



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AB 2017/198 Bieden van rechtsherstel na een onrechtmatig primair besluit in een subsidietender; bestuurlijke heroverweging in bezwaar; zelf in de zaak voorzien

Ouden, W. den; Schuurmans, Y.E.

Citation

Ouden, W. den, & Schuurmans, Y. E. (2017). AB 2017/198 Bieden van rechtsherstel na een onrechtmatig primair besluit in een subsidietender; bestuurlijke heroverweging in bezwaar; zelf in de zaak voorzien. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2017(24), 1328-1332. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58022>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58022>

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

ontvanger wel voldoende zijn meegewogen. Ook wanneer het oordeel niet in het voordeel van de subsidieontvanger uitvalt! Ik hoop dan ook dat we in de toekomst de intensievere toetsing ook terug gaan zien in uitspraken waarin de bestuursrechter meteen tot het oordeel komt dat een nihilstelling bij afweging van alle belangen niet onverenigbaar is.

J.E. van den Brink

AB 2017/198

AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

4 november 2015, nr. 201500612/1/A2

(Mrs. D.A.C. Slump, C.H.M. van Altena, N. Verheij)
m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans

7:11, 8:72 lid 3 sub b Awb

BA 2015/285

ECLI:NL:RVS:2015:3364

Bij de beslissing op bezwaar moet het bestuur opnieuw beslissen op de aanvraag van appellant om een Veni-subsidie in de subsidieronde 2012 en moet het vaststellen of appellant in die ronde aanspraak op subsidie kan maken voor zijn onderzoeksvoorstel. De door het bestuur gehanteerde werkwijze om niet een nieuw besluit te nemen, maar appellant de mogelijkheid te bieden om in een andere subsidieronde een nieuwe aanvraag te doen, is in strijd met art. 7:11 lid 2 Awb. Gezien het feit dat appellant een uitstekende uitgangspositie had voor het verkeerd verlopen interview bestaat er aanleiding de toekenning van de subsidie door de rechtbank in stand te laten.

De onrechtmatigheid van het primaire besluit is niet in geschil. Het geschil betreft de vraag op welke wijze het bestuur het rechtsherstel moet bieden.

Appellant heeft een aanvraag ingediend voor een subsidie in de subsidieronde Veni-2012 en het bestuur heeft op die aanvraag beslist. In artikel 7:11, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), is bepaald dat indien de heroverweging van een besluit daartoe aanleiding geeft, het bestuursorgaan dat besluit herroept en zo nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit neemt. Nu het bestuur van oordeel is dat het besluit van 19 juli 2012 onzorgvuldig tot stand gekomen is, dient het dat besluit te herroepen en een nieuw besluit te nemen. Bij dat nieuwe besluit moet het bestuur opnieuw beslissen op de aanvraag van appellant om een Veni-subsidie in de subsidieronde 2012 en moet het vaststellen of appellant in die ronde aanspraak

op subsidie kan maken voor zijn onderzoeksvoorstel. De door het bestuur gehanteerde werkwijze om niet een nieuw besluit te nemen, maar appellant 2 de mogelijkheid te bieden om in een andere subsidieronde een nieuwe aanvraag te doen, is in strijd met artikel 7:11, tweede lid, van de Awb. Dat herbeoordeling van de aanvraag om subsidie voor het onderzoeksvoorstel door een ad-hoc commissie niet meer mogelijk zou zijn en dat niet met zekerheid is vast te stellen wat de uitkomst zou zijn geweest indien de aanvraag wel zorgvuldig zou zijn beoordeeld, kan aan deze wettelijke verplichting tot het opnieuw nemen van een besluit op de aanvraag niet afdoen. Dat geldt ook de door het bestuur gestelde werkdruk voor de organisatie en commissieleden.

Ter zitting heeft het bestuur erkend dat appellant met een voorlopige score van 1,9 voor zijn voorstel en een derde plaats op de voorlopige prioriteringslijst in subsidieronde Veni 2012 een uitstekende uitgangspositie had en dat indien appellant een gemiddelde score zou hebben behaald voor zijn interview, de totale score zodanig zou zijn dat appellant op de prioriteringslijst op plaats elf of hoger zou zijn geëindigd en daarmee aanspraak zou hebben gemaakt op de gevraagde subsidie. Gelet hierop bestaat aanleiding de toekenning van de subsidie door de rechtbank in stand te laten.

Appellant 2,
en
Het bestuur.

Procesverloop

Bij besluit van 19 juli 2012 heeft het bestuur een aanvraag van appellant 2 om hem Veni-subsidie 2012 voor zijn onderzoeksvoorstel 'Facing the brain challenge: from foundations to applications' te verlenen afgewezen.

Bij besluit van 17 juli 2013 heeft het bestuur het door appellant 2 daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Naar aanleiding van de tussenuitspraak van de rechtbank van 14 mei 2014 heeft het bestuur bij besluit van 28 juli 2014 het door appellant 2 daartegen gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard.

Bij uitspraak van 19 december 2014 heeft de rechtbank het door appellant 2 daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 28 juli 2014 vernietigd, het besluit van 19 juli 2012 herroepen en bepaald dat het bestuur aan appellant 2 een Veni-subsidie toekent ter hoogte van € 250.000 voor zijn onderzoeksvoorstel. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak hebben het bestuur en appelland 2 hoger beroep ingesteld.

