



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Annotation: ABRvS 2010-10-20**

Ouden, W. den

**Citation**

Ouden, W. den. (2011). Annotation: ABRvS 2010-10-20. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 33. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18051>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18051>

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

## AB 2011/232: Subsidie of overheidsopdracht, concurrentievervalsing, kans op mededinging naar een schaarse subsidie, transparantie.

<b>Instantie:</b>	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer)	<b>Datum:</b>	20 oktober 2010
<b>Magistraten:</b>	Mrs. D.A.C. Slump, A.W.M. Bijloos, B.P. Vermeulen	<b>Zaaknr:</b>	201002701/1/H2.
<b>Conclusie:</b>	-	<b>LJN:</b>	BO1191
<b>Roepnaam:</b>	-	<b>Noot:</b>	W. den Ouden

Awb art. 4:21

**Snel naar:** [Essentie](#) | [Samenvatting](#) | [Partijen](#) | [Uitspraak](#) | [Noot](#)

### Essentie

Subsidie of overheidsopdracht, concurrentievervalsing, kans op mededinging naar een schaarse subsidie, transparantie.

### Samenvatting

Volgens het gemeentelijk cultuurbeleid, zoals dat is beschreven onder 2.1, wordt ter voorkoming van versnippering één kernvoorziening benoemd die voorziet in een breed aanbod voor het brede publiek en wordt de voor cultuureducatie en kunstzinnige vorming beschikbare subsidie voor het merendeel aan deze kernvoorziening toegekend. De rechtbank heeft terecht overwogen dat dit beleid niet onredelijk is. Dat Pier K in de cultuurnota is aangewezen als enige kernvoorziening heeft weliswaar tot gevolg dat alleen Pier K voor prestatiesubsidie in aanmerking komt, maar van concurrentievervalsing kan niet worden gesproken. Uit de subsidieaanvraag en bijbehorende bijlagen kan worden afgeleid dat de stichting zich richt op specifieke activiteiten waardoor de stichting geen concurrent is voor het brede aanbod van Pier K. Voorts toont de wachtlijst voor de toelating tot de Coach4Kids-school in Hoofddorp aan dat de vraag naar het aanbod van activiteiten van de stichting substantieel is. Dat Pier K met subsidie de lesprijzen lager kan houden dan de stichting, zoals de stichting stelt, heeft hieraan niet in de weg gestaan. De verwachting van de stichting dat de groei van de school groter zou zijn geweest indien haar prestatiesubsidie zou zijn toegekend, leidt niet tot de conclusie dat sprake is van concurrentievervalsing. De rechtbank is tot dezelfde conclusie gekomen.

De stichting betoogt tevergeefs dat de rechtbank heeft miskend dat de status van Pier K als kernvoorziening niet als grond kan dienen voor de afwijzing van aanvragen van derden om subsidie omdat de aanwijzing van Pier K als voorziening onrechtmatig is. Het beroep van de stichting op de Aanbestedingswet kan, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet slagen reeds omdat deze wet nog niet in werking is getreden. De stichting kan evenmin worden gevolgd in haar betoog dat sprake is van strijd met de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten. Gelet op art. 1 aanhef en onder k, gelezen in samenhang met art. 1 aanhef en onder h, i en j Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten is voor het voldoen aan de definitie van een overheidsopdracht onder meer vereist dat sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. De enkele beleidskeuze voor de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening betreft geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en is reeds daarom geen overheidsopdracht. Van een overeenkomst is niet gebleken. De stichting heeft zijn betoog in hoger beroep, dat die beleidskeuze een beletsel vormt voor het vrije handelsverkeer, ter zitting ingetrokken.

## Partij(en)

---

Uitspraak op het hoger beroep van: de stichting Stichting Coach4Kids, gevestigd te Amsterdam, appellante, tegen de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 27 januari 2010 in zaak nr. 09-3947 in het geding tussen: de stichting  
en  
het college van burgemeester en wethouders van Haarlemmermeer.

## Uitspraak

---

### 1. Procesverloop

Bij besluit van 21 januari 2009 heeft het college de aanvraag van de stichting om een subsidie voor haar activiteiten op het gebied van cultuureducatie afgewezen.

