



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2009-06-10

Ouden, W. den; Nijhuis, M.

Citation

Ouden, W. den, & Nijhuis, M. (2009). Annotation: ABRvS 2009-06-10.
Administratiefrechtelijke Beslissingen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14995>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14995>

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

rechtbank daarin enerzijds bij de vaststelling dat sprake is van veranderde inzichten en gewijzigde omstandigheden ter motivering verwijst naar artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder h, en derde lid, van de door de stadsdeelraad vastgestelde Subsidieverordening Welzijn Stadsdeel Zeeburg 2005 (hierna: de subsidieverordening), terwijl de rechtbank anderzijds het besluit op bezwaar van 9 oktober 2007 heeft vernietigd wegens strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), omdat aan dat besluit ten onrechte mede voormeld artikel 1.7 ten grondslag is gelegd.

2.2.1. Het betoog faalt, omdat dit berust op een onjuiste lezing van de aangevallen uitspraak. Daartoe wordt allereerst overwogen dat het dagelijks bestuur geen hoger beroep heeft ingesteld en het hoger beroep van de stichting geen betrekking heeft op de vernietiging van het besluit van 9 oktober 2007 zodat die vernietiging thans niet in geschil is. Verder is de eerdere verwijzing naar artikel 1.7 van de subsidieverordening op pagina 3, tweede alinea, van de aangevallen uitspraak niet tegenstrijdig met het oordeel van de rechtbank. De rechtbank heeft daar met de verwijzing naar artikel 1.7 slechts toegelicht dat zich in dit geval niet de, tijdens de parlementaire behandeling van artikel 4:51 van de Awb genoemde, situatie voordoet dat veranderde omstandigheden ingevolge de geldende subsidieverordening niet tot een andere beslissing omtrent de subsidieverlening kunnen leiden, omdat die verordening een recht geeft op subsidie.

2.3. De stichting betoogt verder dat de rechtbank heeft miskend dat de besluiten van 8 maart 2007 en 9 oktober 2007 onbevoegdlijk zijn genomen, omdat in de Wet maatschappelijke ondersteuning (hierna: Wmo) niet is voorzien in een bevoegdheid voor het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam om de uitvoering van die wet te delegeren aan het dagelijks bestuur.

2.3.1. Ingevolge artikel 156, eerste lid, tweede lid, aanhef en onder f, en vijfde lid, van de Gemeentewet, gelezen in onderling verband kan de gemeenteraad aan een deelraad de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen overdragen.

Bij artikel 26, eerste lid, van de Verordening op de Stadsdelen van de gemeente Amsterdam heeft de gemeenteraad al zijn taken en bevoegdheden aan de deelraden overgedragen behoudens de bevoegdheden die krachtens artikel 156 van de Gemeentewet niet kunnen worden overgedragen.

Ingevolge artikel 1.2 van de subsidieverordening is het dagelijks bestuur belast met de uitvoering van de verordening.

2.3.2. Uit overweging 2.3.1 volgt dat de stadsdeelraad bevoegd was de subsidieverordening vast te stellen en dat het college in beginsel bevoegd was de besluiten van 8 maart 2007 en 9 oktober 2007 te nemen.

Daarvoor was, anders dan de stichting meent, een delegatiebevoegdheid in de Wmo niet nodig. De rechtbank heeft mitsdien terecht in hetgeen de stichting op dit punt heeft aangevoerd, geen aanleiding gezien het besluit op bezwaar van 9 oktober 2007 te vernietigen.

2.4. De stichting betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat sprake is van veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten als bedoeld in artikel 4:51, eerste lid, van de Awb. Zij voert aan, samengevat weergegeven, dat het nieuwe beleid ten tijde van het besluit van 8 maart 2007 nog niet door de stadsdeelraad was vastgesteld. Zij voert verder aan dat volgens de toelichting op artikel 1.7 van de verordening eerst op nieuw beleid een beroep kan worden gedaan nadat dit is gepubliceerd en dat dit beleid op 8 maart 2007 nog niet was gepubliceerd.

