

Tilburg University

Begroten is verdelen

Wolswinkel, Johan

Published in:
Bestuursrecht in het echt

Publication date:
2021

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Wolswinkel, J. (2021). Begroten is verdelen: Verdelingsrecht voor echt schaarse subsidies. In L. W. Verboeket, J. E. van den Brink, A. Drahmman, M. J. Jacobs, & R. Ortlep (Eds.), *Bestuursrecht in het echt: Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (pp. 47-66). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

C.J. Wolswinkel¹

4 | **Begroten is verdelen**

Verdelingsrecht voor echt schaarse subsidies

1. Inleiding

De normering van de verdeling van schaarse publieke rechten heeft het afgelopen decennium een hoge vlucht genomen, zowel in de bestuursrechtelijke theorievorming als in de rechtspraak.² Wie vertrouwd is met het subsidierecht, kan daarover verbaasd zijn. Afdeling 4.2.2 van de Algemene wet bestuursrecht bevat immers al sinds 1998 bepalingen over het subsidieplafond ten behoeve van de beheersing van overheidsuitgaven,³ zodat er voor de beoefenaars van het subsidierecht weinig nieuws onder de zon zou moeten zijn.

De confrontatie van het ‘nieuwe’ leerstuk van schaarse publieke rechten met het ‘oude’ subsidierecht leidt echter ook tot een zichtbare worsteling bij de beoefenaars van het subsidierecht, Willemien den Ouden inclusief. De terugkerende steen des aanstoets wordt ogenschijnlijk gevormd door subsidies die worden ‘verdeeld’ zonder wettelijke grondslag en daarmee aan toepasselijke verdelingsnormen dreigen te ontsnappen.⁴ Maar de worsteling reikt verder en raakt uiteindelijk aan de al dan niet onderscheidende betekenis van het subsidierecht voor de rechtsontwikkeling omtrent schaarse publieke rechten.

Het uitgangspunt van deze bundel is dat de resultaten van wetenschappelijk onderzoek ‘in het echt’ toepasbaar moeten zijn, terwijl wat speelt ‘in het echt’ een bron voor wetenschappelijk onderzoek moet zijn. Hoewel die benadering

¹Johan Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University.

²Mede geïnitieerd door F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben’, *NJB* 2011/1470, afl. 28, p. 1858-1866, en F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

³Zie Wet van 20 juni 1996 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht), *Stb.* 1996, 333.

⁴Zie onder meer M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011-1, p. 54-55; J.E. van den Brink in punt 5 van haar annotatie onder ABRvS 11 juli 2018, *AB* 2018/406 (*Geobox*) en A. Drahmman in punt 4 van haar annotatie onder ABRvS 27 februari 2019, *Gst.* 2019/78 (*Gymnasion*).

mij niet op het lijf is geschreven,⁵ richt ik mij in deze bijdrage op ‘echt schaarse subsidies’.

Ter illustratie van wat speelt ‘in het echt’, hanteer ik in deze bijdrage de begroting van de provincie Zuid-Holland voor het jaar 2020.⁶ In de initiële begroting is een totaal van bijna 25 miljoen euro aan begrotingssubsidies opgenomen tegenover een totaal van bijna 78 miljoen euro aan subsidieverstrekking onder een subsidieplafond.⁷ Bijna een kwart van de subsidieverstrekking vindt dus plaats buiten een subsidieplafond om.

Centraal staat de vraag welke vormen van subsidieverstrekking tot de verdeling van schaarse subsidies moeten worden gerekend en wat de consequenties van die kwalificatie zijn. Daarmee richt deze bijdrage zich op het identificeren van de grenzen van het subsidieverdelingsrecht. In dat kader bespreek ik allereerst de kracht en zwakte van het huidige subsidieverdelingsrecht (§ 2). Vervolgens ga ik voor verschillende vormen van subsidieverstrekking na of zij neerkomen op de verdeling van schaarse subsidies en bespreek ik de consequenties hiervan (§ 3). Tot slot plaats ik die bevindingen in een breder perspectief door de betekenis van het subsidierecht voor de rechtsontwikkeling omtrent schaarse publieke rechten te bespreken (§ 4).

2. Kracht en zwakte van het subsidieverdelingsrecht

2.1 De eenvoud van het Awb-subsidieverdelingsrecht

Onmiskenbaar heeft de recente theorievorming rond schaarse publieke rechten sterk geleund op de verworvenheden van het subsidierecht. De inmiddels

⁵Zelfs als in de praktijk geen schaarse publieke rechten zouden bestaan, dan nog zouden die rechten voorwerp van wetenschappelijk onderzoek moeten zijn om ons denken aan te scherpen.

⁶In het bijzonder zijn hier drie besluiten relevant: het besluit van 3 juli 2019 tot vaststelling en aanpassing van begrotingssubsidies en subsidieplafonds 2020 (kadernota 2020-2023) (*Provinciaal blad* (Zuid-Holland) 2019, 5020), het besluit van 13 november 2019 tot vaststelling van de begroting 2020 en tot vaststelling en bijstelling van begrotingssubsidies en subsidieplafonds boekjaar-en projectsubsidies 2020 (*Provinciaal blad* (Zuid-Holland) 2019, 7503) en het besluit van 5 februari 2020 tot vaststelling en bijstelling urgente intensiveringen Begroting 2020 (*Provinciaal blad* (Zuid-Holland) 2020, 796). Hoewel ieder gekozen voorbeeld tot op zekere hoogte arbitrair is, ligt vanwege de overstap van Leiden naar Den Haag de keuze voor de provincie Zuid-Holland het meest voor de hand. Vanwege dit voorbeeld wordt ter illustratie van wettelijke bepalingen over de begroting in beginsel verwezen naar bepalingen uit de Provinciewet. Zie voor andere voorbeelden punt 5 van de annotatie van J.E. van den Brink onder ABRvS 11 juli 2018, AB 2018/406 (*Geobox*).

⁷*Provinciaal blad* (Zuid-Holland) 2019, 7503.

gangbare terminologie van ‘plafond’ en ‘verdeling’ komen we tegen in titel 4.2 van de Awb, waar een ‘subsidieplafond’ wordt gedefinieerd als ‘het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift’⁸ en waar een afzonderlijke bepaling is gewijd aan ‘de wijze van verdeling’.⁹ Het begrip ‘schaarste’ is daarentegen de grote afwezige in dit wettelijke ‘subsidieverdelingsrecht’, zowel in de tekst van de Awb als in de parlementaire geschiedenis van de subsidietitel.¹⁰

Het subsidieverdelingsrecht van afdeling 4.2.2 van de Awb blinkt uit in eenvoud en compactheid. De vaststelling van een subsidieplafond gaat vergezeld van een extra (imperatieve) weigeringsgrond, op grond waarvan subsidie moet worden geweigerd bij overschrijding van het subsidieplafond.¹¹ Zodra het plafond wordt bereikt, wordt die enkele omstandigheid dus voldoende om de subsidie te weigeren. Ook de andere bepalingen in afdeling 4.2.2 zijn zodanig absoluut geformuleerd dat ze geen ruimte laten voor uitzonderingen: zowel het subsidieplafond als de verdelingsprocedure moet bij of krachtens wettelijk voorschrift worden vastgesteld, terwijl de rechtszekerheid vereist dat het subsidieplafond en de verdelingsprocedure worden bekendgemaakt voorafgaand aan het aanvraagtijdvak. Wanneer een subsidieplafond (of een verlaging hiervan) later worden bekendgemaakt, kan dit daarom niet worden tegengeworpen aan reeds ingediende aanvragen.