Appelland 2 heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 23 september 2015, waar het bestuur, vertegenwoordigd door V. Wagner, en drs. M. Rigterink, beiden werkzaam aldaar, en appelland 2, bijgestaan door mr. E.T. Stevens, zijn verschenen.

Overwegingen

Aanleiding

1. Het onderzoeksvoorstel van appelland 2 is beoordeeld door referenten. Bij het voorlopig oordeel, voorafgaand aan het interview door de beoordelingscommissie, behaalde het voorstel een voorlopige score van 1,90 – zeer goed tot excellent – en een voorlopige plaats drie op de prioriteringslijst. Nadat de beoordelingscommissie appelland 2 het interview had afgenomen, zakte de score tot 3,71 – goed tot zeer goed – en eindigde op de prioriteringslijst lager dan plaats elf, de laatste plaats die voor dit vakgebied voor subsidie in aanmerking kwam.

Aan de afwijzing van de aanvraag heeft het bestuur ten grondslag gelegd dat op basis van de aanvraag, de rapporten van de referenten en het interview aan appelland 2 geen subsidie wordt toegekend, omdat de rangschikking, lager dan plaats elf, niet hoog genoeg was.

De bezwaarschriftencommissie heeft in haar advies van 11 maart 2013 overwogen dat, nu het onderwerp ‘kennisbenutting’ in het interview niet aan de orde is geweest en de score van appelland 2 op het punt ‘kennisbenutting’ is gedaald van 2,65 naar 4,24, het eindoordeel van de beoordelingscommissie op dit punt niet zorgvuldig tot stand is gekomen en onvoldoende is onderbouwd. Daarnaast heeft de bezwaarschriftencommissie overwogen dat een dubbeltelling heeft plaatsgevonden, omdat de score op het criterium ‘wetenschappelijke kwaliteit’ zakte van 1,79 naar 4,30 als gevolg van de daling van de score op het punt van ‘kennisbenutting’. De beoordeling was niet transparant en onzorgvuldig en de motivering van het besluit schoot tekort. Het advies luidde het primaire besluit te herroepen, een nieuw besluit te nemen en dat van een dragende motivering te voorzien.

Aan het besluit op bezwaar heeft het bestuur ten grondslag gelegd het advies van de beoordelingscommissie om de aanvraag van appelland 2 onderaan de prioriteitenlijst te plaatsen omdat hij geen gebruik heeft gemaakt van de in de lopende Veni-ronde (2013) geboden mogelijkheid de mondelinge fase (het interview) over te doen.

2. De rechtbank heeft bij tussenuitspraak van 19 mei 2014 vastgesteld dat het bestuur niet heeft betwist dat aan het besluit van 19 juli 2012 gebreken kleven. De besluitvorming is onzorgvuldig geweest en het besluit is onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank heeft overwogen dat het bestuur in dit geval, waarbij een subsidie wordt aangevraagd in een tendersysteem met beperkt budget, moet heroverwegen naar de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het besluit van 19 juli 2012, alsmede met inachtneming van de regels zoals die ten tijde van dat besluit golden.

Aan de einduitspraak heeft de rechtbank ten grondslag gelegd dat het bestuur, door bij het nieuw genomen besluit op bezwaar niet te toetsen naar de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het besluit van 19 juli 2012, maar de aanvraag van appelland 2 mee te nemen in de nieuwe subsidieronde (2015), geheel voorbij is gegaan aan hetgeen in de tussenuitspraak is overwogen, zodat de in het besluit van 17 juli 2013 geconstateerde gebreken niet zijn geheeld. Omdat het bestuur het besluit van 19 juli 2012 niet kan of wil heroverwegen op de door de rechtbank bepaalde wijze en het onredelijk is indien appelland 2 de gevolgen van de onzorgvuldige besluitvorming moet dragen, heeft de rechtbank zelf in de zaak voorzien door appelland 2 de gevraagde subsidie toe te kennen.

3. De onrechtmatigheid van het primaire besluit is niet in geschil. Het geschil betreft de vraag op welke wijze het bestuur het rechtsherstel moet bieden.

Het hoger beroep van het bestuur

4. Het bestuur betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat heroverweging van het besluit van 19 juli 2012 uitsluitend kan plaatsvinden in het kader van de Veni-subsidieronde 2012. De door het bestuur gehanteerde werkwijze, waarbij een aanvraag een kans krijgt in een eerstvolgende ronde of ad hoc een onafhankelijke, deskundige beoordelingscommissie wordt ingesteld om de aanvragen te vergelijken met twee aanvragen uit dezelfde subsidieronde, valt binnen de grenzen van de bestuurlijke heroverweging. Weliswaar vindt bij de kans in een eerstvolgende ronde geen herstel ex-tunc plaats, maar in veel gevallen is niet meer na te gaan wat de uitkomst zou zijn geweest indien de aanvraag wel zorgvuldig zou zijn beoordeeld. De herbeoordeling door een ad-hoc commissie vindt binnen de context van dezelfde subsidieronde plaats en is daarmee een variant op de ex-tunc beoordeling.

Het bestuur betoogt voorts dat de door de rechtbank vereiste werkwijze, waarbij de resulta-

ten van het nieuwe interview met appellant 2 hadden moeten worden afgezet tegen de interviewresultaten van de andere kandidaten in subsidieronde 2012, een onevenredige werkdruk legt op de organisatie en de externe commissieleden. De nieuwe externe commissie zou naast de aanvraag van appellant 2 nog twintig aanvragen met referentenrapporten, weerwoorden en interviewverslagen moeten bestuderen. De interviewverslaglegging in de Veni-ronde 2012 was niet zodanig zorgvuldig dat hiermee een goede en eerlijke vergelijking door een ad hoc besliscommissie mogelijk is.