2.4.1. Het dagelijks bestuur mag een subsidie, die voor drie of meer achtereenvolgende jaren is verstrekt voor dezelfde voortdurende activiteiten, ingevolge artikel 4:51 van de Awb geheel of gedeeltelijk weigeren op de grond, dat gewijzigde inzichten zich tegen voortzetting of ongewijzigde voortzetting van de subsidie verzetten. Daarbij komt het dagelijks bestuur een ruime beleidsvrijheid toe. Het dagelijks bestuur heeft de stichting bij brief van 22 december 2006 meegedeeld het voornemen te hebben de subsidierelatie met de stichting per 31 december 2007 op te zeggen vanwege de in overweging 2.1. vermelde redenen, en de stichting de gelegenheid geboden over dit voornemen een zienswijze in te dienen. Na ontvangst van de zienswijze heeft het dagelijks bestuur het besluit van 8 maart 2007 genomen. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat het dagelijks bestuur met het besluit van de stadsdeelraad van 21 november 2007 voldoende heeft gemotiveerd dat sprake is van gewijzigde inzichten en omstandigheden die zich tegen voortzetting van de subsidierelatie verzetten. Aan het eind van het besluit van 8 maart 2007 is wel een aantal beleidsstukken genoemd, maar het dagelijks bestuur heeft alleen het besluit van de stadsdeelraad van 21 november 2007 aan zijn besluiten ten grondslag gelegd.

Zoals volgt uit onder meer de uitspraak van de Afdeling van 26 maart 2008 in zaak nr. 200705490/1 is hiermee de grondslag voor de beslissing de subsidie binnen de gestelde termijn te beëindigen gegeven.

Anders dan de stichting meent, is de grondslag voor de beëindiging van de subsidie alleen gelegen in artikel 4:51, eerste lid, van de Awb en vorenbedoelde gewijzigde inzichten en omstandigheden. Een nadere grondslag voor het besluit hier aan de orde is niet vereist, nu het geen weigering van een subsidieaanvraag betreft.

2.5. De stichting betoogt tot slot dat de rechtbank ten onrechte de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit op bezwaar van 9 oktober 2007 in stand heeft gelaten, alleen op de grond dat het dagelijks bestuur geen ander besluit zou nemen.

2.5.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 10 december 2008 in zaak 200802431/1) dient, ingeval een besluit wordt vernietigd, de rechtbank de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil te onderzoeken, waarbij onder meer aan de orde is of aanleiding bestaat om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Daarbij heeft de Afdeling overwogen dat voor het in stand laten van de rechtsgevolgen niet is vereist dat nog slechts

één beslissing mogelijk is. In een geval als thans aan de orde, waarin het dagelijks bestuur krachtens artikel 4:51, eerste lid, van de Awb op grond van gewijzigde inzichten en omstandigheden kon aankondigen de meerjarige subsidierelatie met de stichting binnen de gestelde termijn te beëindigen, heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat ervan uit moet worden gegaan dat het dagelijks bestuur daarom niet tot een ander besluit zal komen dan het vernietigde besluit op bezwaar van 9 oktober 2007. De rechtbank heeft daarom terecht de rechtsgevolgen van dat besluit in stand gelaten.

2.6. De conclusie is dat het hoger beroep ongegrond is. De aangevallen uitspraak dien te worden bevestigd.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

1. In deze zaak wordt een van de voorspelbare gevolgen van de inwerkingtreding van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (hierna WMO) duidelijk zichtbaar. Op grond van de WMO zijn gemeenten sinds 1 januari 2007 verantwoordelijk voor de uitvoering van zorg- en welzijnstaken. De gemeenteraad dient hiertoe beleidsplannen op te stellen en een verordening vast te stellen, het college van B&W is belast met het op basis van de gemeentelijke verordening toekennen van individuele voorzieningen aan personen die een aanspraak hebben op maatschappelijke ondersteuning. Die ondersteuning zal vaak in natura worden aangeboden, zoals het beschikbaar stellen van een rolstoel, een scootmobiel of hulp in de huishouding. In de WMO is bepaald dat het college van burgemeester en wethouders het verlenen van maatschappelijke ondersteuning zoveel mogelijk laat verrichten door derden (art. 10). Daarbij kunnen de gemeenten blijkens de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2004/05, 30 131, nr. 3, p. 33*) "vrij" kiezen hoe zij die uitvoering door derden willen vormgeven: via subsidies of in de vorm van een opdracht die door een aanbestedingsprocedure wordt gegund. Dit is een verandering ten opzichte van de situatie van voor 2007, toen bijvoorbeeld de oude Welzijnswet regelde dat de zorginstellingen voor het uitvoeren van dergelijke activiteiten werden gesubsidieerd. Onder de welzijnswet (en andere wetten die als gevolg van de WMO zijn gewijzigd of ingetrokken, zoals de Wet voorzieningen gehandicapten zijn veel gemeentelijke zorginstellingen derhalve jarenlang met subsidiegelden gefinancierd. Nu steeds meer gemeenten lijken te kiezen voor aanbesteding van zorg- en welzijnstaken - de brancheorganisatie voor Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening spreekt zelfs van een niet te stuiten ontwikkeling - liggen geschillen over de afbouw van langdurige subsidierelaties voor de hand. In die geschillen speelt art. 4:51 van de Awb vrijwel altijd een belangrijke rol. Deze bepaling verplicht bestuursorganen tot het inacht nemen van een redelijke termijn bij het stopzetten van langdurige subsidierelaties, zodat de (voormalige) subsidieontvanger zich kan voorbereiden op een nieuwe situatie waarin hij moet zien rond te komen zonder subsidiegelden. Voordat wij ingaan op de invulling die de Afdeling bestuursrechtspraak in de jurisprudentie geeft aan art. 4:51 Awb, volgen enkele opmerkingen over de soms moeizaam te trekken grens tussen te subsidiëren activiteiten en overheidsopdrachten die moeten worden aanbesteed.