Het lelijke eendje is in dit verband art. 4:28 Awb, omdat het de heldere systematiek van de andere bepalingen doorbreekt. Volgens deze bepaling kan een verlaging van een subsidieplafond toch worden tegengeworpen aan reeds eerder ingediende aanvragen, indien (a) de aanvragen vóór het tijdvak waarvoor het subsidieplafond is vastgesteld ingevolge wettelijk voorschrift moeten worden ingediend op een tijdstip waarop de begroting nog niet is vastgesteld of goedgekeurd; (b) het een verlaging betreft die voortvloeit uit de vaststelling of goedkeuring van de begroting, en (c) bij de bekendmaking van het subsidieplafond is gewezen op de mogelijkheid van verlaging en de gevolgen daarvan voor reeds ingediende aanvragen.¹² Met deze bepaling wordt een balans gezocht tussen het belang van het bieden van rechtszekerheid aan aanvragers en het belang van beheersing van overheidsuitgaven (begrotingsdiscipline).¹³ Daarmee laat juist deze bepaling zien dat binnen het subsidieverdelingsrecht voorafgaan-

⁸ Art. 4:22 Awb.

⁹ Art. 4:26 Awb.

¹⁰ In *PG Awb III* levert de zoekterm ‘schaars*’ geen enkele hit op.

¹¹ Art. 4:25 lid 2 Awb. Alleen wanneer de verdeling niet rechtmatig is verlopen, kan deze imperatieve weigeringsgrond worden doorbroken (art. 4:25 lid 3 Awb).

¹² Zie voor een dergelijke bekendmaking *Provinciaal blad (Zuid-Holland)* 2019, 5020. Uit *Provinciaal blad (Zuid-Holland)* 2019, 7503, p. 16, blijkt dat een van de subsidieplafonds inderdaad lager is vastgesteld bij de vaststelling van de begroting.

¹³ *PG Awb III*, p. 211.

de bekendmaking van het subsidieplafond geen absolute verplichting is, maar ‘slechts’ een hoofdregel waarvan onder bepaalde (strikte) omstandigheden kan worden afgeweken.

2.2 Tekortkomingen van het Awb-subsidieverdelingsrecht

Centraal in het subsidieverdelingsrecht staat het legaliteitsvereiste: waar subsidieverstreking in beginsel plaatsvindt op grond van een wettelijk voorschrift,¹⁴ moeten ook subsidieplafonds en verdelingsprocedures op een wettelijke grondslag berusten. Subsidiewetgeving is dus bij uitstek (ook) verdelingswetgeving. Juist de *afwezigheid* van relevante verdelingswetgeving¹⁵ is echter voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) in 2016 aanleiding geweest om in *speelautomatenhal Vlaardingen* (hierna ook: *Vlaardingen*) uit het (ongeschreven) gelijkheidsbeginsel de volgende eisen af te leiden voor de verdeling van schaarse vergunningen:¹⁶

1. Bij de verdeling van schaarse vergunningen moet het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte bieden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.
2. Schaarse vergunningen kunnen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk worden verleend.
3. Het bestuur moet een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig 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.

Nu zou kunnen worden betoogd dat het wettelijke subsidieverdelingsrecht dit rechterlijke verdelingsrecht niet nodig heeft. Immers, aan de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te verzekeren wordt al invulling gegeven doordat zowel het subsidieplafond als de verdelingsprocedure voorafgaand aan het aanvraagtijdvak

¹⁴ Art. 4:23 lid 1 Awb.

¹⁵ Zie over de betekenis van wetgeving voor de verdeling van schaarse vergunningen: C.J. Wolswinkel, ‘De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen’, *RegelMaat* 2017-1, p. 6-30.

¹⁶ ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

algemeen moet worden bekendgemaakt.¹⁷ De rechtspraak laat echter een ander beeld zien.

Allereerst blijkt het rechterlijke verdelingskader een aanknopingspunt te bieden om Awb-subsidiebepalingen ‘verdelingsconform’ te interpreteren.¹⁸ Meer dan in de jurisprudentie over schaarse vergunningen zijn daarbij vooral de eerste verdelingsnorm inzake het bieden van mededingingsruimte (‘mededingingsnorm’) en het bovenliggende gelijkheidsbeginsel van belang. De jurisprudentie gaat echter nog een stap verder door wettelijke subsidieverdelingsbepalingen met een beroep op dit rechterlijke verdelingskader feitelijk opzij te zetten. In *Geobox* ging de Afdeling namelijk akkoord met het toekennen van terugwerkende kracht aan een wijziging van de verdelingsprocedure. Hoewel hierdoor afbreuk werd gedaan aan het wettelijke vereiste van voorafgaande bekendmaking, zou onverkorte toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel volgens de Afdeling juist een onaanvaardbare inbreuk op het gelijkheidsbeginsel inhouden.¹⁹ Daarmee laat deze uitspraak niet alleen zien dat het compacte Awb-subsidieverdelingsrecht onvolledig is,²⁰ maar ook dat het toepasselijke verdelingsrecht uiteindelijk moet worden beschouwd als een balans tussen meerdere, soms conflicterende belangen.

Anders dan tekortkomingen in de *inhoud* blijken tekortkomingen in de *reikwijdte* van het Awb-subsidieverdelingsrecht minder expliciet uit de rechtspraak. Toch zijn die tekortkomingen zeker aanwijsbaar: de eenvoud van het subsidieverdelingsrecht heeft een prijs in de zin dat het bereik van het wettelijke subsidieverdelingsrecht beperkt is. Het begrip ‘subsidie’ is namelijk in art. 4:21 Awb gedefinieerd als ‘aanspraak op financiële middelen’. Een van de redenen voor deze beperkte definitie, waardoor zogeheten ‘subsidies in natura’ buiten het bereik van de subsidietitel van de Awb zijn gebleven, is geweest dat de toepassing van de regels inzake het subsidieplafond hierdoor niet zou worden bemoeilijkt.²¹ Daar-

¹⁷ Op de bekendmaking van deze besluiten is immers, afhankelijk van de kwalificatie ervan als algemeen verbindend voorschrift of concretiserend besluit van algemene strekking, de Bekendmakingswet of art. 3:42 Awb van toepassing.

¹⁸ Zie ABRvS 18 januari 2017, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen (*Tjalling Koopmans College*), ten aanzien van de bepaling dat de intrekking of wijziging van subsidieverlening terugwerkt tot en met het tijdstip waarop de subsidie is verleend, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald (art. 4:47 lid 2 Awb).

¹⁹ ABRvS 11 juli 2018, AB 2018/406 (*Geobox*), m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmman.

²⁰ Waar de Awb wel een voorziening bevat voor een wijziging van het subsidieplafond (art. 4:27 lid 2 Awb), ontbreekt een voorziening voor een wijziging van de verdelingsprocedure.

