



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Eerlijk zullen wij alles delen...: Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot

Jacobs, M.J.; Ouden, W. den

Citation

Jacobs, M. J., & Ouden, W. den. (2011). Eerlijk zullen wij alles delen...: Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot. *Jb-Plus*, 13(1), 35-58. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16688>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16688>

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

Eerlijk zullen wij alles delen...

Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot

Mr. M.J. Jacobs en prof.mr. W. den Ouden¹

Trefwoorden: *subsidie, subsidieplafond, verdeelsystemen, tender, adviescommissie.*

Bestuursrechters hebben de afgelopen jaren veel geschillen over de verdeling van subsidies moeten beoordelen. In deze bijdrage wordt de jurisprudentie besproken en worden lijnen die zich in de jurisprudentie hebben afgetekend in een breder perspectief geplaatst. Wij sluiten af met een blik op de toekomst.

1. Inleiding

Het kabinet heeft in het regeerakkoord aangekondigd flink te zullen gaan bezuinigen op subsidies.² Ook decentrale overheden hebben forse bezuinigingen op subsidies in het vooruitzicht gesteld. Voor een deel van de subsidieontvangers zal dit betekenen dat hun subsidie wordt afgebouwd om uiteindelijk te worden beëindigd. Voor andere subsidieaanvragers zullen de kansen om in aanmerking te komen voor subsidie kleiner worden of zal het toegekende subsidiebedrag lager worden omdat het beschikbare budget kleiner is. Dat er een kleinere koek wordt verdeeld zal waarschijnlijk leiden tot een (nog) kritischer houding van aanvragers ten opzichte van de verdeelprocedure. Zij zullen daarbij juridische procedures niet schuwen. In de afgelopen jaren is namelijk een trend waarneembaar dat subsidieaanvragers minder snel genoegen nemen met afwijzing van hun aanvraag. Vaak worden daarbij vraagtekens gezet bij de wijze waarop

wordt gekomen tot het besluit om de ene aanvrager wel en de andere niet te subsidiëren. Als vooraf bekend is dat er een bepaald budget beschikbaar is, wordt vaak als argument aangevoerd dat dit budget niet eerlijk is verdeeld. Bestuursrechters lijken in dit soort gevallen indringender dan voorheen te toetsen. Reden genoeg om de juridische stand van zaken met betrekking tot deze 'verdelingsvraagstukken' op te maken. In dit artikel zullen wij ingaan op de Awb-regels omtrent verdeling van subsidies, verdeelsystemen bij gebruikmaking van een subsidieplafond, jurisprudentie over de meest gebruikte verdeelsystemen en jurisprudentie over toedeling van subsidies zonder dat vooraf een verdeelsysteem bekend is gemaakt. Hieruit zullen wij vuistregels proberen af te leiden voor de normering van verdeelprocedures voor subsidies: aan welke eisen dienen deze te voldoen? Tot slot doen wij enkele suggesties voor regeling van bepaalde reeds in de jurisprudentie uitgekristalliseerde onderwerpen.

1 Rianne Jacobs is wetgevingsjurist bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie en senior-onderzoeker aan de Universiteit Leiden. Willemien den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de

Universiteit Leiden.

2 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/09/30/regeerakkoord-vvd-cda.html.

2. Het verdelen van subsidiegelden binnen en buiten het subsidieplafond

Het Nederlandse subsidierecht kent een geïmplementeerde opbouw. De subsidietitel in de Awb (titel 4.2) bevat algemene regels die gelden voor elke subsidie (zoals regels over verlenings- en vaststellingsbeschikkingen en over aan een subsidie te verbinden verplichtingen). Voor welke activiteiten bestuursorganen subsidie kunnen verlenen volgt echter niet uit de Awb. Art. 4:23 Awb bepaalt slechts dat een bestuursorgaan in beginsel slechts subsidie verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden gegeven. Dit betekent voor bestuursorganen van het rijk dat een subsidiebevoegdheid direct of indirect moet berusten op een wet in formele zin of – in uitzonderingsgevallen – een zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Voor bestuursorganen van decentrale overheden geldt dat de subsidiebevoegdheid moet zijn opgenomen in hun verordeningen.³

Voor de meeste subsidieregelingen geldt dat het budget dat beschikbaar is voor de uitvoering van een subsidieregeling, beperkt is. Zogenoemde openeinderegelingen, waarbij een subsidieregeling niet alleen een bevoegdheid, maar ook een verplichting tot subsidiëren schept, komen – buiten de onderwijsbekostiging – bijna niet (meer) voor. Tegenwoordig geldt meestal de regel: op = op. In de Awb is daartoe de figuur van het subsidieplafond geregeld: bij of krachtens wettelijk voorschrift kan worden bepaald dat er een subsidieplafond van toepassing is op een subsidieregeling (art. 4:25 Awb). Eveneens bij of krachtens wettelijk voorschrift, moet vervolgens worden bepaald hoe het beschikbare bedrag zal worden verdeeld over de aanvragers (art. 4:26 Awb).

Als gezegd bepaalt art. 4:23 Awb dat subsidies in beginsel worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift. Op deze regel staat het artikel evenwel een aantal uitzonderingen toe. Geen wettelijke grondslag is vereist (a) in afwachting van de totstandkoming van een wettelijk voorschrift, (b) indien de subsidie rechtstreeks wordt verstrekt op grond van een programma van de Raad van de EU, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Europese Commissie, (c) indien de begroting de naam van de subsidieontvanger en het subsidiebedrag vermeldt en (d) in incidentele gevallen, mits de subsidie voor ten hoogste vier jaren wordt verstrekt. Van de mogelijkheden die art. 4:23 Awb biedt wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt. Een aanzienlijk deel van het subsidiegeld wordt derhalve verstrekt zonder dat er een wettelijke grondslag voor de subsidie bestaat.

De in de inleiding gesignaleerde trend dat subsidieontvangers minder snel genoegen nemen met afwijzing van hun aanvraag ziet zowel op de afwijzing wegens het bereiken van het subsidieplafond, als op afwijzingen van subsidies die onder de uitzonderingen van art. 4:23, derde lid, onder c (begrotingssubsidies) of d (incidentele subsidies) zouden kunnen vallen. Bij de aanvragen voor subsidies die onder de genoemde uitzonderingsbepaling kunnen vallen, moet nog verder worden onderscheiden tussen aanvragen waar het bestuursorgaan in beginsel welwillend tegenover staat omdat de gevraagde subsidie past binnen het beleid, en aanvragen die niet passen in het beleid van het bestuursorgaan en waarvoor het dus geen subsidiegeld beschikbaar wil stellen. Niets verplicht het bestuursorgaan ertoe om aanvragen voor subsidies die niet binnen het beleid passen te honoreren; dergelijke aanvragen kunnen derhalve op die grond

3 Vgl. ABRvS 10 februari 2010 (Flevo Herb II), AB 2010, 214 m.nt. W. den Ouden, «JB» 2010/80 m.nt. A.J. Bok.

worden afgewezen. Voor een volledig beeld van 'het verdelingsvraagstuk' bij subsidies wordt in deze bijdrage ook ingegaan op de recente jurisprudentie over weigering van begrotings-subsidies en incidentele subsidies die weliswaar zouden passen binnen het beleid, maar waarvoor onvoldoende middelen beschikbaar zijn (paragraaf 7). Eerst wordt evenwel ingegaan op de verdelingsvraagstukken die spelen als er een subsidieplafond is ingesteld.

3. De regeling van het subsidieplafond in de Awb

Zoals in de vorige paragraaf al werd gezegd, is er voor de tenuitvoerlegging van de meeste subsidieregelingen een beperkt budget. Voor alle duidelijkheid: de Awb bepaalt niet dat er (altijd of soms) een subsidieplafond moet worden ingesteld, maar slechts dat een subsidieplafond uitsluitend bij of krachtens wettelijk voorschrift *kan* worden vastgesteld (art. 4:25, eerste lid, Awb); het is dus vooral een formele bepaling. Of er een subsidieplafond geldt, moet derhalve worden afgeleid uit de bijzondere subsidieregeling op basis waarvan subsidie kan worden aangevraagd en verstrekt.⁴ Dat de Awb hierover niets bepaalt, hoeft niet te verbazen. De omvang van het beschikbare budget is typisch een onderwerp dat zich niet leent voor een algemene regeling, maar dat bij de totstandkoming van iedere bijzondere subsidieregeling aan de orde behoort te komen.

Als er een subsidieplafond is vastgesteld, volgt dwingend uit de Awb dat de subsidie moet worden geweigerd voor zover door de verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden (art. 4:25, tweede lid,

Awb). Op deze wijze wilde de Awb-wetgever komen tot een betere beheersing van de overheidsuitgaven.⁵ Overigens kan subsidie ook zonder dat er een subsidieplafond is ingesteld om budgettaire redenen worden geweigerd. Het bestuursorgaan moet dan, in tegenstelling tot wanneer er een subsidieplafond geldt, wel in de motivering bij het afwijzingsbesluit inzichtelijk maken waarom de subsidie wordt geweigerd. Dit gebeurt in de eerste plaats door aan te geven dat er onvoldoende budget is om de aanvraag of alle aanvragen te honoreren. Als andere aanvragen wel zijn gehonoreerd, moet worden aangegeven waarom wél gesubsidieerde aanvragen een grotere bijdrage zullen leveren aan het realiseren van de gesubsidieerde beleidsdoelstelling dan het project waarvoor subsidie is geweigerd.⁶

Om te voorkomen dat een aanvrager nadeel ondervindt van het feit dat de definitieve beslissing omtrent de subsidieverstrekking wordt verschoven naar een later tijdvak waarin minder geld beschikbaar is, is in het derde lid van art. 4:25 Awb bepaald dat de verplichting om te weigeren bij overschrijding van het subsidieplafond slechts geldt voor zover zij ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen of had moeten worden genomen. Wanneer het bestuursorgaan te laat op de aanvraag beslist of indien er in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechtelijke uitspraak op de aanvraag wordt beslist, mag de weigeringsgrond van het tweede lid dus alleen worden ingeroepen als op het moment waarop het besluit eigenlijk had moeten worden genomen (bij te laat beslissen) of als meteen het juiste besluit zou zijn genomen (bij

⁴ Hoewel het subsidieplafond in de subsidieregeling meestal wel als zodanig is betiteld, is dit niet noodzakelijk. De Rb. Utrecht oordeelde dat het voldoende is dat de wijze van toekenning van de subsidie erop wijst dat er sprake is van een subsidieplafond

(Rb. Utrecht 20 september 2010, LJN BN7760).

⁵ PG Awb III, p. 168-169.

⁶ Vgl. Rb. Arnhem 31 januari 2008, LJN BC3256. Zie ook: ABRvS 20 oktober 2010, «JB» 2011/3 m.nt. M.J. Jacobs.

de andere gevallen), het subsidieplafond al was overschreden.

