' in de zin van art. 38 lid 6 Verordening (EU) nr. 1303/2013. Zie *Samenvatting Ex Ante Assessment Deel II ION+*, raadpleegbaar via oost.nl/aanvragen/regelingen-2021/ion. Gelet op het feit dat

42 Horizon is, naast de in deze paragraaf genoemde fondsen, fondsbeheerder van het Groeifonds bv en het TMI POC Fonds bv. Zie Horizon, *Jaarverslag 2021*, p. 44 e.v., raadpleegbaar via horizonflevoland.nl/downloads

43 *Kamerstukken II 2019/20, 29697*, nr. 84, p. 2 en Horizon, *Jaarverslag 2021*, p. 9, raadpleegbaar via horizonflevoland.nl/downloads

44 Horizon, *Jaarverslag 2021*, p. 44 e.v., raadpleegbaar via horizonflevoland.nl/downloads.

45 Horizon, *Jaarverslag 2021*, raadpleegbaar via horizonflevoland.nl/downloads.

46 Oost NL is, naast de in deze paragraaf genoemde fondsen, fondsbeheerder van het Innovatiefonds Overijssel, het Innovatiefonds Twente en het Startup Fonds Gelderland. Zie Oost NL, *Jaarverslag 2021*, p. 23 en 51, raadpleegbaar via oostnl.nl/jaarverslagen-en-publicaties.

Dit zijn het Participatiefonds Oost NL, ION+⁵³ en GVI-I.⁵⁴

2.3.4 InnovationQuarter⁵⁵

De ROM InnovationQuarter is juridisch vormgegeven als een bv. De aandelen zijn verspreid over dertien verschillende aandeelhouders: het ministerie van EZK (45,13%), de provincie Zuid-Holland (31,53%), de gemeenten Rotterdam (8,4%), Leiden (2,94%), Delft (2,58%), Den Haag (0,38%) en Westland (0,74%), de Stichting Holdingsfonds Economische Investerings Den Haag (hierna: 'stichting HEID') (4,51%),⁵⁶ de TU Delft, Libertatis Ergo Holding, Erasmus MC Holding, het Leids Universitair Medisch Centrum en de gemeenschappelijkeregeling (hierna: 'GR'/GRen) Drechtsteden (alle vijf 0,74%).⁵⁷ De ROM InnovationQuarter houdt aandelen in twee fondsen: IQCapital bv en UNIIQ bv.⁵⁸ De aandelen van IQCapital zijn

het GVI-I ook is gevuld met een EFRO-subsidie, sluiten wij niet uit dat het bij het GVI-I ook om een 'separate block of finance' gaat. Zie daarover par. 3.3 van deze bijdrage. In het jaarverslag worden deze drie fondsen ook als enige bestempeld als 'capital' van Oost NL. Zie Oost NL, *Jaarverslag 2021*, p. 23, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/jaarverslagen-en-publicaties

53 ION+ staat voor Innovatiefonds voor MKB in Gelderland.

54 GVI-I staat voor Gelderland voor Innovaties I.

55 InnovationQuarter is, naast de in deze paragraaf genoemde fondsen, fondsbeheerder van ENERGIQ en het Energietransitiefonds Rotterdam. Zie InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblijq-jaarverslag-innovationquarter-2021/

56 Deze stichting is opgericht door de gemeente Den Haag om revolverende financiering te kunnen verstrekken. Zie de website van stichting HEID, raadpleegbaar via stichting-heid.nl/

57 InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, p. 106, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblijq-jaarverslag-innovationquarter-2021/

58 InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, p. 35 en p. 62 e.v., raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblijq-jaar-

volledig in handen van InnovationQuarter.⁵⁹ Daarnaast bezit InnovationQuarter 0,65% van de aandelen in UNIIQ.⁶⁰ De overige aandeelhouders in UNIIQ zijn Libertatis Ergo Holding bv, Erasmus MC Holding bv, Stichting Techno-Impuls, stichting HEID en de gemeente Leiden.⁶¹ IQCapital en UNIIQ kennen bij elkaar opgeteld een fondsomvang van € 168,8 miljoen.⁶²

2.3.5 LIOF⁶³

Het LIOF is juridisch vormgegeven als een nv en kent twee aandeelhouders: het ministerie van EZK (50%) en de provincie Limburg

verslag-innovationquarter-2021/

59 InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, p. 62, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblijq-jaarverslag-innovationquarter-2021/, en Randstedelijke Rekenkamer, *Eindrapport Garanties, leningen en revolverende fondsen. Quicksan. Zuid-Holland*, Amsterdam: 2018, p. 26.

60 Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst van UNIIQ bv, p. 7, raadpleegbaar via denhaag.raadsinformatie.nl

61 W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht (Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht)*, Deventer, Wolters Kluwer 2021, p. 515. Zie over de juridische structuur van UNIIQ uitgebreid S. Putting, *Publiek geld in een privaat jasje. Een onderzoek naar de waarborgen die in acht zouden moeten worden genomen bij het uitgeven van publiek geld middels het revolverend fonds UNIIQ*, NJB-topscriptie uit 2018, raadpleegbaar via docplayer.nl/110549960-Publiek-geld-in-een-privaat-jasje.html

62 InnovationQuarter, *Jaarverslag 2021*, p. 62, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/terugblijq-jaarverslag-innovationquarter-2021/, en de website van UNIIQ, raadpleegbaar via uniiq.nl/

63 LIOF is, naast de in deze paragraaf genoemde fondsen, fondsbeheerder van het MKB-Leningenfonds bv, het Limburg Business Development Fonds bv, Nedermaas Hightech Ventures bv en het Limburgs Overbruggingsfonds. Zie LIOF, *Jaarverslag 2021*, p. 17, raadpleegbaar via liof.nl/over-liof/publicaties

(50%).⁶⁴ Het LIOF houdt 100% van de aandelen in het Limburg Startup Capital Fund bv.⁶⁵ Dit fonds bestaat uit twee verschillende financiële instrumenten, niet zijnde aparte juridische entiteiten: het Limburg Vroege Fase Fonds en het Seed Fonds Limburg.⁶⁶ Daarnaast kent het LIOF een 'eigen' fonds dat geen privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezit, namelijk het LIOF Participatiefonds.⁶⁷ Het lijkt erop dat het Limburg Startup Capital Fund en het LIOF Participatiefonds bij elkaar opgeteld een fondsomvang van € 84,75 miljoen hebben.⁶⁸

2.3.6 NOM⁶⁹

Ook de NOM is juridisch vormgegeven als een nv. De aandelen zijn in handen van vier partij-

64 Ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 174, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021

65 Zie voor de juridische structuur van het Limburg Startup Capital Fund Statenvoorstel Herkapitalisatie LIOF en verstrekken financiering aan Limburg Vroege Fase Fonds (LVFF) en Seed Fonds Limburg (SFL), DOS-00013841, p. 13.

66 Zie ook de website van het LIOF, raadpleegbaar via liof.nl/fondsen-en-programmas/Limburg-Startup-Capital-Fund

67 LIOF, *Jaarverslag 2021*, p. 17, raadpleegbaar via liof.nl/over-liof/publicaties. Ook op de website van het LIOF is, in tegenstelling tot het Limburg Vroege Fase Fonds en het Seed Fonds Limburg, geen apart investeringsreglement van het Participatiefonds terug te vinden. Zie de website van het LIOF, raadpleegbaar via <https://liof.nl/fondsen-en-programmas/participatiefonds>

68 Statenvoorstel Herkapitalisatie LIOF en verstrekken financiering aan Limburg Vroege Fase Fonds (LVFF) en Seed Fonds Limburg (SFL), DOS-00013841.

69 De NOM is, naast de in deze paragraaf genoemde fondsen, fondsbeheerder van de Friese Ontwikkelingsmaatschappij bv, het Groeifonds bv, het MKB Fonds Drente bv, het Investeringsfonds Groningen bv en het Netherlands Enabling Watertechnology Fonds bv. Zie NOM, *Jaarverslag 2021*, p. 41, raadpleegbaar via jaarverslag2021.nom.nl/

en: het ministerie van EZK (50%) en de provincies Groningen, Friesland en Drenthe (alle drie 16,67%).⁷⁰ De NOM houdt 100% van de aandelen in het Venture Kapitaal Fonds III bv, de Drentse Participatiemaatschappij bv en het InnovatieFonds Noord-Nederland bv.⁷¹ De NOM kent ook twee 'eigen' fondsen, namelijk het Aanjaagfonds en het Groei- en Overnamefonds.⁷² Het is onduidelijk wat de precieze omvang van deze fondsen van de NOM is, maar het lijkt ten minste om een bedrag van € 117,1 miljoen te gaan.⁷³

2.3.7 Impuls

De ROM Impuls is juridisch vormgegeven als een nv en kent de provincie Zeeland als grootste aandeelhouder met een aandelenbelang van 66%.⁷⁴ De gemeenten Borsele, Goes, Hulst, Kapelle, Middelburg, Noord-Beveland, Reimerswaal, Schouwen-Duiveland, Sluis, Terneuzen, Tholen, Veere en Vlissingen, evenals de stichting SER Zeeland,⁷⁵ zijn de overige aan-

70 Ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 178, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021

71 NOM, *Jaarverslag 2021*, p. 41, raadpleegbaar via jaarverslag2021.nom.nl/

72 NOM, *Jaarverslag 2021*, p. 9, raadpleegbaar via jaarverslag2021.nom.nl/

73 *Kamerstukken II 2021/2022*, 29697, nr. 105, p. 5.