2. 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. In de praktijk blijkt echter dat de overlap tussen beide begrippen aanzienlijk is waardoor het lastig is om de grens tussen beide te bepalen. In de jurisprudentie (o.m. CBB 9 juli 2008, [AB 2008_340](#), m.nt. J.R. van Angeren en ABRvS 12 september 2001, [AB 2001_335](#), m.nt. NV) is dan ook een aantal aanvullende onderscheidende criteria ontwikkeld om te kunnen vaststellen of een concrete financiële verstrekking een subsidie of de betaling voor de uitvoering van een overheidsopdracht is.

In de eerste plaats bekijkt de bestuursrechter of de verstrekking rechtstreeks te relateren is aan de activiteiten die ermee worden gefinancierd. Dit element wordt vooral getoetst aan de hand van de vraag of het betreffende bestuursorgaan rechtstreeks belang of baat heeft bij de uit te voeren activiteiten of dat het eerder gaat om activiteiten die in het algemeen belang worden gestimuleerd. Verder is in dat kader relevant wie de concrete inhoud van de uit te voeren activiteiten formuleert; bij een subsidie is dat vaak de subsidieontvanger in zijn subsidieaanvraag, terwijl bij een overheidsopdracht de overheid zelf vrij precies pleegt aan te geven wat er moet gebeuren.

In de tweede plaats wordt de hoogte van de vergoeding in relatie tot de werkelijke kosten onderzocht; bij een subsidie wordt vaak slechts een gedeelte van de gemaakte kosten vergoed, terwijl een betaling doorgaans bestaat uit de gemaakte kosten en een winstmarge.

Ten slotte kan relevant zijn of de financiële verstrekking fiscaal als een betaling wordt gekwalificeerd, al kan het oordeel van de fiscus niet als doorslaggevend worden beschouwd (CBB 9 juli 2008, [AB 2008_340](#), m.nt. J.R. van Angeren, r.o. 5.1.5.).

In het kader van de WMO is het probleem van de overlappende begrippen ook actueel. Uit de wet (sgeschiedenis) volgt immers min of meer dat gemeenten mogen kiezen tussen subsidiëring en opdrachtverstrekking, iets wat vanuit het perspectief van de materiële wetsbegrippen moeilijk te verklaren valt. Hoewel het Ministerie van VWS en de VNG de gemeenten te hulp schieten bij de keuze tussen het

financieren van maatschappelijke ondersteuning door middel van subsidie of door middel van een aanbesteding (onder andere door middel van een fact sheet, welke vanaf de website www.invoeringwmo.nl te downloaden is), blijft er een grijs gebied bestaan tussen beide begrippen, wat bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat activiteiten die in de ene gemeente worden aanbesteed, in de andere gemeente worden gesubsidieerd.

Tegelijkertijd is het maken van een juiste keuze belangrijk, omdat in het geval van subsidiëring de publiekrechtelijke rechtsregels van de Awb gelden, terwijl in het geval van aanbesteding het privaatrechtelijke BW geldt en de regels van het Europese aanbestedingsrecht (neergelegd in richtlijn 2004/18 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)). Daarnaast betekent het kiezen voor de aanbesteding dat de WMO-activiteiten vallen onder de Wet op de omzetbelasting, terwijl dit in beginsel niet geldt wanneer de activiteiten worden gesubsidieerd. En ook voor de (voormalige)subsidieontvanger onder de Welzijnswet is de keuze erg belangrijk; als de activiteiten die voortaan zullen worden aanbesteed eigenlijk gesubsidieerd zouden moeten worden, hanteert het college van B&W een oneigenlijke reden voor de beëindiging van de langdurige subsidierelatie.