4.1. Het betoog van het bestuur slaagt niet, omdat de rechtbank terecht, zij het op andere gronden, tot het oordeel is gekomen dat het besluit van 28 juli 2014 niet in stand kon blijven. Daartoe wordt als volgt overwogen.

4.2. Appellant 2 heeft een aanvraag ingediend voor een subsidie in de subsidieronde Veni-2012 en het bestuur heeft op die aanvraag beslist. In artikel 7:11, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), is bepaald dat indien de heroverweging van een besluit daartoe aanleiding geeft, het bestuursorgaan dat besluit herroept en zo nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit neemt. Nu het bestuur van oordeel is dat het besluit van 19 juli 2012 onzorgvuldig tot stand gekomen is, dient het dat besluit te herroepen en een nieuw besluit te nemen. Bij dat nieuwe besluit moet het bestuur opnieuw beslissen op de aanvraag van appellant 2 om een Veni-subsidie in de subsidieronde 2012 en moet het vaststellen of appellant 2 in die ronde aanspraak op subsidie kan maken voor zijn onderzoeksvoorstel. De door het bestuur gehanteerde werkwijze om niet een nieuw besluit te nemen, maar appellant 2 de mogelijkheid te bieden om in een andere subsidieronde een nieuwe aanvraag te doen, is in strijd met artikel 7:11, tweede lid, van de Awb. Dat herbeoordeling van de aanvraag om subsidie voor het onderzoeksvoorstel door een ad-hoc commissie niet meer mogelijk zou zijn en dat niet met zekerheid is vast te stellen wat de uitkomst zou zijn geweest indien de aanvraag wel zorgvuldig zou zijn beoordeeld, kan aan deze wettelijke verplichting tot het opnieuw nemen van een besluit op de aanvraag niet afdoen. Dat geldt ook de door het bestuur gestelde werkdruk voor de organisatie en commissieleden.

5. Het bestuur betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte zelf voorzienend de subsidie aan appellant 2 heeft toegekend.

5.1. Dit betoog slaagt evenmin. Daartoe wordt als volgt overwogen.

5.2. Naar aanleiding van de stukken en het verhandelde ter zitting stelt de Afdeling vast dat

het bestuur, hoewel het zich aanvankelijk op het standpunt stelde dat herbeoordeling van de subsidieaanvraag door een ad hoc-commissie was aangewezen, gaandeweg de procedure het standpunt is gaan innemen dat zodanige herbeoordeling niet tot de mogelijkheden behoorde omdat de verslaglegging van de in de subsidieronde Veni 2012 afgenomen interviews gebrekkig was. Het bestuur heeft voorts geen toepassing willen geven aan artikel 2.2.9 van de NWO-regeling subsidies, waarin het bestuur de bevoegdheid is toegekend het gevraagde advies van de beoordelingscommissie niet over te nemen vanwege onder meer procedurele fouten. De omstandigheid dat het bestuur geen besluit wenst te nemen als bedoeld in artikel 7:11 van de Awb, komt, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, voor zijn rekening en risico.

Ter zitting heeft het bestuur erkend dat appellant 2 met een voorlopige score van 1,9 voor zijn voorstel en een derde plaats op de voorlopige prioriteringslijst in subsidieronde Veni 2012 een uitstekende uitgangspositie had en dat indien appellant 2 een gemiddelde score zou hebben behaald voor zijn interview, de totale score zodanig zou zijn dat appellant 2 op de prioriteringslijst op plaats elf of hoger zou zijn geëindigd en daarmee aanspraak zou hebben gemaakt op de gevraagde subsidie. Gelet hierop bestaat aanleiding de toekenning van de subsidie door de rechtbank in stand te laten.

Het hoger beroep van appellant 2

6. Appellant 2 kan met zijn hoger beroep niet meer bereiken dan hij heeft gekregen, te weten de door hem aangevraagde subsidie. Hij heeft dan ook geen belang bij inhoudelijke behandeling van zijn hoger beroep. Dat werkgevers de beoordeling van zijn onderzoeksvoorstellen relevant achten in het kader van zijn functioneren, maakt dat niet anders, nu deze procedure geen betrekking heeft op de beoordeling zelf, maar op de door het bestuur genomen besluiten.

Conclusie

7. Het hoger beroep van appellant 2 is niet-ontvankelijk. Het hoger beroep van het bestuur is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

Dit betekent dat de door de rechtbank aan appellant 2 toegekende subsidie van € 250.000 geheel in stand blijft.

8. Het bestuur dient ten aanzien van appellant 2 op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld. Dit betreft de kosten van verweer en verschijnen ter zitting.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. verklaart het hoger beroep van appellant 2 niet-ontvankelijk;
- III. veroordeelt het algemeen bestuur van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek tot vergoeding van bij appellant 2 in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.008,20 (zegge: duizendacht euro en twintig cent), waarvan € 980 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- IV. bepaalt dat van het algemeen bestuur van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek een griffierecht van € 493 (zegge: vierhonderd drieënnegentig euro) wordt geheven.