²¹ Zie *PG Awb III*, p. 187, waarover C.J. Wolswinkel, ‘Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht: Naar een algemeen deel verdelingsrecht?’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 807-808.

naast is de reikwijdte van de regeling van het subsidieplafond beperkt tot zogeheten ‘wettelijke subsidies’ ofwel subsidies die worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift. Hier dreigt het gevaar van een *a contrario*-redenering voor niet-wettelijke subsidies:²² omdat een subsidie buiten het bereik van het (wettelijke) subsidieverdelingsrecht valt, zijn op deze subsidie geen verdelingsnormen van toepassing. Die redenering is echter te kort door de bocht. Blijkens de memorie van toelichting zou bij niet-wettelijke subsidies geen behoefte bestaan aan een subsidieplafond, omdat daarbij doorgaans voldoende beleidsvrijheid bestaat om de subsidie te weigeren indien onvoldoende geld beschikbaar is. Niettemin verzet de Awb-regeling zich niet ertegen dat in een beleidsregel een subsidieplafond wordt opgenomen indien bij een niet-wettelijke subsidie de beleidsvrijheid toch in vergaande mate beperkt wordt door die beleidsregel.²³ Zodra wordt aanvaard dat schaarse subsidies zich ook kunnen voordoen buiten de sfeer van het wettelijke subsidieplafond, is het noodzakelijk om die ‘schil’ van schaarse subsidies in kaart te brengen.²⁴

3. Naar een realistisch subsidieverdelingsrecht

3.1 Wel of niet schaars?

3.1.1 Schaarse subsidies

Van (potentieel) schaarse subsidies is zonder meer sprake bij subsidieverstrekking onder een subsidieplafond. In geval van een subsidieplafond is namelijk per definitie een beperkt budget beschikbaar, bij overschrijding waarvan bepaalde aanvragen moeten worden afgewezen. Het is daarom niet verrassend dat de Afdeling in *Geobox* het verdelingskader van *Vlaardingen* ook van toepassing heeft verklaard op de situatie waarin sprake is van een subsidieplafond, omdat in een dergelijke situatie sprake is van ‘de verdeling van schaarse subsidiemiddelen’.²⁵

Ook wettelijke subsidies die niet in combinatie met een subsidieplafond worden verstrekt, kunnen in bepaalde gevallen worden aangemerkt als schaarse subsidies. Wanneer uit het wettelijk voorschrift een gesloten kring van subsidieontvangers kan worden afgeleid, volgt de beperkte beschikbaarheid van financiële middelen niet zozeer uit het subsidieplafond als wel uit die gesloten afbakening van de kring van subsidieontvangers. Feitelijk heeft de Afdeling deze stap naar

²²Zie in dit verband art. 4:23 lid 3 Awb.

²³*PG Awb III*, p. 208.

²⁴Ik beperk mij in het vervolg van deze bijdrage tot subsidies in de zin van art. 4:21 Awb, maar de schil van schaarse subsidies kan nog ruimer worden afgebakend indien hierbij ook ‘subsidies in natura’ worden betrokken.

²⁵ABRvS 11 juli 2018, AB 2018/406 (*Geobox*), m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmman, r.o. 7.1.

andere wettelijke subsidies al gezet in *Gymnasion*:²⁶ weliswaar bevatte de subsidieregeling in deze zaak een subsidieplafond,²⁷ maar de schaarste werd gecreëerd doordat de subsidieregeling geen ruimte liet voor subsidiëring aan anderen dan één enkele begunstigde.²⁸ Ook wettelijke subsidies zonder subsidieplafond kunnen dus schaars zijn als de kring van daadwerkelijke subsidieontvangers gesloten is, maar de kring van potentiële subsidieontvangers groter is.²⁹

Schaarse subsidies zijn echter niet beperkt tot wettelijke subsidies.³⁰ In het bijzonder kunnen zogeheten ‘anticiperende subsidies’ onder omstandigheden tot de schaarse subsidies worden gerekend. Deze subsidies mogen, wanneer de totstandkoming van een wettelijk voorschrift niet kan worden afgewacht, gedurende hoogstens een jaar zonder wettelijke grondslag worden verstrekt.³¹ Juist ten aanzien van deze categorie van buitenwettelijke subsidies is bij de totstandkoming van de subsidietitel expliciet aangegeven dat een (beleidsmatig) ‘subsidieplafond’ in een beleidsregel denkbaar zou zijn.³² Impliciet is daarmee aangegeven dat anticiperende subsidies schaarse subsidies kunnen zijn. Anticiperende subsidies zullen in elk geval als schaarse subsidies moeten worden beschouwd indien hiervoor een beleidsmatig plafond is vastgesteld. Wanneer een dergelijk plafond ontbreekt, vormt enkel de begroting het juridische kader waarbinnen de subsidieverstrekking plaatsvindt.³³

Overigens adviseerde de Raad van State destijds om anticiperende subsidies zonder wettelijke grondslag alleen toe te staan ‘in spoedeisende gevallen’. De regering nam deze suggestie niet over, omdat dit criterium een onvoldoende scherpe begrenzing zou opleveren en daarmee ongeschikt zou zijn als juridisch hanteerbaar bevoegdheidscriterium.³⁴ Deze suggestie van de Raad van State is

²⁶ ABRvS 27 februari 2019, AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink, *Gst.* 2019/78, m.nt. A. Drahmman (*Gymnasion*).

²⁷ Zie artikel 5 van de toepasselijke subsidieregeling, die als bijlage bij de uitspraak van de Afdeling is opgenomen.

²⁸ Opvallend genoeg lijkt voor de Afdeling niet voldoende dat de stichting in de subsidieregeling als enige begunstigde is aangemerkt, maar is doorslaggevend dat in de subsidieregeling wordt verwezen naar overeenkomsten die met de stichting zijn gesloten (r.o. 5.2).

²⁹ Potentiële subsidieontvangers zijn in dit verband partijen die de gesubsidieerde activiteit kunnen verrichten.

³⁰ Ik laat hier verder buiten beschouwing dat subsidies die rechtstreeks worden verstrekt op grond van een EU-subsidieprogramma (art. 4:23 lid 3 sub b Awb), voor zover die bestaan, schaarse subsidies vormen wanneer dat programma een maximumbudget bevat en de aanvraag bij overschrijding van dat budget kan worden afgewezen.

³¹ Art. 4:23 lid 3 sub a Awb.

³² *PG Awb III*, p. 208.

³³ Zie hierna § 3.3.

³⁴ *PG Awb III*, p. 198-199.

echter vanuit verdelingsrechtelijk perspectief onverminderd actueel, omdat juist (dwingende) spoed bij de verdeling van schaarse rechten als juridische rechtvaardiging kan dienen om (tijdelijk) af te zien van het bieden van mededingingsruimte.³⁵ Hoewel de duur die noodzakelijk is voor de totstandkoming van een wettelijk voorschrift moet worden onderscheiden van de duur die noodzakelijk is voor het oproepen tot mededinging en het doorlopen van een verdelingsprocedure, kan 'spoed' dus zeker ook als juridisch criterium fungeren.

3.1.2 Niet-schaarse subsidies

Tot de niet-schaarse subsidies kunnen allereerst wettelijke subsidies worden gerekend die niet gepaard gaan met een subsidieplafond. In een dergelijke situatie wordt wel gesproken over een open-einderegeling, in het bijzonder indien uit de regeling een rechtens afdwingbare aanspraak op subsidieverstrekking volgt en het aantal subsidieontvangers niet op voorhand is gesloten.³⁶

Binnen de categorie van niet-wettelijke subsidies lijkt de kwalificatie van niet-schaarse subsidie in elk geval aangewezen voor subsidieverstrekking 'in incidentele gevallen'. De aanduiding 'incidenteel' in art. 4:23 lid 3 sub d Awb impliceert niet alleen dat het tijdvak van subsidieverstrekking is beperkt (tot vier jaar), maar ook dat het aantal ontvangers is beperkt.³⁷ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter ook dat de wetgever incidentele subsidies heeft opgevat als subsidies die niet volgens vaste criteria worden verstrekt. Volgens de regering zijn incidentele gevallen juist 'naar hun aard' telkens weer anders en daarom niet in algemene regels te typeren.³⁸ Die insteek is in de rechtspraak voortgezet: indien de subsidieverstrekking berust op een wettelijk voorschrift, beleidsregel of vaste bestuurspraktijk, kan geen sprake zijn van een incidentele subsidie.³⁹

Jacobs en Den Ouden hebben in 2011 betoogd dat de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte niet hoeft te gelden voor incidentele subsidies op grond van het beperkte karakter ervan in aantallen ontvangers en de beperkte duur van de subsidiërelaties die zo ontstaan.⁴⁰ Die argumentatie veronderstelt dat incidentele subsidies weliswaar schaars zijn, maar dat een legitieme uitzondering op de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bestaat.

³⁵Zie art. 32 Richtlijn 2014/24/EU en de implementatie hiervan in art. 2.32 Aanbestedingswet 2012.

³⁶Zie reeds de notitie Toetsingscriteria openeinderegelingen, *Kamerstukken II* 1988/89, 20862, nrs. 1-2, p. 4.

³⁷*PG Awb III*, p. 202.

³⁸*PG Awb III*, p. 198-199.

³⁹Zie onder meer ABRvS 18 december 2002, *AB* 2003/147; *JB* 2003/46, waarover ook T.C. Borman, 'Art. 4:23 Awb', *T&C Awb* (bijgewerkt tot 1 juli 2020), aant. 4d.

⁴⁰Jacobs & Den Ouden 2011, p. 55.

Mijns inziens dient de aanvraag of incidentele subsidies schaars zijn, echter ontkennend te worden beantwoord. Zodra een subsidie enkel wordt geweigerd vanwege de omstandigheid dat andere ‘vergelijkbare’ aanvragen reeds zijn toegewezen en niet meer van dergelijke aanvragen worden toegewezen, is mijns inziens sprake van een vaste bestuurspraktijk, zodat blijkens de jurisprudentie niet langer sprake kan zijn van een incidentele subsidie. Incidentele subsidies zijn immers ‘naar hun aard’ telkens weer anders en dus niet onderling vergelijkbaar. Dit betekent concreet dat een bestuursorgaan zodra het een incidentele subsidie heeft verstrekt voor een bepaalde activiteit, aanvragen voor ‘vergelijkbare’ activiteiten niet kan afwijzen op de enkele grond dat dergelijke activiteiten reeds voldoende worden gesubsidieerd.⁴¹ Als het bestuursorgaan toch op deze grond een aanvraag wil afwijzen, zal het ervoor moeten zorgen dat de subsidieverstrekking alsnog berust op een wettelijke grondslag en vergezeld gaat van een subsidieplafond. Dit plafond kan echter niet worden tegengeworpen aan aanvragen die reeds zijn ingediend, zodat deze aanvragen enkel op hun eigen merites moeten worden beoordeeld en irrelevant is of reeds subsidie is verstrekt voor vergelijkbare activiteiten. Zoals incidentele subsidies ‘naar hun aard’ telkens weer anders zijn, zo zijn zij ook ‘naar hun aard’ niet schaars.

3.1.3 Half-schaarse subsidies

Zogeheten ‘begrotingssubsidies’ kunnen zonder wettelijke grondslag worden verstrekt indien de begroting melding maakt van de subsidieontvanger én van het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld.⁴² Uit de memorie van toelichting blijkt dat die vermelding ook in de toelichting op de begroting kan plaatsvinden.⁴³

⁴¹ Uit ABRvS 21 november 2018, AB 2019/63, m.nt. W. den Ouden, blijkt dat ‘in het echt’ inbedding van de praktijk van ‘incidentele’ subsidieverstrekking in een wettelijk voorschrift of beleidsregel voorkomt. Zelfs indien een subsidieregeling regels zou bevatten over incidentele subsidieverstrekking, mogen die regels dus niet verband houden met een vergelijking met andere subsidieaanvragen.

⁴² Art. 4:23 lid 3 sub c Awb. Wanneer die vermelding van subsidieontvangers ontbreekt, zou een dergelijke subsidie – gedurende een jaar – als anticiperende subsidie kunnen worden verstrekt.

⁴³ PG Awb III, p. 201. In specifieke gevallen is de bestuursrechter bereid dit vereiste nog verder op te rekken indien de subsidieontvangers weliswaar niet uitdrukkelijk worden genoemd in de begrotingspost, maar wel de maximumsubsidie alsmede een nauwkeurige omschrijving van het oogmerk van de financiering en van de door de aanvrager te verrichten activiteiten, terwijl ook de kring van subsidieontvangers blijkens de toelichting op de begroting (impliciet) bekend is (ABRvS 18 juni 2008, AB 2008/235, m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden (*Koppelingsfonds*)).

De vraag of begrotingssubsidies schaarse subsidies zijn, is minder eenduidig te beantwoorden dan voor de andere categorieën. Bepalend is namelijk of een concurrerende subsidieaanvraag kan worden afgewezen onder enkele verwijzing naar de verleende begrotingssubsidie en de beperkte beschikbaarheid van financiële middelen. Enerzijds hoeft de omstandigheid dat een bepaalde subsidieontvanger op de begroting wordt vermeld, niet te betekenen dat andere subsidieontvangers voortaan geen subsidie meer zouden kunnen ontvangen. Anderzijds zou uit de vermelding op de begroting juist kunnen worden afgeleid dat deze activiteit enkel op grond van de begroting (dus niet op grond van een wettelijk voorschrift) wordt gesubsidieerd en dat slechts de in de begroting vermelde partijen subsidie kunnen ontvangen. Voor zover ook andere partijen de gesubsidieerde activiteit zouden kunnen en willen verrichten, zou de begrotingssubsidie dan wel schaars zijn.

Vanwege dit niet-eenduidige beeld introduceer ik voor begrotingssubsidies⁴⁴ een derde categorie: half-schaarse subsidies.⁴⁵ Juist ten aanzien van dergelijke half-schaarse subsidies moet de vraag worden beantwoord *in hoeverre* het proces van subsidieverstreking - als onderdeel van het begrotingsproces - kan en moet voldoen aan de mededingingsnorm van *Vlaardingen*.

3.2 Mededinging op de begroting

3.2.1 Begroten conform *Vlaardingen*

Voor zover (buitenwettelijke) subsidies als schaars worden aangemerkt, is er geen reden waarom niet een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte zou bestaan. Het gelijkheidsbeginsel als *algemeen* beginsel van behoorlijk bestuur strekt in een verdelingscontext immers tot het bieden van gelijke kansen. Ook de verstreking van anticiperende subsidies op grond van een beleidsregel zal daarom moeten voldoen aan deze verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Enkel wanneer zelfs de totstandkoming van een beleidsregel, die doorgaans sneller zal geschieden dan die van een wettelijk voorschrift, niet kan worden afgewacht, zal de vraag in beeld komen of onderhandse subsidieverstreking wegens dwingende spoed een legitieme uitzondering vormt op de ver-

⁴⁴Deze categorie zou ook van toepassing kunnen zijn op anticiperende subsidies waarbij het beschikbare budget enkel wordt begrensd door de begroting (dus niet door een beleidsregel).

⁴⁵Voor wie jarenlang in het Kamerlingh Onnes Gebouw in Leiden heeft gewerkt en dus vertrouwd zou moeten zijn met begrippen als 'geleiding', 'supergeleiding' en 'halfgeleiding' (vgl. D. van Delft, *Heike Kamerlingh Onnes. Een biografie. De man van het absolute nulpunt*, Amsterdam: Bert Bakker 2005, p. 456 e.v.), moet de introductie van een dergelijke term niet al te problematisch zijn.

plichting tot het bieden van mededingingsruimte.⁴⁶ Voor begrotingssubsidies is daarentegen sowieso de vraag of de begrotingsprocedure aan deze verplichting kan voldoen en, zo nee, of een legitieme uitzondering op de mededingingsplicht denkbaar is.

De begroting bevat een (jaarlijks) overzicht van (geraamde) inkomsten en uitgaven van een openbaar lichaam. Daarmee vervult de begroting allereerst een allocatiefunctie, omdat keuzes worden gemaakt ten aanzien van de aanwending van schaarse financiële middelen.⁴⁷ Ten aanzien van uitgaven heeft de begroting bovendien een juridische autorisatiefunctie: het bestuur wordt gemachtigd om uitgaven te doen ter hoogte van de in de begroting opgenomen bedragen zonder dat een verplichting hiertoe bestaat.⁴⁸ Om die reden heeft een begroting in beginsel geen rechtsgevolgen voor derden. Volgens de jurisprudentie is dit slechts onder bijzondere omstandigheden anders, “zoals in die gevallen waarin met het vaststellen van de begroting *in feite* sprake is van een (weigering van) subsidieverlening of de vaststelling van een subsidieplafond [curs. CJW]”.⁴⁹

De wettelijke regeling van de begrotingsprocedure bevat niet veel aanknopingspunten voor het creëren van mededingingsruimte.⁵⁰ De ontwerp-begroting en de toelichting hierop moeten voor een ieder ter inzage liggen en algemeen verkrijgbaar zijn, terwijl van deze terinzagelegging en verkrijgbaarstelling openbaar kennis moet worden gegeven.⁵¹ In het stadium van de ontwerp-begroting zijn echter al voorlopige keuzes ten aanzien van begrotings-subsidies gemaakt.

Meer houvast voor het creëren van mededingingsruimte biedt de regeling van afdeling 4.2.8 van de Awb (‘Per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen’). Deze facultatieve regeling is blijkens de parlementaire geschiedenis specifiek toegesneden op begrotingssubsidies.⁵² Aangezien subsidie per defini-

⁴⁶ Zie nader § 3.2.2.

⁴⁷ Zie in algemene zin over de (kern)functies van de begroting: M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 77-80.

⁴⁸ Zie hierover uitgebreider W. den Ouden, ‘De Bourbon. Het rechtskarakter van de begroting’, in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-12.

⁴⁹ Zie CBb 12 maart 2008, AB 2008/256, m.nt. I. Sewandono, en ABRvS 27 mei 2015, *Gst.* 2015/88, m.nt. L.J.M. Timmermans, *JB* 2015/118, m.nt. J.L.W. Broeksteeg (*Binnenmaas*).

⁵⁰ Zie art. 193-199 Provinciewet.

⁵¹ Art. 194 lid 2 Provinciewet.

⁵² Zie expliciet hierover *PG Awb III*, p. 201 en 258, waarin wordt benadrukt dat afdeling 4.2.8 juist op begrotingssubsidies toegesneden voorschriften bevat.

tie op aanvraag wordt verstrekt,⁵³ zal aan de vermelding van een subsidie op de begroting een aanvraag vooraf moeten gaan.⁵⁴ Een dergelijke subsidieaanvraag, waarvan in elk geval een activiteitenplan en een begroting deel uitmaken,⁵⁵ moet uiterlijk dertien weken voor de aanvang van het boekjaar worden ingediend.⁵⁶ Vervolgens zal in een afzonderlijke beschikking op de subsidieaanvraag moeten worden beslist.⁵⁷ Uit de vaststelling van de begroting kan dus weliswaar de weigering van een subsidie worden afgeleid,⁵⁸ maar niet rechtstreeks de subsidieverlening.⁵⁹ Ook om een andere reden kan de subsidieverlening niet met de begroting worden gelijkgesteld: waar de begroting steeds voor een kalenderjaar wordt vastgesteld, kan de subsidie niet alleen voor één boekjaar, maar ook voor een bepaald aantal boekjaren worden verleend.⁶⁰

Langs deze lijnen kan mijns inziens ook binnen het begrotingsproces een zekere mate van mededingingsruimte en openbaarheid worden gecreëerd. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van het aanvraagtijdvak: iedere gegadigde die in aanmerking wenst te komen voor een begrotingssubsidie, kan voor sluiting van het (algemeen bekendgemaakte) aanvraagtijdvak een aanvraag indienen. Daarmee is dus mededingingsruimte gecreëerd, althans de mogelijkheid voor potentiële gegadigden om hun belangstelling kenbaar te maken. Het is echter niet mogelijk om voorafgaand aan de vaststelling van de begroting (exact) aan te geven hoeveel budget beschikbaar is voor begrotings-

⁵³Uit art. 4:21 Awb volgt immers dat subsidies op aanvraag worden verstrekt. Zie ook ABRvS 23 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA5511, en ABRvS 4 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4670.

⁵⁴Vgl. art. 4:60 Awb e.v.

⁵⁵Art. 4:61 Awb e.v.

⁵⁶Art. 4:60 Awb.

⁵⁷In art. 4:67 lid 3 Awb wordt expliciet gesproken over een (meerjarige) beschikking tot subsidieverlening, waarin rapportageverplichtingen worden opgenomen die voor de subsidievaststelling van belang zijn.

⁵⁸Als geen geld beschikbaar is gesteld op de begroting (en eveneens een wettelijk voorschrift voor subsidieverstreking ontbreekt), komt de aanvrager niet voor subsidieverstreking in aanmerking.

⁵⁹In de meest recente versie van het (gewijzigde) wetsvoorstel Wet open overheid (Woo) is in dit verband voorzien in de verplichte openbaarmaking van subsidiebeschikkingen aan rechtspersonen (*Kamerstukken I 2020/21*, 35112, nr. A). Volgens de memorie van toelichting geldt bij die beschikkingen (als deze geen onderdeel uitmaken van een tender) dat hoewel doorgaans geen belangen van derden zijn betrokken, het belang van de openbaarheid van de besteding van publieke middelen in het algemeen groter is dan het belang van de ontvanger om de beschikking niet openbaar te maken (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 36). Juist ten aanzien van de begrotingssubsidie, die niet noodzakelijk deel uitmaakt van een tender, lijkt deze verplichte openbaarmaking aangewezen.

⁶⁰Art. 4:67 lid 1 Awb.

subsidies.⁶¹ Dat wordt immers bepaald in de begroting. Vanwege het noodzakelijke evenwicht tussen geraamde inkomsten en uitgaven op de begroting is weliswaar duidelijk dat een bovengrens zit aan subsidieverstrekking, maar dit ‘plafond’ is op het moment van de indiening van aanvragen nog onbepaald. Voorafgaande bekendmaking van de verdelingscriteria⁶² lijkt evenmin volledig haalbaar.⁶³ Hooguit kan worden aangegeven dat eventuele vergelijking van aanvragen zal plaatsvinden op basis van het ingediende activiteitenplan en de ingediende begroting, maar die vermelding lijkt mij ‘onvoldoende richtinggevend’ voor aanvragers om hun aanvraag zo concurrerend mogelijk in te richten.⁶⁴ Bekendmaking van deze aspecten van de verdelingsprocedure zou daarom ook afhankelijk kunnen worden gesteld van de ingediende aanvragen: indien meerdere concurrerende aanvragen zijn ingediend⁶⁵ en hiertussen een keuze moet worden gemaakt, kunnen aanvragers op de hoogte worden gesteld van de toepasselijke verdelingscriteria en in de gelegenheid worden gesteld hun aanvraag aan te vullen alvorens in de ontwerp-begroting een voorlopige keuze wordt gemaakt. Onverkorte toepassing van de *Vlaardingen*-norm lijkt mij dus mogelijk noch wenselijk bij half-schaarse begrotingssubsidies, maar ‘halfvolle’ toepassing wel.

Deze doordenking van de *Vlaardingen*-norm voor begrotingssubsidies reikt echter verder. Gelet op de autorisatiefunctie van de begroting vereist een verhoging van de uitgaven gedurende het begrotingsjaar een wijziging van de begroting.⁶⁶ Dit geldt dus ook voor het tussentijds verstrekken van nieuwe begro-

⁶¹ De Afdeling spreekt in *Vlaardingen* niet over ‘plafond’, maar in ruimere zin over ‘de beschikbaarheid van de schaarse vergunning’.

⁶² De Afdeling onderscheidt in *Vlaardingen* afzonderlijk ‘de verdelingsprocedure’ en ‘de toe te passen criteria’, maar beide elementen neem ik hier samen als ‘verdelingscriteria’.

⁶³ Indien voldoende budget op de begroting beschikbaar wordt gesteld voor toewijzing van alle aanvragen om begrotingssubsidies, ontbreekt de noodzaak om verdelingscriteria op te stellen.

⁶⁴ Zie voor dit criterium ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336 (*speelautomatenhal Emmen*).

⁶⁵ Indien slechts één aanvrager interesse heeft getoond voor een bepaalde activiteit, bestaat mijns inziens geen verplichting om concurrerende aanvragen uit te nodigen. Elke geïnteresseerde partij had immers een aanvraag kunnen indienen.

⁶⁶ Op grond van art. 196 lid 1 Provinciewet kunnen besluiten tot wijziging van de begroting tot uiterlijk het eind van het desbetreffende begrotingsjaar worden genomen.

tingssubsidies (of het verhogen van reeds verleende begrotingssubsidies).⁶⁷ In dat geval moet de wijzigingsprocedure op dezelfde wijze ‘concurrerend’ worden vormgegeven als de procedure voor de initiële vaststelling van de begroting.⁶⁸ Een belangrijk verschil is echter dat voor tussentijdse aanvragen geen duidelijk aanvraagtijsvak bestaat, zodat de indiening van een aanvraag kan worden benut als aangrijpingspunt om concurrerende aanvragen uit te nodigen.

Tot slot zouden begrotingssubsidies die voor een langer tijdvak dan één kalenderjaar zijn verleend, in een volgend begrotingsjaar voorrang moeten hebben boven nieuwe aanvragen voor vergelijkbare activiteiten. Wanneer de oorspronkelijke verlening van die begrotingssubsidies vergezeld is gegaan van de nodige mededingingsruimte, kan aan latere aanvragers worden tegengeworpen dat zij destijds hadden kunnen meedingen naar de schaarse subsidie en dat daarom in een volgend begrotingsjaar geen verplichting bestaat om budget beschikbaar te stellen voor vergelijkbare activiteiten of om opnieuw mededinging tussen potentiële gegadigden te organiseren. Aangezien deze begrotingssubsidies bovendien slechts voor een bepaald aantal boekjaren worden verleend,⁶⁹ wordt met deze eis invulling voldaan aan de tweede *Vlaardingen*-norm inzake een beperkte looptijd van het schaarse recht en ontstaat dus na afloop van deze beperkte periode ruimte om opnieuw mee te dingen naar de schaarse subsidie.

3.2.2 *Beperken conform Vlaardingen*

Begroten conform *Vlaardingen*, d.w.z. het bieden van mededingingsruimte in de begrotingsprocedure, is echter niet de enige route waarlangs de begrotingsprocedure in overeenstemming kan worden gebracht met *Vlaardingen*. De andere route die kan worden bewandeld, betreft het beargumenteren waarom een uitzondering op de mededingingsnorm gerechtvaardigd is.⁷⁰ In *Vlaardingen* heeft de Afdeling namelijk ruimte gelaten voor een dergelijke uitzondering:

⁶⁷ Bij zogeheten (meerjarige) exploitatie- of boekjaarsubsidies ligt tussentijdse wijziging van de begroting minder voor de hand, maar aanvragen om (eenmalige) projectsubsidies op grond van de begroting zouden in theorie elk moment van het jaar kunnen worden ingediend. In *Provinciaal blad* (Zuid-Holland), 2020, 796, is bijvoorbeeld sprake van een tussentijdse verhoging van een reeds verleende begrotingssubsidie, in welk geval de vraag in beeld komt of de verhoging van de subsidie neerkomt op een ‘wezenlijke wijziging’ van de schaarse subsidie.

⁶⁸ Vgl. art. 196 lid 2 Provinciewet.

⁶⁹ Art. 4:67 lid 1 Awb.

⁷⁰ Zie ook A. Drahmman in punt 6 van haar annotatie onder ABRvS 27 februari 2019, *Gst.* 2019/78 (*Gymnasion*).

“De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet [...] of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.”⁷¹

Hoe deze uitzonderingsroute moet worden bewandeld, is vooralsnog alleen in *Vlaardingen* zelf zichtbaar. In die uitspraak kwam de Afdeling tot de conclusie dat de gemeentelijke speelautomatenhalverordening in strijd met het gelijkheidsbeginsel was toegesneden op één concrete situatie en dat de aan de gemeenteraad toegekende regelgevende bevoegdheid daartoe niet kon worden aangevend.⁷² Bovendien had de raad bij de afweging van de belangen die had geleid tot de vaststelling van de gemeentelijke verordening, de ruimte voor mededinging niet kenbaar een rol laten spelen, als gevolg waarvan de mededinging volledig was uitgesloten.⁷³

Juist deze toepassing van de uitzonderingsclausule biedt mijns inziens houvast om de begrotingsprocedure verder in te bedden in *Vlaardingen*. Wanneer op basis van de begroting subsidie wordt toegekend aan een beperkt aantal subsidieontvangers, dient de totstandkoming van de begroting ervan blijk te geven dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.⁷⁴ In bepaalde gevallen kan dit betekenen dat inderdaad mededingingsruimte is geboden voorafgaand aan de totstandkoming van de begroting (zie hierboven

⁷¹ ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

⁷² Op grond van de Wet op de kansspelen heeft de gemeenteraad alleen de bevoegdheid om algemene regels vast te stellen en mag hij dus niet de verordening toesnijden op één concrete situatie (CBb 6 maart 1990, AB 1990/399, m.nt. C.P.J. Goorden; CBb 1 april 1992, *Gst.* 1992, afl. 6952/7, m.nt. C.P.J. Goorden; CBb 20 januari 2000, AB 2000/372, m.nt. J.H. van der Veen, en CBb 12 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY1559).

⁷³ ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 11-11.2.

⁷⁴ In de begroting van 2020 van de provincie Zuid-Holland wordt (slechts) bij een van de begrotingssubsidies expliciet overwogen dat er ‘geen andere organisaties’ zijn die beschikken over lokale afdelingen met deels zeer deskundige leden die vanuit de praktijk en met de nodige theoretische kennis inbreng kunnen leveren bij de ontwikkeling en uitvoering van het fietsbeleid (*Provinciaal blad* (Zuid-Holland) 2019, 7503).

§ 3.2.1), in andere gevallen is die mededingingsruimte om bepaalde (legitieme) redenen achterwege gebleven. In die laatste gevallen is naar mijn mening zelfs niet uitgesloten dat de mededingingsruimte volledig is beperkt in de zin dat slechts aan één aanvrager ‘onderhands’ subsidie wordt verstrekt op grond van de begroting. Dat zou in elk geval aan de orde kunnen zijn indien op voorhand vaststaat dat slechts één partij de gesubsidieerde activiteit kan verrichten (uniciteit) en in mindere mate bij spoed,⁷⁵ maar wellicht bestaat ook ruimte voor andere legitieme uitzonderingsgronden.

Tegelijk roept de toepassing van de uitzonderingsclausule in *Vlaardingen* ook de vraag op in hoeverre subsidieverstrekking aan één specifieke subsidieontvanger nog wel kan worden gehandhaafd in een wettelijk voorschrift dat specifiek is toegesneden op deze subsidieontvanger. In *Gymnasion* kwam de Afdeling namelijk tot de conclusie dat een subsidieregeling die neerkomt op een beschikking in plaats van een algemeen verbindend voorschrift, geen subsidieverstrekking op grond van een wettelijk voorschrift inhoudt. Hoewel de beoefenaars van het subsidierecht vooralsnog verdeeld lijken over de vraag of hiermee directe subsidieverstrekking in een wettelijk voorschrift voortaan is uitgesloten,⁷⁶ zie ik weinig licht tussen *Gymnasion* en *Vlaardingen*. Als de Afdeling dus inderdaad

⁷⁵ In geval van ‘dringende spoed’ is zelfs mogelijk dat verplichtingen worden aangegaan voordat de begroting of begrotingswijziging is goedgekeurd (art. 213 lid 1 Provinciewet). Zie in het verband van ‘dringende spoed’ ook <https://www.zonmw.nl/nl/actueel/nieuws/detail/item/eerste-gehonoreerde-onderzoeksprojecten-subsidieregeling-covid-19/>, waarbij een achttal aan COVID-19 gerelateerde onderzoekssubsidies, vooruitlopend op het COVID-19 programma, is verstrekt zonder een algemene oproep tot mededinging: “Vervolgens zijn gericht onderzoekers gevraagd een onderzoeksvoorstel in te dienen op deze onderwerpen. Gezien de noodzaak om snel te handelen, is gekozen voor deze (zeer) korte aanvraagprocedure die resulteerde in het toekennen van subsidies aan deze acht onderzoeken.” Zoals aangegeven onder § 3.2.1 zou bij anticiperende subsidies de uitzondering van dwingende spoed in beeld kunnen komen indien niet alleen de totstandkoming van een wettelijk voorschrift, maar zelfs die van een beleidsregel (met inbegrip van een oproep tot indiening van aanvragen) niet kan worden afgewacht.

⁷⁶ Volgens T.C. Borman, ‘Art. 4:23 Awb’, *T&C Awb* (bijgewerkt tot 1 juli 2020), aant. 2, moet uit *Gymnasion* niet worden afgeleid dat als een subsidieregeling slechts één specifieke subsidieontvanger of een gesloten groep van subsidieontvangers kent, de subsidieregeling per definitie als een beschikking moet worden aangemerkt. Ook Van den Brink vindt het begrijpelijk dat de Afdeling niet zonder meer oordeelt dat het enkele feit dat de subsidieregeling geen ruimte laat voor subsidiëring aan anderen dan de in die regeling genoemde subsidieontvanger, voldoende is om de subsidieregeling als beschikking aan te merken (punt 5 van haar annotatie onder ABRvS 27 februari 2019, *AB* 2019/320). Drahmman meent daarentegen dat *Gymnasion* het einde betekent van één-op-één-subsidieverlening in algemeen verbindende voorschriften (punt 6 van haar annotatie onder ABRvS 27 februari 2019, *Gst.* 2019/78 (*Gymnasion*)).

van mening blijft dat mededingingsruimte niet volledig mag worden uitgesloten in een wettelijk voorschrift, dan zouden mijns inziens nog slechts twee opties resteren: ofwel subsidieverstrekking op grond van een wettelijk voorschrift met een subsidieplafond waarbij meerdere aanvragers kunnen meedingen, ofwel subsidieverstrekking op grond van de begroting waarbij mededingingsruimte legitiem wordt uitgesloten.⁷⁷

Vanuit het perspectief van het bieden van mededingingsruimte hoeft dit laatste overigens niet negatief te worden gewaardeerd. Het realiseren van mededingingsruimte is immers niet afhankelijk van een wettelijke grondslag. Daarbij komt dat in geval van directe subsidieverstrekking op grond van een wettelijk voorschrift de zelfstandige betekenis van het subsidieplafond dreigt te verdampen.

Zo bepaalt de Subsidieregeling ProDemos⁷⁸ dat de subsidie die aan de stichting Huis voor democratie en rechtsstaat wordt verstrekt, ten hoogste het bedrag bedraagt dat uit de *begroting* van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties blijkt.⁷⁹ Met deze bepaling wordt blijkens de toelichting mede voldaan aan de wettelijke verplichting om bij ministeriële regeling een subsidieplafond vast te stellen: aangezien op grond van deze subsidieregeling de stichting de enige mogelijke subsidieontvanger is, is de in de begroting vermelde maximum subsidie 'in feite' tevens het subsidieplafond.⁸⁰

Wanneer op grond van een wettelijk voorschrift slechts één partij de subsidie kan ontvangen en de hoogte van het subsidieplafond direct wordt afgeleid uit de begroting, komt verdeling door middel van een subsidieplafond feitelijk neer op subsidieverstrekking op grond van de begroting.

⁷⁷ Mijns inziens hoeft 'onderhandse' verlening op grond van een wettelijk voorschrift geen verleden tijd te zijn, mits de *Vlaardingen*-norm in acht wordt genomen en de totstandkoming van het wettelijk voorschrift ervan blijkt geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen (zie punt 11 van mijn annotatie onder ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426.).

⁷⁸ Jacobs & Den Ouden 2011, p. 55, noemen de voorganger van deze regeling, de Subsidieregeling Huis voor democratie en rechtsstaat, als een voorbeeld waaruit blijkt dat subsidieverstrekking aan een enkele ontvanger wel degelijk in een wettelijk voorschrift kan worden geregeld.

⁷⁹ Art. 3 Subsidieregeling ProDemos.

⁸⁰ *Stcrt.* 2013, 16475, p. 4.

4. Bijzonder subsidieverdelingsrecht?

“Kunnen begrotingen en begrotingssubsidies, mede gelet op de specifieke eigenschappen van deze soort besluiten, onder omstandigheden als besluiten worden aangemerkt waarbij schaarse rechten worden toegeedeeld?”

Dit had een rechtsvraag kunnen zijn die de Afdeling voor een rechtsgeleerde conclusie had kunnen voorleggen aan een staatsraad advocaat-generaal. Die noodzaak ontbreekt echter, niet alleen omdat Willemien den Ouden inmiddels is toegetreden tot de Afdeling, maar ook omdat deze vraag impliciet al is beantwoord. De begroting vormt immers een ‘plan’⁸¹ en over het schaarse karakter van ruimtelijke besluiten (inclusief bestemmingsplannen) is al wel een conclusie verschenen,⁸² hoewel de Afdeling het nog niet heeft aangedurfd om op basis daarvan zelf stelling te nemen in het debat.⁸³

Planvorming in het kader van overheidsfinanciering verschilt niet wezenlijk van planvorming in andere delen van het bestuursrecht, zoals het ruimtelijk bestuursrecht of het telecommunicatierecht.⁸⁴ Steeds worden aan verschillende delen van een beperkt beschikbare hulpbron (geld, grond, frequentieruimte, etc.) uiteenlopende bestemmingen toegekend. Na deze bestemmingsfase hoeft nog niet vast te staan *wie* over welk deel van die hulpbron kan beschikken. Hier vertoont de begroting meer gelijkenis met het frequentieplan⁸⁵ dan met het ruimtelijke bestemmingsplan,⁸⁶ aangezien uit de bestemming op de begroting in beginsel slechts volgt hoeveel geld beschikbaar is voor een bepaalde activiteit zonder dat vaststaat wie over dat geld kan beschikken. Om dat laatste vast te stellen, is toepassing van een verdelingsprocedure noodzakelijk zodra de som van de aanvragen het plafond overschrijdt (verdelingsfase).

In bepaalde gevallen volgt echter reeds uit de bestemmingsfase de begunstigde van de hulpbron. In een bestemmingsplan is dit eerder regel dan uitzondering, aangezien degene wiens grond wordt bestemd voor een bepaalde functie, die functie zelf kan realiseren. In het frequentieplan is dit uitzonderlijker, maar niet

⁸¹ Zie R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I*, Deventer: Kluwer 2016, p. 237.

⁸² Conclusie AG Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847.

⁸³ ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel (*windpark Zeewolde*).

⁸⁴ Zie voor de vergelijking tussen het ruimtelijk bestuursrecht en het telecommunicatierecht: C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018-3, p. 118-119.

⁸⁵ Art. 3.1 Telecommunicatiewet.

⁸⁶ Art. 3.1 Wet ruimtelijke ordening.

uitgesloten.⁸⁷ Een met het frequentieplan vergelijkbare situatie doet zich voor in geval van een begrotingssubsidie: de begunstigde volgt direct uit de begroting, zodat de fase van bestemmen en de fase van verdelen feitelijk samenvallen (ook al volgt nog een afzonderlijke beschikking tot subsidieverlening). Het is daarom terecht dat ten aanzien van de externe rechtsgevolgen van de begroting individuele subsidieverlening en algemene vaststelling van subsidieplafonds op één lijn worden gesteld. Ongeacht of de subsidieverstrekking in twee fasen plaatsvindt (via een subsidieplafond) of in één fase (via directe subsidieverlening), is het eindresultaat namelijk dat sommige aanvragers subsidie zullen ontvangen en andere niet, zodat gelijke kansen moeten worden geboden in dit proces van subsidieverstrekking. Aangezien de systematiek van begroten en verstrekken niet wezenlijk anders is dan het bestemmen en toekennen van andere hulpbronnen die slechts beperkt beschikbaar zijn, kunnen dus ook begrotingen en begrotingssubsidies, mede gelet op de specifieke eigenschappen van deze soort besluiten, onder omstandigheden als besluiten worden aangemerkt waarbij schaarse rechten worden toegeedeeld.

5. Conclusie

“Voorts komt aan de verwerkelijking van het gelijkheidsbeginsel, een ander argument voor regeling bij wettelijk voorschrift, slechts een beperkte rol toe in de situatie waarin er maar één of enkele subsidie-ontvangers zijn.”⁸⁸

Met dit wat cryptische argument probeerde de regering de kritiek van de Raad van State te weerleggen over het ontbreken van een wettelijke grondslag voor begrotingssubsidies. In het licht van *Vlaardingen* wekt dit argument bevreemding: juist indien er uiteindelijk slechts één of enkele subsidieontvangers zijn, komt aan het gelijkheidsbeginsel extra gewicht toe en moeten in het proces van subsidieverstrekking aan potentiële gegadigden gelijke kansen worden geboden.

De sterke oriëntatie in het subsidierecht op het legaliteitsvereiste dreigt een heldere blik te vertroebelen op de verdelingsvraagstukken die inherent zijn aan het subsidierecht. De verdeling van schaarse subsidies is namelijk niet alleen aan de orde bij subsidieverstrekking onder een wettelijk subsidieplafond, maar ook daarbuiten. Die erkenning is niet problematisch, omdat bijvoorbeeld ook het begrotingsproces zodanig kan worden vormgegeven dat hierbij een zekere mededingingsruimte ontstaat of dat hierbij mededingingsruimte legitiem wordt

⁸⁷ Zo dient voor het gebruik van frequentieruimte voor de bestemming ‘publieke mediadienst’ op grond van het frequentieplan een vergunning te worden verleend, maar kan deze vergunning uitsluitend worden verleend aan de Stichting Nederlandse Publieke Omroep indien het de landelijke publieke mediadienst betreft (art. 3.6 Telecommunicatiewet).

⁸⁸ *PG Awb III*, p. 257.

uitgesloten. Wel is daarvoor nodig dat het binaire onderscheid tussen schaarse en niet-schaarse subsidies wordt verlaten en vervangen door een meer lineair onderscheid waarin ook ruimte is voor ‘half-schaarse’ subsidies op de verstrekking waarvan de verdelingsnormen niet onverkort, maar slechts gedeeltelijk (‘half-vol’) van toepassing zijn.

Mijns inziens schuilt juist hierin de toegevoegde waarde van het subsidierecht voor de verdelingsrechtelijke theorievorming. Meer dan andere rechtsdomeinen laat het subsidierecht doorschemeren dat het toepasselijke verdelingsrecht in de kern neerkomt op een weging van meerdere, soms conflicterende belangen. Die weging kan per rechtsdomein verschillend uitpakken.⁸⁹ Binnen het subsidierecht leidt die weging ertoe dat het belang van het bieden van mededingingsruimte niet op voorhand zou moeten prevaleren boven andere legitieme belangen, zoals beheersing van overheidsuitgaven (begrotingsdiscipline).

En wat moet de rechtspraktijk hiermee? In elk geval afzien van het stelselmatig vervangen van begrotingssubsidies door wettelijke subsidieregelingen (met subsidieplafonds) waarin de begunstigde direct wordt aangewezen. Immers, wat in het echt bestaat, bestaat in het recht niet.

⁸⁹Vgl. C.J. Wolswinkel, F.J. van Ommeren & W. den Ouden, ‘Limited Authorisations Between EU and Domestic Law: Comparative Remarks from Dutch Law’, *European Public Law* 2019-4, p. 582.