

Juridisch perspectief, praktische oplossingen

Vrijwilligerswerk is een sociaal verschijnsel. Het recht dat overheden inzetten om hun relatie met vrijwilligerswerk te regelen is dat echter ook. Dat recht wordt de laatste jaren steeds nadrukkelijker beïnvloed door economische overwegingen. De rationaliteit van die economische wetenschap, die poogt optimale marktwerking te bevorderen, is steeds meer (de interpretatie van) rechtsnormen gaan domineren. Het is ook duidelijk dat overheden vaak bewust of onbewust dit type normen hanteren. Daar heeft zowel het vrijwilligerswerk alsook de overheid in al haar verschijningsvormen last van. Het recht dat dan van toepassing is, is soms ook (te) complex. Overheden zien dan niet altijd alle keuzes die zij kunnen maken, wat het beleid en het vrijwilligerswerk in de weg kan zitten. De financiering van vrijwilligerswerk is echter op verschillende manieren op rechtmatige wijze te organiseren. En ook op zodanige wijze dat vrijwilligers, overheden en de gemeenschap daar veel meer baat bij hebben dan nu het geval is.

4.1 Beschrijving van het recht

Om tot handelingsstrategieën te komen, is het nodig om hier kort het recht te beschrijven dat van toepassing is als overheden, plat gezegd, geld overmaken aan derden en daarvoor juridisch en/of beleidsmatig iets verwachten. Verderop in dit hoofdstuk laten we zien hoe 'economisch' dit recht is. We sluiten af met oplossingen in de vorm van praktische handelingsstrategieën voor overheden.

4.1.1 Overeenkomst, subsidie of open house

Als overheden in de praktijk vrijwilligersorganisaties financieel willen ondersteunen, kunnen zij gebruik maken van een **privaatrechtelijke overeenkomst** of een **publiekrechtelijke subsidie**. Als overheden gebruik maken van een **privaatrechtelijke overeenkomst**, betalen zij de vrijwilligersorganisaties voor het leveren van een bepaalde prestatie. Het idee is dan dat die prestatie natuurlijk ook een bepaalde maatschappelijke waarde vertegenwoordigt. Juridisch gezien is hier geen sprake van een andere transactie dan wanneer de overheid kantoormeubilair inkoop. Als de vrijwilligersorganisatie niet levert, dan kan de opdrachtgevende overheid nakoming van de prestatie vorderen. Andersom kan de vrijwilligersorganisatie de afgesproken betaling vorderen. Een dergelijke privaatrechtelijke overeenkomst kan ook op samenwerking zijn gericht.

Als de overheid gebruik maakt van een **publiekrechtelijke subsidie**, financiert zij activiteiten van de vrijwilligersorganisatie. In dit geval kan de overheid echter geen nakoming vorderen van die activiteiten, zoals wel kan bij een overeenkomst. Als de vrijwilligersorganisatie de activiteiten niet uitvoert, kan de overheid alleen de subsidie (naar rato) terugvorderen. Als de vrijwilligers-

organisatie de subsidiabele activiteiten uitvoert, dan heeft zij (in principe) recht op de subsidie. Over het verschil tussen overeenkomst en subsidie is veel geschreven, maar voor nu is vooral het hiervoor beschreven verschil relevant.

4.2 Overeenkomst

Als een overheid de privaatrechtelijke weg volgt en een opdracht wil verlenen aan een vrijwilligersorganisatie, dan is het aanbestedingsrecht mogelijk van toepassing. De typologie van een overheidsopdracht betreft vaak een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (er is sprake van een tegenprestatie) tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer. Bovendien is sprake van exclusiviteit: de ondernemer krijgt een opdracht met uitsluiting van andere ondernemers. De belangrijke vraag is: wat is een ondernemer?

In de meest gangbare interpretatie is een ondernemer elke entiteit, die ongeacht winstoogmerk of wijze van financiering, een product of dienst aanbiedt op een markt. Daartoe rekent het aanbestedingsrecht in bepaalde gevallen ook overheden en vrijwilligersorganisaties. In die situatie is de hoofdregel dat overheden via concurrentiestelling komen tot een partij waarmee zij de overeenkomst sluiten. Het gevolg is dan dat ook vrijwilligersorganisaties moeten concurreren met andere 'ondernemers' om financiering te krijgen.

