

# PELS RIJCKEN

## Notitie

voor [REDACTED] (Ministerie van EZK)  
van [REDACTED] (Kantoor Landsadvocaat)  
datum 29 september 2021  
inzake Scenario's beoordeling beroepen op Nationaal Groeifonds  
zaaknr 11016855

---

## 1 Inleiding en vraagstelling

*Inleiding: twee routes voor verstrekking uit het Nationaal Groeifonds*

- 1.1 Er is een wetsvoorstel in voorbereiding dat voorziet in de instelling van een Nationaal Groeifonds (hierna: **fonds**). Het fonds wordt vormgegeven als een begrotingsfonds in de zin van artikel 2.11 van de Comptabiliteitswet 2016. Het doel van het fonds is het beschikbaar stellen van financiële middelen voor extra investeringen om het duurzame verdienvermogen voor Nederland op lange termijn te verhogen. De investeringen moeten betrekking hebben op het gebied van (i) kennisontwikkeling, (ii) onderzoek, ontwikkeling en innovatie of (iii) infrastructuur.<sup>1</sup>
- 1.2 Het wetsvoorstel voorziet erin dat langs twee wegen een beroep op het fonds kan worden gedaan. Voor veldpartijen<sup>2</sup> wordt een subsidieroute – via de minister van EZK – opengesteld. Het wetsvoorstel voorziet in de daartoe vereiste<sup>3</sup> wettelijke grondslag, op basis waarvan nadere subsidieregels en (verder uitgewerkte) beoordelingscriteria worden opgesteld. Zoals bij subsidies gebruikelijk (en met het oog op het voorkomen van open einde regelingen: noodzakelijk) wordt een subsidieplafond bekendgemaakt dat duidelijk maakt welk bedrag gedurende een bepaald subsidietijdvak ten hoogste beschikbaar is voor het verstrekken van subsidies.<sup>4</sup>
- 1.3 Daarnaast is het mogelijk dat departementen investeringsvoorstellen ontwikkelen en voor de financiering daarvan een beroep op het fonds doen. Voor dergelijke departementale voorstellen worden bijdragen uit het fonds overgeheveld naar de begrotingen van de betrokken departementen, waarna het betreffende departement het voorstel zelf zal uitvoeren. Ten aanzien van deze departementale route worden

---

<sup>1</sup> Zie voor de globale doelstellingen waaraan investeringsvoorstellen moeten voldoen de brief van de ministers van EZK en Financiën van 7 septemberbrief 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 300 nr. 83).

<sup>2</sup> Waaronder het wetsvoorstel verstaat: private partijen of publiekrechtelijke rechtspersonen.

<sup>3</sup> Artikel 4:23, eerste lid, van de Awb luidt: "Een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt."

<sup>4</sup> Vergelijk artikel 4:22 van de Awb.

bestuurlijke afspraken gemaakt over de te doorlopen route die leidt tot begrotingsoverheveling. De departementale route is enkel bedoeld voor de situatie waarin een departement zelf een investeringsvoorstel uitwerkt. Het is niet de bedoeling dat veldpartijen via een departement een investeringsvoorstel doen ten behoeve van financiering uit het fonds. Daarvoor is nadrukkelijk de subsidieroute bedoeld. Dat neemt niet weg dat van een departementaal investeringsvoorstel deel kan uitmaken dat ook derden samenwerken met het betrokken departement.<sup>5</sup>

### *Vraagstelling*

- 1.4 Het is de bedoeling dat investeringsvoorstellen (in de vorm van subsidieaanvragen en verzoeken om begrotingsoverheveling via de departementale route), worden beoordeeld aan de hand van dezelfde (flexibele, nader te operationaliseren) criteria. De beoordeling van aanvragen en verzoeken vindt plaats door de onafhankelijke Adviescommissie Nationaal Groeifonds (hierna: **Adviescommissie**). De Adviescommissie beoordeelt de investeringsvoorstellen op de mate waarin deze voorstellen op een doelmatige en doeltreffende wijze bijdragen aan de doelstellingen van het fonds. Voor het subsidiespoor geldt dat de minister van EZK op basis van het advies een besluit neemt op de ingediende subsidieaanvragen. Voor het departementale spoor geldt dat de overheveling plaatsvindt op basis van een aanpassing van de begroting.
- 1.5 In het vervolg van deze notitie beantwoorden wij een aantal vragen dat is opgekomen rondom de wijze van beoordeling van investeringsvoorstellen door de Adviescommissie. De eerste vraag is of (1) investeringsvoorstellen, onder de werking van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: **Awb**), door de Adviescommissie integraal kunnen worden beoordeeld en onderling kunnen worden gerangschikt, ongeacht of zij via de subsidieroute, dan wel via de departementale route zijn ingediend. Als een dergelijke integrale afweging niet zou kunnen is een volgende vraag (2) welke ruimte de Awb wel biedt om overhevelingsverzoeken en subsidieaanvragen wel zoveel mogelijk op gelijke wijze te beoordelen en te wegen, zodanig dat een integrale afweging zo dicht mogelijk wordt benaderd. In het verlengde hiervan behandelen wij de vraag (3) hoe een alternatieve vormgeving van het voorstel voor een Wet Nationaal Groeifonds – waarin wordt afgeweken van de Awb – eruit zou zien en hoe een dergelijke afwijking gemotiveerd zou kunnen worden.