74 Provincie Zeeland, *Begroting 2022*, p. 139, raadpleegbaar via zeeland.nl/actueel/begroting-2022-en-najaarsnota-2021-investeren-zeeland

75 De stichting SER Zeeland is de Sociaal-Economische Raad van de provincie Zeeland, waarin Zeeuwse werkgevers- en werknemersorganisaties zijn vertegenwoordigd. De SER Zeeland heeft tot doel om de provincie Zeeland gevraagd of uit eigen beweging te adviseren op sociaal economisch terrein. Het lijkt er inmiddels op dat de SER Zeeland de economische advisering aan de provincie heeft beëindigd, wegens het opzeggen van het lidmaatschap van de SER Zeeland door een ondernemersorganisatie. Zie de website van de SER Zeeland, raadpleegbaar via <https://serzeeland.nl/>

deelhouders.⁷⁶ Het is niet duidelijk hoe het aandelenkapitaal over deze dertien Zeeuwse gemeenten en de SER Zeeland is verdeeld. Impuls houdt op haar beurt 23,6% van de aandelen in het Investeringsfonds Zeeland bv (hierna: 'IFZ').⁷⁷ De overige aandelen zijn voor respectievelijk 47,3% en 29,1% in handen van het ministerie van EZK en de provincie Zeeland.⁷⁸ Het IFZ telt vijf verschillende dochterfondsen: InnoGo! bv (100%), het Fonds Verblifsrecreatie bv (100%), het Zeeuws Participatiefonds III bv (100%), Zeeuws Participatiefonds II bv (77,7%) en Zeeuws Participatiefonds I bv (49%). De overige aandeelhouders van het Zeeuws Participatiefonds II zijn ZLM Verzekeringen (17,7%) en de Zeeuwse Verzekeringen (4,6%). De aandeelhouders van het Zeeuws Participatiefonds I zijn, naast het IFZ, ZLM Verzekeringen (27%), de Zeeuwse Verzekeringen (6%) en ABN Amro Jonge Bedrijvenfonds (18%). De aandelen in het Zeeuws Participatiefonds I zijn niet voor het merendeel in handen zijn van publieke partijen, waardoor dit fonds buiten dit onderzoek valt. Het is onduidelijk wat precies de fondsomvang van het IFZ en bijbehorende dochterfondsen is, maar het lijkt om een bedrag van ruim € 30 miljoen te gaan.⁷⁹

76 Provincie Zeeland, *Begroting 2022*, p. 139, raadpleegbaar via zeeland.nl/actueel/begroting-2022-en-na-jaarsnota-2021-investeren-zeeland. Dat het om deze dertien gemeenten gaat hebben wij achterhaald via de website van Impuls, raadpleegbaar via impulszeeland.nl/nl/over/participanten

77 Impuls, *Jaarverslag 2021*, p. 19, raadpleegbaar via impulszeeland.nl/nl/nieuws/jaarverslag-2021-0

78 Ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 169, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021 en Impuls, *Jaarverslag 2020*, p. 12, raadpleegbaar via jaarverslag.impulszeeland.nl/jaarverslag-2020/cover/

79 Investeringsfonds Zeeland bv, *Begroting en toelichting 2022 (inclusief deelnemingen)*, p. 6, raadpleegbaar via <https://www.zeeland.nl/digitaalarchief>

2.3.8 ROM Utrecht Region

ROM Utrecht Region bestaat uit twee juridisch gescheiden entiteiten: ROM Regio Utrecht en de Regionale Samenwerkingsmaatschappij Regio Utrecht (hierna: 'RSRU').⁸⁰ ROM Regio Utrecht is juridisch vormgegeven als een bv en heeft zeven verschillende aandeelhouders: het ministerie van EZK (46,59%), de provincie Utrecht (31,07%), de gemeenten Utrecht (11,65%), Amersfoort (5,83%) en Hilversum (3,88%), de Universiteit Utrecht (0,49%) en het UMC Utrecht (0,49%).⁸¹ ROM Regio Utrecht houdt 100% van de aandelen het Participatiefonds bv (€ 56 miljoen).⁸²

De RSRU is ook vormgegeven als bv en kent, met uitzondering van het ministerie van EZK, dezelfde aandeelhouders als ROM Regio Utrecht. Wij hebben niet kunnen achterhalen hoe de aandelen precies zijn verdeeld over deze zes aandeelhouders. De RSRU houdt 100% van de aandelen in het Healthy Urban Living (HUL) Proof of Concept fonds bv.⁸³

2.3.9 InWest

ROM InWest is juridisch vormgegeven als een bv en kent twee aandeelhouders: het ministerie van EZK (49,9%) en ROM regio bv (51,1%).⁸⁴

80 ROM Utrecht Region, *De kracht van slim verbinden. Jaarplan 2022*, p. 81, raadpleegbaar via romutrechtregion.nl/over-ons/. Deze scheiding is hoogstwaarschijnlijk aangebracht om te voorkomen dat het ministerie van EZK (indirect) aandeelhouder wordt van eventueel nieuw op te richten fondsen. Zie daarover Brief van het College van Gedeputeerde Staten van Utrecht van 17 december 2019, PS2020BEM01.

81 Ministerie van Financiën, *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2021*, p. 194, raadpleegbaar via rijksoverheid.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/29/bijlage-1-jaarverslag-beheer-staatsdeelnemingen-2021

82 ROM Utrecht Region, *Jaarverslag 2021*, p. 13, raadpleegbaar via romutrechtregion.nl/over-ons/.

83 ROM Utrecht Region, *De kracht van slim verbinden. Jaarplan 2022*, p. 81, raadpleegbaar via romutrechtregion.nl/over-ons/

84 *Kamerstukken II 2020/21, 29697, 104, p. 3.*

De regionale overheden die aandelen houden in ROM regio bv zijn de provincie Noord-Holland en de gemeenten Amsterdam, Amstelveen, Alkmaar, Beverwijk, Den Helder, Dijk en Waard, Edam-Voldendam, Haarlem, Heemskerk, Hoorn, Hollands-Kroon, Landsmeer, Ouder-Amstel, Purmerend-Beemster, Schagen, Uithoorn, Velsen en Zandvoort.⁸⁵ Het is ons onbekend hoe de aandelen precies over deze regionale overheden zijn verdeeld. Zowel InWest bv als ROM regio bv houden allebei 100% van de aandelen in een fonds. InWest bv kent het MKB-fonds bv met een fondskapitaal van € 60 miljoen, waarvan € 30 miljoen afkomstig is van het ministerie van EZK.⁸⁶ Door de ROM regio bv is het Transitiefonds bv opgericht met een fondskapitaal van € 100 miljoen.⁸⁷

2.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat met name de jongere ROM's – Horizon, InnovationQuarter, ROM Utrecht Region en InWest – een bv zijn, terwijl er in het verleden – bij de NOM, het LIOF en Oost NL – vaker voor de nv werd gekozen. Dit is waarschijnlijk gelegen in het feit dat op 1 oktober 2012 de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in werking is getreden. Met deze wetwijziging van Boek 2 BW is het eenvoudiger geworden om bv's op te richten, onder andere door het verlaten van het vereiste minimumkapitaal voor de oprichting van de bv en het creëren van vergaande vrijheid voor de inhoud van de statuten.⁸⁸ In de BOM,

Horizon en Impuls houdt het ministerie van EZK geen aandelen. Het is niet uitgesloten dat dit in de toekomst zal veranderen, nu het ministerie van EZK heeft aangegeven in ieder geval aandeelhouder van Impuls te willen worden.⁸⁹ Omdat het ministerie van EZK wel aandelen houdt in BOM Capital I bv van de BOM en het IFZ bv van Impuls, is het ministerie van EZK toch (indirect) bij deze twee ROM's betrokken. Het valt verder op dat er in de ROM's Oost NL, InnovationQuarter, Impuls en ROM Utrecht Region en hun participatiebedrijven naast klassieke overheidsinstellingen ook andere publiekrechtelijke rechtspersonen deelnemen. Bij Oost NL, InnovationQuarter en ROM Utrecht Region zijn alle drie openbare universiteiten en academische ziekenhuizen betrokken. Omdat openbare universiteiten en academische ziekenhuizen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten, brengen deze partijen (nog) meer publiek geld in de (participatiebedrijven van de) ROM's.⁹⁰ In zowel Oost NL als InnovationQuarter houdt ook een gemeenschappelijk openbaar lichaam (hierna: 'GOL') aandelen. Daarbij is eveneens sprake van publiek geld.⁹¹ Alleen stichting HEID, Libertatis Ergo Holding bv, Erasmus MC Holding bv en stichting SER Zeeland bezitten privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Dit doet niet af aan het feit dat alle (participatiebedrijven van de) ROM's (bijna) volledig met publiek geld worden gefinancierd.

⁸⁵ Zie voor een overzicht van de regionale overheden de website van InWest, raadpleegbaar via rominwest.nl/aandeelhouders/

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2020/21, 29697, nr. 104, p. 2. Zie ook de website van InWest voor het fondskapitaal, raadpleegbaar via rominwest.nl/investeringen/

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2020/21, 29697, nr. 104, p. 2. Zie ook de website van InWest voor het fondskapitaal, raadpleegbaar via rominwest.nl/investeringen/

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32426, nr. 3. Zie over de geschiedenis van de nv en de bv: P. van Schilfgaarde, J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood,

Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 31-33 en 39-41.

⁸⁹ Impuls, *Jaarverslag 2021*, p. 5, raadpleegbaar via impulszeeland.nl/nl/nieuws/jaarverslag-2021-0

⁹⁰ Dat openbare universiteiten en academische ziekenhuizen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten blijkt uit art. 1.8 lid 2 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

⁹¹ De GR Drechtsteden is namelijk een GOL en bezit ingevolge art. 2 lid 2 Gemeenschappelijke regeling Drechtsteden publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Hetzelfde geldt voor de Regio Twente. Zie art. 1 sub b en art. 2 lid 1 Regeling Regio Twente.

