



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Ontwikkelingen in het subsidierecht in 2018: Een overzicht van de jurisprudentie van de ABRvS en het CBb**

Vermeiden, I.W.; Drahmman, A.

### **Citation**

Vermeiden, I. W., & Drahmman, A. (2019). Ontwikkelingen in het subsidierecht in 2018: Een overzicht van de jurisprudentie van de ABRvS en het CBb. *De Gemeentestem*, 2019(7496), 761-769. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/83341>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/83341>

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

# Ontwikkelingen in het subsidierecht in 2018

## Een overzicht van de jurisprudentie van de ABRvS en het CBb

Gst. 2019/151

### 1. Inleiding

In dit overzicht wordt de belangrijkste jurisprudentie over het subsidierecht van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of Afdeling) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb of College) in 2018 weergegeven. Niet alleen worden de opvallendste uitspraken inhoudelijk beschreven, ook is een cijfermatige analyse gemaakt van de uitspraken die de ABRvS en het CBb in 2018 hebben gedaan op het gebied van het subsidierecht. Dit overzicht is als volgt opgebouwd. Allereerst bevat paragraaf 2 een aantal cijfers over de geanalyseerde uitspraken. Vervolgens wordt in paragraaf 3 een tiental opvallende uitspraken over het subsidierecht in 2018 uitgelicht en samengevat. In paragraaf 4 wordt aandacht besteed aan een aantal uitspraken waar formele aspecten een rol speelden, zoals het belanghebbendebegrip. In paragraaf 5 zal dieper worden ingegaan op een aantal uitspraken waarin algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol speelden. Vervolgens wordt in paragraaf 6 het beeld van het subsidierecht in 2018 compleet gemaakt door aandacht te besteden aan finale geschilbeslechting.

### 2. Opvallende cijfers uit 2018

#### 2.1 Methodologie

Voor het schrijven van dit overzicht zijn de belangrijkste uitspraken die in 2018 werden gedaan op het gebied van het subsidierecht doorgenomen, gecategoriseerd en geanalyseerd. Met dit doel is eerst een zoekopdracht gedaan via Legal Intelligence met als zoekterm 'subsidie' in het jaar 2018.<sup>2</sup> Wij hebben alleen uitspraken opgenomen van de hoogste Nederlandse rechtscolleges op het gebied van het bestuursrecht: de ABRvS, het CBb en – beperkt – de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB of de Centrale Raad) betrokken. Deze eerste zoekopdracht leverde 513 resultaten op, waaronder 82 geannoteerde uitspraken en 431 niet-geannoteerde uitspraken. Onder deze uitspraken waren 158 uitspraken van de ABRvS (waarvan 32 geannoteerd), 165 uitspraken van het CBb (waarvan 11 geannoteerd) en 120 uitspraken van de CRvB (waarvan 19 geannoteerd). Vervolgens zijn alle gevonden uitspraken doorgenomen om te bepalen of de uitspraak daadwerkelijk over het subsidierecht ging. Uitspraken waarin slechts het woord 'subsidie' voorkwam, maar die verder niet specifiek zagen op een

subsidieaanvraag zijn op deze manier uitgesloten van de analyse.<sup>3</sup> Op deze manier zijn bijvoorbeeld uitspraken over omgevingsvergunningen uit de resultaten gefilterd. Ook uitspraken van de CRvB die zien op het persoonsgebonden budget (pgb) zijn in dit overzicht buiten beschouwing gelaten. Hoewel pgb's kwalificeren als subsidie, zouden deze verstrekkingen naar hun aard volgens ons beter passen in een artikel over de ontwikkelingen in het sociaal domein dan in dit artikel. Sterker nog, in Gemeentestem is in 2019 ook al een kroniek van het gemeentelijk sociaal domein gepubliceerd.<sup>4</sup>

De in dit overzicht betrokken uitspraken zien dus op appellanten die in (hoger) beroep gaan tegen een besluit over de verlening of vaststelling van een subsidie of op bestuursorganen die in hoger beroep gaan tegen een uitspraak van de rechtbank. Uiteindelijk zijn in totaal 121 relevante uitspraken opgenomen in de analyse. Van deze uitspraken is een aantal kenmerken op een rijtje gezet, waaronder wie de appellant was, of het om verlening of vaststelling van de subsidie ging en of het beroep gegrond of ongegrond werd verklaard.

#### 2.2 Cijfers

##### *CBb deed de meeste subsidieuitspraken*

Van de 121 uitspraken waren er 79 uitspraken van CBb, 36 uitspraken van de ABRvS en 6 uitspraken van de CRvB. 65% van de uitspraken is dus gedaan door het CBb. Bij het CBb werden 69 van de 79 uitspraken gedaan door een meervoudige kamer en tien uitspraken door een enkelvoudige kamer. Dat het CBb de meeste subsidie-uitspraken heeft gedaan kan worden verklaard doordat het CBb bevoegd is om in eerste en enige aanleg uitspraak te doen in geschillen over de Kaderwet EZ-subsidies.

##### *Slagingskans?*

In 2018 zijn meer beroepen ongegrond dan gegrond verklaard. Toch kan zeker niet worden gesteld dat het instellen van (hoger) beroep zinloos is. Van de in totaal 121 uitspraken werd het beroep in 36 gevallen gegrond verklaard. Dit is zo'n 30% van de gevallen. Het CBb verklaarde 21 van de 79 beroepen gegrond (ongeveer 27% van de beroepen), de ABRvS 11 van de 36 beroepen (ongeveer 30%) en de CRvB verklaarde vier van de zes beroepen gegrond.

1 Iris Vermeiden is student Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Dit overzichtsartikel is het resultaat van een onderzoeksproject in het kader van Honours College Law.  
2 Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat alle uitspraken die op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd, zijn opgenomen in Legal Intelligence.

3 Voor dit overzicht is de definitie van subsidie gehanteerd zoals die in artikel 4:21 van de Awb is opgenomen, oftewel: 'Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'.  
4 C.W.C.A. Bruggeman, R. Stijnen & J.C. de Wit, 'Kroniek van het gemeentelijk sociaal domein (deel 2)', *Gst.* 2019/12.

*Wie is appellant?*

In bijna alle gevallen was de aanvrager van de subsidie degene die in (hoger) beroep ging. In bijna 90% van alle geanalyseerde uitspraken werd het (hoger) beroep ingesteld door de aanvrager (107 keer) of meerdere aanvragers samen (vier keer) van de subsidie. In de overige gevallen werd in beroep gegaan door de verstrekker van de subsidie (zes keer) of door een derde (één keer). Niet iedereen kreeg echter toegang tot de bestuursrechter: in totaal werden zes beroepen niet-ontvankelijk verklaard. Ook verklaarden de rechtscolleges zich drie keer onbevoegd om uitspraak te doen.