Een andere uitzondering op de regel dat de subsidie moet worden geweigerd als door toewijzing van de aanvraag het subsidieplafond wordt overschreden, volgt uit art. 4:51, tweede lid, Awb. Bij de beëindiging van een langdurige subsidie moet een redelijke termijn in acht worden genomen. In afwijking van art. 4:25, eerste lid, Awb kan op grond van art. 4:51 Awb subsidie worden verleend voor het nog niet verstreken deel van de redelijke termijn. De bescherming die art. 4:51 biedt aan langdurig gesubsidieerden, kan dus niet worden doorbroken door een beroep op het subsidieplafond. Het subsidieplafond moet in beginsel worden bekendgemaakt voordat het tijdvak waarvoor het is vastgesteld aanvangt (art. 4:27, eerste lid, Awb). Potentiële aanvragers weten daardoor tijdig hoeveel geld er beschikbaar is. Wordt het subsidieplafond – of een eventuele verlaging daarvan – toch bekendgemaakt *nadat* het tijdvak waarvoor het is vastgesteld reeds is begonnen, dan heeft deze bekendmaking geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen (art. 4:27, tweede lid, Awb).⁷ Het woord ‘bekendgemaakt’ moet hier worden begrepen op de in art. 3:42 Awb beschreven, algemene manier waarop besluiten die niet tot specifieke belanghebbenden zijn gericht moeten worden bekendgemaakt. Dit houdt in dat bestuursorganen van de centrale overheid kennisgeving van het subsidieplafond moeten doen in de Staatscourant (tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald). Bestuursorganen die niet tot de centrale overheid behoren, moeten een kennisgeving doen in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Eventueel kunnen zij de bekendmaking

ook in een elektronisch uitgegeven overheidsblad doen of via een ander elektronisch medium, mits dit laatste bij wettelijk voorschrift mogelijk is gemaakt. Een subsidieplafond kan derhalve niet worden bekendgemaakt in bijvoorbeeld een persbericht of een brief of e-mail aan potentiële aanvragers. Een verkeerde bekendmakingswijze kan bestuursorganen zodoende (zeer) duur komen te staan!⁸

Art. 4:28 Awb maakt een uitzondering op de regel die geldt wanneer een subsidieplafond te laat wordt bekendgemaakt ingevolge art. 4:27, tweede lid Awb. Wanneer op grond van de bijzondere subsidieregeling alle aanvragen voor het tijdvak waarvoor het subsidieplafond is vastgesteld, moeten zijn ingediend op een tijdstip waarop de begroting nog niet is vastgesteld of goedgekeurd, blijft art. 4:27, tweede lid Awb, buiten toepassing als de vaststelling of goedkeuring van de begroting noopt tot verlaging van het subsidieplafond. Voorwaarde is dan wel dat er bij de bekendmaking van het subsidieplafond op is gewezen dat de vaststelling of goedkeuring van de begroting ertoe zou kunnen leiden dat het subsidieplafond wordt verlaagd. Zo wordt zoveel mogelijk recht gedaan aan de rechtszekerheid van aanvragers én aan het streven om de subsidie-uitgaven beheersbaar te houden.⁹ Wel kan het te laat bekendgemaakte subsidieplafond worden tegengeworpen aan aanvragers die verzoeken om wijziging van hun eerder ingediende aanvraag of (zelfs) een reeds ontvangen subsidiebeschikking.¹⁰

Als er eenmaal een plafond is vastgesteld, rijst vervolgens de vraag hoe het beschikbare budget over de aanvragers wordt verdeeld. De Awb zegt hier niets meer over dan dat bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en dat

7 ABRvS 7 juni 2006, zaaknr. 200507941/1.

8 Vgl. ABRvS 3 januari 2007, «JB» 2007/31, AB 2007, 224 m.nt. W. den Ouden.

9 Vgl. ABRvS 7 juni 2006, LJN AX7081.

10 ABRvS 17 september 2008, AB 2009, 77 m.nt. J.E. van den Brink.

bij de bekendmaking van het subsidieplafond ook de verdeelwijze moet worden vermeld. De bijzondere regelgever is dus vrij in zijn keuze voor een wijze van verdeling. In de meeste gevallen wordt de wijze van verdeling geregeld in de bijzondere subsidieregeling zelf. Het komt echter ook wel voor dat ervoor wordt gekozen om de verdeelregels op te nemen in een plan, programma of ander besluit van het bestuursorgaan dat de subsidies verleent. Dit document bevat dan de beleidsprioriteiten. Het plan, programma of besluit kan niet later dan het subsidieplafond worden bekendgemaakt, omdat bij de bekendmaking van het subsidieplafond immers moet worden vermeld op welke wijze het beschikbare subsidiebedrag wordt verdeeld.

4. Verdeelsystemen bij gebruikmaking van een subsidieplafond

In de praktijk wordt meestal gekozen voor verdeling volgens de regel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' of op basis van rangschikking na onderlinge vergelijking van alle binnengekomen aanvragen (ook wel 'vergelijkende toets', 'tender' of 'beauty contest' genoemd). Een enkele keer wordt het beschikbare bedrag evenredig verdeeld over alle aanvragers¹¹ en zo nu en dan wordt er geloot.¹²

Bij de totstandkoming van de subsidietitel is door de regering gesteld dat verdeling op volgorde van binnenkomst niet het meest aantrekkelijke toedelingssysteem zou zijn: *'Nu het tijdstip van de indiening van de aanvraag vaak min of meer toevallig is, is dat niet het meest aantrekkelijke systeem. In sommige gevallen zal het echter, gelet op het grote aantal aanvragen en de noodzakelijkerwijs in de tijd gespreide indiening daarvan, het enige praktisch hanteerbare systeem zijn.'*¹³

De behandeling van aanvragen op volgorde van binnenkomst is o.i. vooral bruikbaar als aan twee voorwaarden is voldaan: 1. de activiteiten waarvoor de subsidie bedoeld is, zijn zodanig welomschreven in de subsidieregeling dat de beoordeling van de aanvragen vrij eenvoudig is voor het bestuursorgaan en 2. de persoon van de aanvrager niet relevant is voor de subsidieverstrekker. Een voorbeeld van subsidie waarbij aan deze voorwaarden is voldaan, is de subsidie op grond van de Tijdelijke sloopregeling personen- en bestelauto's.¹⁴ Bij deze subsidies is de persoon van de aanvrager niet erg interessant; het gaat erom dat eigenaren van oude, relatief vervuilende auto's een financiële prikkel zouden krijgen om deze auto's versneld aan het wagenpark te onttrekken door deze te vervan-

11 Bijv. Tegemoetkomingsregeling oogstschade 2002, *Stcrt.* 2006, 23 (anders dan de titel wellicht doet vermoeden vorm gegeven als een subsidieregeling).

12 Zij het dat loting als hoofdverdeelmethode zeldzaam is. Loting wordt wel regelmatig toegepast als aanvullende verdeelmethode, bijv. als op de dag waarop het subsidieplafond wordt bereikt zoveel aanvragen binnenkomen dat geen volgorde kan worden bepaald

(zie verder par. 5.4) of bij een tender indien door verlening van subsidie aan alle gelijkgerangschikte aanvragen het subsidieplafond zou worden overschreden. Vgl. ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2008, 28 m.nt. J.H. van der Grinten en W. den Ouden.

13 PG AWB III, p. 209.

14 *Stcrt.* 2009, 95.

gen door nieuwere, schonere auto's.¹⁵ Vereist was slechts dat de aanvrager eigenaar was van een oude auto met een Nederlands kenteken en dat hij kon aantonen dat hij deze auto had vervangen door een nieuwere auto met een Nederlands kenteken. Voor dit soort aanvragen is de behandeling van aanvragen op volgorde van binnenkomst bij uitstek geschikt.

In de memorie van toelichting is gesteld dat een kwalitatief verdeelsysteem (de tenderprocedure c.q. beauty contest) in veel gevallen meer voor de hand zal liggen als verdeelsysteem dan de verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen.¹⁶ Voor een tenderprocedure wordt gekozen wanneer de relatieve kwaliteit van de aanvragers en hun aanvraag (zeer) relevant wordt gevonden voor de realisering van de doelstelling van de betreffende subsidieregeling. Indien er meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden, vindt een vergelijking van de aanvragen op relevante punten plaats. Het op deze wijze selecteren van de 'beste of meest geschikte aanvragen' moet leiden tot het zo goed mogelijk realiseren van de doelstellingen waarvoor de subsidie beschikbaar werd gesteld. Op sommige beleidsterreinen is deze verdeelmethode de standaardverdeelmethode, zoals bij subsidies voor wetenschappelijk onderzoek en kunstuitingen. Als wordt gekozen voor de tender moeten er ook criteria worden vastgesteld aan de hand

waarvan aanvragen zullen worden beoordeeld en gerangschikt.

De primaire subsidieregeling is op dit punt weinig concreet. Zo is bijvoorbeeld in de Wet op het specifiek cultuurbeleid bepaald dat de verdelingsregels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld (art. 8). In de algemene maatregel van bestuur, het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen, is vervolgens bepaald dat de verdeling plaatsvindt op basis van 'een vergelijking van geschiktheid om bij te dragen aan de doelstellingen van de subsidie' (art. 5b). Vervolgens wordt dit criterium verder uitgewerkt in de Regeling subsidies en uitkeringen cultuuruitingen. Criteria die meegewogen worden zijn (o.m.): belang van de activiteiten, positie van de aanvrager in het cultuurbestel, maar ook spreiding van het subsidiebudget over het land (art. 9p). Het beoordelen van aanvragers en aanvragen op basis van dit soort criteria vraagt om een (deels) subjectief oordeel; in de praktijk wordt waarschijnlijk (mede) daarom ter discussie gesteld of tenderprocedures echt wel tot de beste resultaten van een subsidiebeleid leiden.¹⁷

Varianten op de hierboven geschetste (klassieke) tenderprocedure zijn de subsidie die is gekoppeld aan een concessie en de subsidie die wordt verleend door middel van een aanbestedingsprocedure. In het openbaar vervoer is

15 Een wrange uitspraak over deze subsidie biedt ABRvS 20 oktober 2010, LJN BO1129. Appellant had een week voor de inwerkingtreding van de subsidieregeling zijn oude auto verkocht en een schonere gekocht. Omdat hij wist dat de inwerkingtreding van de subsidieregeling aanstaande was, had hij afgesproken dat de afleverdatum en de facturatie na de inwerkingtreding van de regeling zouden plaatsvinden. De Minister wees de subsidie af omdat de koopovereenkomst voor de inwerkingtreding van de regeling was gesloten en de Afdeling bestuursrechtspraak ging daarin mee: "Het is de verantwoordelijkheid van de

aanvrager om zich op de hoogte te stellen van de voorwaarden van de Sloopregeling en dienovereenkomstig te handelen."