3. Zijn de ROM's aan te merken als bestuursorgaan in de zin van de Awb?

3.1 *Het (buitenwettelijk) b-bestuursorgaan-begrip*

Nu duidelijk is hoe de ROM's en hun participatiebedrijven juridisch zijn vormgegeven en dat zij (bijna) volledig met publiek geld worden gefinancierd, is de vervolgvraag of zij bij het verstrekken van publiek geld aan ondernemingen ook publiekrechtelijk worden genormeerd. Zoals al aangegeven gaan zij er zelf van uit dat dat niet het geval is. De leningen en garanties die de ROM's verstrekken zijn echter vergelijkbaar met de leningen en garanties die de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland namens de minister van EZK aan ondernemingen verstrekt op grond van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.⁹² Daarbij gaat het om een subsidieregeling met bijbehorende publiekrechtelijke normering (onder andere de subsidietitel van de Awb) en laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De participatiebedrijven van de ROM's verstrekken niet alleen leningen en garanties maar gaan ook deelnemen aan. Daarvoor bestaat geen duidelijk publiekrechtelijk alternatief, omdat het deelnemen in aandelenkapitaal door de Awb-wetgever niet als een subsidie wordt gezien.⁹³

Voor de vraag of de participatiebedrijven van de ROM's worden genormeerd door het publiekrecht, is bepalend of zij bij het uitoefenen van hun investeringstaak zijn aan te merken als bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb. Omdat alle ROM's en hun fondsen zijn vormgegeven als privaatrechtelijke rechts-

personen en er geen wet is op grond waarvan de ROM's of hun fondsen openbaar gezag is toegekend,⁹⁴ zijn zij noch a-bestuursorgaan, noch b-bestuursorgaan. Omdat zij geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekken,⁹⁵ zouden zij, ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag, wel een zogenaamd buitenwettelijk b-bestuursorgaan kunnen zijn.⁹⁶ Wil sprake zijn van een buitenwettelijk b-bestuursorgaan, dan moet aan twee cumulatieve vereisten zijn voldaan, namelijk het inhoudelijke en het financiële vereiste.⁹⁷ In het vervolg van deze paragraaf wordt daarom onderzocht of de ROM's bij de uitoefening van hun investeringsactiviteiten, voldoen aan deze vereisten. Wij staan in paragraaf 3.2 eerst stil bij het inhoudelijke vereiste, waarna in paragraaf 3.3 van deze bijdrage het financiële vereiste aan bod komt.

92 Het betreft bijv. de innovatiekredieten (titel 3.9), de groeifaciliteit (titel 3.12) en de vroegefasefinanciering (titel 3.16).

93 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 32-33. Zie hierover ook Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 28, en P. van Asperen, 'Publieke financiering met aandelenkapitaal. Is een aandelenparticipatie vanuit een 'revolving fund' een subsidie?', *Gst.* 2019/83.

94 Het is wel vereist dat de voorhangprocedure uit art. 4.7 lid 1 sub b Comptabiliteitswet, art. 15 lid 2 Provinciewet of art. 160 lid 2 Gemeentewet wordt doorlopen wanneer respectievelijk het ministerie van EZK, een provincie of een gemeente aandelen in een ROM gaat houden. Het doorlopen van deze procedure heeft echter niet tot gevolg dat de ROM's bij wettelijk voorschrift met openbaar gezag zijn bekleed. Zie over deze voorhangprocedures uitgebreid Huisman & Van Ommeren 2019, p. 178-189.

95 Dit geldt in ieder geval voor het verstrekken van leningen en garanties. De bestuursrechter heeft nog niet de vraag beantwoord of ook het aangaan van een deelneming hieronder valt.

96 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. Peters, en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. Peters. Zie over het belang van deze uitspraak uitgebreid J.A.F. Peters, 'Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio. Besluit en bestuursorgaan', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 649-666.

97 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379.

3.2 Voldoen de ROM's aan het inhoudelijke vereiste?

Het participatiebedrijf van de ROM's voldoet aan het inhoudelijke vereiste wanneer de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van risicodragende financiering door de ROM's in beslissende mate worden bepaald door een of meer a-bestuursorganen. Op grond van de jurisprudentie is daarvoor bepalend of de precieze invulling van de inhoudelijke criteria aan de hand waarvan de eindontvangers worden geselecteerd voorbehouden is aan een a-bestuursorgaan.⁹⁸ In de praktijk worden aan privaatrechtelijke rechtspersonen die publiek geld verstrekken vaak globale criteria meegegeven die nader kunnen worden ingevuld. In dat geval is volgens de ABRvS niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan.⁹⁹

In het geval van de ROM's is in de eerste plaats van belang dat de minister van EZK voor alle ROM's waarvan zij aandeelhouder is een identieke aandeelhoudersinstructie heeft opgesteld. Deze aandeelhoudersinstructie geldt ook voor zover de minister van EZK aandeelhouder is van een fonds dat deel uitmaakt van het participatiebedrijf van de ROM's, zoals het IFZ.¹⁰⁰ Dit betekent dat deze aandeelhoudersinstructie alleen geen betekenis heeft voor Horizon. In de aandeelhoudersinstructie worden eisen gesteld aan de financieringsverlening door de ROM's. Zo is in de instructie onder andere bepaald in welk type bedrijven de ROM's mogen investeren, voor welk bedrag en van welke financie-

ringsinstrumenten ze gebruik mogen maken.¹⁰¹ Wij nemen aan dat de aandeelhoudersinstructie aan de participatiebedrijven van de ROM's ruimte biedt voor het vaststellen van eigen verstrekkingscriteria, zodat in zoverre niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.

Naast de aandeelhoudersinstructie bestaat voor de individuele ROM-fondsen veelal een zogenaamd investeringsreglement of investeringsinstructie. Voor zover zo'n reglement of instructie moet worden goedgekeurd door één of meer a-bestuursorganen is aan het inhoudelijke vereiste voldaan.¹⁰² Zodra de ROM's de inhoudelijke criteria op basis waarvan risicodragende financiering wordt verstrekt zelfstandig mogen invullen, is op basis van de huidige jurisprudentie echter niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan. Lastig hierbij is dat voor veel fondsen van de ROM's geldt dat het investeringsreglement of de investeringsinstructie niet is gepubliceerd op de website van de betreffende ROM of de betrokken provincie.¹⁰³ Voor sommige van deze fondsen zijn op de website wel bepaalde investeringscriteria opgenomen, maar het blijft in het midden door wie die criteria precies zijn vastgesteld.¹⁰⁴ Ook in de sta-

¹⁰¹ Buck Consultants International 2022, p. 41-42.

¹⁰² Vgl. ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, AB 2016/299, m.nt. Peters.

¹⁰³ Dit is het geval bij de volgende fondsen: BOM Capital I en BOM Capital II en bijbehorende dochterfondsen van de BOM, de Aanjager, het MKB Fonds Flevoland en het Technofonds Flevoland van Horizon, het Participatiefonds van Oost NL, IQCapital van InnovationQuarter, het LIOF Participatiefonds van het LIOF, het Venture Kapitaal Fonds III, de Drentse Participatiemaatschappij, het InnovatieFonds Noord-Nederland, het Aanjaagfonds en het Groei- en Overnamefonds van de NOM en InnoGo!, het Fonds Verblijfsrecreatie Zeeland en het Zeeuws Participatiefonds II en III van het IFZ.

¹⁰⁴ Zie bijv. de website van het LIOF voor de randvoorwaarden van het Participatiefonds, raadpleegbaar via liof.nl/fondsen-en-programmas/participatiefonds en de website van InnovationQuarter voor de criteria van

⁹⁸ Vgl. ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. Den Ouden. Zie ook Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 23-25.

⁹⁹ ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. Den Ouden (*Stichting Impuls*). Zie hierover W. den Ouden & N.H. van Amerongen, 'Het bestuursorgaan-begrip voorbij', in: H.G. Lubberdink, B.J. Schueler, M. Bosma, O. van Loon, B.J. van Ettehoven & J.C.A. de Poorter (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-152, p. 144 e.v.

¹⁰⁰ Buck Consultants International 2022, p. 35.

tuten van het fonds van de ROM wordt niet vermeld of en door wie er een investeringsreglement kan worden vastgesteld. In dat geval kan niet worden bepaald of aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. In sommige gevallen bestaat er wel een investeringsreglement, maar is onduidelijk welk orgaan dat heeft vastgesteld.¹⁰⁵

Voor een aantal fondsen valt wel te achterhalen door wie de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering zijn vastgesteld.¹⁰⁶ In sommige gevallen wordt het investeringsreglement vastgesteld door een orgaan in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). Daarbij gaat het in de meeste gevallen om de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: 'ava') van de ROM's. Voorbeelden zijn het Innovatiefonds Brabant van de BOM,¹⁰⁷ het MKB fonds en het Transitiefonds van InWest.¹⁰⁸ Voor deze fondsen geldt dat de ava bestaat uit publiekrechtelijke rechtspersonen. Wij kunnen ons voorstellen dat de bestuursrechter in die gevallen tot het oordeel komt dat

IQCapital, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/investeren/#toggle-id-2

105 Dit geldt voor het ION+. Zie Investeringsreglement ten aanzien van ION+, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/ion. Er volgt slechts uit dat Oost NL het reglement kan wijzigen; dit is een indicatie dat ook bij het ION+ niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan, nu de organen van Oost NL geen a-bestuursorgaan zijn.

106 Het gaat om de fondsen Energiefonds Brabant en Innovatiefonds Brabant bv van de BOM, Topfonds Gelderland bv en bijbehorende dochterfondsen evenals GVI-I van Oost NL, UNIIQ bv van InnovationQuarter, het Limburg Startup Capital Fund bv van het LIOF, het IFZ van Impuls, het Participatiefonds bv en het HUL Proof of Concept fonds bv van ROM Utrecht Region en het MKB-fonds bv en het Transitiefonds bv van InWest.

107 Zie art. 3.6, onder iv, van de Overeenkomst van opdracht tevens inhoudende een aandeelhoudersinstructie tot uitvoering van Innovatiefonds Brabant.