*Europeanisering van het subsidierecht*

In 2018 is twee keer een prejudiciële beslissing aangevraagd bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>5</sup> Daarnaast is in ongeveer een kwart van de geanalyseerde uitspraken de juridische grondslag voor de subsidieverlening gelegen in een Europese verordening.

Naast het Unierecht, kwam een enkele keer ook het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) aan de orde. Dit betrof dan echter niet een materiële beroepsgrond, maar zag op de vraag of sprake was van een overschrijding van de redelijke termijn. In zeven van deze gevallen vond de rechter inderdaad dat de redelijke termijn was overschreden. In vijf van deze zeven gevallen werd ook een schadevergoeding toegewezen ter compensatie van deze termijnoverschrijding. In drie van de zeven gevallen was de termijnoverschrijding toe te rekenen aan het bestuursorgaan vanwege de duur van de bezwaarfase, in de overige gevallen was de termijnoverschrijding toe te rekenen aan het Cbb.<sup>6</sup>

*Subsidieverlening of -vaststelling?*

Ten slotte is vaker in beroep gegaan tegen besluiten over de vaststelling van een subsidie dan tegen besluiten over de verlening van een subsidie. In totaal zagen 84 van de 121 beroepen op een besluit over vaststelling (zo'n 70%), terwijl slechts 37 beroepen zich richtten tegen een besluit over subsidieverlening (zo'n 30%). Wij kunnen ons voorstellen dat de procedeerbereidheid bij het lager of op nihil vaststellen van een subsidie groot is. Dit zou een mogelijke verklaring kunnen zijn voor de constatering dat er bij de hoogste bestuursrechters meer is geprocedeerd tegen subsidievestigingen dan -verleningen.

5 Cbb 5 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:260 en Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:662.

6 In de volgende zaken werd de redelijke termijn overschreden: ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3812 (schadevergoeding toegewezen), Cbb 6 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:151 (schadevergoeding toegewezen), Cbb 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:196 (schadevergoeding toegewezen), Cbb 5 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:262 (schadevergoeding toegewezen), Cbb 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:548 (termijn wel overschreden, maar geen schadevergoeding toegewezen), Cbb 16 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:538 (termijn wel overschreden, maar geen schadevergoeding toegewezen), Cbb 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:547 (schadevergoeding toegewezen).

**3. Opvallendste uitspraken in 2018**

In deze paragraaf zullen wij een aantal uitspraken uit 2018 uitlichten. Dit zijn uitspraken die interessant zijn voor de algemene ontwikkeling van het subsidierecht, bijvoorbeeld omdat zij een nadere uitleg geven aan een bepaling uit de subsidietitel uit de Awb of – zoals de eerste uitspraak – een 'nieuw' beginsel van behoorlijk bestuur toepassen.

*Gelijke kansen bij de verdeling van schaarse subsidies*

De belangrijkste uitspraak uit 2018 is wat ons betreft de Geobox-uitspraak van 11 juli 2018.<sup>7</sup> Geobox, de appellant in deze zaak, kwam op tegen de afwijzing van de door het bedrijf aangevraagde subsidie voor MKB innovatiestimulering topsectoren Zuid-Nederland 2015. Als reden voor deze afwijzing werd gegeven dat het subsidieplafond was bereikt. Geobox betoogde geen eerlijke kans te hebben gehad om mee te dingen naar de subsidie, omdat haar subsidieaanvraag vanwege een gecrasht ICT-systeem en de daarna georganiseerde loting (die met terugwerkende kracht mogelijk was gemaakt door de subsidieregeling aan te passen) op een te lage plek in de ranglijst terecht was gekomen.

De Afdeling oordeelt in deze uitspraak voor het eerst in algemene zin dat in het subsidierecht het beginsel geldt dat alle gegadigden voor een schaarse subsidie de kans dienen te krijgen om eerlijk mee te dingen naar deze subsidie (gelijkheidsbeginsel). Daarbij verwijst de Afdeling naar de *Vlaardingen*-uitspraak over schaarse vergunningen.<sup>8</sup>

De uitspraak is van groot belang voor de praktijk omdat hiermee vaststaat dat het beginsel van gelijke kansen niet alleen geldt bij schaarse vergunningen, maar ook bij schaarse subsidies. Van den Brink en Drahmman werpen in hun annotaties bij deze uitspraak nieuwe vervolgvragen op. Wij noemen er hier drie. Is het telkens opnieuw verlenen van subsidies – waardoor een activiteit feitelijk voor onbepaalde tijd wordt gesubsidieerd wel in overeenstemming met dit beginsel? Is het mogelijk een subsidiebesluit (wezenlijk) te wijzigen? En geldt het beginsel van gelijke kansen ook bij de verlening van begrotingssubsidies en incidentele subsidies?<sup>9</sup> Deze vragen zullen ongetwijfeld de komende tijd worden beantwoord.<sup>10</sup>

*Geen schatting van het subsidieplafond*

De tweede vermeldenswaardige uitspraak gaat over een scholingsvoucher op grond van de Tijdelijke regeling subsidie scholing richting een kansberoep.<sup>11</sup> Het UWV had de subsidieaanvraag afgewezen op basis van de verwachting dat het budget van de subsidieregeling ontoereikend zou zijn en het subsidieplafond dus overschreden zou worden

7 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, met twee noten van J.E. van den Brink en A. Drahmman.

8 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, Gst. 2017/55 en 57, m.nt. A. Drahmman.

9 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, Gst. 2017/55 en 57, m.nt. A. Drahmman.

10 Zie ook ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78, m.nt. A. Drahmman

11 CRvB 18 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3340.

door de subsidie aan de appellant te toe te kennen. Het UWV baseerde zich bij dit besluit op artikel 4:25 lid 2 Awb. De CRvB oordeelt dat deze bepaling niet de mogelijkheid biedt om subsidieaanvragen definitief af te wijzen op grond van een schatting wanneer het subsidieplafond zal worden overschreden.

In deze zaak had het UWV bij het maken van de schatting nog beschikbaar budget gereserveerd voor nog af te handelen bezwaar- en beroepzaken. Gelet op het aantal te verwachten geslaagde bezwaren en beroepen zou volgens het UWV het subsidieplafond worden bereikt. Deze redenering bevreedt, nu artikel 4:25 lid 3 Awb bepaalt dat als uit een bezwaar of beroepsprocedure volgt dat alsnog subsidie moet worden verstrekt, het subsidieplafond slechts kan worden tegengeworpen als het plafond al was bereikt op het tijdstip waarop het primaire subsidiebesluit werd genomen. Met andere woorden: een gegrond bezwaar of beroep kan leiden tot een overschrijding van het subsidieplafond. De ratio van het artikel is dat de subsidieaanvrager niet benadeeld moet worden door fouten in de besluitvorming door het bestuursorgaan. Voor bestuursorganen is het verstandig om met deze mogelijke overschrijding van het subsidieplafond rekening te houden door hiervoor geld te reserveren. Uit deze uitspraak volgt dat dat dan wel een apart 'potje' moet zijn en niet vooraf door middel van een schatting van het vastgestelde subsidieplafond kan worden afgeroomd. Met deze uitspraak wordt dan ook voorkomen dat aanvragen worden geweigerd wegens het mogelijk overschrijden van het subsidieplafond, terwijl (soms pas jaren later) kan blijken dat het plafond nooit is bereikt. De CRvB oordeelt onzes inziens dan ook terecht dat de handelswijze van het UWV in strijd is met artikel 4:25 Awb.