Bij besluit van 10 juli 2009 heeft het college het door de stichting daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 27 januari 2010, verzonden op 8 februari 2010, heeft de rechtbank, voor zover hier van belang, het door de stichting daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de stichting bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 19 maart 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 16 april 2010.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 augustus 2010, waar de stichting, vertegenwoordigd door de voorzitter van de stichting, en een lid van het bestuur van de stichting, en het college, vertegenwoordigd door T.H. van Donge en drs. P.W. van Doorn, beiden werkzaam bij de gemeente Haarlemmermeer, zijn verschenen.

### 2. Overwegingen

#### 2.1.

Ingevolge artikel 4:23, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) verstrekt een bestuursorgaan slechts subsidie op grond van een wettelijke voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.

Ingevolge artikel 35, aanhef en onder c, van de Algemene subsidieverordening gemeente Haarlemmermeer 2008 (hierna: de verordening) wordt de subsidieverstreking, naast de in artikel 4:25 en artikel 4:35 van de Awb genoemde gevallen, geweigerd indien een gegronde reden bestaat dat de subsidieverstreking niet past binnen het subsidiebeleidskader.

In het Subsidiebeleidskader gemeente Haarlemmermeer 2008 (hierna: het subsidiebeleidskader) wordt beschreven op welke wijze het college subsidies wil benutten voor het realiseren van gemeentelijke doelstellingen. De inhoudelijke doelstellingen worden geconcretiseerd in specifiek beleid, vastgelegd in aparte nota's. Zo is het cultuurbeleid vastgelegd in de ontwerp-structuurnota Cultuur en Publieke informatie (hierna: de cultuurnota).

In het subsidiebeleidskader wordt onderscheid gemaakt tussen vier categorieën subsidies: prestatiesubsidies, genormeerde subsidies, waarderingssubsidies en eenmalige subsidies. Prestatiesubsidies hebben vooral betrekking op structurele subsidies aan grote instellingen. Genormeerde en waarderingssubsidies worden jaarlijks verstrekt en hebben betrekking op kleinere projecten. Eenmalige subsidies worden verstrekt voor eenmalige activiteiten, experimenten of projecten.

Met betrekking tot structurele prestatiesubsidies hanteert het college het algemene uitgangspunt dat een integraal aanbod wenselijk is en dat versnippering van subsidiegelden moet worden voorkomen. In de afspraken met aldus gesubsidieerde instellingen vormt de samenwerking met derden een vast element.

Voorts zijn in het subsidiebeleidskader algemene uitgangspunten voor subsidiëring opgenomen. In paragraaf 4.3.7 is als uitgangspunt vermeld dat subsidie kan worden ingezet voor het stimuleren van activiteiten gericht op geconstateerde 'witte vlekken' of tekorten in bestaand aanbod.

In de cultuurnota is een algemeen kader geschetst van de richting waarin het cultuurbeleid zich tot het jaar 2015 zal dienen te ontwikkelen. In paragraaf 4.2.1 worden culturele en informatieve voorzieningen onderscheiden in drie typen, te weten: kernvoorzieningen, specifieke voorzieningen en incidentele voorzieningen.

Kernvoorzieningen zijn omschreven als voorzieningen die de basis vormen van een infrastructuur en die gezamenlijk alle inwoners de mogelijkheid bieden actief of receptief deel te nemen aan cultuur en publieke informatie. Deze voorzieningen kenmerken zich door een breed aanbod voor een breed publiek waarbij vooral van belang zijn een goede aansluiting van het aanbod op de vraag van dat publiek en zowel inhoudelijk als financieel lage drempels. Specifieke voorzieningen zijn gedefinieerd als voorzieningen en activiteiten die door specialisatie in product of doelgroep aanvullend zijn op de kernvoorzieningen. Tot slot zijn incidentele voorzieningen omschreven als voorzieningen met een eenmalig karakter.

In de cultuurnota is in paragraaf 4.3.3.3 Pier K (voorheen: Instituut voor Kunstzinnige vorming) aangewezen als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming.

Uit het hiervoor beschreven beleid kan worden afgeleid dat specifieke en incidentele voorzieningen naar hun aard niet in aanmerking komen voor een prestatiesubsidie, maar mogelijk wel voor waarderingssubsidies, genormeerde of eenmalige subsidies.