## **2 Beantwoording van de vragen**

- 2.1 Ter beantwoording van de vragen starten wij met een paar korte algemene opmerkingen over de subsidiesystematiek. Vervolgens staan wij stil bij de

<sup>5</sup> Dat neemt niet weg dat het ministerie dat de beschikking krijgt over financiële middelen, ervoor kan kiezen om samenwerking met private partners te zoeken. In zulke gevallen is niet uitgesloten dat tussen de betrokken minister en de private partner een subsidierelatie in het leven wordt geroepen.

handelingsruimte in het scenario waarin niet wordt afgeweken van de subsidietitel van de Awb. Wij sluiten af met een beschouwing over de aandachtspunten bij ombuiging van het voorstel voor de Wet Nationaal Groeifonds, zodanig dat daarmee gaat worden voorzien in afwijking van de Awb, met het oog op een integrale beoordeling van departementale verzoeken en subsidieaanvragen 'in één kolom'.

#### *Algemene opmerkingen over de subsidiesystematiek*

- 2.2 Inherent aan de systematiek van de Awb is dat subsidie alleen kan worden verstrekt aan andere (rechts)personen dan de rechtspersoon waartoe de subsidieverstrekker behoort. De minister van EZK kan aan (de publiekrechtelijke rechtspersoon) de Staat geen subsidie verstrekken. Uit (de rechtspraak over) artikel 4:21 van de Awb volgt daarnaast dat subsidie een materieel begrip is: financiële bijdragen door een bestuursorgaan verstrekt aan een aanvrager kwalificeren als subsidie en dat maakt dat de normen en waarborgen van de Awb op die relatie van toepassing zijn.
- 2.3 De subsidietitel van de Awb beoogt aanvragers van subsidie een aantal waarborgen te bieden. Door voor te schrijven dat subsidieverstrekking slechts plaatsvindt op basis van een wettelijke regeling<sup>6</sup> is onder meer<sup>7</sup> het belang van rechtszekerheid van aanvragers gediend. Door raadpleging van de subsidieregeling weten (potentiële) aanvragers waar zij aan toe zijn. Een vergelijkbaar rechtszekerheidsbelang dient het voorafgaand aan een subsidietijdvak bekendmaken van het bedrag dat gedurende een bepaald subsidietijdvak ten hoogste beschikbaar is voor verstrekking van subsidies (subsidieplafond) en op welke wijze het beschikbare bedrag wordt verdeeld.<sup>8</sup> Het subsidieplafond wordt vastgesteld bij formeel besluit waarbij een concreet bedrag als beschikbaar subsidiebudget wordt bekendgemaakt.
- 2.4 Bestuursorganen zijn – binnen randvoorwaarden – vrij in de wijze waarop zij een beschikbaar subsidiebudget onder subsidieaanvragers verdelen, mits de (bekendmaking van de) wijze van verdeling voldoet aan het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gelijke kansen. Dit betekent dat het betreffende bestuursorgaan een 'passende mate van openbaarheid' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse subsidie (waarbij de subsidie schaars wordt door het leggen van een subsidieplafond en mogelijke overtekening van de subsidieregeling), de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Deze informatie moet tijdig en op een adequate manier bekend worden gemaakt en de verdeelregels moeten duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Alle subsidieaanvragers moeten gelijke kansen hebben en vooraf dezelfde informatie hebben.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Artikel 4:23, eerste lid, van de Awb.

<sup>7</sup> Naast het bewerkstelligen van democratische legitimatie van financiële bijdrageverstrekking door de overheid.

<sup>8</sup> Het subsidieplafond staat gedefinieerd in artikel 4:22 van de Awb. Het vereiste dat de wijze van verdeling van het beschikbare budget voorafgaand aan het subsidietijdvak wordt bekend gemaakt, is opgenomen in artikel 4:26, tweede lid, van de Awb, gelezen in samenhang met artikel 4:27, eerste lid, van de Awb.

<sup>9</sup> Zie onder meer ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.

*Beoordelingsruimte binnen het scenario waarin de subsidietitel van kracht blijft*

- 2.5 Wij zien, gelet op de subsidietitel van de Awb, geen ruimte om subsidievoorstellen gemixt te beoordelen en 'in één kolom' te rangordenen met verzoeken om begrotingsoverheveling vanuit departementen. Dat zou feitelijk leiden tot onduidelijkheid omtrent het subsidieplafond en de regels van verdeling van de subsidieruimte. Beoordeling van de investeringsvoorstellen zal derhalve in twee kolommen moeten geschieden, waarbij voor de subsidie kolom vast moet staan welk subsidieplafond is vastgesteld.
- 2.6 Dat neemt niet weg dat de subsidietitel van de Awb zich er niet tegen verzet dat departementale voorstellen en subsidieaanvragen aan de hand van dezelfde criteria gelijktijdig worden beoordeeld en verlangd wordt dat zij aan dezelfde kwalitatieve minimumvereisten (instap-, of 'knock-out'-criteria) voldoen. Daarbij geldt dat in de wijze van beoordeling meer of minder belang kan toekomen aan de rangordeningfase: als aanvragen eigenstandig aan hoge kwalitatieve minimumvereisten moeten voldoen, zullen er minder aanvragen overblijven om te rangschikken. Op deze wijze kan de beoordelingssystematiek voor beide kolommen in betekenende mate worden gelijkgetrokken en kan een in hoge mate geüniformeerd beoordelingskader worden gehanteerd.
- 2.7 Het transparantie- en rechtzekerheidsbeginsel verzetten zich er ook niet tegen dat de beoordelingssystematiek werkenderweg wordt verfijnd, dus bijvoorbeeld na kennisneming door de Adviescommissie van zowel departementale verzoeken als subsidieaanvragen.<sup>10</sup> De beoordelingslat mag – aan de hand van de waargenomen kwaliteit van de binnengekomen investeringsvoorstellen – dus hoger of minder hoog worden gelegd en verder worden verfijnd, mits dat niet leidt tot nieuwe, niet eerder bekendgemaakte, beoordelingscriteria en mits uit de motivering blijkt op welke wijze de beoordeling (en rangordening binnen de kolom subsidieaanvragen) heeft plaatsgevonden. Ook dit biedt mogelijkheden om de beoordelingen binnen de departementale kolom, respectievelijk de subsidiekolom gelijk op te laten (blijven) lopen.
- 2.8 De subsidietitel van de Awb staat er evenmin aan in de weg dat beide soorten verzoeken/aanvragen in één vergadering worden besproken en worden beoordeeld op (minimum)kwaliteit, met dien verstande dat subsidieaanvragen alleen met andere subsidieaanvragen – binnen de subsidiekolom – gerangschikt kunnen worden. Gemengde rangordening zou het systeem van subsidieplafond (schaarste) en eerlijke en transparante verdeling van die subsidieruimte doorkruisen en zou dan in strijd met de Awb zijn.

<sup>10</sup> CBB 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, aangehaald in de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven, ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, ABRvS 24 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, r.o. 4.1.

- 2.9 Tenslotte biedt de subsidietitel van de Awb ruimte om (achteraf, na een beoordelingsronde) te schuiven met het subsidieplafond, als dat – gelet op het aantal en de kwaliteit van de subsidieaanvragen – gewenst is. Als de indruk van de Adviescommissie is dat de subsidieregeling zwaar is overtekend, waardoor er meerdere goede subsidieaanvragen niet gehonoreerd kunnen worden, en er budgettaire ruimte is in het fonds, kan worden besloten tot verhoging van het subsidieplafond, teneinde meer subsidieaanvragen (van veldpartijen) in te willigen. Een deel van het budget dat (voorlopig) beschikbaar is gesteld voor departementale overhevelingsverzoeken zou in dat geval kunnen worden toegevoegd aan het subsidiebudget (door verhoging van het subsidieplafond). De Awb en het rechtszekerheidsbeginsel verhinderen naar ons inzicht de omgekeerde situatie, waarbij het subsidieplafond zou worden verlaagd ten behoeve van inwilliging van (meer) investeringsvoorstellen uit de departementale kolom.<sup>11</sup>

Wij kunnen ons overigens voorstellen dat van de voorbereiding van een (verplicht) besluit tot het vaststellen van een subsidieplafond deel uitmaakt een consultatieonderzoek waarin wordt getracht een inschatting te maken van de gewenste omvang van het beschikbaar te stellen subsidiebudget.

*Aandachtspunten bij een voorstel voor een Wet Nationaal Groeifonds dat voorziet in afwijking van de subsidietitel van de Awb*

- 2.10 Voor inwerkingtreding van de subsidietitel van de Awb gold dat subsidieverstrekking op uiteenlopende wijze was geregeld, hetzij in (sectorale) bijzondere wetgeving, hetzij zonder dat zij op een wettelijke grondslag was gebaseerd.<sup>12</sup> Het oogmerk van de Awb-wetgever met de subsidietitel was een belangrijke vereenvoudiging van bestaande subsidieregelgeving, door daarvoor een algemene, uniforme regeling te treffen, waarmee ook de rechtszekerheid van subsidie-aanvragers en –ontvangers zou worden gediend.<sup>13</sup>
- 2.11 De subsidietitel maakt deel uit van de Awb, een algemene wet. De aanwijzingen voor de regelgeving schrijven voor dat in bijzondere wetten alleen wordt afgeweken van algemene wetten, indien dit noodzakelijk is. Een afwijking wordt in de memorie van toelichting bij de bijzondere wet gemotiveerd.<sup>14</sup> In deze motivering moet expliciet worden afgewogen of de te verwachten voordelen van de afwijking van de subsidietitel van de Awb niet ook (in belangrijke mate) met behulp van bestaande bevoegdheden kunnen worden bereikt, in hoeverre de afwijking uitvoerbaar en effectief is, welke

<sup>11</sup> Artikel 4:27, tweede lid, van de Awb bepaalt dat een verlaging van het subsidieplafond wordt bekendgemaakt na aanvang van het tijdvak waarvoor het geldt, deze verlaging geen gevolge heeft voor voordien ingediende aanvragen.

<sup>12</sup> <https://pgawb.nl/pg-awb-digitaal/derde-tranche-awb/>

<sup>13</sup> <https://pgawb.nl/pg-awb-digitaal/hoofdstuk-4/4-2-subsidies/>

<sup>14</sup> Aanwijzing 2.46 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

nadelen daaraan zijn verbonden en op welke wijze deze kunnen worden ondervangen.<sup>15</sup>

- 2.12 In het afwijkingsscenario zou het (daarop aan te passen) voorstel voor de Wet Nationaal Groeifonds noodzakelijkerwijs voorzien in een majeure afwijking van de basisbepalingen uit de subsidietitel van de Awb. Immers: het openstellen van de mogelijkheid dat subsidieaanvragen en departementale verzoeken om begrotingsoverheveling onder één budgetmaximum onderling met elkaar worden vergeleken, zou vereisen dat wordt afgeweken van de wettelijke bepalingen over het subsidieplafond en de (rechtspraak over) gelijke kansen die subsidieaanvragers onderling moeten hebben op het verkrijgen van de door hen aangevraagde subsidie. Zij concurreren immers niet langer uitsluitend onderling, maar ook met verzoeken van departementen om begrotingsoverheveling.

Dat het budget mede wordt uitgeput door inwilliging van departementale verzoeken om overheveling, impliceert dat niet langer een budget kan worden aangewezen dat onder subsidieaanvragers wordt verdeeld. Van een vooraf vastgesteld subsidieplafond is derhalve geen sprake meer.

- 2.13 Randvoorwaardelijk voor een rechtmatig alternatief wettelijk stelsel (dat afwijkt van de Awb) is naar ons inzicht dat de transparantie en rechtszekerheid van de verdeling van de middelen van het fonds ook in dat alternatieve stelsel zijn geborgd. Veldpartijen zullen aan hen gerichte negatieve besluiten ter toetsing aan de rechter kunnen voorleggen en deze zal dan in elk geval beoordelen of de genomen besluiten in voldoende mate transparant zijn. Er moet rekening mee worden gehouden dat de rechter – evenals in het reguliere subsidierecht – op verzoek van een afgewezen aanvrager beoordeelt of hoger geëindigde subsidieaanvragen of overhevelingsverzoeken op de goede plaats in de rangordening zijn geplaatst.
- 2.14 Het ligt voor de hand dat de rechter met het oog op de hier uit te voeren toetsing verlangt dat de departementale verzoeken volgens exact hetzelfde stramien (aanvraagtermijnen, aanvraagformats, etc.) worden ingediend en worden beoordeeld. Alleen dan kan immers de rechterlijke toetsing aan het formele gelijkheidsbeginsel naar behoren worden uitgevoerd. Als die toetsing niet kan worden uitgevoerd, dan wel als aan de departementale verzoeken andere vereisten (termijnen, formats, informatiepositie) zijn gesteld dan aan de private aanvragen, dan moet rekening gehouden worden met het rechterlijk oordeel dat van een *level playing field* geen sprake is geweest en/of dat de juistheid van de rangordening niet valt vast te stellen. Om integrale beoordeling van het private spoor en het departementale spoor (in één kolom) mogelijk te maken zal in feite een belangrijk deel van de subsidieaanvraagssystematiek uit de subsidietitel van de Awb moeten worden gekopieerd in het alternatieve stelsel dat (mede) zal moeten gelden voor departementale verzoeken.

<sup>15</sup> Vergelijk de toelichting op Aanwijzing 2.46.

- 2.15 In feite zal (een aanpassing van) het voorstel voor de Wet Nationaal Groeifonds er daarom in moeten gaan voorzien dat geborgd is dat ook voor ministers van andere departementen geldt dat zij zich met een formele aanvraag (die voldoet aan dezelfde regelgeving uitgangspunten die ook gelden voor de private aanvragers) bij de minister van EZK melden en dat daarop door de minister van EZK – op basis van een advies van de Adviescommissie – een besluit wordt genomen, tezamen (en gelijktijdig) met de besluiten op de aanvragen van veldpartijen. De veldpartijen zullen tegen het aan hen gerichte besluit kunnen opkomen. Rechterlijke beoordeling kan leiden tot noodzakelijke wijzigingen in de aangebrachte rangordening tussen (departementale en private) aanvragers. Dat vergt dan mogelijk nadere bestuurlijke afspraken omtrent begroting correcties binnen de Staat.
- 2.16 Daarnaast zou bij de voorbereiding van (een aanpassing van) het voorstel voor de Wet Nationaal Groeifonds moeten worden gezien hoe het gelijkstellen van begroting overheveling verzoeken van ministers met subsidieaanvragen van private veldpartijen zich verhoudt tot het (grondwettelijk geregelde<sup>16</sup>) coördinatiemechanisme waarmee het beleid (en de begrotingen) van de verschillende ministers op elkaar wordt (worden) afgestemd, te weten de besluitvorming in de ministerraad.<sup>17</sup> Voorshands menen wij dat het – noodzakelijkerwijs – formeel regelen van de verhouding tussen ministers onderling (in het kader van verzoeken om begroting overheveling uit een begrotingsfonds) daarmee op gespannen voet staat.

### **3 Conclusie**

- 3.1 Het voorgaande brengt ons tot de volgende conclusie.
- 3.2 Het nu voorliggende wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid dat departementale verzoeken en subsidieaanvragen gelijktijdig worden beoordeeld aan de hand van gelijke kwaliteitscriteria. Daarnaast is een opwaartse bijstelling van het subsidieplafond mogelijk als dat, gelet op de kwaliteit van de subsidieaanvragen respectievelijk de departementale verzoeken, wenselijk zou zijn. Daarmee kan in onze optiek de gewenste gelijktijdige en integrale beoordeling in zeer hoge mate worden gerealiseerd, zonder schending van de basisbeginselen van het subsidierecht.
- 3.3 Het creëren van een bijzondere van de subsidietitel van de Awb afwijkende Wet Nationaal Groeifonds lijkt ons in het licht van de praktische mogelijkheden die zonder afwijking van de Awb kunnen worden benut, niet gemakkelijk te motiveren. Daarnaast vragen wij ons af of een dergelijke bijzondere wet in de praktijk wel een werkbare oplossing zal zijn, gelet op de strenge rechtspraak met betrekking tot de beginselen

<sup>16</sup> Ingevolge artikel 45, derde lid, Gw beraadslaagt en besluit de ministerraad over het algemeen regeringsbeleid en bevordert hij de eenheid van dat beleid.

<sup>17</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 7e druk, Deventer (2016), p. 202 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, 2e druk, Deventer (2019), p. 107 e.v.

van gelijkheid en rechtszekerheid voor niet-overheidsaanvragers enerzijds en de staatsrechtelijke verhoudingen binnen de regering anderzijds.

\* \* \*