#### ***Geen intrekking subsidie op basis van steekproef: evenredigheidsbeginsel***

De derde uitspraak betreft de intrekking van een subsidie verleend op grond van de Stimuleringsregeling energieprestatie huursector (STEP). De Minister van (thans) EZ had subsidie verleend voor de gevelisolatie van 273 woningen. Op basis van opgevraagde informatie en een controlebezoek, heeft de minister vastgesteld dat bij één woning sprake was van gevelisolatie waarmee bij de vaststelling van het energielabel geen rekening was gehouden. De minister heeft daarop de subsidieverlening voor alle woningen ingetrokken, omdat volgens hem voor de kopwoningen is uitgegaan van een onjuiste energieklassering. De appellante in deze procedure betoogt dat deze gehele intrekking onevenredig is. Bij de controle van subsidieaanvragen werkt de minister met een steekproefsystematiek. Die systematiek houdt in dat in de aanvraag een aantal woningen wordt geselecteerd dat intensief wordt gecontroleerd. Indien er geen afwijkingen worden gevonden, dan is de aanvraag voor 90% betrouwbaar, wat voldoende wordt geacht voor de subsidieverlening. Indien er wel een afwijking wordt gevonden bij de woningen in de steekproef, dan is geen sprake van 90% betrouwbaarheid en wordt de subsidieverlening ingetrokken. Voor de steekproef heeft de minister 8 willekeurige woningen geselecteerd. Bij 4 woningen heeft een fysieke controle

plaatsgevonden, waarvan bij 2 woningen binnen is gekeken en 2 woningen uitsluitend van buiten zijn gecontroleerd. Bij 1 woning is vervolgens een afwijking geconstateerd. De procentuele afwijking, berekend op basis van de energie-index, bedroeg daarmee 16,6%, waardoor het minimum van 90% betrouwbaarheid niet werd gehaald.

De Afdeling constateert dat de steekproef ertoe leidt dat bij twijfel over de juistheid van de aanvraag van één woning het minimum van 90% betrouwbaarheid niet wordt behaald en dit al aanleiding geeft om de gehele subsidieverlening in te trekken zonder dat nog in het specifieke geval wordt beoordeeld of algehele intrekking evenredig is. Dit doet naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende recht aan de omstandigheid dat intrekking van een subsidie een bevoegdheid van de minister is. Bij de toepassing daarvan dient de minister in ogenschouw te nemen dat de gevolgen van de intrekking niet onevenredig mogen zijn. Dat betekent, aldus de Afdeling, dat een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting om de juiste gegevens te verstrekken en de gevolgen van de gehele intrekking van de subsidie voor de ontvanger. Daarbij zijn ook de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang. Daarom kon niet worden volstaan met de motivering waarbij slechts verwezen werd naar de uitkomst van de steekproef.<sup>12</sup>

Deze uitspraak vinden wij interessant, omdat artikel 4:48 lid 1 Awb een kan-bepaling is die bestuursorganen veel beleidsruimte geeft. De uitoefening van deze bevoegdheid wordt echter wel begrensd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb. Dat betekent dat niet iedere tekortkoming kan leiden tot een volledige intrekking van een subsidie, maar dat altijd nog moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval.

#### ***Zonder intrekking geen terugvordering***

Op 17 juli 2018 oordeelde het CBB over de terugvordering van een subsidie in het kader van de Regeling LNV-subsidies.<sup>13</sup> De Minister van LNV had deze subsidie van € 100.000 teruggevorderd, zonder een expliciet besluit tot intrekking van het subsidievaststellingsbesluit te nemen. Het oordeel van het CBB is duidelijk: de rechtszekerheid vergt dat een intrekkingbesluit, waardoor de publiekrechtelijke titel voor subsidiebetaling komt te vervallen, uitdrukkelijk wordt genomen. Artikel 4:57 lid 1 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen kan terugvorderen. Het nemen van een besluit tot terugvordering van een onverschuldigd betaald subsidiebedrag kan dus alleen rechtmatig plaatsvinden als vaststaat dat sprake is van onverschuldigde betaling. Daarvan is pas sprake als de publiekrechtelijke titel waarop de betaling berust, niet langer bestaat. Nu in dit geval geen uitdrukkelijk intrekkingbesluit was genomen, ontbrak de grond voor het aannemen van onverschuldigde betaling.

12 ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4291.

13 CBB 17 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:380, AB 2018/323, m.nt R. Ortleij.

**Beleidsregels voor incidentele subsidies?**

Vermeldenswaardig is ook de uitspraak van de Afdeling over incidentele subsidies ex artikel 4:23 lid 3 sub d Awb en de annotatie van Den Ouden bij deze uitspraak. De appellante in deze zaak had subsidie aangevraagd ten behoeve van de culturele activiteiten van de nog in oprichting zijnde Stichting. Deze subsidieaanvraag werd geweigerd onder verwijzing naar beleidsregels voor incidentele subsidies. De Afdeling ziet geen aanleiding worden voor het oordeel dat sprake is van strijd met artikel 3:4 Awb of van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 Awb op grond waarvan het bestuursorgaan van zijn beleidsregels had moeten afwijken. Den Ouden stelt in haar annotatie terecht de vraag hoe 'incidenteel' de incidentele subsidie nog eigenlijk is, nu er zoveel regelgeving en beleidsregels over worden gemaakt. Dit wringt met de bedoeling van de wetgever die er juist vanuit ging dat incidentele subsidies zijn bedoeld voor gevallen waarin er geen beleid is.<sup>14</sup> Het is de vraag of uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de Afdeling geen bezwaar heeft tegen dit soort beleidsregels of dat de Afdeling deze vraag in het midden heeft kunnen laten omdat op dit punt geen beroepsgrond was aangevoerd.

**Bevoegdheid tot verrekening**

Interessant is ook de uitspraak van de Afdeling over de bevoegdheid tot verrekening.<sup>15</sup> De uitspraak gaat over een ESF-subsidie die door de staatssecretaris van SZW is verleend aan INOF voor het project 'Innovatieve scholing voor de toekomst'. De staatssecretaris heeft de subsidie vastgesteld. Omdat nog een eindvoorschot resteerde, heeft de staatssecretaris dit bedrag verrekend met een nog openstaande terugvordering uit een ander project (het J2 project). De Afdeling oordeelt allereerst dat de verrekening niet betekent dat INOF alsnog de rechtmatigheid van de terugvordering in het J2-project aan de orde kan stellen. Hier staat de formele rechtskracht van dat terugvorderingsbesluit aan in de weg.