## **2.2.**

De stichting heeft als doelstelling kinderen in de leeftijd van zes tot en met zestien jaar op een laagdrempelige wijze kennis te laten maken met de theatervakken zingen, dansen en acteren/presenteren. Om dit te realiseren heeft zij Coach4Kids-scholen opgericht. Het college heeft de aanvraag van de stichting om een structurele prestatiesubsidie voor haar activiteiten in haar school in Hoofddorp krachtens artikel 35, aanhef en onder c, van de verordening afgewezen, aangezien de aanvraag niet past binnen het subsidiebeleidskader nu de subsidie niet zal worden ingezet om een lacune in te vullen. Het college heeft deze afwijzing in bezwaar gehandhaafd en de motivering ervan aangevuld in die zin, dat Pier K in het cultuurbeleid is aangemerkt als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming en dat diens aanbod van activiteiten als kwalitatief en kwantitatief dekkend alsmede divers is te beschouwen. Met dit aanbod is voldaan aan een basispakket van activiteiten waardoor geen sprake is van een lacune op het gebied van kunsteducatie, aldus het college.

In de beroepsprocedure bij de rechtbank heeft het college zich op het standpunt gesteld dat reeds het bestaan van Pier K als kernvoorziening aan toekenning van de gevraagde prestatiesubsidie in de weg staat.

## **2.3.**

De rechtbank heeft overwogen dat het cultuurbeleid van de gemeente niet onredelijk is. Voorts heeft zij overwogen dat, nu de aanvraag van de stichting betrekking heeft op een prestatiesubsidie, beantwoording van de vraag of het aanbod van de stichting voorziet in een lacune niet van belang is aangezien het bestaan van Pier K als kernvoorziening er reeds aan in de weg staat dat aan de stichting een prestatiesubsidie wordt verstrekt. De rechtbank is van oordeel dat het college de gevraagde prestatiesubsidie terecht krachtens artikel 35, aanhef en onder c, van de verordening heeft geweigerd.

## **2.4.**

De stichting betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het cultuurbeleid van de gemeente niet onredelijk is. Zij voert daartoe aan dat sprake is van concurrentievervalsing, aangezien Pier K door zijn subsidie vergelijkbare activiteiten kan aanbieden voor prijzen die ver onder de marktprijzen liggen. De stichting voert daartoe voorts aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat gelet op de wachtlister van de Coach4Kids-school de belangen van de stichting niet worden geschaad. Het toekennen van subsidie zou hebben geleid tot lagere lesprijzen en meer promotie hetgeen de groei van de school zou hebben bevorderd, aldus de stichting.

#### **2.4.1.**

Volgens het gemeentelijk cultuurbeleid, zoals dat is beschreven onder 2.1, wordt ter voorkoming van versnippering één kernvoorziening benoemd die voorziet in een breed aanbod voor het brede publiek en wordt de voor cultuureducatie en kunstzinnige vorming beschikbare subsidie voor het merendeel aan deze kernvoorziening toegekend. De rechtbank heeft terecht overwogen dat dit beleid niet onredelijk is. Dat Pier K in de cultuurnota is aangewezen als enige kernvoorziening heeft weliswaar tot gevolg dat alleen Pier K voor prestatiesubsidie in aanmerking komt, maar van concurrentievervalsing kan niet worden gesproken. Uit de subsidieaanvraag en bijbehorende bijlagen kan worden afgeleid dat de stichting zich richt op specifieke activiteiten waardoor de stichting geen concurrent is voor het brede aanbod van Pier K. Voorts toont de wachtlijst voor de toelating tot de Coach4Kids-school in Hoofddorp aan dat de vraag naar het aanbod van activiteiten van de stichting substantieel is. Dat Pier K met subsidie de lesprijzen lager kan houden dan de stichting, zoals de stichting stelt, heeft hieraan niet in de weg gestaan. De verwachting van de stichting dat de groei van de school groter zou zijn geweest indien haar prestatiesubsidie zou zijn toegekend, leidt niet tot de conclusie dat sprake is van concurrentievervalsing. De rechtbank is tot dezelfde conclusie gekomen. Het betoog faalt.

#### **2.5.**

De stichting betoogt tevergeefs dat de rechtbank heeft miskend dat de status van Pier K als kernvoorziening niet als grond kan dienen voor de afwijzing van aanvragen van derden om subsidie omdat de aanwijzing van Pier K als voorziening onrechtmatig is. Het beroep van de stichting op de Aanbestedingswet kan, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet slagen reeds omdat deze wet nog niet in werking is getreden. De stichting kan evenmin worden gevolgd in haar betoog dat sprake is van strijd met de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten. Gelet op artikel 1, aanhef en onder k, gelezen in samenhang met artikel 1, aanhef en onder h, i en j, van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten is voor het voldoen aan de definitie van een overheidsopdracht onder meer vereist dat sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. De enkele beleidskeuze voor de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening betreft geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en is reeds daarom geen overheidsopdracht. Van een overeenkomst is niet gebleken. De stichting heeft zijn betoog in hoger beroep, dat die beleidskeuze een beletsel vormt voor het vrije handelsverkeer, ter zitting ingetrokken.

#### **2.6.**

Het betoog van de stichting dat Pier K zich door het aanbieden van diensten die niet passen bij de kerntaak diskwalificeert als kernvoorziening, wordt buiten bespreking gelaten aangezien de invulling die Pier K geeft aan zijn aanbod niet ter beoordeling voorligt.

#### **2.7.**

Hetgeen de stichting heeft aangevoerd over haar gesprekken met een vertegenwoordiging van het college en Pier K over haar voorstel om in het kader van de samenwerkingsplicht van Pier K subsidie aan de stichting administratief via Pier K te laten lopen en hun afwijzing van dit voorstel, wordt eveneens buiten bespreking gelaten. Dit voorstel voor samenwerking maakt evenmin deel uit van het voorliggende geschil.

#### **2.8.**

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

#### **2.9.**

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### **3. Beslissing**

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;  
recht doende:  
bevestigt de aangevallen uitspraak.

## Met noot van W. den Ouden

---

### 1.

Het bestuursrecht vereconomiseert (onder meer) onder invloed van het Europese recht, zo concludeerden de onderzoekers van het deelonderzoek 'De Europese agenda van de Awb vijf jaar geleden'. (R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, BJu 2007, p. 205 e.v.). Zij voorspelden in dat kader dat Europese regelgeving en jurisprudentie zouden kunnen gaan leiden tot situaties waarin besluitvorming over de verdeling van economisch waardevolle, schaarse vergunningen door de overheid niet meer onverkort volgens de huidige regels van de Awb kan plaatsvinden. De hiervoor opgenomen uitspraak geeft een voorbeeld van afgewezen aanvragers die met een beroep op Europeesrechtelijk getinte argumenten, opkomen tegen een verdeling die volgens de normen van de Awb prima in orde is. Het gaat in casu niet om een schaarse vergunning, maar om een schaarse subsidie, die volgens een afgewezen aanvrager op een onrechtmatige wijze is toegedeeld aan haar concurrent. Dat maakt niet veel uit; ook binnen het subsidierecht vereconomiseren de verhoudingen in rap tempo. De uitspraak illustreert dan ook prima waar het wringt in dit soort situaties: het algemeen bestuursrecht (en het subsidierecht) kent geen specifieke regels over de verdeling van schaarse, economisch waardevolle, publieke rechten. De bestuursrechter heeft daaraan dus geen houvast en moet zelf het wiel uitvinden. De naar mijn smaak onbevredigende aanpak die de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak kiest, onderstreept het belang van een nadere doordinking van algemene regels voor de verdeling van schaarse publieke rechten, waarvoor elders al is gepleit (zie F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011, p. 1858).

### 2.

Het geschil draait om subsidies voor cultuureducatie aan kinderen. De stichting Coach4Kids is, blijkens haar website een organisatie die zich bezig houdt met zang-, dans- en acteerlessen aan kinderen van 6 tot 16 jaar. De Stichting biedt lessen aan in verschillende gemeenten en zou dat ook graag doen in de gemeente Haarlemmermeer. Toen zij in dat kader begin 2009 een 'structurele prestatiesubsidie' vroeg aan het B&W van Haarlemmermeer (op basis van de vigerende algemene subsidieverordening) werd haar aanvraag afgewezen omdat deze niet paste binnen het geldende subsidiebeleidskader. Daarin was vastgelegd dat bij structurele prestatiesubsidies als uitgangspunt geldt dat een integraal aanbod wenselijk is en dat versnippering van subsidiegelden moet worden voorkomen. Verder was ten aanzien van het cultuurbeleid tot het jaar 2015 vastgelegd dat zou worden gewerkt met zogenaamde 'kernvoorzieningen' die de basis moeten vormen van een infrastructuur die inwoners van de gemeente de mogelijkheid biedt deel te nemen aan culturele activiteiten. Op het terrein van Cultuureducatie en kunstzinnige vorming was het Instituut voor kunsteducatie Pier K al aangewezen als kernvoorziening. B&W stellen dat het aanbod van Pier K als divers en kwalitatief en kwantitatief dekkend kan worden beschouwd. Door de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening was er geen ruimte meer voor subsidiëring van Coach4kids aldus het college. De Rechtbank Haarlem vond dit beleid niet onredelijk en achtte het afwijzingsbesluit rechtmatig.

### 3.

In haar uitspraak in hoger beroep gaat de Afdeling bestuursrechtspraak eerst in op de vraag of subsidiebeleid als hierboven omschreven onredelijk is omdat er sprake is van concurrentievervalsing, zoals Coach4Kids stelt. Die stelling lijkt niet ver gezocht: Pier K biedt vergelijkbare activiteiten aan voor prijzen die onder de marktprijs liggen. Het is aannemelijk dat dit kan doordat voor die activiteiten subsidiegelden worden ontvangen. Volgens de Afdeling is er echter geen sprake van concurrentievervalsing. Nu coach4Kids zich richt op specifieke activiteiten zou zij geen concurrent zijn voor het brede aanbod van Pier K. De Afdeling beziet op die manier feitelijk of

Coach4Kids kan concurreren met Pier K om de (schaarse) beschikbare publieke gelden voor een kernvoorziening, maar dat is natuurlijk niet wat Coach4Kids ter discussie wilde stellen. De laatste meende dat de concurrentie om de gunsten van de afnemers (doorgaans ouders van kinderen) was vervalst. Op dat punt komt de Afdeling niet verder dan te wijzen op de wachtlijst die bestaat voor toelating tot de Coach4Kids-school te Hoofddorp. Daaruit zou blijken dat de vraag naar het aanbod van C4K substantieel is. Kennelijk heeft men dus geen last gehad van Pier K, zo lijkt de achterliggende gedachte. Een vanuit economisch perspectief onbevredigende aanpak: dat er (nog) vraag is naar een bepaald product wil beslist niet zeggen dat de concurrentieverhoudingen op de markt niet zijn verstoord. Het is niet goed denkbaar dat de Europese Commissie bij beoordeling van een steunmaatregel (op grond van haar toezichthoudende taken die volgen uit art. 108 VWEU) op grond van een dergelijke redenering tot het oordeel zou komen dat er geen sprake is van staatssteun.

#### 4.

Coach4Kids heeft overigens, voor zover uit de stukken kan worden afgeleid, geen expliciet beroep gedaan op het Europese staatssteunrecht. Slechts in algemene zin is gesteld dat er sprake zou zijn van concurrentievervalsing en een onrechtmatige aanwijzing van Pier K als kernvoorziening. Het staatssteunargument ligt in deze procedure over een afwijzingsbesluit ook ingewikkeld; het vraagt eigenlijk om toetsing van het subsidieverleningsbesluit gericht aan Pier K, dat in deze procedure niet ter discussie staat en dat waarschijnlijk al formele rechtskracht heeft gekregen. Een beroep op het staatssteunrecht kan door afgewezen aanvragers dus beter worden ingebracht in een procedure tegen toekenningsbesluiten aan hun concurrenten. Probleem is dat in de praktijk aanvragers pas op de hoogte raken van toekenning van subsidie aan hun concurrent als hun eigen aanvraag wordt afgewezen.

#### 5.

Is een (potentiële) subsidieaanvrager op de hoogte van een besluit tot subsidieverlening aan zijn concurrent, dan kan hij daartegen vrij eenvoudig opkomen. Zolang de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de aanvrager werkzaam is, wordt hij als belanghebbende beschouwd (ABRvS 28 november 2007, AB 2008/73, m.nt. K.F. Bolt). De toegang tot de rechtsbescherming is dus vrij breed voor concurrenten van subsidieontvangers, maar overigens moet van een beroep op het Europese staatssteunrecht geen wonderen worden verwacht. Uit onderzoek blijkt dat concurrentenclaims op basis van (gestelde) onrechtmatige staatssteun voor Nederlandse bestuursrechters zelden tot succes leiden (P.C. Adriaanse, 'Procederen over staatssteun voor nationale rechters', *Tijdschrift voor staatssteunrecht* 2011, p. 13 e.v.). Hetzelfde geldt voor andersoortig verpakte beweringen van verstoringen van de markt door subsidieverlening, zo blijkt uit deze uitspraak en andere jurisprudentie (vgl. bijv. ABRvS 4 mei 2011, zaaknr. 201008179/1/H2).

#### 6.

Dat valt waarschijnlijk (voor een deel) te verklaren door het feit dat binnen het subsidierecht, in ieder geval tot voor kort, helemaal niet 'marktgericht' werd gedacht of genormeerd. Titel 4.2 Awb is opgezet vanuit de idee dat het bij subsidiëring gaat om het ten laste van de openbare middelen bijdragen in de kosten van door de overheid om redenen van algemeen belang wenselijk geachte activiteiten (*Kamerstukken II*, 23 700, nr. 3, p. 25). Bij het stimuleren van dergelijke activiteiten is gedeelde besluitvorming in veel gevallen een belangrijk uitgangspunt. Kenmerkend in veel (klassieke) subsidieverhoudingen is dat de inhoud van de te leveren activiteiten (voor een deel) door de subsidieontvanger zelf worden geformuleerd (vgl. CBB 9 juli 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren (*Hanseland*)). Zo wordt samen met particuliere organisaties (vaak het maatschappelijk middenveld genoemd) gewerkt aan het formuleren en realiseren van activiteiten van algemeen belang (vgl. E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, VAR preadviezen 1988). Belangen die worden beschermd in de subsidietitel van de Awb betreffen vooral de belangen van de overheid en de subsidieontvanger, de concurrent van de subsidieontvanger komt nauwelijks aan bod in de tekst van titel 4.2 Awb of de toelichting daarop.

Dat perspectief valt lastig te verenigen met huidige tendensen binnen het subsidiebeleid waarin de relaties

verzakelijken en gesubsidieerde activiteiten 'producten' worden, die bestuursorganen tegen zo laag mogelijke kosten willen 'inkopen'. De voorheen gebruikelijke exploitatiesubsidies worden op grote schaal vervangen door prestatiesubsidies en productsubsidies die soms zelf via een 'aanbestedingsprocedure' of een omgekeerde veiling, aan de (vaak prijstechnisch) gunstigste 'aanbieder' worden verstrekt. Daarbij worden jarenlange particuliere partners zonder pardon aan de kant gezet als hun 'aanbieding' daartoe aanleiding geeft (vgl. ABRvS 9 september 2009, AB 2010/87, m.nt. WdO (*Stichting Dynamo*)). Het is begrijpelijk dat aanvragers binnen dergelijke verhoudingen, gemakkelijker dan vroeger juridische procedures starten tegen weigeringsbesluiten en besluiten tot toekenningen aan concurrenten. De subsidiegelden zijn schaars en worden niet langer binnen gehaald op basis van goede verhoudingen met het bestuur, maar op basis van economische principes. Dat leidt tot geschillen over verdeelbesluiten, waarin een beroep wordt gedaan op het Europese recht. Daarin wordt namelijk wel rekening gehouden met de economische waarde van een subsidie en de gevolgen die verstrekking ervan kan hebben voor de markt en worden vanuit dat perspectief eisen gesteld aan de verdeelprocedure die belangen van *alle* gegadigden moeten beschermen.

## 7.

Zoals Jacobs in haar annotatie onder deze uitspraak opmerkt (*JB* 2011/3) gaat het Coach4Kids in haar verzet tegen het weigeringsbesluit natuurlijk vooral om een eerlijke en transparante verdeelprocedure; om een kans op mededinging naar de beschikbare subsidiegelden. Als gezegd biedt titel 4.2 nauwelijks handvatten voor beoordeling van beroepsgronden die de rechtmatigheid van de gevolgde verdeelprocedure ter discussie stellen. Weliswaar bevat afdeling 4.2.2 Awb bepalingen over het subsidieplafond en verdeelwijze, maar dat betreft formele bepalingen over de wijze van vaststelling en bekendmaking ervan. Er is niets bepaald over welke verdeelprocedure kan of moet worden gekozen of over de normering van de verschillende verdeelprocedures. Aan nadere regels is in de praktijk wel behoefte. Een probleem is namelijk dat schaarse subsidies lang niet altijd worden verdeeld volgens een transparant en vooraf bekend gemaakt systeem. De subsidietitel geeft zelf de (niet nader genormeerde) bevoegdheid om begrotingssubsidies en incidentele subsidies te verstrekken zonder wettelijke basis (art. 4:23 lid 3 onder c en d Awb). Uit deze Coach4Kids casus wordt duidelijk dat ook via aanwijzing in een beleidsdocument als 'kernvoorziening' feitelijk subsidie aan een partij kan worden toegewezen zonder dat een andere belangstellende de mogelijkheid wordt geboden om mee te dingen. En zelfs wanneer geïnteresseerden wel kunnen meedingen in de verdeelprocedure, verloopt deze lang niet altijd transparant of inzichtelijk. Dat leidt tot de nodige procedures voor de bestuursrechter (waarover M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen. Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JB-plus* 2011, p. 35 e.v.).

## 8.

Een interessante vraag is of voor transparantere verdeelprocedures nieuwe (Awb) regels nodig zijn of dat de nodige normen kunnen worden afgeleid uit Europees recht of gebaseerd op reeds bestaande Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uit recente rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter blijkt dat wanneer een schaarse vergunning zal worden verleend, ook wanneer daarover niets is geregeld in de wettelijke voorschriften, Nederlandse bestuursorganen op grond van het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel verplicht zijn van te voren potentiële gegadigden tijdig en adequaat op de hoogte te stellen van het feit dat een vergunning beschikbaar komt en van de verdeelprocedure die is gekozen, zodat zij kunnen meedingen naar die schaarse vergunning (zie daarover C.J. Wolswinkel, in zijn annotatie voor dit feestnummer bij ABRvS 23 maart 2011 (*Betfair*), AB 2011/230) Niet valt in te zien waarom op basis van deze beginselen dergelijke eisen niet ook zouden moeten gelden bij de verdeling van schaarse subsidies (in die zin A. Drahmman, *Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?*, Preadvieszen Jonge VAR 2009, p. 143 e.v.). Uit de Coach4Kids-uitspraak wordt echter duidelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak nog niet vanzelf die richting uitgaat. Coach4Kids had namelijk ook een beroep gedaan op het aanbestedingsrecht waarin – in tegenstelling tot titel 4.2 Awb – wel de verplichting tot een transparante procedure voor de selectie van de partij waaraan een overheidsopdracht wordt gegund is vastgelegd. De Afdeling bestuursrechtspraak beperkt zich in r.o. 2.5 tot de vaststelling dat er geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder

bezwarende titel. Reeds daarom zou geen sprake zijn van een overheidsopdracht.

#### 9.

Die redenering overtuigt niet. Zowel het begrip subsidie (art. 4:21 lid 1 Awb) als het begrip (overheids)opdracht (art. 7:400 BW, art. 1 lid 2 onder a van Richtlijn 2004/18 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004) is materieel van aard. Dat betekent dat wanneer aan alle elementen van de wettelijke definitie is voldaan, een financiële verstrekking c.q. de betaling van overheidswege onder het betreffende rechtsregime valt. Wanneer puur door het kiezen van een rechtsvorm zou kunnen worden bepaald of een financiële overdracht als subsidie dan wel als betaling voor een uitgevoerde overheidsopdracht moet worden gekwalificeerd zou dat afbreuk doen aan de rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsbescherming. Het toepasselijke rechtsregime zou dan door bestuursorganen kunnen worden gekozen al naar gelang het onder omstandigheden beter uitkomt. Die consequentie is in de rechtspraak al afgewezen; in de hiervoor al genoemde Hanseland-uitspraak (CBB 9 juli 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren) heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven een geschil dat qua vormgeving leek te gaan over een overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 lid 1 BW (terecht) afgehandeld volgens de regels van het subsidierecht nu het materieel om een subsidie ging. Waarom datzelfde niet zou kunnen wanneer een subsidie feitelijk een overeenkomst tot opdracht is, is mij niet duidelijk, sterker nog; het lijkt mij zelfs tot de plicht van nationale bestuursrechters behoren om te voorkomen dat Europeesrechtelijke aanbestedingsregels worden ontdoken door bestuursorganen die een subsidiebesluitvorm kiezen. Ook Europese jurisprudentie lijkt erop te wijzen dat de publiekrechtelijke vormgeving van een overheidsopdracht niet aan de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht in de weg kan staan (HvJEG 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala*)).

#### 10.

Dat neemt niet weg dat het onderscheid tussen subsidies en overheidsopdrachten soms moeilijk valt aan te geven; in de praktijk bestaat er een grijs tussengebied. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van jurisprudentie waarin de bestuursrechter overweegt dat twee *subsidie*ontvangers 'soortgelijke en concurrerende diensten aanbieden' waarmee een marktaandeel is gemoeid (ABRvS 9 maart 2011, *LJN* BP7159) en de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) die bestuursorganen de mogelijkheid biedt bepaalde activiteiten in te kopen dan wel te subsidiëren. In de literatuur en jurisprudentie wordt dan ook geworsteld met het soms moeilijk aan te geven onderscheid dat belangrijke juridische consequenties heeft. Overheidsopdrachten en subsidieverstrekingen zijn verschillend juridisch genormeerd, kennen andere btw-regels en geschillen over deze rechtsfiguren vallen onder de competentie van verschillende rechters in Nederland.

#### 11.

Zonder hier diep op dat scheidslijnvraagstuk in te gaan (zie daarvoor ABRvS 10 juni 2009, AB 2009/369, m.nt. Nijhuis & Den Ouden), kan worden vastgesteld dat een deel van de ermee samenhangende problematiek, te weten bestuursorganen die kiezen voor subsidieverstrekking in plaats van een overheidsopdracht om niet aan het veeleisende aanbestedingsrecht te hoeven voldoen, kan worden opgelost door ook in het subsidierecht normen op te nemen die zijn gebaseerd op het Europese transparantiebeginsel dat binnen het aanbestedingsrecht de verdeelprocedure normeert. Doelstelling van dat beginsel is immers het uitsluiten van favoritisme en willekeur aan de kant van de overheid. Daarom moet een passende mate van openbaarheid worden betracht in de procedure en moet de gunning van een opdracht worden gemotiveerd. Zo wordt de markt voor mededinging geopend en kunnen aanbestedingen door de rechter op onpartijdigheid worden getoetst. Dat lijken mij allemaal zaken die ook binnen het subsidierecht nastrevenswaardig zijn. De verplichting tot het transparant verdelen van schaarse subsidiegelden zou bovendien goed passen bij het Europese financiële- en subsidierecht, waarin het transparantievereiste onverkort wordt toegepast (Vgl. bijv. art. 109 Vo 1605/2002 (Europees Financieel Reglement) en GEU 15 april 2011, zaak T-297/05) en de hiervoor al genoemde Nederlandse jurisprudentie t.a.v. verdeling van schaarse vergunningen. Het zou ook voorkomen dat er meer van dit soort niet-overtuigende uitspraken worden gewezen, waarin onvoldoende recht wordt gedaan aan de belangen van concurrenten van subsidieontvangers.

**12.**

Wat kan nu in deze *AB special*, op basis van het voorgaande, worden geschreven over de toekomst van het Nederlandse subsidierecht? Dat titel 4.2 Awb verder zal vereuropeïseren en vereconomiseren staat zo goed als vast. Naar aanleiding van een eerder subsidiegeschil (ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006/208, m.nt. W. den Ouden (*Fleuren Compost*)) is in 2008 het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun (*Kamerstukken*, 31 418) ingediend. Hoewel de behandeling van het voorstel dus de nodige tijd in beslag neemt, zal het uiteindelijk wel leiden tot opnemng van de daarin voorgestelde titel 4.2.a 'Terugvordering staatssteun' in de Awb en de nodige wijzigingen in de subsidietitel. Dan zal het eenvoudiger worden om subsidie te weigeren op grond van het staatssteunrecht of reeds in strijd met het staatssteunrecht verstrekte subsidies in te trekken en terug te vorderen conform de Europese eisen. Daardoor kunnen ook concurrenten van subsidieontvangers beter tegen onrechtmatige concurrentievervalsing worden beschermd (vgl. P.C. Adriaanse & J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 669 e.v.).

Daarbij zal het waarschijnlijk niet blijven. De bredere discussie over transparante verdeelprocedures voor schaarse publieke rechten zal het subsidierecht niet ongemoeid laten. Naarmate het uitgangspunt van een transparante verdeling sterker wordt verankerd in het Nederlands bestuursrecht zal het steeds lastiger worden te verklaren waarom die norm niet geldt ten aanzien van schaarse subsidies. Dat zal op termijn moeten leiden tot jurisprudentie of regels over subsidieverdeelprocedures. Dan zal duidelijk worden of en onder welke voorwaarden subsidies zoals in deze Coach4Kids-casus, rechtstreeks mogen worden toegeëld aan ontvangers, in plaats van na een open procedure te worden verdeeld onder aanvragers. En dat is goed want ook in subsidieerland moeten willekeur en favoritisme worden voorkomen en het huidige subsidierecht biedt daarvoor onvoldoende waarborgen.