16 PG AWB III, p. 209.

17 Een kleine greep uit de artikelen die het afgelopen jaar in kranten verschenen: 'Wat er sneuvelt in de harde publicatiestrijd; Wetenschappers vertellen hoe ze vechten voor subsidiegeld en artikelen in de toptijdschriften', *NRC* 16 november 2010, 'Crisisgeld naar Duits windpark', *Volkskrant* 27 november 2010, 'Podiumfonds onder vuur; verloren rechtszaken zetten subsidiegever op scherp', *NRC* 10 april 2010.

het gebruikelijk om vervoersondernemingen een exclusief recht te geven tot het aanbieden van openbaar vervoer in een bepaald gebied (concessie).¹⁸ Daarnaast wordt aan de concessiehouder een financiële bijdrage verstrekt voor het verrichten van het openbaar vervoer. Deze financiële bijdrage wordt aangemerkt als subsidie in de zin van de Awb. Ook worden er soms subsidies verleend door middel van een aanbestedingsprocedure; de laatste tijd zien wij daarvan vooral in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning voorbeelden.¹⁹

Opgemerkt zij voorts dat het van belang is tot wie de verdeelregels zich richten. Bij zogenoemde getrapte subsidies verstrekt een bestuursorgaan subsidie aan een ander bestuursorgaan. Dit tweede bestuursorgaan verstrekt de subsidie op zijn beurt aan de eindontvangers. Het bestuursorgaan dat de subsidie aan de eindontvangers verstrekt, fungeert derhalve als 'tussenpersoon' of 'doorgeefluik'. Het kan zijn dat de verdeelregels die in de subsidieregeling op grond waarvan het bestuursorgaan dat als tussenpersoon fungeert de subsidie ontvangt, niet gelden als dit bestuursorgaan op zijn beurt de subsidie verder verdeelt over de eindontvangers. Dit deed zich voor in een Afdelingsuitspraak van 26 april 2006 waarin een kinderdagverblijf klaagde dat het te weinig subsidie had gekregen van het dagelijks bestuur van de deelgemeente Kralingen-Crooswijk. De gemeente Rotterdam had van de Minister van VWS subsidie ontvangen voor tussen 1997 en 2003 gerealiseerde kinderopvangplaatsen. De

gemeente Rotterdam had dit bedrag na aftrek van kosten verdeeld over de deelgemeenten en de deelgemeenten hadden het resterende bedrag op hun beurt verdeeld over de kinderdagverblijven die de nieuwe opvangplaatsen hadden gerealiseerd. Appellante meende dat zij meer geld had moeten krijgen. De Afdeling overwoog dat de in het geding zijnde subsidieregeling aan een kinderopvangcentrum geen individuele en rechtstreekse aanspraak op toekenning van de subsidie gaf, maar dat de regeling zag op de rechtsverhouding tussen de Minister en de gemeente. Het stond het dagelijks bestuur van de deelgemeente dan ook vrij de ontvangen gelden naar eigen inzicht verder te verdelen.²⁰

5. Jurisprudentie over 'wie het eerst komt, het eerst maalt'

5.1 Inleiding

Het hoeft niet te verbazen dat het bij de verdeling volgens het systeem 'wie het eerst komt, het eerst maalt', in procedures bij de bestuursrechter vaak gaat over de vraag: wie was het eerst? Appellanten hebben er immers belang bij dat hun aanvraag eerder wordt beoordeeld dan andere aanvragen. Zij stellen zich daarom geregeld op het standpunt dat hun aanvraag eerder was of dat aanvragen van anderen niet hadden mogen worden meegeteld. In deze paragraaf komen de verschillende typen zaken waarin dit aspect een rol speelt aan de orde.

¹⁸ Bijv. CBb 3 juli 2007, LJN BB0121.

¹⁹ Op grond van de Wmo kan het bestuursorgaan, vreemd genoeg, kiezen tussen inkoop van werkzaamheden en het subsidiëren daarvan. In de praktijk wordt echter ook gekozen voor een mengvorm; de aanbesteding van subsidies. Zie bijv. ABRvS 9 september 2009, AB 2010, 87 m.nt. W. den Ouden en ABRvS

10 juni 2009, AB 2009, 369 m.nt. W. den Ouden.

Zie voorts E.C.L. Prenen, 'Subsidietendering', *Gst.* 2009 (7320), p. 69 e.v. en A. Stellingwerff Beintema, 'De Dienstenrichtlijn en aanbestedingsregels', *Gst.* 2010 (7336), p. 221 e.v.

²⁰ ABRvS 26 april 2006, LJN AW3999.

5.2 Onvolledige aanvragen

Toen de subsidietitel net in werking was getreden, hebben bestuursrechters zich verschillende malen moeten uitspreken over onvolledige aanvragen. De vraag was of het bestuursorgaan een onvolledige aanvraag buiten beschouwing moest laten of niet. Enerzijds kon worden betoogd dat een onvolledige aanvraag ook een aanvraag is, zodat deze in rangschikking op volgorde van binnenkomst gewoon moest worden meegenomen. Op grond van art. 4:5, eerste lid, Awb zou de aanvrager in de gelegenheid moeten worden gesteld zijn aanvraag compleet te maken. Anderzijds was er de gedachte dat de aanvrager die een slordige pro forma aanvraag heeft ingediend daarvoor niet – ten koste van een aanvrager die wel moeite had gedaan om direct een complete aanvraag in te dienen – behoorde te worden beloond. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde al snel dat de eerste visie de juiste was. De aanvraag telde direct mee en de aanvrager moest in de gelegenheid worden gesteld zijn onvolledige aanvraag aan te vullen.²¹ Omdat er voor de tweede visie ook veel te zeggen viel, is in veel subsidieregelingen tegenwoordig bepaald dat met betrekking tot de verdeling als datum van ontvangst geldt, de datum waarop de aanvraag voldoet aan de wettelijke voorschriften. Dat wil dus zeggen dat als de aanvraag in eerste instantie onvolledig was en de aanvrager op grond van art. 4:5 Awb in de gelegenheid is gesteld de aanvraag aan te vullen, als indieningsdatum geldt de datum waarop de aanvulling is ontvangen (mits de aanvraag hierdoor wel compleet is geworden uiteraard). Wanneer een dergelijke regel echter ontbreekt in een subsidieregeling geldt nog steeds dat onvolledige aanvragen direct meetellen in de volgorde van ontvangst.

Ook de vraag of terecht toepassing is gegeven aan art. 4:5 Awb in een verdeelprocedure is onderwerp van discussie geweest. Vaak is het wel duidelijk of een aanvraag onvolledig is, maar niet altijd. In een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 5 december 2000 was de vraag aan de orde op welk moment de aanvraag compleet was. Appellant stelde zich op het standpunt dat de subsidie ten onrechte was geweigerd omdat de aanvraag reeds direct bij indiening compleet was, terwijl verweerder stelde dat de aanvraag pas compleet was gemaakt op het moment dat het subsidieplafond reeds was overschreden, zodat de subsidie wel moest worden geweigerd. Het CBB ging de precieze gang van zaken bij de indiening na en kwam tot het oordeel dat het ervoor moest worden gehouden dat verweerder direct een complete aanvraag had ontvangen, maar aanvullende – niet volgens het aanvraagformulier vereiste – informatie had opgevraagd. Vervolgens ging verweerder uit van de datum van ontvangst van de niet vereiste, aanvullende gegevens. Het CBB oordeelde dat verweerder deze laatste datum niet als datum van ontvangst had mogen aanmerken. De juiste datum van ontvangst was de datum waarop de aanvraag, met de volgens het aanvraagformulier vereiste informatie, was ingediend.²²

Soms kiest een aanvrager ervoor om in één aanvraag voor meerdere projecten tegelijk subsidie aan te vragen. Deze keuze is niet zonder risico. Uit ABRvS 8 maart 2006 volgt namelijk dat als de aanvrager hiervoor kiest en met betrekking tot één van deze projecten de aanvraag onvolledig is, het bestuursorgaan art. 4:5 Awb toe kan passen op de hele aanvraag. De aanvraag komt dan dus zodra hij is aangevuld in zijn geheel op een lagere plaats in de rangorde terecht, zodat óók de projecten met

21 ABRvS 19 januari 2001, AB 2001, 113 m.nt. NV.

22 Zie bijv. CBB 5 december 2000, AB 2001, 99 m.nt.

JHvdV. Zie voor een ander voorbeeld over de vraag of

de subsidieaanvraag compleet was ABRvS 11 oktober 2006, LJN AY9918.

betrekking waartoe de aanvraag wel al direct compleet was lager worden gerangschikt. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde dat appellante door de aanvraag te betrekken op verscheidene projecten het voor haar rekening komende risico heeft genomen dat de aanvraag als geheel zou worden afgewezen wegens het ontbreken van de vereiste gegevens van één of enkele projecten.²³

Ten slotte is het voor de indiener van een onvolledige aanvraag van belang op welk moment het bestuursorgaan hem in de gelegenheid stelt de aanvraag aan te vullen. Hoe sneller dat gebeurt, hoe beter. Uit een Afdelingsuitspraak van maart 2006 komt evenwel naar voren dat de Afdeling het niet ongeoorloofd acht dat het bestuursorgaan alle onvolledige aanvragen verzamelt en de aanvragers van die aanvragen tegelijkertijd in de gelegenheid stelt tot aanvulling.²⁴ Voor de toepassing van art. 4:5 Awb geldt de regel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' dus niet per se. Ook in deze uitspraak benadrukte de Afdeling dat het de eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager is om ervoor te zorgen dat de aanvraag aan de wettelijke vereisten voldoet.²⁵

5.3 *Wijzigingen van de aanvraag*

In het verlengde van het in de vorige paragraaf besproken onderwerp, ligt het thema van wijzigingen die de aanvrager aan wil brengen in een reeds ingediende aanvraag. Moet het bestuursorgaan dan de datum van indiening van de oorspronkelijke aanvraag aanhouden of mag het uitgaan van de datum waarop de aanvraag werd gewijzigd? De Afdeling bestuursrechtspraak heeft geoordeeld dat in

het licht van het stelsel van art. 4:5 Awb over het aanvullen van aanvragen, de consequentie van wijziging van een aanvraag is dat ook de datum van ontvangst van de aanvraag wordt gewijzigd.²⁶ Voor de aanvrager die zijn aanvraag wil wijzigen kan dit nadelig uitpakken. Immers, hij schuift daardoor naar achteren in de rij van aanvragers die voor subsidie in aanmerking willen komen, waardoor de kans dat zijn aanvraag moet worden afgewezen omdat het subsidieplafond inmiddels is bereikt, groter wordt.

In dit geval deed zich dit probleem overigens niet voor want het bestuursorgaan (i.c. de Minister van VROM) had de door appellante ingediende wijziging als een afzonderlijke nieuwe aanvraag aangemerkt en de oorspronkelijke aanvraag ook in behandeling gehouden. Dit was gunstig voor de aanvrager omdat het subsidieplafond reeds was bereikt toen hij de gewijzigde aanvraag indiende. Ook de Minister van EZ merkte een ingediende wijziging aan als afzonderlijke nieuwe aanvraag, zo blijkt uit een vrij recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.²⁷ Evenals in de Afdelingsuitspraak was ten tijde van de indiening van de gewijzigde aanvraag, het subsidieplafond reeds bereikt. Door de gewijzigde aanvraag aan te merken als een nieuwe aanvraag en de initiële aanvraag ook in de verdeling te laten meetellen, kregen de aanvragers toch subsidie. Wel minder dan ze hadden gewild, maar meer dan wanneer – zoals in de uitspraak van de Afdeling valt te lezen – de datum van de ontvangst van de aanvraag zou zijn gewijzigd in de datum waarop de gewijzigde aanvraag werd ontvangen.

23 ABRvS 8 maart 2006, LJN AV3871.

24 ABRvS 8 maart 2006, LJN AV3886.

25 Het is vaste jurisprudentie dat de aanvrager verantwoordelijk is voor het juist en volledig invullen van de aanvraagformulieren; vgl. bijv. ABRvS 16 januari

2008, LJN BC2105 en CBb 11 augustus 2010, «JB» 2010/244.

26 ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008, 29 m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden.

27 CBb 11 augustus 2010, «JB» 2010/243.

5.4 *Postzakproblematiek*

Het verdelen van de subsidiepot op volgorde van binnenkomst van de aanvragen werkt alleen goed als de aanvragen enigszins gespreid in de tijd binnenkomen. Soms wordt het bestuursorgaan echter verrast doordat op de eerste dag al zoveel aanvragen binnenkomen dat het subsidieplafond direct wordt bereikt. Als de aanvragers allemaal in een rij voor de deur zouden staan voor het indienen van hun aanvraag, zou het bestuursorgaan de volgorde goed kunnen registreren. Ook indien de aanvragen langs elektronische weg worden ingediend, is de volgorde van ontvangst meestal eenvoudig vast te stellen. Als de aanvragen echter allemaal tegelijkertijd in een postzak arriveren, is de volgorde niet vast te stellen. Meestal wordt van alle mogelijkheden om aanvragen in te dienen tegelijk gebruikgemaakt; aanvragen worden dus zowel per post gestuurd, als persoonlijk afgegeven, als langs elektronische weg ingediend. Een precieze volgorde van ontvangst is dan vaak onmogelijk vast te stellen. Enkele jaren geleden heeft de staatssecretaris van SZW, toen hij zich geconfronteerd zag met het probleem dat op de eerste dag zoveel subsidieaanvragen werden ingediend, dat het subsidieplafond al direct op die dag werd bereikt, terwijl de volgorde van ontvangst niet viel vast te stellen, ervoor gekozen om te loten tussen alle op die dag ingediende aanvragen.²⁸ De Afdeling bestuursrechtspraak achtte dit niet in strijd met art. 4:26, tweede lid, Awb:

De Afdeling is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de Staatssecretaris voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een nadere bepaling van de volgorde van binnenkomst van de aanvragen praktisch niet mogelijk was, omdat de aanvragen in groten ge-

tale en op diverse wijzen gedurende de dag van 1 juni 2005 binnenkwamen. Daarom heeft de Staatssecretaris ter uitvoering van art. 7, vierde lid, van de Regeling, in dit geval mogen bepalen dat aanvragen die op dezelfde dag binnenkwamen, werden geacht tegelijkertijd te zijn ontvangen en dat tussen deze aanvragen zou worden geloot.²⁹

In de casus waarop deze uitspraak betrekking had, voorzag de subsidieregeling uitsluitend in de mogelijkheid van verdeling van het beschikbare budget op volgorde van binnenkomst.

Het verdient aanbeveling om bij het opstellen van een subsidieregeling stil te staan bij de vraag of het te verwachten valt dat er zeer veel aanvragen tegelijkertijd worden ingediend en hier zo nodig (en mogelijk) rekening mee te houden in de regeling. Inmiddels bestaat er ook al een aantal subsidieregelingen waarin expliciet is bepaald dat indien het subsidieplafond van een subsidie die wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst, wordt bereikt op een dag waarop er meerdere aanvragen tegelijk binnenkomen, de onderlinge rangschikking van die aanvragen door middel van loting wordt bepaald.³⁰ Dit betekent echter niet dat er dan geen geschillen meer zijn over de vaststelling van de rangorde. In enkele recente uitspraken hebben aanvragers de rechtmatigheid van de loting aan de kaak gesteld. In een zaak waarin appellant had aangevoerd dat verweerder bij de loting ten onrechte zowel volledige als onvolledige aanvragen had laten meeloten, oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat verweerder inderdaad een onjuiste procedure ter verdeling van het subsidiebudget had gevolgd. Niettemin liet het de rechtsgevolgen van het besluit in stand omdat uiteindelijk alleen aanvragen die op moment van indiening volledig waren subsidie hadden

²⁸ Subsidieregelingen waarin loting als hoofdverdeelstelsysteem is gekozen, zijn ons niet bekend.

²⁹ ABRvS 18 juli 2007, AB 2008, 28 m.nt. J.H. van der

Grinten en W. den Ouden.

³⁰ Zie bijvoorbeeld art. 27 Kaderbesluit EZ-subsidies en art. 58 Besluit stimulering duurzame energieproductie.

gekrege. Volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven was de kans dat de aanvraag van appellante in het geval dat loting met alleen volledige aanvragen had plaatsgevonden, wel in aanmerking zou zijn komen voor toewijzing – anders dan appellante had betoogd – niet anders dan in de situatie waarin ook onvolledige aanvragen hebben meegeloot, maar deze aanvragen vervolgens niet bij de verdeling van het budget zijn betrokken.³¹

6. Jurisprudentie over de tenderprocedure

6.1 Inleiding

Bij een tendersysteem worden alle aanvragen die binnen de indieningstermijn zijn ingediend beoordeeld op grond van inhoudelijke criteria en op die basis op volgorde gerangschikt. Vervolgens wordt de subsidie toegekend op volgorde van rangschikking, zolang er budget beschikbaar is. Uit deze werkwijze volgt dat het uitsluitend relevant is dat een aanvraag op tijd is ingediend; de volgorde waarin de aanvragen zijn ingediend is niet relevant.

Evenals bij subsidies die op volgorde van binnenkomst worden verdeeld, spelen er bij subsidies die door middel van een tender worden verstrekt, geregeld vragen over hoe bestuursorganen moeten omgaan met onvolledige aanvragen of het verstrekken door de aanvrager van aanvullende gegevens. Daarnaast speelt de vraag of het bestuursorgaan na de indiening van de aanvraag contact mag hebben met de aanvrager over de aanvraag en bijvoorbeeld mag vragen om aanvullende gegevens

of verduidelijking. De meeste geschillen in tenders gaan echter over de inzichtelijkheid van de besluitvormingsprocedure en de juistheid van de uitkomsten daarvan. In de volgende paragrafen wordt de jurisprudentie over deze onderwerpen besproken.

6.2 Aanvullende informatie na de indieningstermijn

Het is vaste jurisprudentie van zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagstermijn zich niet verdraagt met het tendersysteem.³² Deze ‘spelregel’ zorgt ervoor dat geen van de aanvragers wordt bevoordeeld ten opzichte van andere aanvragers doordat er geen gelegenheid meer is tot beïnvloeding van de rangschikking na de sluitingsdatum. Het komt in de praktijk natuurlijk regelmatig voor dat aanvragers na afloop van de indieningstermijn op eigen initiatief extra informatie ter onderbouwing van hun aanvraag verstrekken. Voor zover deze informatie erop neerkomt dat de aanvrager zijn aanvraag wil wijzigen of aanvullen, verdraagt zich dit niet met de gelijktijdige beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die kenmerkend is voor het tendersysteem. Dit geldt uiteraard ook indien de extra informatie in bezwaar wordt overgelegd.³³

De regel dat er na afloop van de indieningstermijn geen nieuwe informatie mag worden verstrekt, is niet absoluut. In een zaak die leidde tot een uitspraak van het College van

31 CBB 18 november 2010, «JB» 2011/15 m.nt. M.J. Jacobs, AB 2011, 37 m.nt. Wolswinkel. Zie ook: Rb. Roermond 26 november 2010, LJN BO6049. In deze laatste zaak waren 10.000 aanvragen binnengekomen op de eerste dag, terwijl er hooguit voor 600 aanvragen budget beschikbaar was. Uit de bestreden besluiten werd niet duidelijk of de loting volgens de

geldende regels had plaatsgevonden.

32 ABRvS 20 december 2006, LJN AZ4815, ABRvS 15 juli 2009, LJN BJ2654, CBb 3 april 2001, LJN AB1115

33 Zie bijv. ABRvS 20 december 2006, LJN AZ4815, waarin in de aanvrager in bezwaar nieuwe informatie, in de vorm van een onderzoeksrapport, verstrekte.

Beroep voor het bedrijfsleven van 19 februari 2008³⁴ had appellante subsidie aangevraagd en gekregen voor een project op het gebied van afvalscheiding. Appellante was tegen het verleningsbesluit opgekomen omdat zij (veel) minder subsidie had gekregen dan zij had aangevraagd. Ter onderbouwing van haar standpunt dat zij voor meer subsidie in aanmerking kwam, betoogde zij in bezwaar dat de adviescommissie die had geadviseerd over alle ingediende aanvragen, was uitgegaan van een onjuiste opvatting over het rechtskarakter van de in het Landelijk afvalbeheerplan 2002-2012 gehanteerde term 'landelijke afvalscheidingsnorm'. De subsidieverstrekker verklaarde het bezwaar echter ongegrond en stelde dat deze informatie die appellante tijdens de bezwaarschriftprocedure had verstrekt, niet kon worden betrokken in de besluitvorming omdat het hier een tenderprocedure betrof waarbij alle aanvragers dezelfde kansen moesten krijgen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven ging hier niet in mee en oordeelde dat het hier niet ging om wijziging of aanvulling van de subsidieaanvraag, maar om 'een standpunt dat betrekking heeft op het rechtskader waarbinnen de subsidie wordt verstrekt'. Uit deze uitspraak kan dus worden afgeleid dat niet alle nieuwe informatie ongeoorloofd is. Als het gaat om informatie waaruit blijkt dat de beoordeling van de subsidieaanvraag juridisch onjuist was, moet deze informatie gewoon worden betrokken bij de besluitvorming over de beslissing op bezwaar.

6.3 Gelijke kansen

De in de vorige paragraaf beschreven strenge jurisprudentiële inhoudende dat informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagstermijn niet meer kan worden betrokken bij de besluitvorming over de rangschikking zodat

alle aanvragers gelijke kansen hebben, wordt door de bestuursrechter ook wel gebruikt bij binnen de termijn ingediende *onvolledige* aanvragen.³⁵ Dit staat echter op gespannen voet met de gedachte achter art. 4:5 Awb; een aanvrager moet de kans krijgen een onvolledige aanvraag aan te vullen. In dit artikel is immers voorgeschreven dat het bestuursorgaan pas kan besluiten tot buitenbehandelingstelling van een aanvraag als het de aanvrager eerst in de gelegenheid heeft gesteld de aanvraag aan te vullen. De bestuursrechter geeft er geen blijk van hier een probleem te zien.³⁶

Het uitgangspunt dat bij de rangschikking van subsidieaanvragen in een tender, informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagstermijn niet meer kan worden betrokken bij de besluitvorming over de rangschikking, onderschrijven wij. Daarom zouden wij ervoor willen pleiten dat dit ook in de Awb tot uitdrukking wordt gebracht. Op zichzelf zouden wij het niet bezwaarlijk vinden als een aanvrager in de gelegenheid wordt gesteld zijn aanvraag aan te vullen als de oorspronkelijke – tijdig ingediende – aanvraag niet voldoet aan bepaalde *procedurele of formele* vereisten voor het indienen daarvan. Als bijvoorbeeld de handtekening of de dagtekening op de aanvraag ontbreekt, zou de aanvrager wat ons betreft best in de gelegenheid kunnen worden gesteld om zijn aanvraag aan te vullen. Anders ligt het als de ongenoegzaamheid van de aanvraag is gelegen in *inhoudelijke aspecten* ervan. Die behoren na afloop van de indieningstermijn niet meer te mogen worden veranderd. De aanvrager is immers zelf verantwoordelijk voor de inhoud van de aanvraag. Hij moet er dus voor zorgen dat hij de juiste informatie die nodig is voor de inhoudelijke beoordeling tijdig en zo goed mogelijk aanlevert. Wij denken echter wel dat er bij tendersubsidies al snel aangenomen moet

34 CbB 19 februari 2008, LJN BC4630.

35 CbB 3 april 2001, LJN AB1115.

36 Zie bijv. ABRvS 15 juli 2009, LJN BJ2654.

worden dat het gebrek in de aanvraag ziet op een inhoudelijk aspect.

6.4 *Contact tussen bestuursorgaan en aanvrager*

Voorts zijn er de nodige geschillen geweest over de vraag of het bestuursorgaan na afloop van de indieningstermijn *contact* mag hebben c.q. van gedachten mag wisselen met de aanvragers in de tenderprocedure. Bestuursorganen plegen hier heel terughoudend mee te zijn; zij menen dat contact niet is toegestaan, omdat indieners dan niet allemaal gelijke kansen krijgen.

Voor zover het contact gericht zou zijn op inhoudelijke aspecten van de aanvraag, is dit een correct standpunt. Terughoudendheid is naar ons idee echter niet in alle gevallen nodig. Zoals ook blijkt uit jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is contact met de aanvrager aanvaardbaar als het een niet-inhoudelijk aspect van de aanvraag betreft. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in een zaak waarin het ging het om de vraag of de aanvrager een andere subsidieaanvraag wel wilde handhaven nu de subsidieregeling waarop de aanvraag die het bestuursorgaan moest beoordelen betrekking had, samenloop met een andere subsidieregeling niet toeliet.³⁷

6.5 *Inzichtelijkheid en uitkomsten van de procedure*

Inleiding

Als gezegd gaan de meeste geschillen bij de verdeling van subsidies door middel van een tenderprocedure over de inzichtelijkheid van de procedure en de juistheid van de uitkomsten daarvan.

Hierbij moeten twee soorten afwijzingen van

elkaar worden onderscheiden. Ten eerste de afwijzingen omdat de subsidieaanvraag niet voldoet aan de criteria om voor subsidieverlening in aanmerking te komen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de aanvrager niet aan bepaalde drempelvereisten (bijv. een bepaalde rechtsvorm, omvang, vestigingsplaats of minimale kwaliteitseis) voldoet³⁸ of als er sprake is van samenloop met een andere subsidie, terwijl de subsidieregeling dat niet toestaat.³⁹

Ten tweede de afwijzingen omdat de subsidieaanvraag in vergelijking met andere aanvragen niet goed genoeg is. In dat geval voldoet de aanvraag dus wel aan de criteria om in aanmerking te komen voor subsidie, maar is deze na vergelijking met andere aanvragers zodanig laag gerangschikt dat het subsidiebudget reeds is uitgeput voordat de aanvraag aan de beurt komt voor financiering. Bij dit tweede type afwijzingen spelen veel vragen over de motivering van het afwijzingsbesluit, de toegankelijkheid van op de zaak betrekking hebbende stukken en de rol van externe adviescommissies.

Is voldaan aan de drempelvereisten?

Appellanten voeren regelmatig aan dat hun subsidieaanvraag ten onrechte is afgewezen omdat deze ten tijde van de indiening, anders dan het bestuursorgaan heeft gesteld, wel voldeed aan de criteria om in aanmerking te kunnen komen voor subsidie. De bestuursrechter gaat in beroep na of dit inderdaad het geval was. In de al besproken zaak van de ongewenste samenloop van subsidies voerde appellante aan dat het materiële zorgvuldigheidsbeginsel met zich meebracht dat verweerder zich appellantes belangen had dienen aan te trekken. Verweerder was van meet af aan op de hoogte van het feit dat appellante ook op grond van een andere regeling subsidie had aangevraagd en had dan ook contact op moeten nemen

37 CBB 18 juli 2008, LJN BD8757.

38 Zie bijv. ABRvS 15 juli 2009, LJN BJ2654.

39 Bijv. CBB 18 juli 2008 (samenloop met andere subsidies), LJN BD8757.

met appellante om haar voor te houden welke consequenties het handhaven van beide aanvragen tegelijkertijd zou kunnen hebben en haar in de gelegenheid moeten stellen een (nader) standpunt te bepalen, zodat aanvrager ervoor had kunnen zorgen dat de aanvraag wel aan de drempelvoorwaarde zou voldoen.

Bij de beoordeling of aan de drempelvoorwaarden is voldaan moet worden gezien of het gaat om een formeel aspect, zoals het vereiste dat subsidie alleen wordt verleend indien de aanvrager een bepaalde rechtsvorm heeft, en voorwaarden die (meer) inhoudelijk van aard zijn. Een voorbeeld van dit laatste biedt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 juli 2009 waarin de afwijzing van een subsidieaanvraag van de Stichting Nomade in het kader van Deelregeling Vierjarige subsidies Podiumkunstinstituten 2009-2012 werd beoordeeld. Op grond van deze subsidieregeling moeten aanvragen in ieder geval bepaalde stukken bevatten (zoals een kopie van de oprichtingsakte of statuten); de formele vereisten. Maar daarnaast worden aanvragen beoordeeld op meer inhoudelijke (kwalitatieve) aspecten als: 'kwaliteit', 'bijdrage aan diversiteit/verscheidenheid' en 'bijdrage aan spreiding'. Het oordeel over het aspect 'kwaliteit' moet in ieder geval positief zijn, wil een aanvraag worden opgenomen in de onderlinge rangorde van concurrerende aanvragen op basis waarvan de beschikbare gelden worden verdeeld.⁴⁰ Hier komen drempelcriteria dicht in de buurt van rangschikkingscriteria. Juridisch gezien hebben zij echter een ander karakter. Als de kwaliteitsbeoordeling bij de drempelcriteria tot een negatief oordeel leidt, kan er geen subsidiëring plaatsvinden; binnen een prioriteringsoordeel leidt een negatieve beoordeling op dit punt tot

een lagere plaats in de rangschikking van de aanvragen. Ook over de prioriteringsoordelen wordt veelvuldig geprocedeerd, zo zal blijken in de volgende paragraaf.

Motivering en toegang tot op de zaak betrekking hebbende stukken

De afgelopen tijd zijn er veel vragen gerezen over de plicht tot het geven van een draagkrachtige motivering van afwijzingen na vergelijking van aanvragen en, in het verlengde daarvan, over de toegankelijkheid van de op de zaak betrekking hebbende stukken. Een aanvrager wiens aanvraag is afgewezen op de enkele grond dat concurrerende aanvragen beter waren, zal zich een oordeel willen kunnen vormen over de achtergronden van dit relatieve oordeel en de kwaliteit van die andere aanvragen. Andere gronden om tegen het afwijzingsbesluit op te komen zijn er immers meestal niet. Dit brengt mee dat de afgewezen aanvrager behoefte heeft aan een motivering die ingaat op de vraag waarom zijn aanvraag in verhouding tot de andere aanvragen als minder goed is beoordeeld.

In hoeverre het bestuursorgaan aan deze wens tegemoet dient te komen, is een vraag die nog niet helder en eenduidig is beantwoord in de jurisprudentie. In verschillende recente uitspraken stellen bestuursrechters dat uit de motivering van een afwijzingsbesluit helder dient te worden hoe de afgewezen aanvraag zich verhoudt tot de overige wel gehonoreerde aanvragen.⁴¹ Andere bestuursrechters lijken dit anders te zien. Zo overwoog het CBb in een uitspraak over de afwijzing van een aanvraag van subsidie voor de aanpak van urgente bedrijfslocaties: *'dat in een geval als het onderhavige, waarin op basis van een rangschikking subsidiegelden worden verdeeld, aan de aanvrager inzicht moet worden geboden in de gronden voor*

40 ABRvS 22 juli 2009, AB 2010, 138 m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade, zie ook ABRvS 10 februari 2010, LJN BL3336 (Sam's story) en van dezelfde datum LJN BL3339 ('Separation City').

41 Zie bijv. Rb. Arnhem 20 juli 2007, LJN BB1054, Rb. Arnhem 31 januari 2008, LJN BC3256 en Rb. Haarlem, 16 april 2009, LJN BI2367.

*de rangschikking van diens eigen project. (...) Anders dan appellante stelt, brengt het gebruikmaken van de methode van rangschikking niet met zich dat verweerder bij zijn motivering van de rangschikking van een project moet ingaan op de sterke en zwakke punten van andere projecten en de redenen voor toekenning van een rang in de uiteindelijke rangschikking.*⁴²

Wanneer in de motivering van één afwijzingsbesluit niet hoeft te worden ingegaan op de onderlinge verhoudingen tussen alle verschillende aanvragen, een regel die naar ons idee vooral vanuit praktisch oogpunt kan worden verklaard, is het van groot belang dat een afgewezen aanvrager op zijn minst *zelf* kan controleren of concurrerende aanvragen op goede gronden hoger zijn gewaardeerd. Daarvoor is inzage in concurrerende aanvragen en stukken over de besluitvorming en advisering in de tender noodzakelijk. Hoewel er goede redenen kunnen zijn om die inzage te beperken (bijvoorbeeld de concurrentiebelangen van de overige aanvragers), dient beperking van de toegang tot die stukken zoveel mogelijk te worden voorkomen. De bestuursrechter zal moeten voorkomen dat de rechtsbescherming bij relatieve afwijzingsbesluiten illusoir wordt omdat onduidelijk blijft op welke gronden het

afwijzingsbesluit is genomen. Dat kan naar ons oordeel alleen door uit te gaan van de plicht tot het overleggen van alle stukken die bij de besluitvorming een rol hebben gespeeld, tenzij er een gewichtige reden is om dat te weigeren zoals bedoeld in art. 8:29 van de Awb.⁴³ Juist vanwege het belang van de kans om een reële verdediging te kunnen voeren bij een relatief afwijzingsbesluit zal de bestuursrechter deze redenen in een tenderprocedure terughoudend moeten invullen.⁴⁴

Ook over de toegankelijkheid van de op de zaak betrekking hebbende stukken loopt de jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters nog uiteen.⁴⁵ In het verleden was de toegang voor verliezers in een verdeelprocedure tot stukken over ‘winnende’ aanvragen en andere voor de rangschikking relevante documenten zeer beperkt. In een uitspraak van 18 november 1998 overwoog het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat aanvragers in een tender erop mogen vertrouwen dat de door hen verstrekte gegevens geheim worden gehouden en met name niet ter beschikking zullen worden gesteld van hun concurrenten.⁴⁶ En in een uitspraak van 10 december 2008⁴⁷ was de Afdeling bestuursrechtspraak ook nog zeer terughoudend met haar invulling van het

42 CBB 18 juli 2008, LJN BD8756, zie ook Rb. Utrecht 25 september 2009, LJN BJ8852. De Rechtbank verzeleek de aan de orde zijnde zaak met de zaak die aan de orde was in Rb. Arnhem 31 januari 2008, LJN BC3256. Het verschil tussen beide zaken zou naar het oordeel van de Utrechtse rechtbank zijn gelegen in het feit dat in de Utrechtse zaak sprake was van waardering van de aanvraag door toekenning van punten aan de hand van absolute criteria, waaraan bepaalde scores zijn toegekend. Daarbij is geen vergelijking gemaakt met andere, concurrerende aanvragen. In de Arnhemse zaak ging het om een tendersysteem waarbij de subsidiabele aanvragen aan de hand van een subjectief criterium zijn geprioriteerd.

43 Zie in die zin ook Damen onder HR 25 april 2008,

AB 2009, 407 (KB-lux-affaire).

44 Vgl. J.M.J. van Rijn van Alkemade, ‘Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid’, in: F.J. van Ommen, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische uitgevers 2011 en J.C.A. de Poorter en Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2008, p. 86.

45 Vgl. Van Rijn van Alkemade 2011.

46 CBB 18 november 1998, AB 1999, 120 m.nt. JHvdV. Vgl. onlangs nog Rb. Utrecht 25 september 2009, LJN BJ8852.

47 ABRvS 10 december 2008, LJN BG6429 (Stichting Plan Nederland).

begrip op de zaak betrekking hebbende stukken in een tenderprocedure. Maar er is een tegenbeweging waarneembaar. De rechtbank Arnhem heeft recentelijk in een zaak over een vergelijkende toets voor de toekenning van onderzoekssubsidies expliciet gekozen voor een ruime uitleg van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. De rechtbank overwoog dat het om de rechtmatigheid van de vergelijkende rangschikking binnen een tender te kunnen beoordelen, op zijn minst nodig was om ‘enig inzicht (...) in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen’ te verkrijgen.⁴⁸ In een vervolgsaak overwoog de rechtbank weliswaar dat ‘gewichtige redenen’ in de weg stonden aan inzage in de onderzoeksvoorstellen van derden, maar kreeg de eiser wel toegang tot de daarbij behorende – weliswaar geanonimiseerde – referentenrapporten en weerwoorden.⁴⁹ In een uitspraak van 29 juli 2010⁵⁰ lijkt ook de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven te kiezen voor een ruimere toegang tot stukken van concurrenten. Het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ speelt in die uitspraak geen expliciete rol omdat er (nog) geen afwijzingsbesluit was genomen ten aanzien van de aanvraag van appellant. Die kon uit berichtgeving over toekenning van subsidie aan zijn concurrent echter wel afleiden dat zijn aanvraag zou worden afgewezen en kwam op die grond op tegen het toekenningsbesluit. De vraag of de aanvraag van de concurrent kon worden ingezien manifesteerde zich daardoor als de vraag of de (waarschijnlijk af te wijzen) aanvrager belanghebbende was bij de toewijzing van de subsidie aan zijn concurrent; iets wat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter wel het geval was ‘aangezien zij concurrenten zijn’. Vervolgens worden de uitzonderingsgronden voor de mogelijkheid

tot kennisneming van deze stukken beperkt ingevuld. Aan de stelling van de concurrent, die zich in de procedure als partij had gemeld, dat de minister van tevoren had toegezegd dat pas aan het einde van de gehele verdeelprocedure openbaarheid in de stukken zou worden geboden, wordt door de voorzieningenrechter zelfs geen enkele overweging gewijd. Het lijkt erop dat het belang dat afgewezen aanvragers hebben bij inzage in de stukken die binnen een tender een rol hebben gespeeld om de rechtmatigheid van de uitkomsten daarvan te kunnen beoordelen, door de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven nu zwaarder wordt gewogen dan het College van Beroep voor het bedrijfsleven voorheen deed.

Rol adviescommissies/concullega's

Het subsidieverstrekend bestuursorgaan laat zich vaak adviseren door externe deskundigen over de aanvragen in een tender. De precieze invulling van de adviesprocedure verschilt. Soms beoordeelt het bestuursorgaan zelf of aan de ‘drempelvereisten’ als ‘geschiktheid’ of ‘voldoende kwaliteit van de aanvraag’ is voldaan en worden de aanvragen die die horde hebben genomen doorgezonden naar deskundigen. Soms vindt een eerste selectie op ‘kansrijkheid’ plaats door een breed samengestelde adviescommissie, die vervolgens een door haar gemaakte selectie doorstuurt voor advies naar ‘echte’ experts. In weer andere gevallen beoordeelt een externe adviescommissie alle aanvragen, al dan niet na te zijn voorzien van beoordelingen van specialisten op het betreffende onderwerp. Soms beoordelen deskundigen slechts één aanvraag en draagt het bestuursorgaan zelf zorg voor een rangschikking op basis van hun adviezen en zo doen zich in de praktijk talloze variaties voor.

48 Rb. Arnhem 21 januari 2008, AB 2008, 46 m.nt. FC-MAM, «JB» 2008/51 m.nt. RJNS).

49 Rb. Arnhem 23 juni 2009, AB 2009, 307 m.nt. FC

MAM, «JB» 2009/190 m.nt. RJNS).

50 Vznr. CBb 29 juli 2010, AB 2010, 303 (BARD/Eneco) m.nt. Van Rijn van Alkemade.

Die variaties volgen niet steeds uit wettelijke voorschriften. Het komt regelmatig voor dat in de relevante subsidieregeling is bepaald dat de werkwijze van de adviescommissie door haarzelf moet worden vastgesteld.⁵¹ Aangezien de aangezochte deskundigen meestal niet zijn aangezocht vanwege hun kennis van het vormgeven van een transparante methode om de beschikbare subsidiepot te verdelen, brengt dit het risico met zich mee dat niet met alle juridisch relevante aspecten van het verdelen van de subsidiepot rekening wordt gehouden. Wij komen hier nog op terug. Daarnaast wordt er bij het verdelen van subsidiegelden vaak niet gewerkt met professionele adviseurs die daaraan een dagtaak hebben en een kostendekkend tarief rekenen, zoals op andere terreinen van het recht, zoals de ruimtelijke ordening en de sociale zekerheid, wel gebruikelijk is. Daar komt nog bij dat de expert bij subsidieaanvragen vaak ook nog een potentiële aanvrager van dezelfde of gelijksoortige subsidies en dus een concurrent (of: 'concullega') van de aanvrager is, die voor zijn advieswerkzaamheden geen of slechts een symbolische vergoeding ontvangt. Gelet op het feit dat hun invloed op de uitkomst van de tenderprocedure groot is, hoeft het dan ook niet te verbazen dat er in procedures tegen subsidiebesluiten geregeld wordt geklaagd dat de adviseur vooringenomen was.

Blijkens de jurisprudentie gelden de regels van art. 2:4 Awb onverkort voor adviseurs van bestuursorganen.⁵² Dat wil zeggen dat adviseurs hun taak zonder vooringenomenheid moeten vervullen (lid 1) en dat adviseurs die een per-

soonlijk belang hebben bij een besluit over een subsidieaanvraag de besluitvorming daarover niet mogen beïnvloeden (lid 2). In de meeste gevallen zijn klachten over vooringenomenheid terug te voeren op de betrokkenheid van een lid van de adviescommissie bij concurrerende aanvragen. Een duidelijk voorbeeld hiervan gaf de casus van de Theatercompagnie. Dit Amsterdamse toneelgezelschap ontving al jarenlang subsidie. In 2008 werd echter haar subsidieaanvraag voor de periode 2009-2012 afgewezen. Het afwijzingsbesluit was gebaseerd op een advies van de 'Commissie Theater', een adviescommissie van het fonds voor de Podiumkunsten. Een van de leden van deze commissie was zelf betrokken bij een concurrerende aanvraag van de theatergroep Likeminds. De subsidieaanvraag van Likeminds was wel gehonoreerd. Om die reden oordeelden de Amsterdamse bestuursrechter en, in hoger beroep, de Afdeling bestuursrechtspraak dat het afwijzingsbesluit in strijd met het verbod op vooringenomenheid was genomen; de schijn van belangenverstrengeling was gewekt.⁵³

Opvallend aan de uitspraak over de Theatercompagnie was de toetsing. Conform de tekst van art. 2:4, tweede lid, Awb toetst de Afdeling aan de hand van twee vragen: (1) is er sprake van beïnvloeding van de besluitvorming door (2) een adviseur met persoonlijk belang? De Afdeling blijkt de formulering 'de besluitvorming beïnvloeden' niet uit te leggen als 'invloed (kunnen) uitoefenen op de besluitvorming', maar meer in te vullen als 'de besluitvorming naar zijn hand (kunnen) zetten'. In dat kader

51 Zie bijv. art. 18 Kaderbesluit EZ-subsidies.

52 Gediscussieerd kan worden over de vraag of art. 2:4 Awb, tweede lid, rechtstreeks van toepassing is op adviescommissies, zoals uit de jurisprudentie lijkt te volgen (zie bijv. ABRvS 24 maart 2010, AB 2010, 137 m.nt. Den Ouden (Theatercompagnie)), of dat deze bepaling zich 'doet gevoelen' in adviesituaties via de band van art. 3:2 Awb (inzake de zorgvuldige

voorbereiding van besluiten) en art. 3:9 Awb (inzake de vergewisplicht die geldt indien een besluit berust op een advies), zoals De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008 (p. 36 e.v.) stellen, maar voor het resultaat maakt dat niet veel uit.

53 Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, LJN BK1302, *Gst.* 2009, m.nt. Neerhof, ABRvS 24 maart 2010, AB 2010, 137 m.nt. Den Ouden.

bestudeert zij bijvoorbeeld nauwgezet of in de gevolgde stemprocedure de stem van één lid van doorslaggevend belang kon zijn. Wij achten deze invulling van het begrip ‘de besluitvorming beïnvloeden’ minder gelukkig. Ten eerste geeft zij weinig handvatten; er zijn in de praktijk zeer veel manieren om adviseurs mee te laten werken aan een advies voor een bestuursorgaan dat subsidies verstrekt, het is lastig te voorspellen onder welke omstandigheden de Afdeling zal oordelen dat er een (doorslaggevende) invloed is of kan zijn geweest van een bepaalde adviseur. Ten tweede past deze invulling naar ons idee niet goed bij het streng klinkende criterium ‘de schijn van belangenverstrengeling vermijden’, waaraan de Afdeling onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van art. 2:4 Awb standaard toetst.⁵⁴

Over de vraag of er sprake is van ‘persoonlijk belang’ oordeelt de Afdeling in lijn met eerdere jurisprudentie dat een adviseur geacht wordt persoonlijk belang te hebben in de verdelingsprocedure wanneer hij betrokken is bij een concurrerende aanvraag en er onvoldoende geld beschikbaar is om alle aanvragen binnen de betreffende tenderprocedure te honoreren.⁵⁵ Uit de Theatercompagnie-uitspraak blijkt verder dat wanneer eenmaal is vastgesteld dat een adviseur persoonlijk belang heeft bij de besluitvorming binnen een tender, streng wordt getoetst of eventueel genomen compenserende maatregelen (zoals het zich verschonen door commissieleden bij de beoordeling en rangschikking van de projecten waar zij zelf bij betrokken zijn of het toevoegen van leden aan de adviescommissie zodat het percentage ‘betrokken adviseurs’ afneemt) voldoende zijn om de schijn van belangenverstrengeling weg te nemen. In de Theatercompagnie had de

adviseur zich verschoond bij de advisering over zijn eigen aanvraag, maar dat was volgens de Afdeling niet voldoende om de schijn van belangenverstrengeling bij de aanvraag van de Theatercompagnie weg te nemen.

De vooringenomenheid van de adviseur hangt niet altijd samen met betrokkenheid bij een andere subsidieaanvraag. In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2009 had de appellant heel in het algemeen aangevoerd dat één van de leden van de adviescommissie geen onbevooroordeelde houding had. De Afdeling bestuursrechtspraak stelde vast dat uit de stukken bleek dat zijn aanpak inderdaad ‘niet op alle onderdelen blijkt geeft van de zakelijke afstandelijkheid en de helderheid’ die van een adviseur mogen worden verwacht.⁵⁶

Voorts wordt er soms geklaagd over de deskundigheid, of beter: het gebrek aan deskundigheid, van de adviseur. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt van mening dat deskundigen op een breed terrein mogen adviseren. Bij het verdelen van onderzoekssubsidies op het gebied van de ‘geesteswetenschappen’ is aanvaard dat geen enkel lid van de adviescommissie werkzaam was in de musicologie, toen moest worden geoordeeld over de relatieve kwaliteit van een onderzoeksvoorstel op dat gebied. De commissie, die bestond uit adviseurs die ‘op grond van hun onderzoekservaring en brede blik op het geesteswetenschappelijk terrein’ waren geselecteerd, mocht in haar relatieve oordeel zelfs afwijken van de kwaliteitsoordelen die inhoudelijke experts (musicologen) hadden gegeven over het desbetreffende voorstel. De Afdeling beargumenteerde dit met een verwijzing naar de taak van de commissie, die moest prioriteren en dus de aanvragen ten opzichte

54 Klassiek op dit punt: ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 3 m.nt. Neerhof.

55 Vgl. ABRvS 16 maart 1997, AB 1998, 75 (Aorta b.v.), zie ook Rb. Amsterdam 26 augustus 2003,

LJN AJ6842, Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, LJN BK1302, *Gst.* 2009, 123 m.nt. Neerhof.

56 ABRvS 25 februari 2009, AB 2009, 222 m.nt. Den Ouden & Van Rijn van Alkemade.

van elkaar moest beoordelen, terwijl de inhoudelijke experts slechts over één aanvraag advies uitbrengen aan de commissie en van de andere aanvragen niet op de hoogte waren.⁵⁷

7. Toedeling van subsidie zonder vooraf bekendgemaakte verdeel-procedure⁵⁸

De hiervoor besproken subsidieverdeelsystemen worden gebruikt als meerdere aanvragers in aanmerking kunnen komen voor een deel van het beschikbare subsidiebudget. Er worden echter ook veel subsidies verstrekt aan aanvragers zonder dat er andere aanvragers (kunnen) zijn met wie moet worden geconcurrereerd. Dit is het geval bij begrotingssubsidies en bij de zogenoemde incidentele subsidies (art. 4:23, derde lid, onder c en d), maar soms ook bij subsidies waarvoor wel een wettelijke grondslag bestaat. Bij een begrotingssubsidie worden de subsidieontvanger en het -bedrag opgenomen in de begroting van de subsidiegever. In de praktijk gebeurt dit voor zover wij kunnen overzien vrijwel altijd zonder dat wordt bezien of er andere partijen zijn die eventueel ook geïnteresseerd zouden kunnen zijn in het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten. Bij incidentele subsidies wordt evenmin gekeken of er anderen zijn die de gesubsidieerde activiteiten zouden willen uitvoeren. De Awb-bepalingen over het subsidieplafond hebben naar hun aard geen betrekking op deze wijzen van verdeling of toe-

deling van subsidiegelden. Daarnaast komt het voor dat er weliswaar een regeling voorhanden is op grond waarvan subsidie kan worden aangevraagd of verstrekt, maar dat het bestuursorgaan welbewust als beleid voert dat er maar één of enkele subsidieontvangers zijn.

Over deze wijzen van toedeling van subsidies lijkt steeds meer discussie te ontstaan. De vraag wordt steeds vaker gesteld, met name bij de bestuursrechter, of het eigenlijk wel terecht is dat het bestuursorgaan ervan heeft afgezien om te bekijken of er andere gegadigden waren voor de subsidie. Deze vraag speelt overigens niet exclusief op het terrein van subsidies. Er bestaat een toenemende belangstelling voor verdelingsvraagstukken in het bestuursrecht. Dit geldt niet alleen voor subsidies, maar meer in het algemeen voor zogenoemde 'schaarse publieke rechten'. Een schaars publiek recht is een publiek recht waarvoor meer vraag bestaat dan er rechten te verdelen zijn (denk bijvoorbeeld aan vergunningen voor radiofrequenties, tankstations langs snelwegen en de vergunning om kansspelen te mogen exploiteren). Ontwikkelingen in de Europese rechtspraak en met name het mededingingsrecht, hebben ertoe geleid dat bij de verdeling van schaarse rechten zorgvuldig, objectief en transparant te werk moet worden gegaan: potentiële gegadigden moeten gelijke kansen hebben.⁵⁹ Van Ommeren heeft op basis van een analyse van Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie over verdeling

57 ABRvS 15 maart 2006, LJN AV5088.

58 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat er ook bij de subsidies die in deze paragraaf worden besproken desgewenst een subsidieplafond kan worden ingesteld. Dit gebeurt dan in een beleidsregel. In de praktijk komt het niet vaak voor dat er voor dit type subsidies een plafond wordt ingesteld. Meestal is er nl. voldoende beleidsvrijheid om de aanvraag af te wijzen als er geen of te weinig geld beschikbaar is (zie PGAWb III, p. 208).

59 A. Drahman, 'Streven naar een transparante (her)

verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 269 e.v., A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadvies Jonge VAR 2010, Den Haag 2010, p. 143 e.v. en A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 589 e.v.

van in hoofdzaak schaarse vergunningen (kansspelvergunningen, ontheffingen van het verbod voor winkels om op zon- en feestdagen open te zijn en vergunningen voor frequentieruimte) gesteld dat er inmiddels van een rechtsnorm kan worden gesproken die voorschrijft dat bij de verdeling van (bepaalde) schaarse publieke rechten sprake moet zijn van een vorm van mededinging. Als specifieke wettelijke voorschriften over de verdeling ontbreken, mag deze mededinging wat hem betreft tamelijk licht zijn. Voldoende is dat er enige ruimte wordt geschapen voor potentiële gegadigden om mee te dingen naar het schaarse recht. Daartoe moeten bestuursorganen hen in ieder geval op de hoogte stellen van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht en van de procedure om voor dat recht in aanmerking te kunnen komen. Voorts is van belang dat indien het schaarse recht is toegekend voor bepaalde tijd, dit recht na ommekomst van deze periode niet automatisch weer aan de zittende vergunninghouder wordt toegekend. Derden – vaak nieuwkomers – moeten immers ook kunnen meedingen naar het schaarse publieke recht.⁶⁰

Bij subsidies die worden verstrekt op grond van een wettelijke regeling, waarbij bovendien een subsidieplafond is vastgesteld, is schaarste gecreëerd en vindt de door Van Ommeren beschreven vorm van ‘mededinging’ steeds plaats; potentiële gegadigden kunnen meedingen naar een bijdrage uit het beschikbare subsidiebudget doordat het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat er een subsidieregeling is en hoeveel geld er beschikbaar is.

Bij begrotingssubsidies en incidentele subsidies echter, is van ‘mededinging’ vaak in het geheel geen sprake. Deze subsidies mogen als gezegd, op grond van art. 4:23, derde lid onder c, Awb, zonder wettelijke grondslag worden verstrekt. In de memorie van toelichting is gesteld dat

de eis van een wettelijke grondslag ‘een relatief zware last voor de bevoegde wetgever zou betekenen, terwijl anderzijds de noodzaak daartoe in mindere mate aanwezig is indien de begroting de ontvanger vermeldt. De vermelding in de begroting maakt immers publieke controle op de subsidieverstreking mogelijk.’⁶¹ Met betrekking tot incidentele subsidies redeneerde de wetgever dat het daarbij ging om subsidies met een beperkt aantal ontvangers voor min of meer eenmalige activiteiten. Omdat de subsidie voor ten hoogste vier jaren mag worden verstrekt (zie art. 4:23, derde lid, onder d) zou ook hier de eis van een wettelijke grondslag disproportioneel zijn. Om controlemogelijkheden te waarborgen is voor incidentele subsidies vastgelegd dat een bestuursorgaan jaarlijks een openbaar verslag moet publiceren over de verstreking van buitenwettelijke subsidies (art. 4:23, vierde lid, Awb).⁶²

Vanuit het perspectief van democratische controle van de publieke uitgaven zijn de onderbouwingen voor deze keuzen begrijpelijk. Toch menen wij dat deze onderbouwing in ieder geval voor begrotingssubsidies geen recht doet aan de eisen die tegenwoordig behoren te worden gesteld aan een verdeelsysteem voor schaarse publieke rechten, waaronder subsidies. Nu zou men daartegen in kunnen brengen dat niet zeker is dat er bij begrotingssubsidies sprake is van een schaars publiek recht; daarvoor is immers een plafond noodzakelijk en dat is in deze gevallen nu juist niet (via wettelijke voorschriften) vastgesteld. Dat lijkt ons echter een onjuiste benadering. Juist omdat er geen wettelijke regeling is die bekend wordt gemaakt zodat potentiële gegadigden kunnen reageren, blijft onduidelijk of er schaarste is en hoe groot die is. Maar dat er in veel gevallen meer vraag dan aanbod zou zijn als de vraag

60 F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingsruimte?’ in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel

2011, p. 237 e.v..

61 PG Awb III, p. 201.

62 PG Awb III, p. 202.

zou worden geïnventariseerd lijkt ons evident, gezien de ervaringen met regelingen die wel worden gepubliceerd. Bij begrotingssubsidies gaat het vaak om instellingen en activiteiten die jarenlang en met grote sommen worden gesubsidieerd.⁶³ Niet valt in te zien waarom in die structurele gevallen de genoemde plicht tot het creëren van mededingingsruimte niet zou gelden. Dat het maken van een wettelijke grondslag als een te zwaar middel wordt gezien vanwege het beperkte aantal ontvangers, staat hier wat ons betreft los van. Bovendien zien wij dat in de praktijk steeds vaker een wettelijke regeling wordt gemaakt om dit soort financiële relaties goed te regelen.⁶⁴ Daarbij moet er naar onze mening voor worden gezorgd dat de wettelijke regeling niet zo wordt vormgegeven dat feitelijk alleen de oude, vertrouwde partner aan de criteria om voor subsidie in aanmerking te komen voldoet, bijvoorbeeld door zeer specifieke ervaringseisen of een extreem korte periode waarbinnen (ingewikkelde) subsidieaanvragen kunnen worden ingediend.⁶⁵ Alsdan blijft de toegang tot de schaarse subsidiemiddelen voor nieuwkomers immers nog steeds gesloten. Bovendien rijst dan de vraag of er eigenlijk wel sprake is van subsidie en bijvoorbeeld niet veeleer van een vergoeding voor aan de overheid geleverde diensten.

Bij incidentele subsidies ligt het wat ons betreft anders. Incidentele subsidies worden verstrekt voor activiteiten die niet onder bestaande regelingen kunnen worden gebracht. Het gaat om gevallen waarin het bestuursorgaan vindt dat een aanvrager een goed idee heeft dat, ondanks het ontbreken van een subsidieregeling of beleid, het subsidiëren waard is.⁶⁶ Aankondigen dat er geld beschikbaar is voor dat soort onvoorziene gevallen en aanvragen lijkt niet erg zinvol; meer dan de mededeling dat er voor goede ideeën wellicht subsidiegeld beschikbaar is zal dat niet opleveren. Op grond van het beperkte karakter ervan in aantallen ontvangers en de beperkte duur van de subsidiërelaties die zo ontstaan, zou men kunnen betogen dat de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte in deze gevallen niet geldt.

Ook in de jurisprudentie zijn inmiddels tekenen zichtbaar dat ontvangers die graag in aanmerking zouden komen voor subsidie, geen genoegen meer nemen met de afwijzing van hun aanvraag omdat er al subsidie is 'toebedeeld' aan een 'concurrent' en er geen geld beschikbaar is voor anderen.⁶⁷ Interessant in dit verband is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 20 oktober 2010 over de afwijzing van een subsidieaanvraag van de

63 Zie voor enkele vrij willekeurige voorbeelden ter illustratie: ABRvS 18 juni 2008 (Stichting Koppeling), AB 2008, 235 m.nt. T. Barkhuysen & W. den Ouden, «JB» 2008/177, waarin meer nadelen van begrotings-subsidies naar voren komen, zoals rechtsonzekerheid over onder meer bevoegde rechter en toepasselijk wettelijk kader. Zie ook ABRvS 2 augustus 2006, LJN AY5470 (subsiëring busvervoer o.g.v. begrotingspost sinds 1979) en ABRvS 10 mei 2006, LJN AX0754 (ruim 35 miljoen euro per jaar beschikbaar voor bestuurlijke krachtenbundeling primair onderwijs o.g.v. begroting).

64 Zie bijv. Subsidieregeling Huis voor democratie en rechtstaat (*Stcrt.* 2010, nr. 13842). Deze ministeriële

regeling bevat voor de kalenderjaren 2011 t/m 2014 de exacte subsidiebedragen (in totaal bijna 20 miljoen euro) die de Stichting Huis voor democratie en rechtstaat zal ontvangen.

65 Dit was bijvoorbeeld het geval in de Regeling bevordering kennisfunctie hogescholen (*Stcrt.* 2010, 3032).

66 Vgl. ABRvS 17 september 2003 (zwembad De Luttenberg), AB 2004, 195 m.nt. NV (als geen sprake is van beleid of een vaste bestuurspraktijk kan een incidentele subsidie worden aangevraagd) en ABRvS 9 april 2008, LJN BC9067 (bij een vaste bestuurspraktijk kan geen sprake zijn van een incidentele subsidie).

67 Vgl. bijv. ABRvS 12 maart 2008, LJN BC6447 en LJN BC6448 (subsiëring orkesten).

Amsterdamse Stichting Coach4Kids.⁶⁸ Deze stichting heeft als doel om kinderen van zes tot en met zestien jaar op een laagdrempelige wijze kennis te laten maken met theatervakken zoals zingen, dansen en acteren/presenteren. Zij had subsidie aangevraagd in de gemeente Haarlemmermeer omdat zij haar activiteiten naar deze gemeente wilde uitbreiden. Het college van B&W van de gemeente Haarlemmermeer wees de aanvraag echter af omdat deze niet paste binnen het gemeentelijk subsidiebeleidskader dat kort gezegd inhield dat een integraal cultuuraanbod wenselijk is en dat versnippering van subsidiegelden moet worden voorkomen. In de cultuurnota was Pier K aangewezen als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming en het gevolg daarvan was dat er voor andere aanvragers geen subsidiegeld meer beschikbaar was, tenzij er sprake was van een lacune op het gebied van kunsteducatie. Hoe Pier K was geselecteerd voor deze klus en in welke vorm de aan deze organisatie toegekende subsidie was gegoten, wordt uit de uitspraak niet duidelijk. Coach4Kids stelde dat de status van Pier K als kernvoorziening niet als grond kon dienen voor de afwijzing van subsidieaanvragen van derden omdat die aanwijzing onrechtmatig zou zijn. Zij beriep zich daarbij op aanbestedingsregeling; kennelijk was Coach4Kids van mening dat de selectie van Pier K niet op een voor haar (of andere belangstellenden) toegankelijke en inzichtelijke wijze had plaatsgevonden. De Afdeling bestuursrechtspraak wees dit beroep af omdat het hier geen overheidsopdracht zou betreffen. In de uitspraak wordt niet ingegaan op de vraag of het zonder mogelijkheid van mededinging aanwijzen van een organisatie als ‘kernvoorziening’, waardoor concurrenten feitelijk worden uitgesloten van subsidiëring, in strijd komt met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar heel vergezocht lijkt

die stelling ons niet.

Een logische vervolgvraag is nu wat er dan wél moet gebeuren in gevallen als bovenstaande casus. Naar onze mening is er niets mis mee als een bestuursorgaan het wenselijk vindt dat er maar één subsidieontvanger voor bepaalde activiteiten wordt geselecteerd. Voorwaarde is echter wel dat de procedure zodanig wordt ingericht dat potentiële gegadigden op de hoogte zijn van het feit dat er subsidie wordt verdeeld. Verder moet de subsidie voor een beperkte periode worden verstrekt, zodat er ook eens een andere partij voor in aanmerking kan komen. Als het zó wenselijk wordt gevonden dat een bepaalde partij de activiteiten waarvoor het budget beschikbaar is, verricht, moet men zich serieus gaan afvragen of er niet veeleer sprake is van een overheidsopdracht (waarop wellicht het aanbestedingsrecht van toepassing is).

8. Suggesties voor subsidieregelingen

In de paragrafen over het subsidieplafond is een aantal malen aangegeven dat het aanbeveling verdient om aan bepaalde zaken te denken of om bepaalde zaken te regelen indien wordt gekozen voor verdeling van het subsidiebudget op volgorde van binnenkomst van de aanvragen of door middel van een tender. In deze paragraaf worden de aanbevelingen op een rij gezet en vertaald in concrete wettelijke bepalingen. Naar onze mening zou het praktisch zijn om enkele in de jurisprudentie uitgekristalliseerde onderwerpen in de Awb op te nemen, zodat het niet meer nodig is om deze bepalingen steeds weer in bijzondere subsidieregelingen op te nemen. Dat is immers een belangrijke doelstelling van het algemeen bestuursrecht. Wij stellen daarom voor om afdeling 4.2.2 van de Awb uit te breiden. Art. 4:26 over de vaststelling en bekendmaking van het verdeelsysteem zou

68 ABRvS 20 oktober 2010, «JB» 2011/3 m.nt. M.J. Jacobs.

moeten worden aangepast en na art. 4:26 zouden enkele nieuwe artikelen kunnen worden ingevoegd. Het Kaderbesluit EZ-subsidies en het Besluit stimulering duurzame energieproductie vormden de inspiratiebronnen voor de hierna volgende conceptartikelen.

Art. 4:26 Awb (Verdeling subsidiebudget)

1. Bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald of het subsidieplafond wordt verdeeld:
 - a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen,
 - b. op volgorde van een kwalitatieve rangschikking van de aanvragen,
 - c. door evenredige verdeling van het subsidieplafond over de ingediende aanvragen, of
 - d. door verdeling op een andere geschikte wijze, die in het wettelijke voorschrift is uitgewerkt.
2. Bij de bekendmaking van het subsidieplafond wordt de wijze van verdeling vermeld.

Art. 4:26a (Verdeling op volgorde van binnenkomst)

1. Indien de subsidie wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst van aanvragen, verdeelt het bestuursorgaan het beschikbare bedrag in de volgorde van ontvangst van de aanvragen, met dien verstande dat indien een aanvrager niet heeft voldaan aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de subsidieaanvraag en met toepassing van art. 4:5 gelegenheid heeft gehad de aanvraag aan te vullen, de dag waarop de aanvraag voldoet aan de wettelijke voorschriften geldt als datum van ontvangst.
2. Indien het bestuursorgaan op de dag dat het subsidieplafond van een subsidie die wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst wordt bereikt, meer dan één aanvraag ontvangt, stelt hij de onderlinge rangschikking van die aanvragen vast door middel van

loting, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Art. 4:26b (Verdeling op volgorde van rangschikking)

1. Indien de subsidie wordt verdeeld op volgorde van een kwalitatieve rangschikking van de aanvragen, worden bij of krachtens wettelijk voorschrift rangschikkingscriteria vastgesteld. Indien meerdere rangschikkingscriteria worden vastgesteld, wordt tevens de onderlinge weging daarvan vastgesteld.
2. In afwijking van art. 4:5, eerste lid, onder c kan het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling en rangschikking van de aanvraag of de voorbereiding van de beschikking.
3. Indien het bestuursorgaan door een adviescommissie wordt geadviseerd over de volgorde van rangschikking, wordt de werkwijze van de adviescommissie bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgelegd.
4. In de adviescommissie worden geen leden benoemd met een persoonlijk belang bij de verdeelprocedure.

9. Slot

In deze bijdrage hebben wij in kaart gebracht welke juridische problemen op dit moment spelen bij de verdeling van subsidiegelden. Oplossingen van die problemen vragen inzet van verschillende partijen, voor een deel van de bijzondere subsidiewetgever. Door het opnemen van een duidelijk verdeelsysteem in de wettelijke regeling waarop subsidieverstrekking is gebaseerd kan veel onduidelijkheid worden voorkomen. Ook verdelende bestuursorganen hebben een taak; zij moeten verdeelsystemen correct uitvoeren, zo nodig de juiste adviseurs aantrekken en verdeelbesluiten (m.n. afwijzingsbesluiten) draagkrachtig motiveren.

Incidentele subsidies moeten echt alleen in uitzonderingssituaties worden verstrekt en bij begrotingssubsidies moet men zich steeds afvragen of nieuwkomers wel voldoende kansen worden geboden. De bestuursrechter kan een steentje bijdragen door de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure te controleren en afgewezen partijen zoveel mogelijk toegang te bieden tot voor de besluitvorming relevante stukken. Anders wordt de rechtsbescherming tegen verdeelbesluiten al snel illusoir.

Als slotstuk kan worden nagedacht over aanvulling van de subsidietitel van de Awb. Deze titel is al weer 13 jaar geleden in werking getreden. Sindsdien is het subsidierecht enorm geëmancipeerd. De rechtspraktijk heeft zich naar de algemene bepalingen gericht en vraagstukken

die daarmee samenhangen raken enigszins uitgekristalliseerd. Dit geldt ook voor de bepalingen van afdeling 4.2.2 inzake het subsidieplafond. Uit bijzondere subsidiebepalingen en subsidiejurisprudentie kan worden afgeleid dat er behoefte is aan aanvullende bepalingen. Ook de ontwikkelingen in het mededingingsrecht geven aanleiding tot een verdere doordenking van verdeling van subsidiegelden.

Subsidies zijn schaars en dat wordt in de komende tijd alleen maar erger. Waar schaarse publieke rechten worden verdeeld, moeten altijd aanvragers worden teleurgesteld. Dat maakt een zorgvuldige besluitvorming des te belangrijker, zodat teleurgestelde aanvragers erop mogen vertrouwen dat er eerlijk is verdeeld.