Daarnaast oordeelt de Afdeling dat de verrekening tussen de twee projecten mogelijk is. Artikel 20 van de Subsidie-regeling ESF bepaalt namelijk expliciet dat een terug te vorderen bedrag kan worden berekend met een aan dezelfde subsidieontvanger in het kader van de subsidieregeling verleende subsidie. De Afdeling besteedt in de uitspraak geen aandacht aan de verhouding tussen artikel 20 van de subsidieregeling en artikel 4:57 lid 3 Awb. Volgens annotator Van Den Brink is dat ten onrechte, omdat in artikel 20 van de subsidieregeling een ruimere verrekeningsmogelijkheid lijkt te zijn opgenomen dan de wetgever met artikel 4:57 lid 3 Awb heeft beoogd. Zij vraagt zich dan ook af of de lagere bijzondere wetgever de mogelijkheden van artikel 4:57 Awb kan oprekken of dat de Afdeling vindt dat de tekst van artikel 4:57 Awb niet aan artikel 20 van de subsidieregeling in de weg staat.

**Subsidie lager vaststellen is een discretionaire bevoegdheid**

De Afdeling heeft zich in 2018 ook uitgelaten over de beleidsruimte die een bestuursorgaan heeft bij het lager vaststellen van een subsidie op grond van artikel 4:46 lid 2 Awb.<sup>16</sup> Het geschil zag op een door het bestuur van stadsdeel Zuidoost van de gemeente Amsterdam teruggevorderde subsidie, die eenmalig was verleend voor het evenement Bijlmer at the Beach. Volgens het algemeen bestuur was niet aan de voorwaarden voor subsidieverlening voldaan, omdat de activiteit waarvoor de subsidie was verleend niet geheel had plaatsgevonden. Daarom werd een groot deel van de subsidie teruggevorderd. Mooi aan deze uitspraak is de algemene overweging van de Afdeling dat de in artikel 4:46 lid 2, aanhef en onder a, Awb neergelegde bevoegdheid tot het lager vaststellen van subsidies wegens het niet of niet geheel plaatsvinden van de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend een discretionaire bevoegdheid is. Het bestuursorgaan heeft daarbij beleidsruimte, wat betekent dat het de keuze heeft om, als aan de toepassingsvereisten is voldaan, deze bevoegdheid al dan niet te gebruiken. Bij het lager vaststellen van een subsidie is het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb bepaalde van toepassing. Dat betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. De Afdeling oordeelt dat in dit geval het bestuursorgaan in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de subsidie vast te stellen aan de hand van de werkelijk gemaakte kosten die op voorhand in de aangepaste subsidieaanvraag waren begroot en die zijn te relateren aan het evenement zoals dat uiteindelijk heeft plaatsgevonden.

**Rente terugvorderen vereist wettelijke grondslag**

In een uitspraak van 17 april 2018 oordeelt het CBB dat voor het terugvorderen van rente een specifieke publiekrechtelijke grondslag is vereist.<sup>17</sup> Het geschil ging over zowel een subsidievaststellings- als subsidieverleningsbesluit waarin verstrekte innovatiekredieten werden ingetrokken en op nihil vastgesteld. Ook werden de al verstrekte innovatiekredieten samen met de opgebouwde rente teruggevorderd. Het CBB vernietigt de besluiten, omdat verweerder geen specifieke publiekrechtelijke grondslag kon aanwijzen op grond waarvan de rente in rekening gebracht mocht worden. Artikel 4:57 Awb biedt geen grondslag voor het vorderen van rente.

**Ambtshalve vaststellen van subsidie zonder aanmaning in strijd met Awb**

Het CBB heeft op 30 maart 2018 geoordeeld dat de minister van LNV een LNV-subsidie ten onrechte ambtshalve op nihil had vastgesteld.<sup>18</sup> Appellante had weliswaar niet voldaan aan haar verplichting om binnen de geldende termijn een aanvraag tot vaststelling van de subsidie in te dienen, maar

14 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3812, AB 2019/63, m.nt. W. den Ouden.

15 ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3213, AB 2019/64, m.nt. J.E. van den Brink.

16 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3550, AB 2019/61, m.nt. W. den Ouden.

17 CBB 17 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:58.

18 CBB 30 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:188.

de minister had appellante ook niet aangemaand om deze aanvraag alsnog binnen een gestelde termijn in te dienen. Het CBB oordeelt daarom dat de minister niet bevoegd was om de subsidie ambtshalve op nihil vast te stellen en vernietigt het bestreden besluit wegens strijd met artikel 4:44 en artikel 4:47 Awb.

Het CBB leidt dit af uit het systeem en de wetsgeschiedenis van artikel 4:44 lid 3 en 4 Awb. Uit deze artikelleden volgt dat de minister pas dan ambtshalve de subsidie kan vaststellen nadat hij appellante heeft aangemaand de aanvraag alsnog, binnen een door de minister te bepalen nadere termijn, in te dienen en de aanvraag ook na de bij de aanmaning gestelde nieuwe termijn niet is ingediend. De minister betoogde dat deze artikelleden niet toepassing zouden zijn, omdat er nog geen zicht was op de afronding van het project en een aanmaning geen zin zou hebben gehad. Dit standpunt volgt het CBB niet, omdat appellante heeft verklaard dat het project binnen de realisatietermijn gedeeltelijk was uitgevoerd. De minister dient appellante daarom onder het stellen van een nadere termijn aan te manen alsnog een aanvraag tot vaststelling van de subsidie in te dienen. Als appellante een aanvraag indient, dan dient de minister op die aanvraag te beslissen. Als appellante ondanks de aanmaning nog geen aanvraag indient, dan kan de minister pas de subsidie ambtshalve vaststellen.

#### **Gehele voorschot terugvorderen bij een penvoerder**

Op 15 mei 2018 oordeelde het CBB over het terugvorderen van een voorschot bij een penvoerder.<sup>19</sup> Het gaat in deze zaak om een subsidie op grond van de Tijdelijke energieregeling Markt en Innovatie. De appellante heeft mede namens twee andere bedrijven een subsidie aangevraagd bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat. In het subsidieverleningsbesluit is aan ieder van de drie projectdeelnemers een subsidiebedrag toegekend. Appellante is aangewezen als de penvoerder. Als penvoerder heeft appellante voorschotten ontvangen die deels bestemd waren voor de activiteiten die de andere projectdeelnemers in het kader van het project zouden verrichten. Tijdens de looptijd van het project heeft een van de projectdeelnemers zich teruggetrokken uit de samenwerking. Het project waarvoor de subsidie is verleend is uiteindelijk ten dele uitgevoerd. De minister heeft de subsidie daarom op een lager bedrag vastgesteld. In het vaststellingsbesluit is aan ieder van de projectdeelnemers een bepaald subsidiebedrag toegekend. Zo is het subsidiebedrag dat was verleend aan de deelnemer die zich heeft teruggetrokken op nihil vastgesteld. De minister vordert na verrekening van de verleende voorschotten een bedrag bij appellante terug. Appellante verzet zich tegen deze terugvordering. Het CBB oordeelt dat de minister inderdaad niet bevoegd was om het geheel van onverschuldigd betaalde voorschotten bij de appellante als penvoerder terug te vorderen. Volgens het CBB is op grond van artikel 4:95 lid 4 Awb de bevoegdheid van het bestuursorgaan beperkt tot terugvordering van onverschuldigd betaalde voor-

schotten van de subsidieontvanger. In dit geval heeft de minister niet alleen appellantes deel van de voorschotten teruggevorderd, maar ook een deel van de voorschotten die bestemd waren voor de andere projectdeelnemers. Het CBB is daarom van oordeel dat er (deels) geen sprake is van een rechtsgeldig terugvorderingsbesluit.

Deze uitspraak vormt een illustratie van de praktische problemen die kunnen ontstaan rondom subsidiëring aan samenwerkingsverbanden waar wordt gewerkt met penvoerders.

#### **Subsidieaanvragen kunnen worden gewobd**

Ten slotte is de verhouding tussen de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) en het subsidierecht interessant. Op 23 mei 2018 deed de Afdeling uitspraak in een zaak over de gedeeltelijke afwijzing van een Wob-verzoek van het Gezelschap van Gildehuizen.<sup>20</sup> De minister heeft de namen van de subsidieaanvragers en de namen van de adviseurs onleesbaar gemaakt, omdat het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen zwaarder zou wegen dan het belang van openbaarmaking. De minister heeft ter zitting aangegeven dat openbaarmaking van de namen is geweigerd als betrokkenen te kennen hebben gegeven daartegen bezwaar te hebben. De minister heeft zelf geen belangenafweging gemaakt. De Afdeling is van oordeel dat de minister dit ten onrechte heeft nagelaten. De minister heeft wel terecht openbaarmaking geweigerd van de uurtarieven uit de aanvragen omdat dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreft.

Deze uitspraak laat zien dat subsidieaanvragen gewoon onder de werkingssfeer van de WOB vallen, nu hiervoor geen bijzondere openbaarmakingsregeling is getroffen. Dit zal bestuursrechtsjuristen niet verbazen. De vraag kan echter worden gesteld waarom in de Aanbestedingswet 2012 wel een aan de WOB derogerende regeling is opgenomen.<sup>21</sup> Artikel 2.57 Aanbestedingswet 2012 bepaalt namelijk dat een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, niet openbaar maakt. Dit betekent dat bij een subsidietender, een bestuursorgaan de WOB in acht moet nemen, maar bij een tender waarbij een opdracht wordt vertrekt, een andere openbaarmakingsregeling geldt. De wetgever zou zich, wellicht in het kader van de toekomstige Wet open overheid, nog eens moeten buigen over de vraag of dit onderscheid gerechtvaardigd is. Het onderscheid tussen een subsidie en een opdracht is immers niet altijd duidelijk<sup>22</sup> en de procedure van een subsidietender begint ook steeds meer trekken van een aanbestedingsprocedure te krijgen, zoals ook blijkt uit de hiervoor genoemde *Geobox*-uitspraak.

19 CBB 15 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:281.

20 ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1691, AB 2018/233, m.nt. P.J. Stolk.

21 ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888, AB 2013/421, m.nt. P.J. Stolk.

22 Zie hierover bijvoorbeeld: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115.

#### 4. Formele procesrechtelijke aspecten

In de vorige paragraaf stonden uitspraken centraal die inhoudelijke (materiële) aspecten van het subsidierecht betroffen. In deze paragraaf gaan wij in op enkele uitspraken die over meer formele, procesrechtelijke aspecten gaan, namelijk de vraag of appellanten altijd kwalificeren als belanghebbenden, in hoeverre appellanten hun procesbelang kunnen verliezen en wanneer de bestuursrechter (on)bevoegd is.

##### 4.1 Belanghebbendheid

In slechts één van de onderzochte uitspraken was de appellant geen belanghebbende. Het betrof een omwonende die opkwam tegen een aan een derde verstrekte subsidie voor een biomassacentrale. De omwonende gaf aan dat haar belang erin was gelegen dat de biomassacentrale zichthinder en andere nadelige (milieu)gevolgen voor haar woon- en leefomgeving zou opleveren. Het belang ziet daarmee op de keuze voor de locatie van de biomassacentrale. Het CBB oordeelt dat tussen de gevolgen van het subsidieverleningsbesluit en het belang van appellante geen voldoende causaal verband bestaat. Het subsidieverleningsbesluit geeft immers nog geen recht om de centrale te mogen bouwen. Dit recht volgt uitsluitend uit de omgevingsvergunning.<sup>23</sup> Het belanghebbendenbegrip van artikel 1:2 Awb lijkt in het subsidierecht dus geen grote rol te spelen. Volledigheidshalve merken we op dat dit niet betekent dat het altijd zo is dat alleen de subsidieaanvrager zelf in beroep kan gaan tegen een subsidiebesluit. Ook de curator van de subsidieaanvrager kan bijvoorbeeld belanghebbende zijn in de procedure waarbij een subsidie wordt ingetrokken en teruggevorderd.<sup>24</sup> Ten slotte kunnen ook derden tegen de subsidieverstrekking aan een concurrent opkomen.<sup>25</sup>

##### 4.2 Procesbelang

In een drietal zaken werd het beroep van een appellant niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van procesbelang. In het eerste geval gebeurde dit omdat de BV waaraan subsidie was verstrekt na het instellen van het beroep ontbonden was en opgehouden was te bestaan.<sup>26</sup> De tweede uitspraak betreft een besluit waarbij de Minister van LNV weigerde om de uitvoeringstermijn voor een project (het bouwen van een stal) te verlengen met een jaar. De appellante deed een beroep op overmacht, maar volgens de minister bood de Regeling LNV-subsidies geen verlengingsmogelijkheid. Het CBB stelt in beroep vast dat de subsidie in 2014 was verleend en de stal dus in 2016 moest zijn gerealiseerd. Ook stelt het CBB vast dat appellante een aanvraag voor verlenging van die termijn met één jaar, dus tot 2017, had ingediend. Deze datum lag dus ten tijde van de zitting en uitspraak al in het verleden. Ook was niet gebleken dat de stal in 2017 is gerealiseerd. Het CBB oordeelt

dan ook dat appellante geen procesbelang heeft, omdat zij met de beroepsprocedure niet meer kan bewerkstelligen dat het haar, mogelijk wordt gemaakt om de stal in 2017 te realiseren.<sup>27</sup>

In de derde uitspraak probeerde een subsidieontvanger de ontvangen subsidie over te dragen aan een derde. Dit werd geweigerd, waarna deze derde beroep instelde bij het CBB. Dit beroep werd echter niet-ontvankelijk verklaard omdat de subsidie in kwestie inmiddels was ingetrokken en tegen dit intrekingsbesluit geen rechtsmiddelen waren aangevend.<sup>28</sup>

Ten slotte wijzen wij nog op de mogelijkheid van artikel 27 lid 2 Faillissementswet jo. artikel 8:22 Awb dat de subsidieverstrekker verzoekt om het beroep niet-ontvankelijk te verklaren in geval van faillissement. In een uitspraak werd de geadresseerde van het besluit tot terugvordering van subsidie failliet verklaard en had de curator het beroep niet overgenomen. Het bestuursorgaan verzoekt om het beroep niet-ontvankelijk te verklaren, welk verzoek door het CBB wordt gehonoreerd.<sup>29</sup>

##### 4.3 Bevoegdheid van de bestuursrechter

In drie gevallen verklaarde de Afdeling zich onbevoegd om uitspraak te doen in de zaak die werd voorgelegd. Het betrof alle drie zaken over scholingsvouchers die waren aangevraagd op grond van de Regeling subsidie scholing en plaatsing oudere werklozen en de Tijdelijke regeling subsidie scholing richting een kansberoep. Deze ministeriële regelingen waren gebaseerd op zowel de Kaderwet SZW-subsidies als de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet Suwi). Deze dubbele wettelijke grondslag zorgde ervoor dat onduidelijk was welke bestuursrechter bevoegd was. De Afdeling acht zich onbevoegd omdat 'het bestreden besluit zich naar onderwerp en strekking niet onderscheidt van door het UWV genomen besluiten ter zake waarvan de CRvB het hoger beroep behandelt'.<sup>30</sup> De Afdeling zendt daarom de beroepschriften door naar de Centrale Raad. Bruggeman stelt in zijn annotatie dat het hem een te billijken route lijkt, maar dat het volgens mij best anders had gekund. Het gaat in de ministeriële regelingen immers om subsidieverlening en niet om uitkeringsverstrekking en met subsidieverlening heeft de Afdeling minstens zoveel te maken als de CRvB. Toepassing van de hoofdregel van artikel 8:105 lid 1 Awb zou volgens hem daarom ook prima uit te leggen zijn geweest. Wij kunnen het oordeel van de Afdeling dat de verstrekking van scholingsvouchers qua onderwerp goed – of zelfs beter – past bij de overige besluiten waarover de CRvB bevoegd is te oordelen. Dit betekent volgens ons echter wel dat er twee hoger beroepsrechters bevoegd zijn om uitspraak te doen over subsidies gebaseerd op de Kaderwet SZW, omdat de Afdeling wel bevoegd blijft voor SZW-subsidieregelingen waar de Wet Suwi niet als

23 Cbb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:243, AB 2018/398, m.nt. J. Wieland.

24 Zie bijv. Cbb 17 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:58.

25 Zie bijv. Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:658.

26 Cbb 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:121, NJB 2018/908.

27 Cbb 28 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:438.

28 Cbb 20 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:621.

29 Cbb 3 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:366, NJB 2018/1838.

30 ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:776, AB 2018/214, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman, ECLI:NL:RVS:2018:774, JB 2018/63 en ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:775.

bijkomende grondslag wordt genoemd. Dit lijkt ons geen wenselijke situatie. De wetgever zou volgens ons dan ook moeten overwegen om de Kaderwet SZW-subsidies alsnog toe te voegen aan artikel 9 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak. Tegelijkertijd realiseren we ons dat ook dit grote gevolgen kan hebben, omdat bijvoorbeeld de Subsidieregeling ESF 2014-2020 op de Kaderwet SZW-subsidies is gebaseerd en de Afdeling zich in het verleden meermaals over ESF-regelingen heeft gebogen en hier dus meer ervaring mee heeft dan de CRvB.

## 5. Materiële beroepsgronden: algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Uit de analyse van de verzamelde uitspraken bleek dat vaak betoogd werd dat een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur geschonden zou zijn. In deze paragraaf worden een paar opvallende zaken aangehaald.

### 5.1 Schending van het materiële gelijkheidsbeginsel

Appellanten beroepen zich regelmatig op het gelijkheidsbeginsel: dit gebeurde in de geanalyseerde zaken in een tiental gevallen.<sup>31</sup> In slechts één van deze zaken is geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel daadwerkelijk was geschonden. In een uitspraak van 10 oktober 2018 oordeelt de Afdeling dat het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door de ene school wel subsidie te verlenen en de andere school niet. Het betrof een toeslag voor de verbetering van het binnenklimaat voor het gehele vloeroppervlak. De subsidieaanvragen van beide scholen waren gebaseerd op dezelfde verordening en hadden hetzelfde doel. Ook heeft het college niet aannemelijk gemaakt dat de ene school zich in relevant opzicht in een andere situatie bevond dan de andere school. De Afdeling besloot daarop om zelf in de zaak te voorzien door de subsidie meer dan € 55.000,- hoger vast te stellen.<sup>32</sup>

Volledigheidshalve wijzen we hier ook nog op de in paragraaf 3 al genoemde *Geobox*-uitspraak<sup>33</sup> waarin de Afdeling oordeelde dat in het subsidierecht het beginsel geldt dat alle gegadigden voor een schaarse subsidie de kans dienen te krijgen om eerlijk mee te dingen naar deze subsidie (formeel gelijkheidsbeginsel).

### 5.2 Motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel

Veel geslaagde beroepen waren gebaseerd op een beroep op een schending van het motiveringsbeginsel van artikel 7:12 lid 1 Awb. In vijftien gevallen leidde een geslaagd beroep op

het motiveringsbeginsel tot een gegrondverklaring van het beroep en de vernietiging van het bestreden besluit.<sup>34</sup> Het is lastig om op basis van deze constatering algemene conclusies te trekken. Enerzijds is het motiveringsbeginsel in het bestuursrecht een soort 'restbeginsel' om een besluit te vernietigen, anderzijds kan ook worden geconstateerd dat de bezwaarfase kennelijk in een aantal zaken niet heeft geleid tot een afdoende gemotiveerd besluit.

In vier van de gevallen waarin het motiveringsbeginsel werd geschonden, werd ook het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.<sup>35</sup> Dit is te verklaren, omdat als de feiten of belangen niet zorgvuldig zijn vastgesteld, de motivering van het bestreden besluit ook niet voldoende draagkrachtig kan zijn. Vermeldenswaardig is de uitspraak van de Afdeling van 31 oktober 2018 waarin de Afdeling oordeelde dat het bestuur van de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek (NWO) het zorgvuldigheidsbeginsel had geschonden door in de subsidieverleningsprocedure onvoldoende rekening te houden met de zwangerschap van de subsidieaanvraagster. De Afdeling wijst in de uitspraak op het discriminatieverbod voor vrouwen zoals neergelegd in onder andere het EVRM en het IVBPR. De toepasselijkheid van deze grondrechten heeft tot gevolg dat het NWO blijf moet geven van een aanvaardbaar evenwicht tussen enerzijds de door de gelijkheidsgrondrechten beschermde belangen van de betrokken aanvraagster en anderzijds de betrokken algemene belangen. Die algemene belangen zijn gelegen in een voortvarende aanvraagprocedure, maar ook in de rechten en belangen van de andere bij de procedure betrokken aanvragers die op gelijke voet dienen te kunnen meedingen naar de betreffende subsidies. De toepasselijkheid van grondrechten brengt met zich mee dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorgvuldigheid waarmee het besluit door het NWO moet worden voorbereid en genomen, alsook aan de motivering van dat besluit. In dit geval had het NWO aan deze hoge eisen niet voldaan, onder meer door de referentenrapporten pas ongeveer drie weken na ontvangst – en ongeveer één week voor de bevallingsdatum – door te zenden aan de aanvraagster.<sup>36</sup>

### 5.3 Het evenredigheidsbeginsel

Appellanten beriepen zich in 2018 regelmatig op een schending van het evenredigheidsbeginsel, zoals dat is vastgelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb. Dit was over het algemeen echter

31 ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1971, ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmman, ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3285, JB 2018/188, ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, CbB 28 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:164, CbB 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:183, CbB 30 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:174, CbB 3 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:356, CbB 20 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:622 en CbB 17 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:586, JB 2019/268, m.nt. D. van der Meijden.

32 ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3285, JB 2018/188, r.o. 8.6.

33 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, met noten van J.E. van den Brink en A. Drahmman.

34 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2020, JOM 2018/716, ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2110, ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, JB 2018/205, ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3701, CbB 12 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:55, CbB 12 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:95, CbB 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:186, CbB 9 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:170, CbB 17 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:58, CbB 24 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:387, CbB 25 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:508, CbB 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:529, CbB 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:570, CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:657 en CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:658.

35 Het gaat hierbij om de volgende gevallen: CbB 12 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:55, CbB 12 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:95, CbB 24 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:387 en CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:658.

36 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, JB 2018/205.

niet zo succesvol: slechts in één van de in de analyse opgenomen acht gevallen leidde een beroep op de schending van het evenredigheidsbeginsel tot een vernietiging van het bestreden besluit.<sup>37</sup> Dit is de in paragraaf 3 al genoemde uitspraak over de intrekking van een STEP-subsidie naar aanleiding van een steekproef.<sup>38</sup>

#### 5.4 *Het vertrouwensbeginsel*

Ook deden appellanten in een tiental gevallen zonder succes een beroep op het vertrouwensbeginsel.<sup>39</sup> Slechts één beroep op dit beginsel leidde tot een gegrond beroep. Het gaat daarbij om een uitspraak van het CbB van 1 mei 2018. Hierin oordeelt het CbB dat de Minister van EZ het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.<sup>40</sup> Deze uitspraak betreft een subsidie in de vorm van een garantstelling aan een investeringsmaatschappij voor het MKB. Ten behoeve van die subsidie is ook een garantstellingsovereenkomst gesloten. Aan appellante is al meerdere keren op aanvraag een garantie verleend. Volgens appellante is de afwijzing die in deze procedure aan de orde is onder meer in strijd met het vertrouwensbeginsel. Het CbB overweegt dat bewoordingen, wijze van behandeling en inhoud van de communicatie bij eerdere garantieverleningen in hetzelfde normatieve kader licht kunnen werpen op de betekenis van de garantstellingsovereenkomst. Het CbB concludeert dat de minister een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de overeenkomst en daarmee in strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel heeft gehandeld.

### 6. *Finale geschilbeslechting*

In totaal werd het beroep in 36 van de geanalyseerde uitspraken gegrond verklaard. Een gegrond beroep betekent echter nog niet dat partijen definitief weten waar ze aan toe zijn. Na een vernietiging van het besluit, zal het bestuursorgaan immers nog een nieuw besluit moeten nemen, tenzij de bestuursrechter zelf het geschil finaal beslecht. In de geanalyseerde zaken gaf de rechter in 19 gevallen de opdracht aan het bestuursorgaan om binnen een bepaalde termijn een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de uit-

spraak.<sup>41</sup> De ABRvS en de CRvB gaven daarbij telkens ook aan dat eventueel beroep tegen het nieuwe besluit slechts mogelijk was bij de hogerberoepsrechter (via artikel 8:113 lid 2 Awb).

De bestuursrechter wordt echter geacht ernaar te streven geschillen zoveel mogelijk finaal te beslechten (artikel 8:41a Awb). In de geanalyseerde subsidiezaken uit 2018 is hier dan ook regelmatig gebruik van gemaakt. Hierna geven wij een aantal voorbeelden van uitspraken waarin de bestuursrechter gebreken heeft gepasseerd, zelf in de zaak heeft voorzien dan wel de rechtsgevolgen in stand heeft gelaten.

#### 6.1 *Het passeren van gebreken met artikel 6:22 Awb*

In vier van de geanalyseerde uitspraken speelde artikel 6:22 Awb een rol; drie van het CbB en een van de CRvB.<sup>42</sup> In alle drie uitspraken van het CbB was sprake van een schending van de hoorplicht. In een zaak was appellante ten onrechte niet gehoord over een deskundigenadvies, maar omdat appellante in beroep de gelegenheid heeft gehad haar standpunten naar voren te brengen en stukken te overleggen, ziet het CbB aanleiding om het gebrek te passeren.<sup>43</sup>

In de tweede uitspraak was appellante in bezwaar gehoord door twee ambtenaren waarvan er één ook het primaire besluit had opgesteld. Dit maakt dat er geen sprake was van een situatie waarin de meerderheid van de bij het horen aanwezige ambtenaren niet bij de voorbereiding van de in bezwaar bestreden besluit betrokken is geweest. Dit is in strijd met artikel 7:5, lid 1, aanhef en onder b, Awb. Ook hier passeert het CbB deze schending, omdat uit de gedingstukken blijkt dat het horen op correcte wijze heeft plaatsgevonden, dat van het horen een verslag is gemaakt en dat het bestreden besluit is genomen door een ambtenaar die bij het horen niet betrokken is geweest.<sup>44</sup> In de derde uitspraak van het CbB had het bestuursorgaan appellante de keuze geboden om telefonisch of in persoon te worden gehoord. Diezelfde dag nam appellante zelf telefonisch contact op en heeft zij haar bezwaar toegelicht. Per e-mail heeft appellante nog bevestigd dat zij haar bezwaar in het telefonisch contact heeft toegelicht. Het CbB is echter van oordeel dat het bestuursorgaan niet aannemelijk heeft gemaakt dat appellante heeft ingestemd met telefonisch horen en daarom artikel 7:2, lid 1, Awb is geschonden. Door het gevoerde

37 In de overige zeven gevallen werd het beroep op een schending van het evenredigheidsbeginsel dus ongegrond verklaard: ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3550, CbB 8 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:77, CbB 10 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:143, CbB 28 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:453, CbB 11 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:484, CbB 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:563 en CbB 17 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:586.

38 ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4291.

39 ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3213, CbB 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:184, CbB 30 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:184, CbB 5 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:262, CbB 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:371, CbB 16 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:539, CbB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:548, CbB 6 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:585, CbB 20 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:622 en CbB 20 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:625.

40 CbB 1 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:237.

41 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2020, ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2110, ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3701, ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4291, CbB 12 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:55, CbB 12 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:95, CbB 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:186, CbB 9 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:170, CbB 17 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:58, CbB 15 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:281, CbB 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:196, CbB 3 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:356, CbB 24 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:387, CbB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:547, CbB 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:570, CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:657, CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:658, CRvB 18 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3340 en CRvB 18 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3329.

42 CbB 15 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:282, CbB 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:279, CbB 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:315 en CRvB 8 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2438.

43 CbB 15 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:282.

44 CbB 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:279.

telefoongesprek is voorkomen dat appellante nadeel van het niet horen heeft ondervonden en daarom past het CbB ook hier artikel 6:22 Awb toe.<sup>45</sup>

De laatste uitspraak die wij in dit verband vermelden gaat over het toepassen van artikel 6:22 Awb bij een onjuist toetsingskader. De rechtbank heeft in beroep geconstateerd dat het bestuursorgaan bij de vraag of appellante in aanmerking kwam voor een scholingsvoucher een verkeerd toetsingskader heeft gehanteerd, namelijk oude beleidsregels. De rechtbank heeft dit gebrek echter gepasseerd. In hoger beroep betoogt appellante dat zij hierdoor wel degelijk is benadeeld, omdat zij op grond van de nieuwe beleidsregels wel in aanmerking zou komen voor de voucher. De CRvB stelt vast dat dit standpunt van appellante berust op een onjuiste uitleg van de nieuwe beleidsregels en dat ook overigens is niet gebleken dat belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld. De CRvB oordeelt wel dat het bestuursorgaan vanwege dit gebrek veroordeeld had moeten worden in de proceskosten en tot vergoeding van het betaalde griffierecht.<sup>46</sup> Uit deze uitspraak blijkt impliciet dat volgens de CRvB het ten onrechte toepassen van oude beleidsregels kan worden gepasseerd als de subsidieaanvrager hier niet door benadeeld is.

### 6.2 Zelf in de zaak voorzien

In een enkel geval besloot de rechter het geschil finaal te beslechten door zelf de hoogte van de toe te kennen subsidie vast te stellen.<sup>47</sup> In veel zaken was de hoogte van de subsidie echter niet het onderwerp van geschil. Desalniettemin kon de bestuursrechter dan soms toch zelf in de zaak voorzien door het primaire besluit te herroepen en de uitspraak in de plaats te laten treden van het vernietigde besluit.<sup>48</sup> Ook via deze weg werd het geschil dan definitief beslecht.

### 6.3 Rechtsgevolgen in stand laten

In drie gevallen beslechtte de bestuursrechter het geschil definitief door de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.<sup>49</sup> In een van deze gevallen kwamen gedeputeerde staten van Fryslân in hoger beroep op tegen de wijze waarop de rechtbank in eerste aanleg zelf in de zaak had voorzien, namelijk door de oplegde korting te verlagen van 3% naar 1%. De Afdeling was echter van oordeel dat er geen reden was om af te wijken van het "standaard kortingspercentage" van 3% dat is vastgelegd in Verordening (EU) nr. 640/2014. De Afdeling verklaart het hoger beroep van gedeputeerde staten daarom gegrond, vernietigt de uitspraak van de rechtbank voor zover daarin een korting van 1% werd opgelegd, en bepaalt ten slotte dat de rechtsgevol-

gen van het door de rechtbank vernietigde besluit in stand blijven.<sup>50</sup>

## 7. Afronding

In dit overzichtsartikel hebben wij de belangrijkste ontwikkelingen in het subsidierecht in 2018 op een rij willen zetten. Dit hebben wij niet alleen gedaan door de opvallendste uitspraken van de ABRvS en het CbB samen te vatten, maar ook door een meer cijfermatige analyse te geven van de uitspraken. Als gekeken wordt naar de uitspraken die ons opvielen, dan gingen deze uitspraken vaak over de lagere vaststelling en terugvordering van subsidies. Opvallend vonden wij dat hierbij soms ook in strijd met de subsidietitel uit de Awb is gehandeld en dat terwijl de subsidietitel alweer dateert uit 1998. Zelfs de Vierde tranche van de Awb, waar enkele subsidiebepalingen over terug- en invordering zijn gewijzigd, is al weer 10 jaar geleden, op 1 juli 2009 in werking getreden. Wij hopen dan ook dat wij met dit overzicht kunnen bijdragen aan de kennis rondom de uitleg van de Awb-subsidietitel.

Ten slotte sluiten wij af met de verwachting wij dat de *Geobox*-uitspraak over het bieden van gelijke kansen bij schaarse subsidieverlening, de subsidiepraktijk de komende jaren nog materieel zal beïnvloeden. Een eerste illustratie daarvan is de *Gymnasion*-uitspraak van de Afdeling uit februari 2019 die is geannoteerd in onder meer *Gemeentestem*.<sup>51</sup> Uit deze uitspraak blijkt – kort samengevat – dat als in een subsidie-regeling één entiteit – bijvoorbeeld een stichting – wordt aangewezen als enige subsidieontvanger, deze subsidie-regeling geen algemeen verbindend voorschrift is, maar een beschikking. Bovendien benadrukt de Afdeling dat een bestuursorgaan voordat het één entiteit als subsidieontvanger aanwijst, eerst op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte moet bieden om naar de schaarse subsidiemiddelen mee te dingen. Het is nu nog een kwestie van tijd voor de bestuursrechter die de vraag zal beantwoorden of ook bij begrotings- en incidentele subsidies mededingingsruimte moet worden geboden. Daarmee zou 2018 kunnen worden gemarkeerd als het startjaar van deze nieuwe ontwikkeling in het subsidierecht.

45 CbB 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:315.

46 CRvB 8 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2438.

47 CbB 16 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:539.

48 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1796, ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2697, ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2698, ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, CbB 30 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:188, CbB 17 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:380, CbB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:549 en CbB 17 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:380, AB 2018/323.

49 ABRvS 29 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2018:2835; CbB 21 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:66; en CbB 3 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:356.

50 ABRvS 29 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2018:2835.

51 ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78, m.nt. A. Drahmman en AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink.