

kan een bestuurlijke boete ook opgelegd worden aan een overtreder die het niet in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen.

4. Wat medeplegen betreft zal bij kleurloze delicten het opzet slechts hoeven te zien op de samenwerking en niet tevens op de verboden gedraging (HR 20 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZK0235 en CBb 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0770, AB 2010/216, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen). Maar de voor medeplegen benodigde nauwe samenwerking wordt in beginsel niet snel aangenomen, zodat andere deelnemingsvormen vaak de voorkeur verdienen (zie het overzichtsarrest HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390, m.nt. P. Mevis). Dat in de *Nijmeegse scooter*-zaak (HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964, *NbSr* 2014/67 en het vervolg: HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:241, *RvdW* 2018/308) door de Hoge Raad werd geoordeeld de opvatting van het Hof dat 'om tot een be-wezenverklaring van medeplegen te kunnen komen in een situatie waarin niet vaststaat wie de bestuurder is geweest, is (...) vereist dat de rollen van de bestuurder en de rijder volstrekt inwisselbaar zijn' niet juist is, doet daar volgens mij niet aan af. Ook in die zaak wees alles er op dat tussen de twee verdachten bewust en nauw is samengewerkt inzake de voorgenomen overval waarbij gebruik werd gemaakt van een motorscooter, zodat bij de daarop volgende vlucht op de motorscooter, met dodelijk gevolg voor een passant, eveneens sprake was van nauwe samenwerking tussen de twee verdachten. In het bestuursrecht komt deze deelnemingsfiguur dan ook niet zo vaak voor.

5. Medeplegen kan wel een uitkomst bieden indien niet alle betrokkenen normadressaat zijn, want dan kunnen ook zij worden beboet (R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011). Blijkbaar was A hier geen normadressaat, omdat hij de benodigde vergunningen niet kon aanvragen, omdat hij niet de eigenaar of verhuurder was, en de overtreding dus ook niet kon beëindigen. Het niet kunnen beëindigen van de overtreding is niet relevant voor de boeteoplegging, want een punitieve sanctie ziet op bestraffing van een overtreding die reeds is begaan. Bij de oplegging van een last onder dwangsom zal dit in beginsel anders liggen (zie art. 5:32a en art. 5:34 lid 1 Awb en bijvoorbeeld ABRV 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1247, BR 2014/9, m.nt. F. Onrust en A. Drahmann en ABRV 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2036).

6. Ten aanzien van C heeft het college de keuze tussen boeteoplegging wegens feitelijk leidinggeven aan de overtredingen en plegen (zie S.M.C. Nuijten & R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses (Preadvies voor de Vereniging*

voor Financieel Recht 2018) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 155), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 94).

R. Stijnen

AB 2018/406

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

11 juli 2018, nr. 201706123/1/A2

(Mrs. J.E.M. Polak, J. Kramer, H. Bolt)

m.nt. J.E. van den Brink (1) en m.nt. A. Drahmann (2)*

Art. 4:26 Awb; art. 2.7, 2.9 lid 3 Subsidieregeling MKB innovatiestimulering topsectoren Zuid-Nederland 2015

ABkort 2018/336

ECLI:NL:RVS:2018:2310

Rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen, is ook van toepassing bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen. Beginsel van gelijke kansen gaat in de onderhavige omstandigheden voor op het rechtszekerheidsbeginsel.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86) geldt in het Nederlandse recht een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat deze rechtsnorm ook in de hier aan de orde zijnde situatie van toepassing is, omdat sprake is van verdeling van schaarse subsidiemiddelen.

Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort dat de regels voor het verdelen van de subsidie voorafgaand aan het aanvraagtijdstip vastgesteld en bekend gemaakt dienen te worden. Een wijziging met terugwerkende kracht past daar niet in. In dit geval zou de onverkorte toepassing van het hier aan de orde zijnde rechtszekerheidsbeginsel evenwel een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel als onder 7.1 omschreven inhouden. Het college heeft door de geko-

* A. Drahmann is universitair (hoofd)docent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

zen wijze van loting in overeenstemming met de onder 7.1. genoemde rechtsnorm gehandeld.

Uitspraak op het hoger beroep van:
Geobox B.V., te Halsteren, gemeente Bergen op Zoom, appelland,
tegen de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 16 juni 2017 in 17/657 in het geding tussen:
Geobox,
en
Het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant.

Procesverloop

Bij besluit van 25 juli 2016 heeft het college de aanvraag van Geobox om subsidie in het kader van de Subsidieregeling MKB innovatiestimulering topsectoren Zuid-Nederland 2015 (hierna: de Subsidieregeling) afgewezen.

Bij besluit van 11 januari 2017 heeft het college het door Geobox daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 16 juni 2017 heeft de rechtbank het door Geobox daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangetrokken (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft Geobox hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Geobox heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 juni 2018, waar Geobox, vertegenwoordigd door gemachtigde A, vergezeld door gemachtigde B, en het college, vertegenwoordigd door mr. P.J.C. Brekelmans-van Aert, mr. P.M.C. van Driel-Faasen en drs. P.J.A. Heuts, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding en besluitvorming

1. In 2015 hebben de colleges van gedeputeerde staten van Zeeland, Noord-Brabant en Limburg de Subsidieregeling MKB innovatiestimulering topsectoren Zuid-Nederland 2015 (hierna: Subsidieregeling MIT Zuid) vastgesteld. De Subsidieregeling MIT Zuid wordt uitgevoerd door Stimulus Programmamanagement, een afdeling van de provincie Noord-Brabant. Het college van die provincie is het bevoegd gezag inzake besluiten op subsidieaanvragen.

2. Op grond van de Subsidieregeling MIT Zuid kan jaarlijks onder meer subsidie worden aangevraagd voor projecten gericht op het verkrijgen van een innovatieadviesdienst en het uit-

voeren van een haalbaarheidsproject. Subsidieaanvragen konden vanaf 10 mei 2016 via het Stimulus webportaal worden ingediend. Het subsidieplafond was vastgesteld op € 3.190.802 en zou, ingevolge de Subsidieregeling MIT Zuid, worden verdeeld op volgorde van binnenkomst van de subsidieaanvragen.

3. Bij besluit van 19 juli 2016 hebben Gedeputeerde Staten van Zeeland, Noord-Brabant en Limburg de Derde Wijzigingsregeling vastgesteld. Bij deze regeling zijn de regels voor rangschikking van de subsidieaanvragen in geval het subsidieplafond dreigt te worden overschreden met terugwerkende kracht tot 10 mei 2016 gewijzigd.

4. Geobox heeft in het kader van de openstelling 2016 van de Subsidieregeling MIT Zuid op 10 mei 2016 subsidie aangevraagd voor het project GEOKASTECH. Bij het besluit van 25 juli 2016, gehandhaafd bij het besluit van 11 januari 2017, heeft het college de aanvraag van Geobox afgewezen, omdat het subsidieplafond reeds was bereikt. Het college heeft, mede onder verwijzing naar het advies van de hoor- en adviescommissie van 9 januari 2017, uiteengezet dat het webportaal waarop de subsidieaanvragen digitaal konden worden ingediend, op 10 mei 2016, de eerste dag van de openstelling 2016, niet naar behoren bleek te werken. Niet alle aanvragers konden hun aanvraag op het door hen gewenste tijdstip indienen, waardoor aanvragers geen eerlijke en gelijke kansen hebben gekregen om een gunstige plaats in de rangorde te bemachtigen. De geregistreerde indieningstijdstippen geven geen goed beeld van de rangorde indien het systeem wel naar behoren had gefunctioneerd. Dit heeft ertoe geleid dat geen goede, transparante en eerlijke rangschikking op basis van volgorde van binnenkomst mogelijk was en niet met zekerheid kon worden vastgesteld op welk moment het subsidieplafond zou worden overschreden. Omdat het subsidieplafond vanwege grote toeloop op de Subsidieregeling MIT Zuid op 10 mei 2016 dreigde te worden overschreden, is om 12.00 uur besloten dat de rangschikking zou worden bepaald door middel van loting door een notaris. Hierover is om 12.00 uur op de website van Stimulus en om 13.00 uur op het Stimulus webportaal een bericht geplaatst. In dit bericht staat verder dat aanvragers die hun aanvraag die dag zagen stranden in het systeem, alsnog in de gelegenheid worden gesteld hun aanvraag tot uiterlijk 23.59 uur die dag per e-mail in te dienen of persoonlijk af te geven of te bezorgen bij Stimulus Programmamanagement. Geobox is bij de loting, die plaatsvond op 13 mei 2016, op plaats 222 geëindigd in de rangschikking en viel daarmee buiten het subsidieplafond. De aanvraag van Geobox is daarom niet meer inhoudelijk beoordeeld.

Het college heeft opgemerkt dat de Subsidie-regeling MIT Zuid niet in een oplossing voorzag voor deze situatie. Rangschikking door middel van loting is mogelijk gemaakt op grond van artikel 2.9, derde lid, onder b, van de Subsidie-regeling MIT Zuid. Dit artikellid is op 19 juli 2016 ingevoerd bij de Derde Wijzigingsregeling, waaraan terugwerkende kracht is toegekend tot en met 10 mei 2016. De wijziging van de methode van rangschikking hangende de besluitvormingsprocedure met terugwerkende kracht levert een schending van het rechtzekerheidsbeginsel op, maar dat is, gegeven de omstandigheden, in dit geval gerechtvaardigd, omdat rangschikking zonder loting zou leiden tot willekeur. Geobox is daarnaast slechts beperkt in haar belangen geschaad, doordat zij al rekening moest houden met de mogelijkheid van rangschikking door loting als er op de dag dat het subsidieplafond zou worden overschreden tenminste één aanvraag per post zou zijn ingediend, aldus het college.

Wettelijk kader

5. Artikel 4:26 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) luidt:

“1. Bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld.

2. Bij de bekendmaking van het subsidieplafond wordt de wijze van verdeling vermeld.”

Artikel 2.7 van de Subsidie-regeling MIT Zuid luidt:

“Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 2.1 voor de periode, genoemd in artikel 2.6, vast op € 3.190.802.”

Artikel 2.9 luidde voor de Derde Wijzigingsregeling als volgt:

“1. Het subsidieplafond als bedoeld in artikel 2.7, wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst van de subsidieaanvragen.

[...]

3. Dreigt het subsidieplafond op enig tijdstip te worden overschreden, dan vindt rangschikking plaats door middel van loting:

a. van de op dat tijdstip binnengekomen volledige subsidieaanvragen, indien op die dag alleen aanvragen digitaal binnenkomen;

b. van de op die dag binnengekomen volledige subsidieaanvragen, indien op die dag zowel aanvragen per post als aanvragen digitaal binnenkomen.”

Na de invoering van de Derde Wijzigingsregeling luidt artikel 2.9, derde lid, als volgt:

“Dreigt het subsidieplafond op enig tijdstip te worden overschreden, dan vindt rangschikking plaats door middel van loting:

a. van de op dat tijdstip binnengekomen volledige subsidieaanvragen, indien op die dag alleen aanvragen digitaal binnenkomen;

b. van de op die dag binnenkomen volledige subsidieaanvragen, indien op die dag alleen aanvragen digitaal binnenkomen en er zich technische storingen voordoen in het digitale systeem;

c. van de op die dag binnengekomen volledige subsidieaanvragen, indien op die dag zowel aanvragen per post als aanvragen digitaal binnenkomen.”

Aangevallen uitspraak

6. De rechtbank heeft onder verwijzing naar jurisprudentie van de Afdeling (uitspraken van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 en 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86) geoordeeld dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. De rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Naar het oordeel van de rechtbank geldt deze rechtsnorm ook in de hier aan de orde zijnde situatie, waarin sprake is van een verdeling van schaarse subsidiemiddelen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het college in dit geval terugwerkende kracht aan de Derde Wijzigingsregeling heeft mogen toekennen en heeft mogen bepalen dat tot de gekozen wijze van loting werd overgegaan. De rechtbank heeft voor dit oordeel van belang geacht dat aanvragers als gevolg van technische problemen van het webportaal – buiten hun toedoen – niet meer op het door hen gewenste moment hun subsidieaanvraag konden indienen. Hierdoor hebben aanvragers geen gelijke kansen gehad bij de indiening van hun aanvragen en kon redelijkerwijs niet meer worden uitgegaan van de volgorde van binnenkomst. Het door het systeem geregistreerde tijdstip van indiening gaf immers geen representatief beeld meer van het tijdstip waarop aanvragers hun aanvraag, zonder falen van het systeem, zouden hebben ingediend. Het college heeft daarom mogen bepalen dat de oorspronkelijke voorziene procedure “wie het eerst komt, die het eerst maalt” niet werd gevolgd.

De gekozen rangschikking door middel van loting voldoet naar het oordeel van de rechtbank aan de hiervoor genoemde norm. De rangschikking strekt immers tot het realiseren van gelijke kansen voor alle potentiële aanvragers, omdat geen van de aanvragers in een betere uitgangssituatie ten opzichte van de ander wordt geplaatst.

Daarbij acht de rechtbank het gerechtvaardigd dat ook de aanvragen die per e-mail of WeTransfer zijn ingediend tot de loting zijn toegelaten. Door het technisch falen van het webportaal kon, ondanks de mededeling dat aanvragen uitsluitend via dat webportaal moesten worden ingediend, aanvragers in redelijkheid niet worden tegengeworpen dat zij hun aanvraag op andere wijze hebben ingediend, aldus de rechtbank.

Hoger beroep

7. Geobox betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college door de wijziging met terugwerkende kracht van de Subsidieregeling MIT Zuid het rechtzekerheidsbeginsel heeft geschonden, terwijl hiervoor geen rechtvaardiging bestaat. Geobox stelt dat het, ondanks het falende systeem, op basis van datum-tijdstempeling van de via het webportaal, e-mail of WeTransfer ontvangen aanvragen, mogelijk was om een rangschikking te maken op volgorde van binnenkomst. Ter zitting bij de rechtbank is namelijk duidelijk geworden dat er geen stukken per post zijn ontvangen. Doordat Stimulus geen inzicht geeft in de datum-tijdstempeling blijft het onduidelijk of er noodzaak bestond om de Derde Wijzigingsregeling met terugwerkende kracht in te voeren en de voziene procedure “wie het eerst komt, die het eerste maalt” te vervangen door een loting. Geobox stelt dat zij door de wijziging ten onrechte is benadeeld, nu op basis van het registratienummer dat aan de door Geobox ingediende aanvraag is toegekend aanmerkelijk is dat de aanvraag van Geobox in aanmerking zou zijn gekomen voor inhoudelijke beoordeling en dat de aanvraag zou zijn toegewezen. Verder stelt Geobox dat het niet aanmerkelijk is dat een deel van de aanvragers werd toegelaten tot het webportaal en een ander deel van de aanvragers niet en dat dit volstrekt willekeurig zou plaatsvinden. Dit is een uitlating van Stimulus die niet gedekt wordt door het rapport van Stachanov Solutions en Services B.V. (hierna: Stachanov), aldus Geobox.

7.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwoogen (uitspraak van 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86) geldt in het Nederlandse recht een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat deze rechtsnorm ook in de hier aan de orde zijnde situatie van toepassing is, omdat sprake is van verdeling van schaarse subsidie-middelen.

7.2. Uit het rechtzekerheidsbeginsel vloeit voort dat de regels voor het verdelen van de subsidie voorafgaand aan het aanvraagstip vastgesteld en bekend gemaakt dienen te worden. Een wijziging met terugwerkende kracht past daar niet in. In dit geval zou de onverkorte toepassing van het hier aan de orde zijnde rechtzekerheidsbeginsel evenwel een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel als onder 7.1 omschreven inhouden. Het college heeft door de gekozen wijze van loting in overeenstemming met de onder 7.1. genoemde rechtsnorm gehandeld. Op 10 mei 2016 dreigde het subsidieplafond te worden overschreden. Bij een beoordeling op volgorde van binnenkomst was het daarom van cruciaal belang op welk tijdstip op 10 mei 2016 de aanvraag zou zijn ingediend. Bij de verdeling van de subsidie-middelen kon echter niet meer van de volgorde van binnenkomst worden uitgegaan, omdat aanvragers door technische problemen van het Stimulus webportaal geen invloed hadden op het door hen gewenste tijdstip waarop zij de aanvraag wilden indienen. De geregistreerde indieningstijdstippen gaven daarom geen goed beeld van de rangschikking die zou zijn ontstaan indien het systeem naar behoren had gefunctioneerd. Het college heeft dit op basis van eigen onderzoek, contact met aanvragers en het rapport van Stachanov, voldoende aanmerkelijk gemaakt. Doordat geen eerlijke rangschikking op basis van volgorde van binnenkomst beschikbaar was die recht deed aan het beginsel van gelijke kansen voor alle aanvragers, kon niet worden vastgesteld op welk tijdstip het subsidieplafond zou worden overschreden en welke aanvragers, gelet op artikel 2.9, derde lid, aanhef en onder a, van de Subsidieregeling MIT Zuid, bij de loting dienden te worden betrokken. Het college is daarom terecht op de gekozen wijze van loting overgegaan. Daarmee hebben alle aanvragers weer gelijke kansen gekregen. Door terugwerkende kracht aan de Derde Wijzigingsregeling toe te kennen is de loting van een juridische grondslag voorzien. Voor zover rangschikking op volgorde van binnenkomst mogelijk was, stond tevens vast dat aanvragers eerdere mislukte en niet geregistreerde pogingen hebben gedaan om een aanvraag in te dienen. Aan deze rangschikking kan daarom niet de waarde worden gehecht die Geobox hieraan gehecht wil zien. Het betoog van Geobox, dat zijn aanvraag op basis van het registratienummer in aanmerking komt voor een inhoudelijke beoordeling en voor toewijzing van de subsidie faalt, nu aan dit registratienummer niet meer de plaats in de rangorde op volgorde van binnenkomst kon worden ontleend. Juist om die reden kon de volgorde van binnenkomst niet langer als uitgangspunt worden genomen.

Het betoog faalt.

8. Geobox betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat er sprake was van vooringenomenheid of mogelijke voorinformatie over de aanvragen bij het college of de betrokken Stimulus medewerkers. Geobox voert hiertoe aan dat ter zitting bij de rechtbank door het college zou zijn gesteld dat bij de beslissing tot loting onder meer werd betrokken dat er indieners waren met hele goede voorstellen die dreigden te worden uitgesloten.

8.1. Naar het oordeel van de Afdeling bieden het dossier en het proces-verbaal van de zitting bij de rechtbank geen aanknopingspunten voor deze stelling. Uit het proces-verbaal van de zitting volgt slechts dat het college heeft toegelicht dat ook in het geval dat niet tot loting over zou zijn gegaan er procedures zouden zijn gestart door aanvragers waarvan de aanvraag zou zijn afgewezen terwijl die aanvragen anders kans hadden gemaakt te worden toegewezen. Hieruit volgt niet dat er bij het college sprake was van vooringenomenheid of mogelijke voorinformatie over de aanvragen.

Het betoog faalt.

9. Geobox betoogt voorts tevergeefs dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college onzorgvuldig en onbekwaam was in opzet en beheer van het webportaal. Dit betoog, wat daar verder van zij, betreft feitelijk handelen van personen werkzaam voor en in opdracht van het college en kan niet tot het oordeel leiden dat het besluit dat ter toets voorligt onrechtmatig is en daarom niet in stand kan blijven.

10. Reeds omdat geen sprake is van een onrechtmatig besluit, volgt uit artikel 8:91 van de Awb, dat de rechtbank het verzoek van Geobox om schadevergoeding terecht heeft afgewezen.

Conclusie

11. Het hoger beroep is ongegrond. De uitspraak van de rechtbank, voor zover aangevallen, dient te worden bevestigd.

12. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de uitspraak van de rechtbank, voor zover aangevallen.

Noot 1

1. In de bovenstaande uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) voor het eerst dat de rechtsnorm die erop neer komt dat potentiële ge-

gadigden een gelijke kans moeten hebben om naar beschikbare schaarse vergunningen mee te dingen, ook geldt bij de verdeling van schaarse subsidies. Deze uitspraak komt niet uit de lucht vallen. De Afdeling paste deze norm immers al eerder toe in een zaak die betrekking had op onderwijsbekostiging (ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen en ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, AB 2018/319, m.nt. C.J. Wolswinkel en P.J.J. Zoontjens).

De stap van onderwijsbekostigingszaken naar subsidies is gelet op art. 4:21 lid 4 Awb – in deze bepaling wordt de subsidietitel van overeenkomstige toepassing verklaard op de bekostiging van onderwijs – niet heel groot. Bovendien is het verschil tussen schaarse vergunningen en schaarse publieke middelen beperkt. Deze stap van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State werd dus verwacht.

In deze annotatie wordt onder punt 2 de casus uiteengezet. In punt 3 wordt kort de uitspraak van de Afdeling besproken. Vanaf punt 4 bespreek ik de gevolgen van de toepassing van voormelde rechtsnorm op de verdeling van schaarse subsidies. Daarbij wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de (mogelijke) eisen die voortvloeien uit de transparantieplichting (punt 4), de consequenties van deze uitspraak voor de toedeling van subsidies (punt 5) en de zogenoemde subsidie nieuwe stijl (punt 6). In punt 7 wordt afgesloten met een korte conclusie.

2. De bovenstaande uitspraak draait om de verdeling van subsidies op grond van Subsidieregeling MKB innovatiestimulering topsectoren Zuid-Nederland 2015 (hierna: de subsidieregeling). Deze subsidieregeling bestaat – weliswaar in gewijzigde vorm – nog steeds en is tot stand gekomen in het kader van de Samenwerkingsagenda die op 11 december 2014 is ondertekend door de twaalf Nederlandse provincies, de Minister van Economische Zaken en vertegenwoordigers van de nationale topsectoren en MKB-Nederland. Deze samenwerking heeft onder meer ten doel het financiële instrumentarium ter stimulering van de innovatie bij het MKB te stroomlijnen. Het Rijk heeft financiële middelen beschikbaar gesteld ter uitvoering van de subsidieregeling. Voor projecten gericht op het verkrijgen van een innovatieadviesdienst en het uitvoeren van een haalbaarheidsproject kon in 2016 vanaf 10 mei subsidie worden aangevraagd. Het subsidieplafond werd vastgesteld op € 3.190.802. De verdeling van deze subsidiegelden zou op grond van de subsidieregeling plaatsvinden door middel van een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-systeem. Het Stimulus Programmamanagement – onderdeel van de provincie Noord-Brabant dat subsidi-

dieprogramma's uitvoert — is verantwoordelijk voor de uitvoering van de subsidieregeling.

Subsidieaanvragers moesten hun aanvraag via het Stimulus webportaal indienen. En juist op dit webportaal ging het op 10 mei 2016 net na middernacht heel erg mis: het *crasht* door een aanvraag met illegale karakters. Hierdoor lukte het aanvragers niet om de aanvraag in te dienen op het door hen gewenste tijdstip. Sommige aanvragers dienden hun aanvraag daarom in buiten het digitale webportaal om. Het Stimulus Programmamanagement was van mening dat aanvragers door het falen van het webportaal geen eerlijke en gelijke kans hadden gekregen om een gunstige plaats in de rangorde te bemachtigen. Omdat het subsidieplafond wel al dreigde te worden overschreden, maar een goede, transparante en eerlijke rangschikking op basis van volgorde van binnenkomst niet meer mogelijk was, besloot het programmamanagement over te gaan tot loting door de notaris. Op 10 mei 2016 werd om 12.00 uur op de website en om 13.00 op het Stimulus webportaal het bericht geplaatst dat aanvragers die hun aanvraag die dag hadden zien stranden in het systeem, in de gelegenheid worden gesteld om op 10 mei 2016 tot uiterlijk 23.59 uur alsnog een aanvraag per e-mail in te dienen, persoonlijk af te geven of te bezorgen bij het programmamanagement. Appellante in deze zaak — Geobox — eindigde bij de loting die plaatsvond op 13 mei 2016 op plaats 222 in de rangschikking. Omdat na de beoordeling van de 175^e aanvraag bleek dat het subsidieplafond was bereikt, werd de aanvraag van Geobox niet meer inhoudelijk beoordeeld.

Omdat de subsidieregeling niet in de gekozen noodoplossing voorzag, werd de regeling op 19 juli 2016 met terugwerkende kracht tot en met 10 mei 2016 gewijzigd. Nadien bepaalde art. 2.9 lid 3 van de subsidieregeling dat in geval het subsidieplafond op enig tijdstip dreigt te worden overschreden, rangschikking plaatsvindt door loting van de op die dag binnengekomen volledige subsidieaanvragen, indien op die dag alleen aanvragen digitaal binnenkomen en er zich technische storingen voordoen in het digitale systeem. In de daarop volgende procedures bij de rechtbank en de Afdeling betoogde de teleurgestelde aanvrager Geobox onder meer dat deze wijziging met terugwerkende kracht in strijd komt met het rechtszekerheidsbeginsel. De teleurstelling van Geobox valt overigens goed te begrijpen. Zij had immers op 10 mei 2016 al om 01:10 uur aan Stimulus per e-mail gemeld dat zij sinds 00:05 uur problemen had met het indienen van haar subsidieaanvraag. Wanneer het systeem niet was gecrasht, was de kans dus groot dat Geobox tot de groep gelukkige subsidieontvangers had behoord. De combinatie van het tot na middernacht

opblijven om een subsidieaanvraag in te dienen en een gecrasht systeem maakt de frustratie des te erger, zo kan ik mij voorstellen. Het lijkt me daarom een goede zaak wanneer subsidieverstrekkingen nog eens bezien of het daadwerkelijk noodzakelijk is om dit soort aanvragen vaak 's nachts (of net na de kerstvakantie) te laten indienen.

3. In hoger beroep bevestigt de Afdeling het oordeel van de rechtbank dat de rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen, ook geldt voor de verdeling van schaarse subsidiemiddelen. Daarbij verwijst zij naar de al genoemde uitspraak van 18 januari 2017. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Deze basisgedachte brengt de Afdeling tot de conclusie dat het rechtszekerheidsbeginsel moet wijken voor het gelijkheidsbeginsel. Kort gezegd: omdat door technische problemen van het Stimulus webportaal geen eerlijke rangschikking op basis van volgorde van binnenkomst beschikbaar was, die recht deed aan het beginsel van gelijke kansen voor alle aanvragers, is het college terecht tot loting overgegaan. Daarmee is het doel — het bieden van gelijke kansen voor alle aanvragers — bereikt. Uiteraard vereist het rechtszekerheidsbeginsel — en ook de transparantieverplichting, al noemt de Afdeling dit niet expliciet — dat de regels voor het verdelen van de subsidie voorafgaand aan het aanvraagtijdstip worden vastgesteld en bekendgemaakt en dat daarop niet wordt teruggekomen. De Afdeling verliest echter — gelukkig — niet uit het oog wat de doelstelling van deze voorafgaande vaststelling en bekendmaking is, namelijk: gelijke kansen voor alle aanvragers. Als deze doelstelling niet meer kan worden bereikt, dan is een wijziging van de verdeelmethode — en dus een inbreuk op transparantie en rechtszekerheid — geboden. Anders dan Drahmann in de hierna opgenomen annotatie (AB 2018/406, noot 2) hecht ik dus minder aan de door de Afdeling gebezigde terminologie; het gaat mij vooral om de basisgedachte dat alle aanvragers gelijke kansen moeten hebben.

4. Wat betekent deze uitspraak nu voor het subsidierecht? In de eerste plaats moet aan potentiële gegadigden ruimte worden geboden om mee te dingen naar een schaarse subsidie, zodat zij een gelijke kans hebben om voor de subsidie in aanmerking te komen. Dat deze rechtsnorm van toepassing is op de verdeling van schaarse subsidies, betekent waarschijnlijk logischerwijs dat hetzelfde geldt voor de twee rechtsnormen

die daaruit volgens de Afdeling voortvloeien (zie ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel). De eerste rechtsnorm houdt – vertaald naar het subsidie-recht – in dat schaarse subsidies in beginsel niet voor onbepaalde tijd mogen worden verstrekt. Voor subsidies geldt dat zij doorgaans voor een beperkte periode worden verstrekt: voor de duur van een project (projectsubsidies) of voor een of meerdere jaren (exploitatie- en productsubsidies). Dit neemt niet weg dat het regelmatig voorkomt dat een partij vele jaren min of meer automatisch achter elkaar subsidie ontvangt. Indien een dergelijke subsidieverstrekking niet jaarlijks serieus tegen het licht wordt gehouden, rijst de vraag in hoeverre in dat geval feitelijk sprake is van een subsidie die voor onbepaalde tijd wordt verstrekt. Ook hier zou kunnen worden gesteld dat de subsidieontvanger onevenredig wordt bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers in de praktijk lastig zal zijn om zonder subsidie toe te treden tot de markt (vergelijk ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8).

De tweede rechtsnorm houdt in dat op grond van de transparantieverplichting een passende mate van openbaarheid moet worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse subsidie, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig, te weten voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure, duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen, aldus de Afdeling in de voormelde uitspraak van 2 november 2016. Aan deze transparantieverplichting was in de onderhavige zaak in eerste instantie voldaan, ware het niet dat de verdelingsprocedure achteraf werd gewijzigd.

In de uitspraak van 12 april 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. J.C. Wolswinkel) erkent de Afdeling dat de in de uitspraak van 2 november 2016 geformuleerde transparantieverplichting is gebaseerd op de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU voortvloeiende transparantieverplichting. De Unierechtelijke transparantieverplichting gaat vooralsnog wel verder dan de door de Afdeling geformuleerde rechtsnorm, nu het daarbij niet alleen gaat om transparantie voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure, maar ook tijdens en daarna. Voor de verdeling van schaarse subsidies geldt dat de uit de (Unierechtelijke) transparantieverplichting voortvloeiende eisen voor een deel al zijn neergelegd in de (subsidietitel van de) Awb. Zo vereist art. 4:23 lid 1 Awb een wettelijke grondslag alvorens een subsidie

kan worden verstrekt. Wanneer sprake is van een subsidieplafond wordt – ingevolge art. 4:26 lid 1 Awb – bij of krachtens wettelijk voorschrift bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. Het gaat daarbij om de vraag welk verdeelsysteem wordt toegepast, bijvoorbeeld via een ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’-systeem of een tender, en welke selectiecriteria worden toegepast. Deze wijze van verdeling wordt bij de bekendmaking van het subsidieplafond vermeld (art. 4:26 lid 2 Awb).

Niet alleen in de wetgeving, ook in de jurisprudentie over de verdeling van schaarse subsidies zijn al sporen terug te vinden van de (Unierechtelijke) transparantieverplichting. Een voorbeeld biedt de uitleg die de Afdeling geeft aan art. 3:46 Awb bij tendersubsidies in de *Holland Opera*-zaak (ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden). Volgens de Afdeling houdt de motiveringsplicht in dat geval in dat de motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag ook inzicht moet verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Soms gaat de bestuursrechter zelfs verder dan de eisen die het Unierechtelijk transparantiebeginsel stelt. Zo bepaalt de Afdeling in dezelfde uitspraak *Holland Opera* dat inzage moet worden verkregen in concurrerende aanvragen, om zo de rangschikking te kunnen controleren en bestrijden. Deze eis gaat zelfs verder dan de regels die gelden bij aanbestedingen (zie hierover J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 61 e.v. en ook M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Vakmediawet 2017, p. 564), waar geldt dat het voldoende is dat de afgewezen inschrijver op verzoek in kennis wordt gesteld van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund (zie art. 55 lid 2 Richtlijn 2014/24 en ook Gerecht 4 juli 2017, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462).

Het voorgaande rechtvaardigt de vraag of de in deze uitspraak expliciet gemaakte toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel – en daarmee waarschijnlijk ook de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting – op de verdeling van schaarse subsidies toegevoegde waarde heeft. Wanneer (de subsidietitel van) de Awb en de jurisprudentie worden vergeleken met de eisen die volgens het Hof van Justitie EU voortvloeien uit het Unierechtelijk transparantiebeginsel in het aanbestedingsrecht, denk ik van wel. Zo staat de subsidietitel van de Awb er niet aan in de weg dat besluiten tot verlening van een schaarse subsidie

naderhand worden gewijzigd. Sterker nog: lagere subsidieregeling maakt dit juist vaak mogelijk, zij het dat in veel gevallen voor essentiële wijzigingen vooraf toestemming van het subsidieverstrekkende bestuursorgaan noodzakelijk is. Een essentiële wijziging van een besluit tot verlening van een schaarse subsidie staat echter op gespannen voet met het Unierechtelijk transparantiebeginsel (zie hierover ook Dieperink in haar annotatie bij CbB 12 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0655, AB 2012/393), met name wanneer het gaat om de wijziging van het projectplan waarvoor subsidie is verleend. Het is immers goed mogelijk dat het projectplan in gewijzigde vorm heel anders zou zijn beoordeeld, lager zou zijn gerangschikt en dus geen subsidie zou hebben verkregen. Door de essentiële wijziging van het verleningsbesluit worden afgewezen aanvragers dus benadeeld. Op dit punt verwacht ik dat de toepasselijkheid van het transparantiebeginsel toegevoegde waarde kan hebben, althans vanuit het perspectief van de afgewezen aanvrager. Daarbij zal nog wel moeten worden nagedacht over de vraag hoe afgewezen aanvragers kunnen controleren dat subsidieverleningsbesluiten niet op essentiële punten worden gewijzigd. Zie voor een veel uitgebreidere studie naar deze vraag A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 167-194.

5. De door de Afdeling geformuleerde rechtsnorm en de daaruit voortvloeiende rechtsnormen zijn alleen van toepassing op schaarse subsidies. Een subsidie is in ieder geval schaars, wanneer een subsidieplafond in de zin van art. 4:22 Awb is vastgesteld en de vraag naar de subsidie groter is dan het bedrag waarop het subsidieplafond is vastgesteld. Het is de vraag of er andere gevallen denkbaar zijn waarin een subsidie – ondanks het ontbreken van een subsidieplafond – toch als schaars moet worden aangemerkt. Ik geef een aantal voorbeelden ter nadere doordenking.

In de eerste plaats komt het voor dat uit beleidsdocumenten van het bestuursorgaan volgt dat slechts aan één met naam genoemde partij subsidie zal worden verstrekt. Deze situatie was aan de orde in de zaak *Coach4Kids* (ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs). Deze zaak draaide – kort gezegd – om de vraag of de gemeente Haarlemmermeer in haar beleid Pier K had mogen aanwijzen als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming en op die grond de subsidieaanvraag van Coach4Kids voor deels soortgelijke activiteiten had mogen afwijzen. De Afdeling achtte dit beleid niet onredelijk. Volgens haar

was geen sprake van concurrentievervalsing, omdat Coach4Kids zich richtte op specifieke activiteiten, waardoor zij geen concurrent was voor het brede aanbod van Pier K. Verder bestond een wachtlijst voor de toelating tot Coach4Kids en leidde de verwachting van de stichting dat de groei van de school groter zou zijn geweest indien haar een subsidie zou zijn toegekend, volgens de Afdeling niet tot de conclusie dat sprake is van concurrentievervalsing. Ook een beroep op het aanbestedingsrecht kon Coach4Kids niet baten, simpelweg omdat de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel betrof. In de *Coach4Kids*-uitspraak vond de Afdeling het dus niet problematisch dat via een aanwijzing in een beleidsdocument als 'kernvoorziening' een subsidie werd toegedeeld aan een bepaalde partij – Pier K – zonder dat aan andere belangstellenden – zoals Coach4Kids – de mogelijkheid werd geboden om mee te dingen. Een interessante vraag is of bovenstaande uitspraak betekent dat de *Coach4Kids*-uitspraak achterhaald is. Op die vraag valt nog geen eenduidig antwoord te geven; een en ander is afhankelijk van de vraag wanneer volgens de bestuursrechter sprake is van een schaarse subsidie. Is daarvan alleen sprake wanneer sprake is van een subsidieplafond en daarbij de vraag naar subsidie groter is dan het aanbod? Of zal het begrip 'schaarse subsidie' ruimer worden geïnterpreteerd, zodat ook de Coach4Kids-situatie eronder valt, namelijk dat op grond van beleid slechts subsidiegeld beschikbaar is voor één of enkele partijen?

In de tweede plaats worden ook regelmatig begrotingssubsidies en incidentele subsidies verstrekt. Een begrotingssubsidie is een subsidie waarvoor geldt dat zowel de ontvanger als het bedrag van de subsidie uitdrukkelijk in de begroting worden genoemd. Dit gebeurt met name bij subsidies die slechts aan een of enkele ontvangers worden verstrekt. Voor een begrotingssubsidie is, ingevolge art. 4:23 lid 3 onder c Awb, geen wettelijke grondslag vereist. Volgens de wetgever zou het totstandbrengen van een wettelijke grondslag een relatief zware last voor de bevoegde wetgever betekenen, terwijl de noodzaak daartoe in mindere mate aanwezig is indien de begroting de ontvanger vermeldt (*Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 42). De vermelding in de begroting maakt immers publieke controle op de subsidieverstrekking mogelijk, aldus de toelichting. De toelichting gaat niet in op het feit dat op deze wijze niet vooraf is bekendgemaakt dat de desbetreffende begrotingssubsidie beschikbaar is. Dit is ook niet verwonderlijk: de verdeling van schaarse publieke rechten – laat staan de beginselen en regels die daarvoor (zouden moeten)

gelden – was destijds nog geen thema. Voor begrotingssubsidies geldt echter dat zij vaak jaren achtereen aan bepaalde organisaties worden verstrekt; een soort subsidie voor onbepaalde tijd dus. Een voorbeeld biedt de begrotingssubsidie voor de Stichting NL Confidential, die in ieder geval al sinds 2011 ieder jaar vanuit de begroting van het Ministerie van Justitie en Veiligheid wordt gesubsidieerd. Deze stichting exploiteert onder meer de meldlijn Meld Misdaad Anoniem. Voor de incidentele subsidies is, ingevolge art. 4:23 lid 3 onder d Awb, evenmin een wettelijke grondslag vereist. Deze uitzondering is geschreven omdat de lasten die gepaard gaan met de voorbereiding van een wettelijk voorschrift in dat geval onevenredig hoog kunnen worden in verhouding tot de met strikte handhaving van het vereiste van een wettelijke grondslag gediende belangen (*Kamerstukken II 1993/1994, 23700, 3, p. 43*). Voorwaarde is wel dat de subsidie voor ten hoogste vier jaren wordt verstrekt. Incidentele subsidies zouden dus van beperkte betekenis moeten zijn: zowel wat betreft het aantal ontvangers als het tijdvak waarvoor de subsidie wordt verstrekt, aldus de toelichting.

Voor zowel begrotings- als de incidentele subsidies geldt dat in de meeste gevallen niet door het bestuursorgaan zal worden nagegaan of er mogelijk andere geïnteresseerde partijen zijn. Een interessante vraag is daarom wat bovenstaande uitspraak betekent voor het toedelen van begrotings- en incidentele subsidies. In dat kader is van belang dat het hierbij – anders dan de wetgever voor ogen stond – allang niet meer om een uitzonderingssituatie gaat. Overheden instrekken zeer regelmatig en op grote schaal incidentele subsidies en begrotingssubsidies. Zo wordt in Amsterdam een derde van het subsidiebudget uitgegeven aan begrotingssubsidies en incidentele subsidies (zie de Begroting 2018 van de gemeente Amsterdam, p. 498). Het gaat hier om een bedrag van € 241 miljoen. Ook de Rekenkamer Den Haag concludeerde in 2017 dat circa de helft van de subsidies niet via een subsidieregeling of specifieke subsidieverordening worden verstrekt (Rekenkamer Den Haag, *Eerlijk delen, bestuurlijk rapport en feiten rapport, Opgvolgingsonderzoek naar de verstrekking van subsidies door de gemeente Den Haag*, 24 augustus 2017). Verder blijkt uit de begroting van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van het jaar 2018 dat het ook voorkomt dat incidentele subsidies langer dan vier jaar worden verstrekt (in de toelichting wordt opgemerkt dat de looptijd van incidentele subsidies ‘in de regel’ niet meer dan vier jaar is). Ik vermoed dat het bij andere overheden weinig anders is (zie hierover ook de *NJB*-topscriptie van J. Pex, *Hoe gelijk en transparant is het*

in subsidie land, te raadplegen via www.njb.nl). Het toedelen van begrotings- en incidentele subsidies lijkt op gespannen voet te staan met het beginsel van gelijke kansen en de daaruit voortvloeiende rechtsnormen. Zo ontbreekt een passende mate van openbaarheid met betrekking tot de beschikbaarheid van de subsidie, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. De begrotingssubsidie die min of meer automatisch vele jaren achtereen wordt verstrekt, heeft bovendien feitelijk veel weg van een subsidie voor onbepaalde tijd. Het beginsel van gelijke kansen en de daaruit voortvloeiende rechtsnormen zijn als gezegd echter alleen van toepassing op de verdeling van schaarse subsidies. Het is de vraag of de Afdeling de incidentele subsidie en begrotingssubsidie als een schaarse subsidie zal aanmerken. Er bestaat immers geen expliciet subsidieplafond, zodat alle potentiële aanvragen kunnen worden gehonoreerd. Deze redenering overtuigt niet helemaal. De politieke realiteit is immers dat binnen overheden afspraken zijn gemaakt over de hoeveelheid overheids-geld die maximaal in een bepaalde periode mag worden uitgegeven. Is publiek geld niet per definitie schaars? Voor de begrotingssubsidie geldt daarbij dat bestuursorganen in veel gevallen juist maar één organisatie zullen willen subsidiëren om de gewenste activiteiten uit te voeren. Dit laat ook de *Coach4Kids*-uitspraak zien. Het ligt niet voor de hand dat de Minister van Justitie en Veiligheid een tweede meldlijn Meld Misdaad Anoniem zou willen subsidiëren. Aanvragen van concurrenten zullen dan ook worden afgewezen. Kortom, er zijn genoeg aanknopingspunten om het begrip ‘schaarse subsidie’ niet te reserveren voor de situatie dat een subsidieplafond is vastgesteld. Het zou mij dan ook niet verbazen dat bovenstaande uitspraak tot gevolg heeft dat potentiële aanvragers die graag voor een subsidie in aanmerking willen komen, zich niet langer zullen neerleggen bij het feit dat al jarenlang een begrotings- of incidentele subsidie aan dezelfde partij wordt toegekend, dan wel in beleidsdocumenten een vaste subsidiepartner wordt aangewezen. Als zij opkomen tegen dergelijke praktijken, is het de vraag in hoeverre de Afdeling zich ook bij de beoordeling van besluiten over die ‘schaarse’ subsidies door het gelijkheids- en transparantiebeginsel zal laten inspireren.

6. Interessant is verder wat de bovenstaande uitspraak gaat betekenen voor de zogenoemde ‘subsidie nieuwe stijl’ (zie hierover J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?’, *NJB* 2016/2000, afl. 39, p. 2888-2897). Het gaat hier om allerlei vormen van overheidsfinanciering die geen subsidie worden genoemd, maar leningen uit revolverende fond-

sen, publieke prijsvragen, *matchfunding*, sponsoring, *social impact bonds* en bewonersbudgetten. Vaak gaat het hier gewoon om subsidies in de zin van de subsidietitel van de Awb, maar dat wordt in de praktijk vaak niet onderkend. Het komt ook voor dat de overheidsfinanciering zodanig wordt vormgegeven dat niet aan de criteria van art. 4:21 lid 1 Awb is voldaan en er dus geen sprake is van een subsidie (zie hierover ook J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch*,

[https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/en/publications/realistisch-revolveren\(6589faa6-5f19-4fc4-901a-9934a501c019\).html](https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/en/publications/realistisch-revolveren(6589faa6-5f19-4fc4-901a-9934a501c019).html), dit najaar te verschijnen bij Kluwer). Dit heeft tot gevolg dat regels en beginselen die gelden voor de verdeling van schaarse subsidies niet automatisch door overheden worden nageleefd. Een eerlijke verdeling van schaarse publieke middelen is dan ook zeker niet gewaarborgd in de huidige bestuurspraktijk; sterker nog, het komt voor dat hieromtrent helemaal niets is geregeld. Voor zover eigenlijk sprake is van een schaarse subsidie, dienen de bovenstaande uitspraak en de daarin geformuleerde rechtsnorm natuurlijk in acht te worden genomen. Voor zover dat niet het geval is, zou door middel van een nieuwe algemene wettelijke regeling moeten worden gewaarborgd dat ieder potentiële gegadigde een eerlijke kans krijgt om voor de desbetreffende schaarse publieke middelen in aanmerking te komen. Hoe moet dat dan precies? Daarover valt te zijner tijd meer te lezen in de bijdrage van de hand van Den Ouden en ondergetekende aan de bundel *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, die in februari 2019 verschijnt.

7. Met bovenstaande uitspraak is een belangrijke stap gezet op het terrein van de verdeling van schaarse subsidies. De kerngedachte staat stevig opgetekend: ook voor schaarse subsidies geldt de rechtsnorm dat op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte bieden om naar de beschikbare subsidie mee te dingen. Deze kerngedachte zal ongetwijfeld leiden tot meer interessante jurisprudentie. Vervolg vragen als: 'Wanneer is een subsidie schaars?', 'Wat betekent de transparantieplichting in de subsidiecontext?', 'Is er nog ruimte voor de begrotingssubsidie en de incidentele subsidie?' zullen ongetwijfeld bij de bestuursrechter aan de orde worden gesteld. Wordt vervolgd dus!

J.E. van den Brink

Noot 2

1. In deze uitspraak wordt voor het eerst geoordeeld dat de rechtsnorm die ertoe strekt dat potentiële gegadigden ruimte moet worden ge-

boden om mee te dingen naar een schaarse vergunning ook geldt bij de verdeling van schaarse subsidies. Daarbij verwijst de Afdeling onder meer naar de *Vlaardingen*-uitspraak over schaarse vergunningen (ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel). Hiervoor is de annotatie van Jacobine van den Brink bij deze uitspraak gepubliceerd (AB 2018/406, noot 1). Voor de bespreking van de casus en de gevolgen die deze uitspraak heeft voor het subsidierecht volsta ik dus met een verwijzing naar haar annotatie. Met deze uitspraak heeft de Afdeling mijns inziens een belangrijke stap gezet door het gelijkheidsbeginsel – dat in de context van het verdelven van schaarse publieke rechten strekt tot het bieden van gelijke kansen – van belang te achten bij zowel schaarse vergunningen als schaarse subsidies. Met Van den Brink vraag ik mij af of het centraal stellen van de gelijke kansen van subsidieaanvragers gevolgen zal hebben voor bijvoorbeeld incidentele en begrotingssubsidies waar aan derden vaak geen ruimte wordt geboden om te mee te dingen naar die subsidie. De uitspraak roept bij mij echter ook twee andere vragen op. De eerste vraag is hoe het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting zich tot elkaar verhouden bij de verdeling van schaarse rechten (punt 2 van deze annotatie). De tweede vraag is of uit deze uitspraak mag worden afgeleid dat er bij de verdeling van schaarse rechten geen absoluut 'switch-verbod' geldt (punt 3 en 4 van deze annotatie).

2. De Afdeling overweegt in r.o. 7.2 dat de eis dat de regels voor het verdelven van subsidies voorafgaand aan het aanvraagstijdvak moeten worden vastgesteld en bekend gemaakt, voortvloeit uit het rechtszekerheidsbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel kan volgens de Afdeling in casu echter niet onverkort worden toegepast, omdat dat een inbreuk zou inhouden op het gelijkheidsbeginsel in de context van het bieden van gelijke kansen. In deze uitspraak worden het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel dus tegenover elkaar geplaatst en het gelijkheidsbeginsel komt daarbij als winnaar uit de bus. Het is niet verwonderlijk dat de Afdeling deze beginselen tegenover elkaar plaatst nu Geobox een beroep heeft gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel. De Afdeling had volgens mij echter ook voor een andere redenering kunnen kiezen. In de *Vlaardingen*-uitspraak is namelijk geoordeeld dat het bestuur om gelijke kansen te kunnen realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagstijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de

start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen. Omdat het bestuur van Vlaardingen geen passende mate van openbaarheid had betracht bij de verlening van de schaarse kansspelvergunning, oordeelde de Afdeling dat in strijd met de transparantieverplichting was gehandeld. De transparantieverplichting is dus een middel dat ertoe moet leiden dat potentiële gegadigden gelijke kansen wordt geboden. In de hier geannoteerde uitspraak plaatst de Afdeling de vraag naar de rechtmatigheid van het pas achteraf vastleggen van de loting als verdeelmethode echter niet in de sleutel van deze 'passende mate van openbaarheid' en de transparantieverplichting, maar uitsluitend in die van het rechtszekerheidsbeginsel. Als de Afdeling de aanvaardbaarheid van de wijziging van de verdeelmethode wel via de transparantieverplichting had getoetst aan het gelijkheidsbeginsel dan zou dit als voordeel hebben gehad dat er daardoor geen keuze zou hoeven te worden gemaakt tussen het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel. Bovendien had de Afdeling tot de conclusie kunnen komen dat het gelijkheidsbeginsel – door het niet in acht nemen van de transparantieverplichting – wel degelijk geschonden is. Hierdoor zou het gelijkheidsbeginsel aan kracht hebben gewonnen en zou worden voorkomen dat bij bestuursorganen de indruk ontstaat dat problemen bij de verdeling van schaarse rechten altijd kunnen worden opgelost door te gaan loten. Overigens wil ik hiermee niet bepleiten dat een schending van het gelijkheidsbeginsel altijd tot een vernietiging van het bestreden besluit moet leiden. Hierop zal ik hierna onder 4 nog terugkomen.

3. Hiermee komen we aan bij het tweede interessant aspect van deze uitspraak, namelijk het 'switch-verbod': het verbod om na de start van de verdeelprocedure nog de verdeelmethode te wijzigen. In de hier geannoteerde uitspraak heeft het college namelijk nadat het aanvraagtijdvak was gestart, de verdeelprocedure gewijzigd van verdeling van de subsidiegelden op volgorde van binnenkomst van de aanvragen naar een loting. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven is op deze vraag in zijn conclusie in de *Vlaardingen*-zaak ingegaan. Daarbij maakt hij onderscheid tussen de eisen die gelden voorafgaand aan de start van de verdeelprocedure en de regels die gelden tijdens de verdeelprocedure. In punt 6.15 schrijft hij:

"De rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunning reële mededinging te garanderen, en de eisen dat het bestuur de verdelingscriteria gelijkmatig toepast en daarvan in het individuele geval niet kan afwijken, en dat het, nadat het de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure bekend heeft gemaakt,

niet meer kan overstappen op een andere procedure, worden alle gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel."

En in de conclusie:

"Als het bestuur de verdeelprocedure tijdig en adequaat heeft bekendgemaakt, gelden bij de toepassing ervan de volgende eisen. (...) Als het bestuur de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure bekend heeft gemaakt, is het overstappen op een andere verdelingsprocedure niet meer mogelijk. Ook deze eis vloeit voort uit het formele gelijkheidsbeginsel."

Wolswinkel constateerde al in zijn annotatie bij de *Vlaanderen*-uitspraak (punt 8 en 9) dat de Afdeling in de *Vlaardingen*-uitspraak de eisen die gelden bij de toepassing van de verdelingsprocedure niet heeft overgenomen. Het was dus nog de vraag of dit zwijgen impliceerde dat de Afdeling deze eisen logisch vond voortvloeien uit de overkoepelende eis van een passende mate van openbaarheid, of dat dit betekende dat de Afdeling voor de toekomst nog enige speelruimte wilde behouden, zowel ten aanzien van de formulering als ten aanzien van de rechtsgrondslag van deze aanvullende eisen. De hier geannoteerde subsidie-uitspraak bood de Afdeling de kans om de nodige duidelijkheid te bieden, maar roept helaas meer vragen op dan dat zij antwoorden geeft. De Afdeling maakt namelijk geen onderscheid tussen de normen die gelden voorafgaand aan de verdeelprocedure (waaronder het verzekeren van een passende mate van openbaarheid) en tijdens de verdeelprocedure (waaronder een eventueel switch-verbod). De Afdeling oordeelt dat door de verdeelmethode gedurende de procedure te wijzigen – van volgorde van binnenkomst naar loting – aanvragers weer gelijke kansen hebben gekregen. Dit suggereert dat het switchen van verdeelprocedure niet in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel en juist het gelijkheidsbeginsel zou kunnen dienen. Dit zou afwijken van de hiervoor geciteerde passage uit de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal.

Relevant in dit verband is ook de uitspraak *Albert Heijn/Heemstede* (CBB 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono). In deze uitspraak oordeelde het CBB dat 'een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de onthefing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald'. In die zaak had dit tot gevolg dat het bestuursorgaan de verdeelproce-

dure niet mocht wijzigen van een vergelijkende toets naar binnenkomst van de aanvragen. Een verschil tussen de casus uit de uitspraak van het CBb en die van de Afdeling is dat in de hier geannoteerde uitspraak de wijziging van de methode juist *beoogde* de gelijke kansen van de aanvragers ten goede te komen, terwijl bij het verlenen van een ontheffing aan de eerste aanvrager in plaats van aan de 'beste' aanvrager na een vergelijkende toets evident nadelig kan zijn voor de gelijke kansen van de aanvragers. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat volgens de Afdeling en het CBb een switch-verbod geldt, tenzij er geen afbreuk wordt gedaan aan de gelijke kansen van de aanvragers. Nu de Afdeling in deze uitspraak niet refereert aan de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal of aan de uitspraak van het CBb kan dit niet met zekerheid worden geconcludeerd.

4. Een vervolgvraag is of in dit geval geen afbreuk is gedaan aan de gelijke kansen van de aanvragers. Het college stelt immers dat loten onder alle aanvragers die op die dag hun aanvraag hebben ingediend, eerlijker was dan de rangorde te bepalen op basis van een systeem dat niet naar behoren functioneerde. Geobox is bij die loting geëindigd op plaats 222 van de 225 volledige aanvragen. Het is niet verwonderlijk dat Geobox zich door de wijziging van de verdeelmethode benadeeld voelt. Zij heeft namelijk geprobeerd om op 10 mei 2016 om 00.05 haar aanvraag in te dienen en veronderstelt dat als er geen technische problemen zouden zijn geweest zij in dat geval in aanmerking zou zijn gekomen voor subsidie en in ieder geval niet als drie na laatste. Het oordeel van de Afdeling maakt het mogelijk dat een bestuursorgaan bij onverwachte complicaties zoals een technische storing, dit praktisch kan oplossen door middel van een loting. Het bestuursorgaan had echter ook twee alternatieven. Ten eerste had het bestuursorgaan in de subsidie-regeling de loting al als 'back-up' in de vorm van een subsidiaire verdeelmethode kunnen opnemen. Ten tweede had het bestuursorgaan er ook voor kunnen kiezen om de procedure te annuleren en op een later moment – als de technische problemen verholpen waren – opnieuw te starten. De Europese Commissie heeft hier bijvoorbeeld recent in het kader van het project WiFi4EU voor gekozen

(https://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4158_en.htm). Het uitstellen van het aanvraagtijdstip zou zowel het rechtszekerheids- als gelijkheidsbeginsel (inclusief transparantieplichting) hebben gediend. Het zou mijns inziens dan ook dogmatisch zuiverder zijn geweest als de Afdeling – in lijn met de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal – had geoordeeld dat met het wijzigen van de verdeelpro-

cedure het (formele) gelijkheidsbeginsel is geschonden. Vervolgens had de Afdeling dan kunnen beoordelen of dit gebrek gepasseerd zou kunnen worden met toepassing van art. 6:22 Awb.

5. Samenvattend kan worden gesteld dat met deze uitspraak een belangrijke stap is gezet in de ontwikkeling van het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten, nu duidelijk is dat het gelijkheidsbeginsel ook in acht moet worden genomen bij de verdeling van schaarse subsidies. Dit gelijkheidsbeginsel is een sterk beginsel dat, zo blijkt uit deze uitspraak, onder omstandigheden prevaleert boven het rechtszekerheidsbeginsel. Het is winst dat de gelijke kansen van aanvragers bij de verdeling van schaarse rechten een centrale plek krijgen. Ook om die reden is deze ontwikkeling toe te juichen. Het zou echter wel wenselijk zijn geweest als de Afdeling in deze uitspraak enkele woorden had gewijd aan de verhouding tussen deze uitspraak en hetgeen is gesteld in de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal over schaarse vergunningen in de *Vlaardingen*-uitspraak. Meer in het bijzonder valt het op dat de Afdeling in deze uitspraak in het geheel niet ingaat op de transparantieplichting die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, voorafgaand aan en tijdens de verdeelprocedure. Hierdoor blijven er na het lezen van deze uitspraak toch nog enkele vragen onbeantwoord.

A. Drahmman

AB 2018/407

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

13 juni 2018, nr. 201704037/1/A1

(Mrs. R. van der Spoel, F.C.M.A. Michiels, G.T.J.M. Jurgens)

m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:34 Awb

NJB 2018/1320

ABkort 2018/266

Gst. 2018/140

ECLI:NL:RVS:2018:1963

Verzoek om intrekking last onder dwangsom met terugwerkende kracht terecht afgewezen nu maximale dwangsom reeds is verbeurd.

Het college heeft terecht geweigerd met toepassing van art. 5:34 Awb over te gaan tot intrekking van de last onder dwangsom. Daarbij is van belang dat art. 5:34 Awb niet is bedoeld voor een situatie waarin het maximum aan te verbeuren dwang-