Noot

1. Hoewel de gemiddelde lezer van *AB Lex Michiels* niet direct zal associëren met het subsidierecht, verdient deze uitspraak zeker een plaats in de *Lex-special* die wij samenstelden in het kader van zijn afscheid van de bestuursrechtelijke wetenschap. *Lex* heeft zich in de *AB* namelijk niet vaak, maar wel vlijmscherp en dus memorabel uitgelaten over de subsidiëring van wetenschappelijk onderzoek door (bestuursorganen van) NWO. Hij noemde de werkwijze in de subsidiepraktijk van dit bestuursorgaan onthutsend en pleitte voor meer transparante verdeelprocedures (*AB* 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels; en *AB* 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels). De hier opgenomen uitspraak heeft hem vast plezier gedaan!

2. Ook de onderhavige uitspraak biedt geen fraai beeld van de verdeling van de (zeer) schaarse subsidies voor wetenschappelijk onderzoek verstrekt door NWO. In casu heeft de afgewezen aanvrager mee gedongen naar een zogenaamde Veni-subsidie in de subsidieronde Veni-2012. Zijn aanvraag wordt door de door het algemeen bestuur van NWO (hierna NWO) aangezochte externe referenten (experts op het onderzoeksgebied waarop de aanvraag betrekking heeft) zeer goed beoordeeld. Het komt als gevolg daarvan op de voorlopige prioriteringslijst op nummer 3 van de beoordelingscommissie terecht. Deze beoordelingscommissie adviseert NWO mede op basis van de referentenoordelen over de prioritering van alle ingediende voorstellen. De aanvrager heeft dus aanvankelijk een zeer kansrijke positie om voor subsidie in aanmerking te komen. Dan gaat er iets mis. Door het interview dat wordt af-

genomen door de beoordelingscommissie zakt het voorstel in de ranking zodanig naar beneden, dat het niet bij de eerste elf eindigt en dus niet voor subsidie in aanmerking komt. De bezwaarschriftencommissie stelde vast dat deze daling niet goed kan worden verklaard: de aanvrager kreeg voor het beoordelingscriterium 'kennisbenutting' van de commissie in plaats van 2,65 punten na het interview de veel slechtere score van 4,24 punten, terwijl dit onderwerp tijdens het interview niet aan de orde was geweest en dit eindoordeel ook niet werd onderbouwd. Als gevolg van dit onverklaarbare slechte punt voor kennisbenutting zakte de aanvraag nog verder weg in de ranking, doordat dit punt ook werd meegerekend onder het beoordelingscriterium van 'wetenschappelijke kwaliteit'. Daar zakte de score vervolgens van 1,79 naar 4,30. Kortom, de aanvraag wordt door de beoordelingscommissie op grond van een criterium dat niet aan de orde kwam tijdens het interview, na dat interview op een kansloze positie op de prioriteringslijst geplaatst. Geen wonder dat de bezwaarschriftencommissie de beoordeling door de adviescommissie niet transparant en onzorgvuldig vond en de motivering daarvan tekort vond schieten.

3. NWO geeft in de procedure die volgt ook gewoon toe dat de beoordelingsprocedure onzorgvuldig is verlopen. De vraag die partijen verdeeld houdt is hoe deze fout moet worden hersteld. Eerst wordt de aanvrager aangeboden mee te doen in de Veni-ronde van 2013. Wanneer hij dat weigert wordt hij in de beslissing op bezwaar om die reden helemaal onderaan de ranking geplaatst. De Rechtbank Midden Nederland oordeelt die aanpak in een tussenuitspraak in strijd met de regel dat de heroverweging in bewaar in tendergeschillen moet plaatsvinden naar de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het primaire besluit, dus ex tunc. Om die ex tunc toetsing vorm te geven moest NWO volgens de rechtbank een nieuw interview organiseren met een nieuwe beoordelingscommissie. De resultaten van dit interview konden vervolgens worden afgezet tegen de interviewresultaten van de andere aanvragers in de Veni-ronde 2012. Daarvoor konden de gespreksverslagen en interviewscores uit 2012 worden gebruikt. Verder werd NWO in overweging gegeven om, wanneer die aanpak praktisch niet uitvoerbaar zou blijken, gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid om subsidie te verlenen zonder dat daaraan een positief advies van de beoordelingscommissie ten grondslag ligt, die was vastgelegd in de NWO-Regeling subsidies (art. 2.2.9). Blijkens de einduitspraak (ECLI:NL:RBMNE:2017:7306) vond NWO deze aanpak niet uitvoerbaar. Zij stelde voor dat de aanvraag geactualiseerd mee mag doen in de

eerstvolgende Veni-ronde of dat de aanvraag zal worden vergeleken met een ad-hoc ingestelde commissie die de aanvraag vergelijkt met twee aanvragen uit de ronde van 2012, die rond de honoreringstreep zijn geëindigd. Die tweede optie blijkt later toch weer geen optie te zijn omdat de verslaglegging van de interviewronde van 2012 zó slecht is, dat door de ad hoc commissie geen goede en eerlijke vergelijking meer mogelijk zou zijn. Van de genoemde discretionaire bevoegdheid wenste NWO geen gebruik te maken omdat er nooit subsidie wordt verstrekt zonder dat de mate van wetenschappelijkheid is vastgesteld door een adviescommissie.