Geschillen over de vraag of er op grond van een WMO-verordening wel een opdracht kan worden verstrekt aangebracht door een voormalige subsidieontvanger zullen naar onze mening dan ook niet lang op zich laten wachten. Hetzelfde geldt voor geschillen over de vraag of op grond van een WMO-verordening wel subsidie had mogen worden verstrekt aan een concrete zorgaanbieder aangebracht door zijn concurrent. Voor zover wij konden nagaan is dit echter het eerste WMO-geschil dat door de Afdeling is behandeld.

3. In het onderhavige geschil gaat het niet om de vorm van de financiering die is gekozen maar om de vraag of het college van B&W - naar aanleiding van het besluit van de gemeenteraad om zorg- en welzijnstaken met ingang van 2008 aan te besteden - de subsidierelatie met appellant rechtmatig heeft beëindigd. Daarbij is de eerste kwestie die aan de orde komt de vraag of er ten tijde van het beëindigingbesluit van het college van B&W al sprake was van de veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten waarover in art. 4:51 Awb wordt gesproken. De gemeenteraad had namelijk wel besloten dat het oude beleid zou worden beëindigd, maar het nieuwe beleid was nog niet bekend gemaakt.

In dat kader overweegt de Afdeling onder punt 2.4.1: "Het dagelijks bestuur mag een subsidie, die voor drie of meer achtereenvolgende jaren is verstrekt voor dezelfde voortdurende activiteiten, ingevolge art. 4:51 van de Awb geheel of gedeeltelijk weigeren op de grond, dat gewijzigde inzichten zich tegen voortzetting of ongewijzigde voortzetting van de subsidie verzetten. Daarbij komt het dagelijks bestuur een ruime beleidsvrijheid toe."

Wij vinden dat een wat ongelukkige formulering omdat de indruk wordt gewekt dat art. 4:51 Awb een weigeringsgrond bevat. Dat is echter niet het geval. Of een subsidie mag worden geweigerd hangt in de eerste plaats af van de vraag of het bestuursorgaan daartoe de vrijheid heeft blijkens de subsidieregeling op grond waarvan de aanvraag wordt gedaan en verder van de weigeringsgronden die in de Awb worden geformuleerd (zie onder meer art. 4:35 Awb). In de meeste gevallen komt het bevoegd gezag inderdaad een ruime beleidsvrijheid toe en kunnen veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten dus voldoende grond vormen voor het beëindigen van een subsidierelatie. Maar soms schrijft het wettelijke voorschrift subsidiëring dwingend voor en zal dus eerst de regeling moeten worden gewijzigd. Daar verandert art. 4:51 Awb dan niets aan. Dit artikel geeft zoals gezegd geen algemene bevoegdheid tot weigeren van subsidieaanvragen wegens gewijzigde omstandigheden of inzichten, maar verplicht het bestuursorgaan slechts om, wanneer een subsidie om die reden wordt geweigerd aan een subsidieontvanger die al drie of meer achtereenvolgende jaren werd gesubsidieerd voor voortdurende activiteiten, daarbij een redelijke termijn in acht te nemen (zie PG Awb III, p. 249-251). Art. 4:51 Awb is dus geen bevoegdheidsbepaling, maar een waarborgbepaling.

4. Ook in dit geschil was er overigens strikt genomen geen sprake van een weigering van de subsidieaanvraag van een ontvanger die al langdurig werd gesubsidieerd, de situatie waar art. 4:51 Awb wel vanuit gaat. In de praktijk wachten bestuursorganen doorgaans niet tot een nieuwe aanvraag binnenkomt, maar kondigen zij zo vroeg mogelijk aan dat zij voornemens zijn een nieuwe aanvraag af te wijzen (zie daarover ook ABRvS 7 februari 2007, [AB 2007, 235](#), m.nt. Den Ouden). In de Memorie van Toelichting bij art. 4:51 Awb wordt op deze gewoonte al ingegaan. De regering stelde zich op het standpunt dat dergelijke aankondigingen wel als besluit zou moeten worden gekwalificeerd (PG Awb III, p. 251). Het rechtsgevolg van de aankondiging werd gezocht in het gaan lopen van de redelijke termijn voor beëindiging die art. 4:51 Awb voorschrijft. In lijn hiermee oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak sinds 2002 dat de aankondiging van het voornemen tot beëindiging van de subsidierelatie of de vermindering van de subsidie inderdaad een besluit is (ABRvS 24 april 2002, [AB 2002, 270](#), m.nt. NV (Sede Antia), althans voor zover het gaat om een langdurige subsidierelatie waarin voor ten minste drie jaar subsidie is verstrekt. In latere jurisprudentie wordt niet meer gesproken van "de aankondiging van het voornemen tot weigering" maar van "de beslissing tot beëindiging van de (langlopende of structurele) subsidierelatie" (vgl. bijv. ABRvS 26 februari 2003, [AB 2003, 172](#), m.nt. NV en ABRvS 28 maart 2008, zaaknr. 200705490/1), waardoor het dus verstandig lijkt om voortaan van een "beëindigingbesluit" te spreken.

Interessante vraag ten aanzien van zo'n beëindigingbesluit was tot voor kort hoe concreet de 'gewijzigde inzichten' van de subsidieverstrekker moesten zijn. Was een voornemen tot beleidswijziging voldoende grondslag of moest het nieuwe beleid al zijn vastgesteld voordat een beëindigingbesluit mocht worden genomen? Geredeneerd vanuit de gedachte dat met het beëindigingbesluit de redelijke termijn voor de

subsiënt gaat lopen - een ingrijpend rechtsgevolg dus - hadden wij het niet vreemd gevonden wanneer een dergelijk besluit alleen kan berusten op (nieuw) vastgesteld beleid. Dat heeft als voordeel dat de bestuursrechter ook een concreet handvat heeft om het beëindigingbesluit aan te toetsen. Echter, al uit de bovengenoemde uitspraak van ABRvS 28 maart 2008, waarnaar in deze uitspraak wordt verwezen, werd duidelijk dat de Afdeling die eis niet stelt. Overwogen wordt dat een nadere grondslag voor het beëindigingbesluit niet is vereist nu het geen weigering van een subsidieaanvraag betreft. Wil de ontvanger het besluit tot stopzetting van de subsidiërelatie door een rechter getoetst zien aan het nieuwe beleid, dan zal hij dus alsnog een (in eerste instantie kansloze) subsidieaanvraag moeten indienen. Of in die gevallen (ook) moet worden opgekomen tegen het beëindigingbesluit omdat dit besluit anders formele rechtskracht krijgt en wat de gevolgen daarvan zouden zijn voor de toetsingsmogelijkheden van de bestuursrechter bij beroep tegen het besluit waarmee een nieuwe aanvraag wordt afgewezen, zijn vragen die in de jurisprudentie nog niet zijn beantwoord.

5. Tot slot nog een enkele opmerking met betrekking tot het streven van bestuursrechters om zoveel mogelijk tot een finale beslechting van het geschil te komen. Daarbij wordt steeds meer gebruik gemaakt van de mogelijkheid om op grond van art. 8:72 lid 3 Awb de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten, respectievelijk om op grond van art. 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak te voorzien (daarover onlangs L.J. Gerritsen, "Finale geschilbeslechting; art. 8:72, leden 3 en 4 Awb", *JBactueel* 2009, p. 66 e.v.). In dit geval accordeert de Afdeling de beslissing van de Rb Amsterdam om de rechtsgevolgen van de vernietigde beslissing op bezwaar in stand te laten. Ook al was dat besluit niet draagkrachtig gemotiveerd, het lag beslist niet voor de hand dat het bevoegd gezag onder de omstandigheden van het geval tot een andere beslissing op bezwaar zou komen en in dat geval mogen de rechtsgevolgen in stand worden gelaten. Daarvoor is dus niet vereist dat er voor het bestuursorgaan nog maar één beslissing mogelijk is, zo bleek ook al uit ABRvS 10 december 2008 (*JB* 2009, 39), waar het ging om het ontbreken van een deugdelijke belangenafweging die alsnog had plaatsgevonden, kenbaar was gemaakt en waarover partijen zich tijdens de procedure alsnog hadden kunnen uitlaten. Zie voor een vergelijkbare formulering ten aanzien van zelf in de zaak voorzien bijvoorbeeld ABRvS 11 februari 2009, *AB* 2009, 224, m.nt. R. Ortlep.

Marjolein Nijhuis en Willemien den Ouden

Voetnoot verwijzingen

Marjolein Nijhuis is partner van subsidieadviesbureau Plus Projects.