Drempelwaarden

Deze plicht tot concurrentiestelling bij overeenkomsten geldt echter voor overheden alleen boven bepaalde drempelwaarden of bij een zogenaamd duidelijk grensoverschrijdend belang. Europees recht bepaalt dit dan. Onder de drempelwaarden en bij een gebrek aan een duidelijk grensoverschrijdend belang geldt de verplichting tot het stellen van concurrentie niet. Bovendien heeft de Europese rechter nog het volgende bepaald: Overheden mogen zonder aanbesteding overeenkomsten sluiten met vrijwilligersorganisaties die medische vervoersdiensten uitvoeren. Dit 'mits het wettelijk en contractuele kader waarbinnen die organisaties werken, daadwerkelijk bijdraagt aan het sociaal doel en aan de doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie.'⁸ Ook een aanbesteding onder alleen vrijwilligersorganisaties, als er daar meer van zijn, is dan niet nodig. We mogen aannemen dat deze redenering van de Europese rechter ook geldt als sprake is van ander vrijwilligerswerk dan medische vervoersdiensten. Overheden die van deze uitzondering gebruik willen maken, moeten daarbij dus wel enige sociale én economische voorwaarden in acht nemen.

Open house

Overigens bestaat ook een andere mogelijkheid om overeenkomsten te sluiten die niet voldoen aan de definitie van een overheidsopdracht. Als de overheid de overeenkomsten die zij wil sluiten openstelt voor alle 'ondernemers' die voldoen aan bepaalde eisen, is er sprake van een zogenaamd open systeem van afspraken. In de volksmond heet dat tegenwoordig een *open house*. Daarbij geldt wel de voorwaarde dat de overheid niet alsnog selecteert of opdrachten gunt. Elke 'ondernemer' die voldoet krijgt een overeenkomst en vervolgens mag het niet de gemeente zelf

⁸ HvJE EU van 28 januari 2016, zaak C-50/14 (CASTA).

zijn die kiest waar inwoners heengaan voor hun dienstverlening. Als overheden gebruik maken van *open house* voor vrijwilligerswerk, betekent dat dat iedereen die aan de door overheid gestelde voorwaarden voldoet dat werk kan aanbieden en dat niet de overheid bepaalt bij welke organisatie de inwoner uiteindelijk aanklopt. De gemeente mag dus wel vooraf omschrijven, welke vrijwilligersorganisaties in aanmerking komen, bijvoorbeeld op grond van een vorm van landelijke erkenning of certificering.

4.3 Subsidies

Om niet te hoeven inkopen in concurrentie nemen overheden regelmatig de route van subsidies. De positie van vrijwilligersorganisaties is zo bijzonder, dat er simpelweg geen andere organisaties zijn die voor de subsidie in aanmerking komen of dat de politiek via de begroting heeft bepaald (en deugdelijk gemotiveerd) aan wie zij subsidies wil verlenen. Er is geen jurisprudentie die bepaalt dat in deze gevallen concurrentiestelling nodig is. Laat de overheid dan vooral ook de durf hebben die concurrentiestelling achterwege te laten. Dit is in het belang van vrijwilligerswerk met haar specifieke karakter.

4.4 Samengevat

Praktisch gezien kunnen gemeenten dus als volgt omgaan met vrijwilligersorganisaties:

1. Weeg af of je de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke route wil kiezen. Voor een samenwerkingsovereenkomst van privaatrechtelijke aard zijn geen belemmeringen aanwezig.
2. Kies je de publiekrechtelijke richting, gebruik dan de uitzondering om direct overeenkomsten te sluiten ónder de drempelwaarde voor aanbestedingen of gebruik de uitzondering voor vrijwilligersorganisaties om overeenkomsten te sluiten onder voorwaarde dat het daadwerkelijk bijdraagt aan het sociaal doel en aan de doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie. Kijk als alternatief naar een incidentele- of begrotingssubsidie om vrijwilligersorganisaties te financieren.
3. Overweeg indien passend een *open house* als je als gemeente zelf geen selectie wil of kan maken uit vrijwilligersorganisaties, of als je inwoners zelf wil laten kiezen waar zij heengaan.

“De financiering van vrijwilligerswerk is op verschillende manieren op rechtmatige wijze te organiseren. En ook op zodanige wijze dat vrijwilligers, overheden en de gemeenschap daar veel meer baat bij hebben dan nu het geval is.”