108 Zie Investeringsreglement MKB-Fonds en Investeringsreglement Transitiefonds ROM Regio bv.

aan het inhoudelijke vereiste is voldaan, omdat de organen van publiekrechtelijke rechtspersonen a-bestuursorganen zijn. Hierover bestaat echter nog geen jurisprudentie. Het komt ook voor dat de ava van het fonds zelf het investeringsreglement vaststelt. Dit is het geval bij het Energiefonds Brabant van de BOM,¹⁰⁹ het Participatiefonds van ROM Utrecht Region¹¹⁰ en het IFZ van Impuls.¹¹¹ Bij het Energiefonds Brabant en het Participatiefonds van ROM Utrecht Region zijn de aandelen in handen van respectievelijk BOM Holding bv en ROM Regio Utrecht bv, waardoor in ieder geval niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. Omdat publiekrechtelijke rechtspersonen voor 76,4% aandeelhouder in het IFZ zijn, is het waarschijnlijk dat aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. Voor één fonds geldt dat evident wel aan het inhoudelijk vereiste is voldaan, namelijk het Limburg Startup Capital Fund van het LIOF. Voor de vaststelling door de ava van dit investeringsreglement is namelijk de goedkeuring van de provincie Limburg vereist.¹¹² Omdat de organen van de provincie Limburg een a-bestuursorgaan zijn, worden de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering bij het Limburg Startup Capital Fund van het LIOF in beslissende mate door een a-bestuursorgaan bepaald.¹¹³

Het komt ook voor dat het investeringsreglement wordt vastgesteld door het bestuur van de

109 Zie Investeringsreglement Energiefonds Brabant bv.

110 Zie Investeringsreglement Participatiefonds ROM Regio Utrecht bv, raadpleegbaar via romutrechtregion.nl/investeren/participatiefonds/

111 Art. 1.1 Statuten Investeringsfonds Zeeland bv.

112 Zie Investeringsreglement Limburg Startup Capital Fund (LSCF) met betrekking tot het Limburg Vroege Fase Fonds (LVFF) en Investeringsreglement Limburg Startup Capital Fund (LSCF) met betrekking tot het Seed Fonds Limburg (SFL), raadpleegbaar via liof.nl/fondsen-en-programmas/Limburg-Startup-Capital-Fund

113 Vgl. ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, AB 2016/299, m.nt. Peters.

ROM. Dit geldt bijvoorbeeld voor het HUL Proof of Concept fonds van ROM Utrecht Region.¹¹⁴ Omdat het bestuur niet bestaat uit een of meerdere a-bestuursorganen, is niet voldaan aan het inhoudelijke vereiste.

Voor sommige fondsen wordt niet gewerkt met een investeringsreglement, maar met een overeenkomst tussen de aandeelhouders in het fonds. In deze overeenkomst worden de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering neergelegd. Voor deze constructie is gekozen bij het Topfonds Gelderland en bijbehorende dochterfondsen van Oost NL. Deze investeringsinstructie vormt een bijlage van de beheersovereenkomst tussen de provincie Gelderland, het Topfonds en Oost NL of de beheersovereenkomst tussen de provincie Gelderland, Oost NL het Topfonds en het betreffende dochterfonds van Oost NL.¹¹⁵ Omdat de beheersovereenkomst is gesloten tussen meerdere partijen, waarvan slechts de organen van de provincie Gelderland a-bestuursorganen zijn, kan worden geconcludeerd dat bij het Topfonds Gelderland de inhoudelijke criteria niet in

beslissende mate door een a-bestuursorgaan worden bepaald. In de beheersovereenkomst van het Perspectiefonds Gelderland is zelfs expliciet opgenomen dat Oost NL zelfstandig haar selectiecriteria, investeringscriteria en toetsingscriteria bepaalt, waardoor niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.¹¹⁶ Ook voor het GVI-I van Oost NL zijn de voorwaarden voor het verstrekken van innovatieleningen neergelegd in een overeenkomst. Het gaat hierbij echter om een overeenkomst ter uitvoering van een subsidieverleningsbeschikking in de zin van art. 4:36 Awb.¹¹⁷ Gelet op het feit dat het om een subsidieuitvoeringsovereenkomst gaat, in plaats van een klassieke privaatrechtelijke overeenkomst, gaan wij ervan uit dat voor het GVI-I de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van risicodragende financiering wel in beslissende mate door een a-bestuursorgaan worden bepaald, namelijk het college van Gedeputeerde Staten van de Provincie Gelderland.¹¹⁸ Tot slot blijft UNIIQ bv van Innovati- onQuarter over. Uit eerder onderzoek is gebleken dat voor UNIIQ onduidelijk is of aan het inhoudelijke vereiste is voldaan en zowel argumenten hiervoor als hiertegen pleiten.¹¹⁹

Uit het voorgaande volgt dat alleen het IFZ van Impuls, het Limburg Startup Capital Fund van het LIOF en het GVI-I van Oost NL op basis van de huidige jurisprudentie aan het inhoudelijke vereiste voldoen. Bij het Innovatiefonds van de BOM, het MKB fonds en het Transitiefonds van InWest, het HUL Proof of Concept

¹¹⁴Zie Investeringsreglement Healthy Urban Living Proof of Concept Fonds bv.

¹¹⁵Zie Overeenkomst betreffende Topfonds Gelderland tussen Oost NL, Provincie Gelderland en Topfonds Gelderland bv; Overeenkomst betreffende Innovatie- en Energiefonds Gelderland tussen Oost NL, Innovatie- en Energiefonds Gelderland bv, Topfonds Gelderland bv en Provincie Gelderland; Overeenkomst betreffende MKB Kredietfaciliteit tussen Oost NL, MKB Kredietfaciliteit bv, Topfonds Gelderland bv en Provincie Gelderland; Overeenkomst betreffende Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland tussen Oost NL, Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland bv, Topfonds Gelderland bv en Provincie Gelderland en Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland en Overeenkomst betreffende Perspectiefonds Gelderland tussen Oost NL, Perspectiefonds Gelderland bv, Topfonds Gelderland bv en Provincie Gelderland en Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland.

¹¹⁶Zie art. 10.3 Overeenkomst betreffende Perspectiefonds Gelderland tussen Oost NL, Perspectiefonds Gelderland bv, Topfonds Gelderland bv en Provincie Gelderland en Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland.

¹¹⁷Statenvoorstel Gelderland voor Innovaties, 2013-004432, p. 3. Zie over de subsidieovereenkomst uitgebreid Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 335 e.v.

¹¹⁸Zie daarover par. 3.3. van deze bijdrage.

¹¹⁹Putting 2018, p. 50-52.

fonds en het Participatiefonds van ROM Utrecht Region en het Energiefonds Brabant van de BOM worden de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering niet in beslissende mate bepaald door een of meer a-bestuursorganen en ten aanzien van UNIIQ is dit onduidelijk. Voor de overige fondsen van de ROM's hebben wij niet kunnen achterhalen of aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.

3.3 Voldoen de ROM's aan het financiële vereiste?

Uit de vorige paragraaf is gebleken dat bij het merendeel van de fondsen behorend tot de participatiebedrijven van de ROM's niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan of dat wij dit niet hebben kunnen achterhalen. Voor slechts drie fondsen ligt dit anders. Omdat het inhoudelijke en het financiële vereiste cumulatieve voorwaarden zijn om als buitenwettelijk b-bestuursorgaan te handelen, zou strikt genomen voor de meeste ROM's niet meer aan het financiële vereiste hoeven te worden getoetst. Voor de volledigheid wordt in deze paragraaf breder gekeken dan de voormelde drie fondsen.

Aan het financiële vereiste is voldaan als de door de ROM's verstrekte geldelijke uitkeringen voor twee derden of meer worden gefinancierd door één of meer a-bestuursorganen. Wanneer wij het fondskapitaal van de verschillende fondsen bezien dan bestaat dat in de meeste gevallen alleen uit aandelenkapitaal. In dat geval is aan het financiële vereiste voldaan, wanneer de aandelen in de fondsen van de ROM's (het participatiebedrijf) voor 66,67% of meer worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen, waarvan de organen a-bestuursorgaan zijn. Het houden van aandelen brengt namelijk een stortingsplicht voor de aandeelhouders met zich mee, waarna dit geld wordt gebruikt om risicodragende financiering aan startende en groeiende ondernemingen te verstrekken.¹²⁰ Op basis van paragraaf 2.3 kan worden geconcludeerd dat de meeste ROM's

zelf meer dan twee derden van de aandelen in (een deel van) hun fondsen houden.¹²¹ Omdat de ROM's zijn vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersonen waarvan de organen vanzelfsprekend geen a-bestuursorgaan kunnen zijn, worden de geldelijke uitkeringen door de hierboven genoemde participatiebedrijven van de ROM's niet voor twee derden of meer gefinancierd door a-bestuursorganen. Dit betekent concreet dat bij het Limburg Startup Capital Fund van het LIOF – één van de weinige fondsen waarvoor geldt dat aan het inhoudelijke vereiste is voldaan – niet is voldaan aan het financiële vereiste.

Uit paragraaf 2.3 volgt ook dat er een aantal fondsen is waarin de ROM's wel aandelen houden, maar niet meer dan twee derden van de aandelen.¹²² In dat geval moet worden onderzocht wie de andere aandeelhouders zijn. Wanneer meer dan twee derden van de aandelen wordt gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen, is alsnog aan het financiële vereiste voldaan. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het IFZ.¹²³ Voor BOM Capital I ligt dit anders. De minister van EZK, een a-bestuursorgaan, houdt namelijk slechts 49,9% van de aandelen in BOM Capital I, terwijl de overige

¹²¹ Dit geldt voor het Energiefonds Brabant, het Innovatiefonds Brabant en BOM Capital II van de BOM, de Aanjager en het MKB Fonds Flevoland van Horizon, het Topfonds Gelderland van Oost NL, het Limburg Startup Capital Fund van het LIOF, het Venture Kapitaal Fonds III, de Drentse Participatiemaatschappij en het InnovatieFonds Noord-Nederland van de NOM, het HUL Proof of Concept fonds van ROM Utrecht Region en het MKB-fonds en het Transitiefonds van InWest.

¹²² Het betreft BOM Capital I van de BOM, het Technofonds Flevoland van Horizon en IFZ van Impuls.

¹²³ Voor dit fonds geldt dat 47,3% en 29,1% van de aandelen worden gehouden door resp. het ministerie van EZK en de provincie Zeeland. Dit betekent dat 76,4% van de aandelen in het IFZ in handen zijn van a-bestuursorganen, waardoor het IFZ wel aan het financiële vereiste voldoet.

¹²⁰ Art. 2:80 BW en art. 2:191 BW.

aandelen in handen zijn van de ROM BOM Holding bv. Hetzelfde geldt voor het Technofonds Flevoland. De aandelen in dit fonds zijn voor 37,5% in handen van een aantal Flevolandse gemeenten. De overige aandelen houdt Horizon zelf.

Het komt ook voor dat de fondsen waarin de ROM's aandelen houden, zelf aandeelhouder zijn in andere fondsen (de zogenoemde dochterfondsen). In vrijwel alle gevallen wordt meer dan een derde van de aandelen in deze dochterfondsen gehouden door een ROM-fonds in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon.¹²⁴ In dat geval is niet aan het financiële vereiste voldaan, omdat het aandelenkapitaal immers niet voor meer dan twee derden afkomstig is van een a-bestuursorgaan. Alleen voor het Technostartersfonds Zuid Nederland geldt dat de aandelen voor 26,4% in handen zijn van BOM Capital I bv. In theorie zou dit dochterfonds dus aan het financiële vereiste kunnen voldoen. Omdat wij voor het Technostartersfonds Zuid Nederland niet hebben gevonden wie de overige aandeelhouders zijn, blijft dit onduidelijk.

Tot slot blijft er nog een aantal participatiebedrijven over die geen eigen rechtspersoonlijkheid bezitten: de zogenaamde 'eigen' fondsen van de ROM's. Het gaat om het Participatiefonds Oost NL, ION+ en GVI-I van Oost NL, het LIOF Participatiefonds van het LIOF en het Aanjaagfonds en het Groei- en Overnamefonds van de NOM. Uit het jaarverslag van Oost NL blijkt dat het Participatiefonds Oost NL is gevuld door de drie grootaandeelhouders van

Oost NL.¹²⁵ Dit zijn het ministerie van EZK en de provincies Gelderland en Overijssel, zodat het Participatiefonds Oost NL aan het financiële vereiste voldoet.

Voor een klein aantal fondsen geldt dat het fondskapitaal niet alleen bestaat uit aandelenkapitaal, maar dat daarnaast door een a-bestuursorgaan een subsidie wordt verstrekt. Daarbij gaat het vaak om een Europese subsidie uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (hierna: 'EFRO'). Voorbeelden van dergelijke fondsen zijn ION+,¹²⁶ GVL-I,¹²⁷ het Venture Kapitaalfonds III, het Participatiefonds ROM Regio Utrecht, UNIIQ en IQCapital. In dat geval moet worden onderzocht of het aandelenkapitaal en de subsidie tezamen voor meer dan twee derden afkomstig is van één of meer a-bestuursorganen. Het ION+ en het GVI-I van Oost NL zijn fondsen die allebei volledig zijn gevuld met een subsidie uit het EFRO. Omdat EFRO-subsidies in Oost-Nederland worden verstrekt door het college van Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland, worden de geldelijke uitkeringen van ION+ en GVI-I volledig gefinancierd door a-bestuursorganen.¹²⁸

Gelet op het bovenstaande voldoen het Participatiefonds Oost NL, ION+ en GVI-I van Oost NL en het IFZ van Impuls op basis van de huidige jurisprudentie aan het financiële vereiste. De overige participatiebedrijven van de ROM's worden dus niet voor meer dan twee

124 Dit geldt voor het Spin-off Fonds Brabant bv van BOM Capital II bv, het Life Sciences & Health Fund bv en het Technostartersfonds Zuid-Oost Nederland van BOM Capital I bv, het Innovatie- en Energiefonds Gelderland bv, het MKB Kredietfaciliteit Gelderland bv, de Ontwikkelings- en Herstructureringsmaatschappij Gelderland bv en het Perspectief Fonds Gelderland bv van Topfonds Gelderland bv en InnoGo! bv, het Fonds Verblifsrecreatie Zeeland bv en het Zeeuws Participatiefonds II en I van Impuls bv.

125 Ontwikkelingsmaatschappij Oost-Nederland, Jaarverslag 2021, p. 21, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/jaarverslagen-en-publicaties

126 Zie voor ION+ de website van Oost NL, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/ion

127 Zie voor GVI-I Statenvoorstel Gelderland voor Innovaties, 2013-004432, p. 3.

128 Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 511. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 488-499 over Europese subsidies in gedeeld beheer en het EFRO.

derden gefinancierd door een of meer a-bestuursorganen.

3.4 Tijd voor een nieuw buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip?

Op basis van paragraaf 3.2 en 3.3 kan worden geconcludeerd dat er slechts twee fondsen van het participatiebedrijf van de ROM's bij het verstrekken van risicodragende financiering handelen als buitenwettelijk b-bestuursorgaan, namelijk het IFZ van Impuls en het GVI-I van Oost NL. Dit betekent dat de overige 36 fondsen van de ROM's bij het uitvoeren van hun investeringstaak op basis van de ons bekende informatie geen buitenwettelijk b-bestuursorgaan zijn. Het gevolg hiervan is dat het overgrote merendeel van de participatiebedrijven van ROM's bij het besteden van publiek geld niet publiekrechtelijk is genormeerd.

Dit vinden wij, gelet op de ratio van de 17-september-jurisprudentie, problematisch. De 17-september-jurisprudentie is namelijk ingegeven door het belang van de rechtsbescherming in ruime zin.¹²⁹ De wens van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (en daarmee bestuursrechtelijke normering) ontstaat omdat een privaatrechtelijke rechtspersoon fungeert als een doorgeefluik van publiek geld.¹³⁰ De ROM's fungeren bij het uitvoeren van hun

investeringstaak wat ons betreft als zo'n doorgeefluik. Zo staat in de meest recente evaluatie van de ROM's dat de fondsen van de ROM's 'de taak hebben om met het door de aandeelhouders ter beschikking gestelde kapitaal een bijdrage te leveren aan de realisatie van het door de overheden vastgestelde economisch beleid, met primair aandacht voor de beleidsspeerpunten die gelden voor de regio's'.¹³¹ Het lijkt er dus op dat de overheid bij de ROM's bepaalt en betaalt, terwijl er op basis van de huidige 17-september-jurisprudentie niet aan het inhoudelijke en het financiële vereiste wordt voldaan. De uitleg van het inhoudelijke en het financiële vereiste zou daarom wat ons betreft door de bestuursrechter moeten worden opgerekt. Welke handvatten willen wij de bestuursrechter daarbij meegeven?

Bij de uitleg van het inhoudelijke vereiste zou door de bestuursrechter moeten worden getoetst wie er deel uitmaakt van het orgaan dat in beslissende mate de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering bepaalt. Hiervoor kwam aan de orde dat in veel gevallen de inhoudelijke criteria worden bepaald door de ava. Daarbij gaat het om een orgaan als bedoeld in Boek 2 van het BW. Bij veel fondsen van de ROM's bestaat de ava echter direct of indirect uit publiekrechtelijke rechtspersonen, wier organen a-bestuursorgaan zijn. Zo is in de aandeelhoudersovereenkomst tot uitvoering van het Innovatiefonds Brabant van de BOM het volgende neergelegd: 'Aan de Provincie, in haar hoedanigheid van enig aandeelhouder, zullen ter goedkeuring via de AvA van BOM Holding worden voorgelegd een investeringsreglement of investeringscriteria ten behoeve van het verstrekken van financiering (...)'.¹³² We zien hier dat een a-bestuursorgaan de ava vormt. Doordat zij het investeringsreglement

129 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

130 Zie J.A.F. Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015/23, p. 179. Hij stelt: 'de motivering om een inbreuk te maken op de toepassing van het legaliteitsbeginsel is eerstens gelegen in de doorgeefluikgedachte, van waaruit de wens van bestuursrechtelijke normering en rechtsbescherming ontstaat'. Ook in recentere publicaties stelt Peters dat de 'rechtsbescherming was geïndiceerd omdat de stichting werd ingezet als doorgeefluik van de overheid ter zaken van overheidsgelden'. Zie J.A.F. Peters, 'Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio. Besluit en bestuursorgaan', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 649-666.

131 Buck Consultants International 2022, p. 41.

132 Art. 3.6 onder iv van de Overeenkomst van opdracht tevens inhoudende een aandeelhoudersinstructie tot uitvoering van Innovatiefonds Brabant.

van het participatiebedrijf van de ROM's vaststelt of goedgekeurd, bepaalt dus een a-bestuursorgaan de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van risicodragende financiering in beslissende mate.¹³³ Het Innovatiefonds Brabant en het Energiefonds Brabant van de BOM, het Participatiefonds van ROM Utrecht Region en het MKB fonds en het Transitiefonds van InWest voldoen aldus in ieder geval aan het inhoudelijke vereiste. Als gezegd, bestaat hierover nog geen jurisprudentie, maar wij hopen dat de bestuursrechter het inhoudelijke vereiste op het punt van het a-bestuursorgaan ruim uitlegt.

Bij de uitleg van het financiële vereiste zou de bestuursrechter wat ons betreft niet alleen moeten beoordelen of de financiering die wordt verstrekt door de privaatrechtelijke rechtspersoon rechtstreeks afkomstig is van een a-bestuursorgaan, maar ook moeten bezien of deze financiering indirect afkomstig is van een a-bestuursorgaan. Wij realiseren ons dat dit geen vaste jurisprudentie is.¹³⁴ Een ruimere uitleg van het financiële vereiste zou tot gevolg hebben dat de fondsen waar de ROM's zelf aandelen in houden evenals de bijbehorende dochterfondsen wel aan het financiële vereiste voldoen. Bij al deze fondsen is de financiering immers herleidbaar tot meerdere a-bestuursorganen, omdat de aandelen in alle ROM's voor

meer dan twee derden worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen. Daar komt bij dat de ROM's bij het uitoefenen van hun investeringstaak op geen enkele manier zelf inkomsten vergaren.¹³⁵ Hoewel de ROM's zichzelf moeten bedruipen vanuit inkomsten uit het rendement van gedane investeringen, hadden de ROM's deze inkomsten nooit kunnen verkrijgen zonder het overheidsgeld afkomstig van hun aandeelhouders. De uitleg die de rechtbank Overijssel in de uitspraak over Oost NL over het financiële vereiste heeft gegeven ten aanzien van financiering die is gerevolueerd, namelijk dat dit geld na te zijn terugbetaald aan het fonds niet meer afkomstig is van een a-bestuursorgaan, vinden wij daarom lastig te volgen.¹³⁶

Als de bestuursrechter de hierboven weergegeven ruimere uitleg van het inhoudelijke en het financiële vereiste overneemt, zullen meer fondsen van de ROM's als buitenwettelijk b-bestuursorgaan worden beschouwd. Daardoor wordt het verstrekken van het publieke geld uit deze fondsen publiekrechtelijk genormeerd en staat er voor ondernemers laagdrempelige rechtsbescherming open bij de bestuursrechter. Het gevolg van deze koerswijziging in de jurisprudentie zal wel zijn dat de ROM-fondsen niet voldoen aan de eis van de wettelijke grondslag

133 Vgl. rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3421, r.o. 3.2.3, waarbij niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan, omdat de besluiten ter goedkeuring worden voorgelegd aan de Raad van Commissarissen, waarin de provincie volgens de rechtbank niet is vertegenwoordigd. Binnen de a van de ROM's is de provincie juist wel vertegenwoordigd. Dit is een indicatie dat in zo'n geval wel aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.

134 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. Peters, «JB» 2014/202, m.nt. Timmermans, «JM» 2014/147, m.nt. Hoogstra & Tolsma, «JG» 2014/63, m.nt. Al Khatib & Barkhuysen (*Stichting kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

135 Vgl. rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3421, r.o. 3.2.2, waar de omstandigheid dat de aandelen van een privaatrechtelijke rechtspersoon voor 100% in eigendom zijn van de provincie Noord-Holland niet maakt dat aan het financiële vereiste is voldaan. Deze privaatrechtelijke rechtspersoon bedruipt zichzelf uit watergelden, pacht, erfpacht en toegangskaarten voor het duingebied. Deze uitleg gaat voor de fondsen van de ROM's niet op, omdat zij alleen belast zijn met het verstrekken van risicodragende financiering aan startende en groeiende ondernemingen.

136 Zie daarover uitgebreid J.E. van den Brink & V.A. van Waarde, annotatie bij rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, AB 2020/426.

(art. 4:23 lid 1 Awb) doordat zij subsidies¹³⁷ verstrekken zonder wettelijke grondslag. Dit is niet zonder problemen, nu de ABRvS principieel heeft geoordeeld dat deze eis onverkort geldt voor buitenwettelijke b-bestuursorganen en dat zij bij het ontbreken daarvan onbevoegd zijn om subsidies te verstrekken.¹³⁸ Gelet op de SCE II-uitspraak is het voor de bij de ROM betrokken provincies en gemeenten bovendien niet mogelijk om zelf een wettelijke grondslag te creëren voor het verstrekken van financiering door de (fondsen van de) ROM's, omdat het gesloten stelsel van de Provincie- en Gemeentewet hieraan in de weg staat.¹³⁹ Hiervoor is een grondslag in een wet in formele zin vereist. In de Gemeentewet, de Provinciewet, of in de Awb zou bijvoorbeeld een grondslag kunnen worden neergelegd voor het verstrekken van publiek geld door de (fondsen van de) ROM's. In de SCE II-uitspraak wordt nog een aantal andere juridische mogelijkheden genoemd die ertoe leiden dat het verstrekken

van financiering weliswaar op afstand wordt geplaatst, maar tegelijkertijd aan de eis van de wettelijke grondslag geen afbreuk wordt gedaan.¹⁴⁰ Vertaald naar de situatie van de ROM's is het in de eerste plaats mogelijk om aan de ROM-fondsen mandaat te verlenen om subsidies te verstrekken.¹⁴¹ In de tweede plaats zouden de ROM's als bestuurscommissie kunnen worden ingericht, waarna de bevoegdheid tot subsidiëren aan de ROM's kan worden gedelegeerd. De Greef noemt in zijn bespreking van de SCE II-uitspraak nog een derde mogelijkheid, namelijk de delegatie van de subsidiebevoegdheid aan bij GR ingestelde organen.¹⁴² Omdat in de (fondsen van de) ROM's veel wordt samengewerkt tussen verschillende publiekrechtelijke rechtspersonen, onderzoeken wij of in het geval van de ROM's de Wgr ook tot het resultaat kan leiden dat de ROM's en hun fondsen bij het verstrekken van publiek geld publiekrechtelijk worden genormeerd.

4. De ROM als GR verkend

4.1 Inleiding Wgr

Uit de vorige paragrafen is gebleken dat alle ROM's privaatrechtelijk zijn vormgegeven. Gegeven de strikte uitleg door de bestuursrechter van het inhoudelijke en financiële vereiste zijn bijna alle fondsen die samen het participatiebedrijf van de ROM's vormen niet aan te merken als bestuursorganen. Dit neemt niet weg dat de door de ROM's verstrekte leningen en garanties en de aangegeven deelnemingen initieel met publiek geld zijn gefinancierd. Verder is uit de vorige paragrafen gebleken dat bij de ROM's en hun fondsen in veel gevallen sprake is van een samenwerkingsverband tussen verschillende overheden en universiteiten. Het is opvallend dat steeds wordt gekozen voor een privaatrechtelijke samenwerkingsvorm. In Nederland kennen wij namelijk de Wgr, een

¹³⁷Dit geldt in ieder geval voor de leningen en garanties die de fondsen verstrekken. Voor deelnemingen ligt dit minder duidelijk. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 28. In de literatuur is er echter voor gepleit om het verstrekken van aandelenkapitaal niet anders te behandelen dan subsidies in enge zin. Zie J.H. van Kreveld, 'Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen', in: E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (VAR-reeks XCIX), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988, p. 73-237, p. 115, en J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: J.P. Loof, J. Korzelijs, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-338, p. 188.

¹³⁸ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, AB 2019/321, m.nt. Den Ouden.

¹³⁹ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176, *Gst.* 2021/83, m.nt. Driessen & Drahmman, en «JB» 2021/48, m.nt. Timmermans. Zie over de SCE II-uitspraak ook R.J.M.H. de Greef, 'Stichting Cultuur Eindhoven: het gesloten stelsel van de Gemeentewet revisited', *JBplus* 2021/5, p. 49-67.

¹⁴⁰R.o. 6.

¹⁴¹R.o. 6.

¹⁴²Zie De Greef 2021, p. 65.

wet die samenwerking reguleert tussen bestuursorganen en een juridisch kader biedt om in publiekrechtelijke constructies samen te werken.¹⁴³ Op basis van deze wet kunnen GR'en worden opgesteld omtrent de inrichting en vormgeving van de samenwerking. De Wgr zoals die nu is vormgegeven bestaat sinds 1984,¹⁴⁴ maar de eerste aanzet van de wet is al in de jaren 50 gezet.¹⁴⁵ Geen enkele ROM dateert dus van voor de tijd van de Wgr. Waarom is er niet voor gekozen de ROM's via deze publiekrechtelijk weg vorm te geven?

Er zijn verschillende redenen waarom bij samenwerking tussen overheden vaak voor een privaatrechtelijke samenwerkingsvorm wordt gekozen.¹⁴⁶ De gedachte achter het oprichten van de ROM's via de privaatrechtelijke weg lag

vooral in: het op enige afstand plaatsen van overheden, het scheiden van risico's, de eigen verantwoordelijkheid van het participatiebedrijf behouden, de deelname van andere aandeelhouders mogelijk maken en de onafhankelijkheid en de professionele autonomie waarborgen.¹⁴⁷ Het jaarverslag uit 2022 van de ROM Utrecht Region verwoordt het als volgt: 'De governance die is gekozen past daarbij: de ROM is door publieke partijen opgericht en gefinancierd, maar privaatrechtelijk georganiseerd. Zo kunnen we optimaal innovatieve bedrijven in de regio bedienen en zijn we ons tegelijkertijd constant bewust van de publieke omgeving waarin we werken.'¹⁴⁸ Het gevolg van deze keuze is echter dat allerlei publiekrechtelijke waarborgen niet van toepassing zijn. De Wgr biedt deze publiekrechtelijke waarborgen wel, zoals verantwoording en politieke controle door de deelnemende leden, een begrotingscyclus en laagdrempelige rechtsbescherming bij de bestuursrechter.¹⁴⁹ In deze paragraaf verkennen wij of de ROM's ook via de Wgr kunnen worden vormgegeven, met als voordeel dat de ROM's bij het besteden van publiek geld wél publiekrechtelijk zijn genormeerd.

4.2 Deelname aan een GR

Op het eerste gezicht lijkt de Wgr vooral samenwerking tussen gemeenten, provincies en/of waterschappen mogelijk te maken. Dit bete-

143 Zie ook J.L.W. Broeksteeg, *Gemeenterecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, §21 e.v.

144 Na diverse wijzigingen trad de nieuwe Wgr op 1 januari 1985 in werking; D.H. de Vries, 'De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006', *Gst.* 2006/132, §3; *Stb.* 1984, 667. Het nieuwe wetsontwerp van 1980 had een aantal belangrijke hoofdelementen met o.a. het meer op de voorgrond stellen van de gedachte van 'verlengd lokaal bestuur', meer orde scheppen in de samenwerking en het bevorderen van de openbaarheid, zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16538, nr. 3, p. 2.

145 J.C. Haspels & H.H. Douma, *Wet gemeenschappelijke regelingen, toegelicht voor de praktijk*, IJmuiden: Vermande Zonen Uitgevers 1951, p. 81 e.v. over de totstandkoming van de wet.

146 S.E. Zijlstra, J.A.F. Peters & T.J. van der Ploeg, *Samenwerking door en met de overheid in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsvormen*, Ministerie BZK, 2006, p. 41; Rapport BZK getiteld: *Onderzoek naar de deelname van private partijen aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden*, p. 6; 'Gemeenten en provincies maken op ruime schaal gebruik van de mogelijkheid om publieke taken via een privaatrechtelijke rechtsvorm uit te voeren', R.J.M.H. de Greef, S.E. Zijlstra & F.H.K. Theissen, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tus-*

sen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving, Ministerie BZK, 2015, p. 5.

147 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2002/03, 26570, nr. 19, p. 3, en ROM Utrecht Region, *Jaarverslag 2021*, p. 18, raadpleegbaar via romutrechtregion.nl/over-ons/. Zie ook M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht* (Handboeken Staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2013, par. 3.2.5.

148 ROM Utrecht Region, *Jaarverslag 2021*, p. 18, raadpleegbaar via romutrechtregion.nl/over-ons/

149 L.J.M. Timmermans & J.C.E. Ackermans-Wijn, 'Privatisering op decentraal en centraal niveau (I)', *Gst.* 1999/7098, 1, par. 3.2.

kent dat de Wgr in ieder geval geschikt is als grondslag voor ROM's waarin alleen (meerdere) provincies en gemeenten samenwerken. Uit de vorige paragraaf is echter gebleken dat in de meeste ROM's het ministerie van EZK en één of meerdere provincies deelnemen. Daarnaast nemen bij sommige ROM's ook gemeenten, ziekenhuizen en universiteiten deel. In hoeverre kunnen zij deelnemen aan een GR?

Dat de Wgr een breder bereik heeft dan het decentraal niveau, blijkt uit de hoofdstukken VIII en IX van de Wgr. Hoofdstuk VIII ziet op het deelnemen aan een regeling door andere openbare lichamen en rechtspersonen aan samenwerkingsverbanden tussen meerdere gemeenten, provincies en waterschappen (ar. 93 en 94 Wgr). Hoofdstuk IX ziet specifiek op regelingen tussen één gemeente, provincie of waterschap enerzijds en een of meer andere openbare lichamen en rechtspersonen (art. 96 en 97 Wgr) anderzijds. De strekking van bijbehorende artikelen is gelijk, maar in het ene hoofdstuk werken meerdere decentrale overheden samen en in het andere hoofdstuk betreft het één decentrale overheid die samenwerkt met andere openbare lichamen.

Omdat de openbare universiteiten (zoals de Universiteiten Leiden, Delft, Utrecht en Twente) en de academische ziekenhuizen (zoals UMC Leiden en UMC Utrecht) publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten,¹⁵⁰ kunnen zij op basis van art. 93 en art. 96 Wgr deelnemen aan een GR (met 'andere openbare lichamen' wordt bedoeld op het zijn van publiekrechtelijke rechtspersonen). Voorwaarde is wel dat zij hiertoe bevoegd zijn.¹⁵¹ Het is dus mogelijk voor openbare universiteiten en academische ziekenhuizen om deel te nemen aan een GR,

¹⁵⁰Art. 1.8 lid 2 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

¹⁵¹De Greef, *T&C Gemeentewet Provinciewet, Deelnemen andere openbare lichamen en rechtspersonen bij: Wet gemeenschappelijke regelingen, Artikel 93* [Deelneming andere lichamen].

zonder al te ingewikkelde procedures. Ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen op grond van art. 93 sub b of 96 sub b Wgr deelnemen, mits het bestuur van de privaatrechtelijk rechtspersoon daartoe bij koninklijk besluit is gemachtigd.

Daarnaast bieden zoals gezegd art. 94 en 97 Wgr een grondslag voor het Rijk om deel te nemen aan een GR. De minister die het aangaat is zodoende als bestuursorgaan van de Staat bevoegd om een GR te treffen. Sinds 2006 is het niet meer nodig om hiervoor goedkeuring van de ministerraad te verkrijgen. Wel is er ingevolge art. 94 lid 2 en 97 lid 2 Wgr een rol voor de Staten-Generaal, in de vorm van een voorhangprocedure.¹⁵²

Toegespitst op de participatiebedrijven en de ROM's, in hoeverre kunnen zij worden vormgegeven als een GR? Het kan voorkomen dat er slechts één partij bij de ROM is betrokken. In dit geval biedt de Wgr geen soelaas, nu de Wgr ervan uitgaat dat er tussen overheden wordt samengewerkt. Dit betekent bijvoorbeeld dat de BOM niet op grond van de Wgr kan worden vormgegeven, nu de provincie Noord-Brabant daar 100% aandelen in houdt. Hetzelfde geldt voor Horizon, waar de provincie Flevoland 100% aandeelhouder van is. Dat wil echter niet zeggen dat de fondsen die onder Horizon hangen, waarbij wel meerdere partijen zijn betrokken, ook geen gebruik kunnen maken van de Wgr.¹⁵³

¹⁵²De Greef, *T&C Gemeentewet Provinciewet, Deelnemen Rijk bij: Wet gemeenschappelijke regelingen, Artikel 94* [Deelneming Rijk].

¹⁵³Voor het Groeifonds is het ministerie van EZK samen met de provincie Flevoland aandeelhouder, waardoor op grond van hoofdstuk IX Wgr kan worden samengewerkt. Bij het Technofonds Flevoland zou samenwerking mogelijk kunnen zijn op grond van hoofdstuk VIII van de Wgr. Verschillende Flevolandse gemeenten zijn namelijk samen met Horizon aandeelhouder in het Technofonds Flevoland. Dit betekent dat de gemeenten samen een samenwerkingsverband zouden kunnen

De Wgr biedt wel soelaas op het moment dat er meerdere partijen betrokken zijn bij de samenwerking. Op het moment dat er in ieder geval meerdere provincies zijn betrokken, is hoofdstuk VIII van de Wgr van toepassing. Dit is bijvoorbeeld onder andere het geval bij de NOM, waar naast het ministerie van EZK de provincies Groningen, Friesland en Drenthe aandeelhouders zijn.¹⁵⁴

Een mogelijkheid is ook dat er maar één decentrale overheid bij de ROM betrokken is en dat er wordt samengewerkt met een of meer andere openbare lichamen of rechtspersonen. In dit geval is hoofdstuk IX van de Wgr van toepassing. Een voorbeeld hiervan is het LIOF, waar het ministerie van EZK en de provincie Limburg aandeelhouders zijn.¹⁵⁵

opzetten en dat Horizon als privaatrechtelijke rechtspersoon hieraan deelneemt op grond van art. 93 sub b Wgr.

¹⁵⁴Andere voorbeelden zijn Oost-NL, Impuls, InnovationQuarter en de ROM Utrecht Region. Voor Impuls geldt dat naast de provincie Zeeland en de SER Zeeland dertien gemeenten zijn betrokken en dat samenwerking via hoofdstuk VIII van de Wgr mogelijk is. Ook in Innovation Quarter met dertien verschillende aandeelhouders, zou hoofdstuk VIII van de Wgr uitkomst bieden; juist omdat er veel partijen bij betrokken zijn leent de Wgr zich hier mooi voor. Daarnaast bezit Innovation Quarter 0,65% van de aandelen in UNIIQ, naast verschillende universiteiten, ziekenhuizen, gemeenten en andere partijen.

¹⁵⁵In het Topfonds Gelderland, een van de fondsen van Oost NL, worden aandelen door Oost NL zelf en de provincie Gelderland gehouden. Op grond van art. 96 sub b Wgr zou die samenwerking tussen één provincie en een privaatrechtelijke rechtspersoon mogelijk zijn. Ook voor het participatiebedrijf IFZ van Impuls is samenwerking via hoofdstuk IX van de Wgr mogelijk. De aandelen in het IFZ zijn namelijk in handen van Impuls, het ministerie van EZK en de provincie Zeeland. Tot slot is ook voor InWest samenwerking via de Wgr mogelijk. Het ministerie van EZK en verschillende regionale overheden zijn aandeelhouder. De regionale overheden werken samen in een aparte vennootschap,

Alle participatiebedrijven van de ROM's kunnen, met uitzondering van de BOM en Horizon, dus via de Wgr worden vormgegeven.

4.3 De GOL als mogelijke rechtsvorm voor de ROM's

De Wgr kent anno 2022 vijf verschillende samenwerkingsvormen die variëren in de zwaarte van de samenwerking en de bevoegdheden die bij het type GR kunnen worden neergelegd.¹⁵⁶ In deze bijdrage willen wij ons enkel focussen op de GOL als mogelijke rechtsvorm voor de ROM's. Dit is ingegeven door het feit dat een GOL als zelfstandige entiteit publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft, een geëerd bestuur kent – zodat er binnen de GOL controle is – en de enige samenwerkingsvorm is waaraan regelgevende bevoegdheid kan worden overgedragen.¹⁵⁷ Hoewel uit de literatuur is gebleken dat alle samenwerkingsvormen bin-

ROM regio bv. Op het moment dat via de Wgr wordt samengewerkt, hoeft deze samenwerking dus niet meer via een aparte vennootschap te worden vormgegeven.

¹⁵⁶Zie De Greef, Zijlstra & Theissen 2015, waarin alle vormen worden beschreven; Broeksteeg 2021.

¹⁵⁷Wij laten de overige vier vormen voor het bestek van dit artikel buiten het onderzoek. De GOL is de enige vorm waaraan regelgevende bevoegdheid kan worden overgedragen en zodoende onzes inziens het meest geschikt voor subsidieverstrekking. Bij de ROM's is het belangrijk dat die bevoegdheid kan worden overgedragen, zodat de ROM's op afstand van de deelnemers subsidieregelingen kunnen maken. Een bedrijfsvoeringsorganisatie bezit wel rechtspersoonlijkheid maar kan enkel op collegeniveau worden getroffen. Een gemeenschappelijk orgaan heeft geen rechtspersoonlijkheid (waardoor er dus geen eigen rekeningnummer kan zijn). Bij een centrumregeling en regeling zonder meer is delegatie überhaupt niet mogelijk. Bij de ROM's bestaat veelal de wens een vorm van afstand te creëren tussen overheden en de ROM's. Op deze manier kan enige mate van onafhankelijkheid en professionele autonomie worden gewaarborgd. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2002/03, 26570, nr. 19, p. 3*; het Jaarverslag 2020 van ROM Regio Utrecht, p. 16. Door met

nen de Wgr geschikt kunnen zijn als het gaat om subsidieverstrekking, blijkt een GOL daarvoor het meest geschikt.¹⁵⁸ Concreet betekent dit dat het mogelijk is dat het algemeen bestuur van een GOL op grond van de GR regelgevende bevoegdheid krijgt overgedragen. Op grond daarvan kan het algemeen bestuur een subsidieverordening vaststellen waarin voor het dagelijks bestuur de bevoegdheid wordt neergelegd om subsidie te verstrekken. Omdat een GOL ook publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft, kan een GOL zowel aandelenkapitaal houden als subsidies verstrekken. Kortom, de GOL kan alles wat een privaatrechtelijke rechtspersoon ook kan, zoals leningen en garanties verstrekken en deelnemingen houden. De GOL is bovendien democratisch gelegitimeerd, nu er een algemeen bestuur is dat de beslissingen van het dagelijks bestuur kan controleren. Zodoende is er sprake van controle en toezicht.

Dat een fonds goed kan worden vormgegeven in dit publiekrechtelijke jasje laat het Waddenfonds zien. Dit is voor zover ons bekend het enige revolverende fonds dat is vormgegeven door middel van een GOL. Het Waddenfonds is een GR¹⁵⁹ en heeft een eigen subsidieverordening.¹⁶⁰ In de subsidieverordening is het dagelijks bestuur bevoegd verklaard om subsidie te verstrekken. Uit onderzoek is gebleken dat het Waddenfonds goed functioneert en

een 'losse' entiteit te werken die rechtspersoonlijkheid bezit, wordt die afstand bereikt.

158 D.K. Jongkind, 'Subsidiëren met de Wgr: de koninklijke weg?', *Gst.* 2022/10, en D.K. Jongkind, 'Subsidiëren met de Wgr: ervaringen in de praktijk', *Gst.* 2022/19. R.J.M.H. de Greef, 'Een vrije keuze tussen delegatie en mandaat bij intergemeentelijke samenwerking?', *JBplus* 2019/4; zie ook R.J.M.H. de Greef e.a., *Intergemeentelijke samenwerking toegepast; Handreiking voor toepassing van de Wet gemeenschappelijke regelingen*, VNG in opdracht ministerie BZK 2015.

159 GR Waddenfonds.

160 Algemene subsidieverordening Waddenfonds 2017.

expliciet kiest voor samenwerking via een publiekrechtelijke weg, juist vanwege de waarborgen die gelden.¹⁶¹ Een participatiefonds van een ROM zou dus zelf als een GOL kunnen worden vormgegeven, waarmee ook enige afstand van de betrokken overheden wordt bereikt maar wel in een publiek jasje wordt samengewerkt. Gelet op het feit dat de GOL publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezit, betreffen de organen van een GOL a-bestuursorganen. Het is ook mogelijk voor een GOL om aandelen te houden in een privaatrechtelijke rechtspersoon. Als voor dit laatste wordt gekozen wordt de ROM zelf als GOL vormgegeven en blijven de fondsen waar de ROM's aandelen in houden – net als nu het geval is – privaatrechtelijke rechtspersonen. In dit geval zullen deze fondsen van de ROM's in ieder geval aan het financiële vereiste voldoen, omdat de financiering die de fondsen verstrekken dan voor twee derden of meer afkomstig is van een a-bestuursorgaan.

Het voordeel van een GOL is dat vanuit een centraal punt beslissingen kunnen worden genomen en er zodoende efficiëntere besluitvorming plaatsvindt, waardoor de GOL onzes inziens een geschikte rechtsvorm is voor de ROM's.

4.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de Wgr geschikt kan zijn voor de ROM's op zichzelf, mits er meerdere partijen in deelnemen. Voor de BOM en Horizon is de Wgr dus ongeschikt, nu er bij deze ROM's slechts één aandeelhouder is betrokken. Wanneer er meerdere partijen in de ROM's deelnemen kan de samenwerking via de Wgr worden vormgegeven en betekent dit dat de ROM's publiekrechtelijk worden genormeerd. Dit heeft tot gevolg dat bij de privaatrechtelijk vormgegeven fondsen waarin de ROM's aandelen houden in ieder geval aan het financiële vereiste is voldaan, nu de financiering die deze fondsen verstrekken dan voor

161 Zie Jongkind, *Gst.* 2022/19, p. 107 e.v.

twee derden of meer afkomstig is van a-bestuursorganen. De fondsen van de ROM's kunnen zelf ook via de Wgr worden vormgegeven. In dat geval zijn de organen van deze fondsen zelf a-bestuursorgaan.

Hoewel het in theorie en praktijk mogelijk is om de ROM's via de Wgr vorm te geven,¹⁶² kunnen wij ons voorstellen dat sommige procedureregels die zien op de deelname aan een GR een afschrikkende werking hebben gehad.¹⁶³ De Wgr is ook onbemind wegens het gebrek aan democratische legitimatie.¹⁶⁴ Dat neemt niet weg dat de Wgr voor het gezamenlijk subsidiëren een zeer geschikte basis biedt.¹⁶⁵ Met de Wgr is er een helder kader voorhanden, met een controlesysteem, een begrotingscyclus en duidelijke regels over de vormgeving van de samenwerking en welke bevoegdheden kunnen worden overgedragen. Bovendien kan een GOL, gelet op de publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, allerlei rechtshandelingen verrichten die een privaatrechtelijke rechtspersoon ook kan verrichten. Tegelijkertijd zijn ook de reguliere publiekrechtelijke waarborgen van toepassing, zoals de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de Wet open overheid en laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

5. Afronding

In deze bijdrage is onderzocht of de ROM's bij het verstrekken van leningen en garanties en het aangaan van deelnemingen publiekrechtelijk worden genormeerd en zo nee, of er een

publiekrechtelijk alternatief bestaat. Gebleken is dat de partijen die in de (fondsen van de) ROM's deelnemen bijna altijd publiekrechtelijke rechtspersonen zijn. Het fondskapitaal waarmee de (fondsen van de) ROM's financiering verstrekken bestaat daarmee vrijwel geheel uit publiek geld. Niettemin is vrijwel geen (fonds) van de ROM's aan te merken als een bestuursorgaan. Voor de financiële verstrekkingen die de (fondsen van de) ROM's doen, bestaat namelijk geen wettelijke grondslag, zodat geen sprake is van een wettelijk b-bestuursorgaan. Aan het inhoudelijke en financiële vereiste is vrijwel nooit voldaan, zodat de (fondsen van de) ROM's ook niet zijn aan te merken als buitenwettelijke b-bestuursorganen. Kortom, de (fondsen van de) ROM's worden niet genormeerd door het publiekrecht en er staat geen laagdrempelige rechtsbescherming bij de bestuursrechter open voor bijvoorbeeld afgewezen aanvragers. Dit strookt niet met het feit dat de (fondsen van de) ROM's publiek geld verstrekken aan ondernemers, waardoor het werk van de ROM's nauwelijks verschilt van dat van de minister van EZK die leningen en garanties verstrekt op grond van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies. Zeker nu in de meest recente evaluatie de aanbeveling wordt gedaan om de ROM's structureel in te zetten bij de uitvoering van nationale en Europese programma's, bestaat het gevaar dat het publiekrecht bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen steeds meer buitenspel komt te staan.

Geconcludeerd is dat de bestuursrechter het inhoudelijke en financiële vereiste ruimer zou moeten uitleggen zodat een privaatrechtelijke rechtspersoon die publiek geld verstrekt, sneller is aan te merken als buitenwettelijk b-bestuursorgaan. Uit de SCE-uitspraken blijkt echter dat dit geen echte oplossing is, nu de bestuursrechter voor subsidiëring – hieronder valt ook het verstrekken van leningen en garanties – een wettelijke grondslag eist. Deze wettelijke grondslag zou in een wet in formele zin moeten worden neergelegd. In het tweede deel

¹⁶²Jongkind, *Gst.* 2022/10, en Jongkind, *Gst.* 2022/19.

¹⁶³Zoals bijv. de voorhangprocedure in art. 94 lid 2 en 97 lid 2 Wgr. In zijn algemeenheid is de wet een omvangrijke wet met veel artikelen en verschillende hoofdstukken waarin samenwerkingsconstructies mogelijk zijn.

¹⁶⁴R.J.M.H. de Greef, 'De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind! Enige orde in de chaos die Wet gemeenschappelijke regelingen heet', *Gst.* 2008/107.

¹⁶⁵Jongkind, *Gst.* 2022/10, en Jongkind, *Gst.* 2022/19.

van deze bijdrage is onderzocht of de Wgr een oplossing zou kunnen bieden. Feit is dat het bij de (fondsen van de) ROM's in veel gevallen gaat om samenwerkingen tussen verschillende publiekrechtelijke rechtspersonen. Blijkens verschillende hoofdstukken uit de Wgr is het – in bijna alle gevallen – mogelijk voor deze publiekrechtelijke rechtspersonen om aan een GR deel te nemen. Wij zouden er dan wel voor willen pleiten dit te doen in de vorm van een GOL, aangezien dit de enige samenwerkingsvorm is van de Wgr die wij voor deze dynamische samenwerkingen geschikt achten. Een GOL heeft publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, wat betekent dat alle publiekrechtelijke waarborgen onverkort van toepassing zijn. Tegelijkertijd kan een GOL vanuit die rechtspersoonlijkheid alles wat een ROM in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon ook kan doen. Wij zijn dan ook van mening dat de Wgr een uitstekende basis kan bieden voor het oprichten van een publiekrechtelijke ROM. Publiek geld verplicht en met de ROM's in het jasje van de GOL wordt dit adagium in ere gehouden.

Over de auteurs

Prof. mr. J.E. (Jacobine) van den Brink
Hoogleraar Bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en (co)promotor van Demy Jongkind en Veerle van Waarde.

Mr. D.K. (Demy) Jongkind
Promovenda aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en doet onderzoek naar 'netwerksubsidies'.

Mr. V.A. (Veerle) van Waarde
Promovenda bij de sectie Staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam en doet onderzoek naar 'revolverende fondsen'.

Compact Afval

EDITIE 2022-2023

Handzaam
standaardwerk over
afvalbeheer en
afvalmanagement.



Met actuele info over:

- (technische) Ontwikkelingen
- Wet- en regelgeving (Europees en landelijk)
- Nieuwe standaarden en inzichten

ISBN 978 90 12 40835 6

Bestellen: [sdu.nl](https://www.sdu.nl) **Sdu**