Over bleef dus het voorstel in de trant van 'nieuwe ronde, nieuwe kansen' en zo werd besloten in de nieuwe beslissing op bezwaar. Daarbij moet worden opgemerkt dat de aanvrager hier wel iets aan had, omdat hij zonder dit besluit geen recht meer zou hebben gehad op deelname aan de Veni-ronde. De toegang tot die subsidietender is namelijk gelimiteerd (een aanvrager mag bijvoorbeeld maximaal drie jaar geleden zijn gepromoveerd). Dat neemt niet weg dat dit aanbod géén ex tunc beoordeling omvat, zoals de rechtbank in de tussenuitspraak had geëist. Waarschijnlijk enigszins geïrriteerd stelt de rechtbank vast dat NWO 'geheel voorbij is gegaan aan wat in de tussenuitspraak is overwogen' en eigenlijk hoger beroep had moeten instellen en de rechtbank had moeten laten weten dat er geen gebruik zou worden gemaakt van de geboden herstelmogelijkheid. NWO, zo is duidelijk geworden in de procedure, kan en wil niet voldoen aan de verplichting om in bezwaar een ex tunc beoordeling van het primaire besluit uit te voeren. Het zou onredelijk zijn als de aanvrager de gevolgen van deze onzorgvuldige besluitvorming zou moeten dragen, aldus de rechtbank. Daarom volgt niet alleen een gegrondverklaring van het beroep, maar voorziet de rechtbank ook zelf in de zaak door te bepalen dat NWO op de aanvraag een subsidie van € 250.000 toekent.

4. In hoger beroep legt NWO nog eens uit hoe moeilijk het is om ex tunc te toetsen in dit soort gevallen: het is vaak niet meer na te gaan wat de uitkomst zou zijn geweest als de verdelprocedure wél zorgvuldig zou zijn uitgevoerd. Bovendien zou de door de rechtbank vereiste werkwijze onevenredig veel werkdruk opleveren. Dan zouden de (nieuwe) interviewresultaten van de aanvrager namelijk moeten worden afgezet tegen de interviewresultaten van de andere kandidaten in de subsidie(deel)ronde van 2012 en dat zijn er al snel een stuk of 100. Dat is nogal een klus voor (doorgaans onbezoldigde) leden van de adviescommissie.

Deze argumenten worden vaker naar voren gebracht als het gaat om het herstel van fouten in een tenderprocedure. Van Rijn van Alkemade wijst er in zijn recente proefschrift 'Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten' (Bju 2016, p. 147 e.v.) op dat rechtsherstel na procedurefouten in tenders (voor alle soorten schaarse besluiten) al snel vereist dat de verdelprocedure (deels) wordt overgedaan, maar dat tijdsverloop daarbij een complicerende factor is. De omstandigheden zijn inmiddels gewijzigd (wat in 2012 vernieuwend was, hoeft dat in 2015 niet meer te zijn), commissieleden zijn feitelijk niet meer samen te brengen, verslaglegging in tenders blijkt vaak gebrekkig te zijn, kortom het 'overdoen' in de context van toen is feitelijk vaak nauwelijks mogelijk.

5. Dit soort argumenten maakt weinig indruk op de Afdeling. In r.o. 4.2 overweegt zij heel principieel dat nu het bestuur van oordeel is dat het primaire besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen, het dat besluit moet herroepen en moet vaststellen of de aanvrager wel voor subsidie in aanmerking had moeten komen in de subsidieronde van 2012. Door geen nieuw besluit te nemen, maar aan te bieden dat de aanvrager mee kan doen in een nieuwe subsidieronde handelt NWO in strijd met art. 7:11 lid 2 Awb, in het bijzonder – zo nemen wij aan – met de in die bepaling vastgelegde rechtsplicht om 'voor zover nodig een nieuw besluit te nemen'. Zo komt (opnieuw, zie eerder ECLI:NL:RVS:2002:AF0298, AB 2003/135, m.nt. NV) en duidelijker geformuleerd dan ooit vast te staan dat de beslissing op bezwaar in een geschil over een tendersubsidie ex tunc moet worden genomen omdat de aard van de beslissing zich verzet tegen de gebruikelijke ex tunc beoordeling in bezwaar. Anders geformuleerd: subsidies verdelen in een tender is een beauty contest en (in de woorden van Verheij) 'bij een wedstrijd moeten voor alle deelnemers dezelfde spelregels gelden' (zie zijn noot onder AB 2003/135). Praktische problemen en bezwaren kunnen aan die regel niet afdoen.

6. Daarmee geeft de Afdeling, anders dan de rechtbank, niet aan hoe die ex tunc toetsing dan praktisch moet plaatsvinden. Of de door NWO voorgestelde werkwijze van een ad-hoc ingestelde commissie die de afgewezen aanvraag vergelijkt met twee andere aanvragen uit dezelfde tender die rond de honoreringstreep zijn geëindigd ook acceptabel vindt, blijft zodoende onduidelijk. Dat is jammer want deze kwestie is voor bestuursorganen die omvangrijke tenderprocedures uitvoeren van groot praktisch belang. Ook voor NWO is deze vraag belangrijk omdat zij deze werkwijze inmiddels in een richtlijn voor herbeoordeling van onderzoeksvorstellen heeft

vastgelegd. Vooral nog sluiten wij niet uit dat er creatievere manieren kunnen worden gevonden voor de ex tunc beoordeling van afgewezen aanvragen, dan een vergelijking met alle concurrenten. Wij zijn als adviescommissieleden in NWO tenders in ieder geval niet ongevoelig voor het argument dat het beoordelen van kwaliteit van onderzoeksvoorstellen voor wetenschappers wel een beetje doenbaar moet blijven, zij moeten immers ook nog toekomen aan het onderzoeken zelf.

7. Niet alleen de principiële overwegingen met betrekking tot art. 7:11 Awb maken indruk, ook de ferme afdoening van de zaak imponeert. De rechtbank voorziet zelf in de zaak en kent een veni-subsidie ad € 250.000 toe; de Afdeling laat dat oordeel in stand. Dat is bepaald uitzonderlijk. Hoewel bestuursrechters definitieve geschilbeslechting steeds hoger op hun agenda hebben staan, komt het weinig voor dat de rechter eiser een bepaald recht toekent, waar het bestuursorgaan dat weigerde (zie nader onder 10). In de meerderheid van de gevallen waarin de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet, neemt hij (enkele) negatieve gevolgen van het bestreden besluit weg. Hij grijpt regelmatig in in een rechtsbetrekking die is vastgesteld bij een belastend besluit. De rechter stelt dan zelf de hoogte van de boete vast (art. 8:72a Awb), of herroept het primaire handhavende besluit, omdat hij er niet van overtuigd is dat het bestuursorgaan alsnog de overtreding van een bepaald wettelijk voorschrift aannemelijk kan maken (o.a. CRvB 5 maart 2007, AB 2007/385, m.nt. A.T. Marseille). Handhaving is dan in beginsel van de baan. Bij begunstigende besluiten komt het regelmatig voor dat hij een belastend voorschrift laat vervallen (bijv. ABRvS 7 december 2016, JB 2017/23; ABRvS 25 juni 2014, AB 2014/326, m.nt. W. den Ouden).

8. De bestuursrechter die zelf in de zaak voorziet, slaat daarbij acht op verschillende factoren. Ortlep heeft deze overzichtelijk geordend in zijn annotatie bij ABRvS 21 maart 2012, AB 2012/233 (*Zanddepot Berkendonkse plas*). Hoofdcriterium is dat de rechter de overtuiging moeten hebben dat de uitkomst van het geschil, in het geval het bestuursorgaan opnieuw in de zaak zou voorzien, geen andere zou zijn en de toets aan het recht kan doorstaan. De bestuursrechter anticipeert op de uitkomst van fictieve verlengde besluitvorming en beziet of zijn inschatting een rechtmatige oplossing biedt. Beschikt het bestuursorgaan over een discretionaire bevoegdheid, dan zal de rechter uitvragen hoe het bestuur van die bevoegdheid gebruik zou willen maken. Die keuze van het bestuursorgaan, kenbaar gemaakt op de zitting of ook al in processtukken, vormt vaak de opmaat voor het zelf in de zaak

voorzien (zie ook B.J. Schueler, 'Inrijverbod Hattem. Finale geschilbeslechting door de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2016, p. 562; en bijv. ABRvS 26 oktober 2016, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring en JB 2016/235, m.nt. L.J.M. Timmermans; en ABRvS 16 maart 2016, JB 2016/89, m.nt. L.J.M. Timmermans). Maar, lopen het standpunt van het bestuursorgaan en de inschatting van de rechter van het rechtmatige gebruik van de bestuursbevoegdheid uiteen, zoals in casu het geval is, dan beperkt beleids- of beoordelingsruimte de arm-slag van de rechter aanzienlijk. Andere factoren waarop de rechter dan nog acht slaat betreffen a. duur van de procedure; b. urgentie van de te treffen voorziening; c. uitdrukkelijk verzoek van partijen; d. belangen van derdenbelanghebbenden; e. rechterlijke overtuiging dat het bestuursorgaan het gebrek aan het bestreden besluit niet gaat of kan herstellen; f. waarschijnlijkheid dat een nader onderzoek geen ander licht op de zaak zal kunnen werpen (ontleend aan Ortlep onder AB 2012/233 en meer recent bij ABRvS 16 november 2016, AB 2017/149).

9. De Afdeling lijkt in r.o. 5.2 doorslaggevend belang te hechten aan factor e en ook de rechtbank zit op die lijn. NWO stelt zich weinig welwillend op om ex tunc een oplossing voor het geschil te vinden, zo bleek al onder aantekening 3. Eerst vraagt NWO om verlenging van de termijn om de tussenuitspraak uit te voeren, dan vraagt zij van de rechtbank goedkeuring voor de eigen oplossingsrichtingen, los van de tussenuitspraak. In de tussentijd past zij de Richtlijn voor herbeoordeling van onderzoeksvoorstellen aan, zodat de door haar gewenste oplossing van meedingen in een volgend subsidiejaar alsnog in de regels komt te staan. De rechtbank erkent dat er contra-indicaties zijn voor het zelf in de zaak voorzien (de rechter ontbeert expertise wat betreft het wetenschappelijke gehalte van het onderzoeksvoorstel en diverse informatie uit de subsidieronde 2012 ontbreekt), maar zet toch door.

“Dat de rechtbank echter geen concrete informatie heeft die nodig is om tot een oplossing van dit geschil te komen, ligt echter wel aan verweerder die ondanks de tussenuitspraak blijft volharden in zijn standpunt dat een beoordeling van de aanvraag in een volgende subsidieronde zal moeten plaatsvinden en die geen pogingen heeft gedaan om tot een beoordeling van eisers aanvraag naar het subsidiejaar 2012 te komen.”

(Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7306, r.o. 13). Staat vast dat aan het bestreden besluit rechtmatigheidsgebreken kleven en spant het bestuursorgaan zich onvoldoende in om die gebreken te herstellen, dan

dient dat voor rekening en risico van het bestuursorgaan te komen. In dit geval staat voldoende vast dat NWO het gebrek niet gaat herstellen (factor e), wat mede komt doordat de verslaglegging van de interviewronde 2012 onvoldoende is en niet meer kan worden hersteld (factor f). De rechtbank laat het grotendeels bij die vaststelling. De Afdeling koppelt meer naar het hoofdcriterium terug en beargumenteert waarom de uitkomst van het geschil geen andere zou zijn, wanneer het de besluitvorming aan het bestuursorgaan zou overlaten en deze rechtmatig van zijn bevoegdheid gebruik zou maken. Op basis van de schriftelijke ronde had appellant een voorlopige totaalscore van 1,9 (op een schaal van 1 t/m 9). Hij eindigde in de voorselectie op positie 3, wat zijn kansen op financiering als gezegd uitzonderlijk hoog maakte. Zou hij een gemiddelde score voor zijn interview hebben gekregen, dan zou hij op de prioriteringslijst op plaats 11 of hoger zijn geëindigd en de subsidie hebben gekregen. Dat zou een aannemelijke uitkomst van een rechtmatig verlopen procedure zijn en dus laat de Afdeling de subsidietoekenning door de rechtbank in stand. De Afdeling koos al eerder voor een soortgelijke benadering in ABRvS 23 januari 2013, AB 2014/306, m.nt. Van Angeren, waarbij de Afdeling in een subsidietender twee beoordelingsaspecten scoort, die het bestuursorgaan ten onrechte ongescoord had gelaten.

Toegegeven, er zijn procedures waarin de Afdeling zich veel principiëler opstelt bij besluiten die gebaseerd zijn op discretionaire bevoegdheden. *“Het besluit op een verzoek om de bevoegdheid als bedoeld in artikel 5:34, eerste lid, van de Awb toe te passen betreft geen gebonden besluit, zodat slechts zelf in de zaak kan worden voorzien als het bestuursorgaan alsnog de vereiste belangenafweging heeft gemaakt en de uitkomst van die belangenafweging evident de rechterlijke toets kan doorstaan”*, ABRvS 16 maart 2016, JB 2016/89, m.nt. L.J.M. Timmermans. In het geval van NWO kan het bestuursorgaan echter door de gebreken in de besluitvorming en het gebrekkige besluitvormingsdossier een deugdelijke belangenafweging niet meer op zich nemen. De rechter is dan minder terughoudend.

10. Zoals gezegd komt het weinig voor dat de rechter zelf in de zaak voorziend eiser of appellant een bepaald recht toekent, waar het bestuursorgaan dat recht nog had onthouden. Dat is begrijpelijk, omdat de aanspraak meestal niet dwingend uit de wet voortvloeit en de beoordeling expertise vergt, waarbij het bestuursorgaan een zekere discretie toekomt. Lang heeft de bestuursrechter zich een stuk terughoudender opgesteld, zo blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak uit 2009 (ABRvS 25 februari 2009, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alke-

made), waarin zeer vergelijkbare onregelmatigheden werden geconstateerd in een NWO-selectieprocedure. Toen kwam de ABRvS niet verder dan een motiveringsgebrek en een terugverwijzing naar het bestuursorgaan. In de jurisprudentie waarin de rechter wél de gevraagde voorzieningen verleent, lijkt dat vaak een reactie te zijn op wat voorgevallen is bij eerdere herstelpogingen door het bestuursorgaan. Zo kende eerder de bestuursrechter zelf in de zaak voorziend toe:

- de vergoeding van het geneesmiddel Pentosan ad fl. 653,88 omdat de zorgverzekeraar al drie maal was uitgenodigd om de weigering van de vergoeding nader te motiveren, ook in een informele lus, zonder resultaat (CRvB 24 september 2008, AB 2009/281, m.nt. A.T. Marseille).
- een ESF subsidie ad € 257.556, nu de staatssecretaris, noch ter zitting, noch naar aanleiding van vragen na heropening van het onderzoek bij de Afdeling inzichtelijk heeft kunnen maken om welke reden de subsidieaanvraag op twee beoordelingsaspecten niet is gescoord (ABRvS 23 januari 2013, AB 2014/306, m.nt. J.R. van Angeren).
- subsidie voor een aanvullende kostenpost ad € 922,10 mogelijk gemaakt doordat eiser door middel van een tussenuitspraak tot nadere bewijslevering is uitgenodigd (Rb. Limburg 8 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4829).
- een functiebevordering van ambtenaren naar schaal 13, gebaseerd op gerechtvaardigd beroep op het vertrouwensbeginsel (CRvB 16 maart 2017, AB 2017/167, m.nt. Damen; geen bijzondere procedurele gebreken).

Uiteraard zijn er de nodige verschillen tussen bovenstaande voorbeelden. Een gemene deler is echter dat de verstrekkingen vooral financiële gevolgen hebben voor het bestuursorgaan en dat derdenbelanghebbenden daar niet direct door worden geschaad.

11. *“Te hopen valt dat NWO deze uitspraak (...) aangrijpt om schoon schip te maken. Met relatief eenvoudige ingrepen kan een veel grotere doorzichtigheid worden betracht. Het wordt hoog tijd dat te doen. Waar de wetenschap zelf niet kan bestaan zonder doorzichtigheid, helderheid en openbaarheid geldt dat evenzeer voor de procedures die het uitoefenen van de wetenschap praktisch mogelijk maken”*, aldus Lex Michiels onder AB 2008/46. Die oproep lijkt nog steeds actueel: de beoordeling in de interviewronde moet beter worden vastgelegd, ten behoeve van een eerlijke, transparante beoordeling. Keerzijde van al deze mooie bestuursrechtelijke zorgvuldigheidseisen is dat de uitvoeringslasten en -kosten steeds verder toenemen. Leidt deze bureaucratische rechtvaardigheid ook tot een betere selectie van onderzoeksvoorstellen? Ook daar was Michiels eerder kritisch over. *“Ten tweede moet ernstig worden getwijfeld aan de wijze waarop en het succes waarmee*

wordt getracht willekeur bij de toewijzing te vermijden. Let wel: slechte voorstellen komen er doorgaans niet door; dat scheidt. Maar welke van de vele goede voorstellen er wel doorkomen, hangt sterk van persoonlijke voorkeuren en andere niet terzake doende factoren af. Als derde bezwaar tegen het systeem geldt dat bij bepaalde subsidie-rondes aanvragen uit verschillende wetenschapsgebieden met elkaar moeten concurreren. Dat versterkt het willekeur-effect. Het is mijns inziens namelijk een illusie te denken dat wetenschappers van goede (d.w.z. duidelijke, goed opgebouwde enz.) onderzoeksvorstellen op andere dan hun eigen vakgebieden werkelijk met verstand kunnen beoordelen welke voorstellen beter, belangrijker enz. zijn dan andere. Ze kunnen, zoals gezegd, wellicht de slechte voorstellen er uit filteren, maar daar houdt het mee op" (aantekening 5 bij de annotatie onder Rb. Arnhem 23 juni 2009, AB 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels). Welke bestuursrechtelijke zorgvuldigheidseisen kunnen de gewenste verdelende rechtvaardigheid brengen? Het scoren van de wetenschappelijkheid van onderzoeksvorstellen op vele criteria op een schaal van 1 t/m 9, tot twee cijfers achter de komma, moet een oordeel preciseren dat niet in die mate valt te objectiveren. Eisen van zorgvuldigheid en transparantie kunnen dat probleem niet wegnemen. Loten tussen voorstellen die boven een bepaalde score eindigen, zou wat ons betreft het overwegen waard zijn.

W. den Ouden en Y.E. Schuurmans

AB 2017/199

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

26 april 2017, nr. 16/4262 WW
(Mrs. H.G. Rottier, A.I. van der Kris, E. Dijt)
m.nt. W. Voermans*

Art. 1b, 45 WW; art. 5 Dagloonbesluit 2015

ECLI:NL:CRVB:2017:1476

Algemeen verbindend voorschrift uit het gewijzigde Dagloonbesluit 2015 waarbij een groep werknemers met onderbroken arbeidsverleden over het hoofd is gezien, biedt, wegens strijd met rechtsbeginsel, onvoldoende grondslag voor besluit. Centrale Raad past verdisconteringslijn van de Hoge Raad (Harmonisatiewet-arrest) toe.

Bij besluit van 14 juli 2015 heeft het UWV een eerder WW-uitkeringsbesluit van betrokkene ingetrokken, wegens een verandering in het Dagloonbesluit 2015 en het volgens de nieuwe systematiek

van dagloonberekening en referentieperiode opnieuw vastgesteld. Dat pakt nadelig uit voor betrokkene die in de referentieperiode niet het hele jaar onderbroken als werknemer in dienstbetrekking werkzaam is geweest. De toelichtende stukken bij het Dagloonbesluit 2015 laten zien dat de (financiële) belangen van de groep met een onderbroken arbeidsverleden in het referentiejaar niet als zodanig zijn meegewogen. Is daarmee het besluit van de wetgever in (artikel 5, eerste lid, van) het Dagloonbesluit 2015 – en de daarop gebaseerde beschikkingen van het UWV – in strijd zijn met het geschreven of het ongeschreven recht? De Rechtbank stelt vast dat de materiële wetgever inderdaad kennelijk de groep met onderbroken arbeidsverleden over het hoofd heeft gezien alsmede de consequenties daarvan voor de betrokken. Volgens de Rechtbank komt artikel 5, eerste lid, WW daarmee in strijd met het loondervings- en verzekeringsprincipe van de WW en aan het beginsel dat het dagloon een redelijke afspiegeling moet vormen van het welvaartsniveau van de betrokkene. De Centrale Raad stelt zich, in lijn met de standaardjurisprudentie, op het standpunt dat de rechter in het geval van incidentele toetsing van algemeen verbindende voorschriften zich terughoudend op dient te stellen. Het is aan de materiële wetgever voorbehouden om alle betrokken belangen af te wegen en moet de rechter het resultaat daarvan respecteren. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanige ernstige feiten kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren besluiten. Bij die (niet rechtstreekse) toetsing van algemeen verbindende voorschriften de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk rol als richtsnoer voor de rechter. De Centrale Raad onderkent de door de Rechtbank gesignaleerde omissie bij de voorbereiding van het Dagloonbesluit 2015 en stelt vast dat daarom de besluitgever niet in redelijkheid tot de vaststelling van artikel 5, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015, kunnen komen voor zover daarin geen regeling is opgenomen die rekening houdt met de belangen van werknemers die niet het gehele referentiejaar gewerkt hebben.

De Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv),
en
Betrokkene te woonplaats (betrokkene).

Procesverloop

Het Uwv heeft hoger beroep ingesteld.

* Hoogleraar Staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden.