

De kunst van het financieren

Citation for published version (APA):

Hardy, E. M. J. (2023). *De kunst van het financieren: financiering van de kunst.* [, Maastricht University]. Maastricht University. <https://doi.org/10.26481/dis.20230302eh>

Document status and date:

Published: 01/01/2023

DOI:

[10.26481/dis.20230302eh](https://doi.org/10.26481/dis.20230302eh)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

De kunst van het financieren: financiering van de kunst

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag
Omslagillustratie: Guus Gijben | proefschrift-aio.nl

© 2023 E.M.J. Hardy | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

De handelseditie van dit boek wordt uitgegeven door Boom juridisch.

ISBN 978-94-6212-786-9

ISBN 978-94-6212-787-6 (e-book)

NUR 820

www.boomjuridisch.nl

DE KUNST VAN HET FINANCIEREN:

FINANCIERING VAN DE KUNST

*Een onderzoek naar juridische knelpunten
bij overheidsfinanciering van de cultuursector*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, prof. dr. Pamela Habibović,
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen
op donderdag 2 maart 2023 om 16.00 uur

door

ELLEN MARGARETHA JOHANNA HARDY

Promotores

Prof. mr. J.E. van den Brink, Universiteit van Amsterdam

Prof. mr. T. Hartlief

Beoordelingscommissie

Prof. dr. H.E.G.S. Schneider (voorzitter)

Prof. mr. drs. W. den Ouden, Universiteit Leiden

Prof. mr. J.J.J. Sillen

Mr. dr. D.A. Verburg, Universiteit Utrecht

VOORWOORD EN DANKWOORD

Mijn belangstelling voor het subsidierecht is ontstaan in de afstudeerfase van mijn rechtenstudie. Ik was op zoek naar een scriptieonderwerp en vond toen al de rechtsverhouding tussen overheid en burger het interessantste onderdeel van het recht. Het bestuursrecht was op dat moment flink in beweging: de Algemene wet bestuursrecht (Awb) was in werking getreden, maar de subsidietitel nog niet. Mijn doctoraalscriptie droeg de titel 'De kunst van het subsidiëren' en werd afgerond in 1998, het jaar waarin het subsidieinstrument een plaats kreeg in de Awb.¹ Hoewel mijn scriptiebegeleider Twan Tak zeer ingenomen was met het eindresultaat, stond het starten van een promotieonderzoek op dat moment niet hoog op mijn verlanglijst.

Niettemin blijkt de scriptie over subsidiëring de eerste bouwsteen te zijn geweest in het onderzoek dat er nu ligt. In mijn zoektocht naar literatuur ontdekte ik dat de discussie over de rechtsvorm van geldverstrekkingen door de overheid niet alleen in het juridische² maar ook in het artistieke discours³ bleek te zijn gevoerd. Die ontdekking legde de kiem voor mijn streven om onderzoek te doen naar een thema waarin ik mijn kennis en ervaring uit de muziekpraktijk zou kunnen combineren met de rechtspraktijk. Het mes zou aan twee kanten snijden als ik mijn expertise ten aanzien van de podiumkunsten zou kunnen benutten in een onderzoek naar juridische knelpunten bij overheidsfinanciering van de cultuursector.

1 Titel 4.2 Awb (art. 4:21-4:80), *Stb.* 1996, 333. Inwerkingtreding op 1 januari 1998 (Derde Tranche Awb).

2 Onder andere: Van Haersolte, in: Van Haersolte, Brasz & Steenbeek 1961, p. 5-27; Brasz, in: Van Haersolte, Brasz & Steenbeek 1961, p. 28-69; Steenbeek, in: Van Haersolte, Brasz & Steenbeek 1961, p. 70-114; VAR 1961b (verslag); Ten Berge & Reinders 1984, p. 40-64; Damen 1987; Hirsch Ballin, in: VAR 1988, p. 13-71; Van Kreveld, in: VAR 1988, p. 73-237; VAR 1988 (verslag); Hirsch Ballin 1989, p. 1-4; Lunshof 1989; Hoekema 1990, in: Maris e.a. 1990, p. 101-126; Van der Vlies 1992, p. 819-823; Eijlander 1994, in: Hoogenboom & Damen (red.) 1994, p. 83-94; Jacobs 1994, p. 1534-1535; Hartlief 1995, p. 101-104; Dijkstra 1997, in: Herweijer, Schuiling & Winter (red.) 1997, p. 165-173; Jacobs & Den Ouden 1997, p. 254-266.

3 Onder andere: Reinders 1981; Hoefnagel & Reinders 1983; VAR 1983; Hoefnagel 1988; Oosterbaan Martinus 1990; Van der Vlies 1991, p. 1597-1598; Bevers, in: Van den Hoogen & De Vries (red.) 1996, p. 69-72; Van den Brink 1997, p. 46-55.

Dat bleek een originele gedachte, want de combinatie van beide perspectieven in het rechtswetenschappelijke onderzoek is nog steeds zeldzaam.⁴ Na de preadviezen van Hoefnagel en Reinders uit 1983 heeft alleen Van der Vlies nog nadrukkelijk aandacht geschonken aan het thema kunst(beleid) en administratief recht.⁵ In 2009 volgde mijn tweede bouwsteen, in de vorm van een artikel waarin deskundigen-advisering in de verdeelprocedure voor de meerjarige Rijks subsidies in het kader van de Cultuurnota 2005-2008 centraal stond.⁶ Langzamerhand begon zich een gemene deler af te tekenen: de Awb bleek niet altijd even geschikt om overheidsfinanciering van de kunst- en cultuursector te reguleren. Aanvragers werden geconfronteerd met problemen bij de subsidieverdeling en met leemten in de rechtsbescherming. Er lag dus een prachtig onderzoeksthema op mij te wachten. Vanaf 2016 heb ik daar werk van gemaakt en dit boek is het resultaat. Het is bijzonder om dit boek te kunnen publiceren in het jaar waarin de subsidietitel in de Awb zijn 25^e verjaardag viert.

Promotieonderzoek is een solitaire bezigheid, maar ook weer niet. Je bent inderdaad talloos veel uren alleen aan het werk, maar daarbij heb je gezelschap van alle auteurs, rechters en annotatoren die je bij je onderzoek betreft. Ik heb het doen van onderzoek dan ook nooit als eenzaam ervaren. Promotieonderzoek kun je echter niet alleen *doen*. Je moet kunnen sparren en spiegelen, om scherp te blijven en vooruitgang te boeken. Ik kan stellen dat dit boek er niet was geweest zonder mijn promotores Jacobine van den Brink en Ton Hartlief. Jacobine was de eerste hoogleraar die iets ‘zag’ in dit thema en mij aanmoedigde om er vooral mee door te gaan. Zij gaf mij het noodzakelijke zetje tot een serieuze start en heeft veelvuldig en scherp meegedacht over de structuur en de aanpak. Toen het onderzoek eenmaal liep, is Ton aangesloten als tweede promotor. Ik ben jullie beiden veel dank verschuldigd. Jacobine voor alle gesprekken over de route en de inhoud, voor het behouden van het overzicht, voor de trefzekere feedback, voor alle praktische oplossingen en voor je niet aflatende enthousiasme voor mijn onderzoek. Ton dank ik voor zijn frisse blik ‘van buiten’ die mijn onderzoek beslist heeft verrijkt, voor de altijd even snelle en nuttige feedback in de kantlijn en natuurlijk voor het feit dat jouw deur altijd open stond om in een gesprek nog even de puntjes op de i te zetten. Jullie vulden elkaar naadloos aan en dat was voor mij heel prettig. We delen bovendien de liefde voor de Nederlandse taal en zien het als een uitdaging die te gebruiken voor juridisch onderzoek. Ik had mij geen betere begeleiders kunnen wensen. Heel veel dank daarvoor.

4 Sporadische voorbeelden: Hoefnagel & Reinders 1983; VAR-verslag 1983; voorts over aan cultuursubsidies verbonden subsidieverplichtingen: Den Ouden 2002, p. 287-309.

5 Van der Vlies stond aan de basis van de vakken ‘Kunst en recht’ en ‘De juridische aspecten van de financiering van kunst’ (juridische faculteit UvA), waarvoor – resp. – de bundels *Kunst, recht en beleid* (Den Haag: Boom juridisch 2009/2012/2017) en *Kunst, recht en geld* (Den Haag: Boom juridisch 2012) werden samengesteld. Wel bestaat ‘kunsteconomie’ al vanaf de jaren 60 als wetenschappelijke discipline. Voor een overzicht: Van Klink 2005, p. 52-54.

6 Hardy 2009.

Terugkijkend op het onderzoekstraject zijn er tal van personen van wie ik veel heb geleerd, die mijn denken hebben gescherpt of mij hebben uitgedaagd.

Binnen de rechtenfaculteit heeft Luc Verhey mij de eerste stappen als onderzoeker laten zetten, in het WODC-onderzoek naar kwaliteit van wetgeving. Ik ontdekte toen hoe leuk het doen van onderzoek kan zijn. Chris Backes dank ik voor zijn vertrouwen in mijn kwaliteiten, door mij verantwoordelijk te maken voor het mastervak Overheid & Privaatrecht, door mij te betrekken bij het WODC-evaluatieonderzoek naar de bestuurlijke lus en door mij voor te dragen als voorzitter van het College van Beroep voor de Examens. Deze rollen hebben mij veel gebracht en mijn denken over het (bestuurs)recht verrijkt.

Er is bovendien geen betere plek dan het hoger onderwijs om kennis te maken met de figuur van administratief beroep. Met achtereenvolgens Hylke Nijholt, Theo Klein en Wim Muller heb ik jarenlang de Commissie Bindend Studieadvies gevormd en honderden hoorzittingen gehouden met studenten met een negatief studieadvies. Dat waren intensieve weken met soms zeer indringende persoonlijke verhalen. Ik koester de herinnering aan de fijne samenwerking, tijdens de vele uren waarin we wikten en wogen om recht te doen aan de persoonlijke omstandigheden van de studenten. Maatwerkbeslissingen waren toen al het uitgangspunt en het was een voorrecht die discussies samen met jullie te kunnen voeren.

Met Daniëlle Wenders loop ik tweejaarlijks ‘door het bestuursrecht’ in het kader van de herdruk van onze gezamenlijke pocketuitgave Boom Basics Bestuursrecht. Dat levert naast gezelligheid ook altijd weer nieuwe bestuursrechtelijke inzichten op.

Bij deze terugblik hoort ook een aantal Masterstudenten. Soms is de scriptie-begeleiding een feest, wanneer de student zijn onderwerp omarmt en er fris en creatief mee omgaat. Dan wordt de begeleider zelf ook uitgedaagd. In mijn geval gold dat zeker voor de scriptietrajecten van Roel van den Berg, Dagmar Gerards, Jules Janssen, Nathalie Niederer, Veerle van Waarde en Sante Wagemans. Die trajecten hebben geleid tot mooie eindproducten: deze masterscripties kregen allemaal het predicaat NJB-topscriptie.

Buiten de rechtenfaculteit heeft het lidmaatschap van bezwaaradviescommissies mij veel gebracht. Bij de provincie Limburg en de provincie Noord-Brabant heb ik ervaren wat het belang is van een hoorzitting in bezwaar en welke rol de bezwaaradviescommissie daarin kan spelen. Die rol bleek veel groter dan ik aanvankelijk dacht en dat heeft mijn beeld over de rechtsbescherming in de bestuurlijke voorprocedure beslist beïnvloed. Veel dank dus aan Frits Stroink, Cees Goorden, Eric Janse de Jonge en alle ‘kamerleden’ waarmee ik samen ‘zit’ en heb gezeten.

Een promotieonderzoek verloopt soepeler als de omstandigheden plezierig zijn. Hoewel het coronavirus de laatste twee jaren verplichtte tot thuiswerken, heb ik dankzij mijn eenpersoons werkplek toch een groot deel van mijn onderzoek kunnen verrichten vanuit de faculteit. Ik denk met genoeg terug aan de vele *coronaproof* gesprekken met collega’s op de gang, in de faculteitstuin of tijdens een koffiewandeling door het Stadspark.

Ik ben ook heel blij met *Reconcessifissori*, het dispuut dat door studenten van de deeltijdlichtingen 1990 en 1991 werd opgericht. Jan Bardoul, Ryan van Eijk, Annie van Eijs, Annette Koster, Roos Mestrini en Roland de Vries: al meer dan 25 jaar koesteren we onze dispuutsavonden. Ik hoop dat we onze discussies (en etentjes en uitstapjes) nog heel lang zullen voortzetten.

De coronaperiode heeft ook geleid tot nieuwe initiatieven. Zo werd het genootschap DvhPG opgericht, dat regelmatig digitaal kennis deelt en publicaties bespreekt die te maken hebben met geldverstrekkingen door de overheid. Lieve BDDJLRVWY, zonder jullie zouden de laatste twee jaren een stuk minder gezellig zijn geweest. En wat heb ik er veel van opgestoken! Ik hoop dat de DvhPG nog een lang en gelukkig leven beschoren is.

Natuurlijk ben ik ook veel dank verschuldigd aan mijn paranimfen Louise Verboeket en Veerle van Waarde. Als sprankelende representanten van de nieuwe generatie onderzoekers zijn zij bezig hun plaats te verwerven in dit mooie rechtsgebied. Ik hoop nog veel met jullie samen te werken.

Tot slot. Voor het schrijven van een proefschrift zijn bepaalde eigenschappen vereist. De liefde voor de Nederlandse taal heb ik van mijn moeder; het grenzeloze optimisme van mijn vader. Beide eigenschappen waren nodig om dit onderzoek te voltooien en het tot een mooi boek te smeden. Dank aan mijn familie voor alle steun.

En dan is er Sjo, mijn wederhelft sinds lange tijd. We delen een conservatoriumverleden. Je beschikt over een grote kennis van het muziekvak, over een buitengewoon relativeringsvermogen en je kunt geweldig Mediterraan koken. Dat had ik allemaal nodig. Je steun was onvoorwaardelijk, ook toen het onderzoek steeds meer vrije tijd ging opslokken. Die periode ligt nu achter ons. Tijd voor de kunst van het leven!

Dit onderzoek is afgerond op 1 juli 2022. Met ontwikkelingen van latere datum kon slechts in beperkte mate rekening worden gehouden.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen	21
Hoofdstuk 1 Inleiding	25
1 Aanleiding voor het onderzoek: knelpunten bij overheidsfinanciering van kunst en cultuur	25
2 Bestuursrechtelijke knelpunten bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector	34
3 Schaarse publieke rechten en effectieve rechtsbescherming	37
4 Opzet van het boek en leeswijzer	45
5 Methodologische verantwoording	47
6 Plaatsbepaling en relevantie van het onderzoek	49
DEELTHEMA 1	
DE RECHTSVORM VAN EEN FINANCIERINGSBESLISSING VAN DE OVERHEID: KUNST- EN CULTUURPRIJZEN	51
Hoofdstuk 2 De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst	53
1 Inleiding	53
2 Nederlandse kunst- en cultuurprijzen: inventarisatie en selectie	58
3 Door of namens de overheid verstrekte kunst- en cultuurprijzen: subsidies?	60
4 Publiekrechtelijke status: consequenties voor de prijzen	74
5 Publiek prijzengeld, maar niet via publiekrecht verstrekt: consequenties voor de prijzen	81
6 Opmaken van de balans en aanbevelingen	85
7 Slotsom	90
8 Overzicht van de 121 (mede) door de overheid gefinancierde prijzen: tabel 1	91

Hoofdstuk 3	De keerzijde van de medaille	95
1	Inleiding: kunst- en cultuurprijzen: niets te vrezen van het recht?	95
2	Een kleurrijk prijzenlandschap	97
3	Kunstprijzen met publiek geld: publiekrecht of privaatrecht?	97
4	Oeuvre- en waarderingsprijzen: exoten in subsidieland?	100
5	Sommige publieke kunstprijzen zijn subsidies en dat heeft consequenties	101
6	Waarom zijn niet alle publieke kunstprijzen subsidies?	102
7	Subsidies 'passen niet': ontwijken van het publiekrecht lonkt	104
8	Maar het primaat van het publiekrecht dan?	105
9	Waarom weerstand tegen een publiekrechtelijke context voor het kunstprijzenveld?	106
10	Slotsom: hoe te voorkomen dat een publieke prijs zijn glans verliest?	108
Naschrift bij Deelthema 1		
De rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid		111
DEELTHEMA 2		
EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING IN TENDERVERDEELPROCEDURES		115
Hoofdstuk 4	De kunst van het subsidiëren: rechtsbescherming in tenderprocedures	117
1	Inleiding	117
2	Verdelen van subsidies	118
3	Procederen na een tenderverdeelpprocedure: belanghebbendheid	123
4	Procederen na een tenderprocedure: processueel inzagerecht	134
5	Consequenties van de ingezette koers	143
Naschrift bij Deelthema 2		
Effectieve rechtsbescherming in tenderverdeelpcedures		145
DEELTHEMA 3		
NORMERING VAN TENDERVERDEELPROCEDURES VOOR SCHAARSE (CULTUUR)SUBSIDIES		147
Hoofdstuk 5	De kunst van het verdelen (I): over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies	149
1	Inleiding	149
2	Mededinging & transparantie in verdeelpcedures voor schaarse subsidies	151
3	Mededinging & transparantie in verdeelpcedures voor tendersubsidies	157
4	Is de tenderverdeelpprocedure mededingings- & transparantieproof?	162
5	Slotsom (I): mededinging & transparantie in tenderverdeelpcedures	169
6	Aanbevelingen	170

Hoofdstuk 6	De kunst van het verdelen (II): over mededinging en transparantie in de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024	173
1	Subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur	173
2	Proef op de som: zijn de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur mededingings- & transparantieproof?	180
3	Slotsom (II): mededinging & transparantie in de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024	200
4	Aanbevelingen voor verdeelprocedures in de landelijke culturele Basisinfrastructuur	202
Naschrift bij Deelthema 3		
Normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies		205
DEELTHEMA 4		
DESKUNDIGENADVISING EN VERGEWISPLICHT BIJ DE VOORBEREIDING VAN (CULTUUR)SUBSIDIEBESLUITEN		209
Hoofdstuk 7	De kunst van het adviseren: over deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten	211
1	Inleiding	211
2	Normering van deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij subsidiebesluiten	213
3	Vergewisplicht bij de kwaliteit van de adviseurs	215
4	Vergewisplicht bij de kwaliteit van het advies	220
5	Aandachtspunten	227
6	Slotsom	235
Naschrift bij Deelthema 4		
Deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten		237
SLOTBESCHOUWING & BEANTWOORDING HOOFDVRAAG		241
Hoofdstuk 8	Slotbeschouwing	243
1	Wat is er onderzocht?	243
2	Terug naar de vier praktijkvoorbeelden	244
3	Andere knelpunten bij financieringsbeslissingen van de overheid	251
4	Welke oplossingen zijn er?	255
5	Tot besluit	259

Summary	261
Impactparagraaf	267
Curriculum vitae	269
Literatuur	271
Parlementaire stukken en regelgeving	293
Jurisprudentie	297

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen	21
Hoofdstuk 1 Inleiding	25
1 Aanleiding voor het onderzoek: knelpunten bij overheidsfinanciering van kunst en cultuur	25
1.1 Het perspectief: de cultuursector	25
1.2 Karakteristieken van de cultuursector	28
1.2.1 Cultuurbeleid is subsidiebeleid	28
1.2.2 Maar cultuurbeleid is politiek gekleurd en subsidies zijn schaars	31
1.2.3 Kortom	33
2 Bestuursrechtelijke knelpunten bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector	34
2.1 Verstrekking van publiek geld aan de cultuursector: onderzoek naar vier deelthema's	34
2.2 Centrale onderzoeksvraag en deelvragen	35
2.3 Afbakening	37
3 Schaarse publieke rechten en effectieve rechtsbescherming	37
3.1 Subsidies zijn (soms) schaarse publieke rechten	38
3.1.1 Wat zijn 'schaarse publieke rechten' en wat is het gevolg van deze kwalificatie?	38
3.1.2 Wanneer is een subsidie een schaars publiek recht?	40
3.2 Effectieve rechtsbescherming is vereist	41
4 Opzet van het boek en leeswijzer	45
4.1 Opzet van het boek	45
4.2 Leeswijzer	46
5 Methodologische verantwoording	47
6 Plaatsbepaling en relevantie van het onderzoek	49
6.1 Plaatsbepaling	49
6.2 Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie	50

DEELTHEMA 1

DE RECHTSVORM VAN EEN FINANCIERINGSBESLISSING VAN DE OVERHEID: KUNST- EN CULTUURPRIJZEN

51

Hoofdstuk 2	De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst	53
1	Inleiding	53
1.1	Probleemanalyse	53
1.2	Focus van het onderzoek	57
1.3	Leeswijzer	57
2	Nederlandse kunst- en cultuurprijzen: inventarisatie en selectie	58
2.1	Afbakening: geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen	58
2.2	Selectie: geldprijzen gefinancierd door of namens de overheid	58
2.3	Aard van de geselecteerde geldprijzen	60
3	Door of namens de overheid verstrekte kunst- en cultuurprijzen: subsidies?	60
3.1	Overheidsfinanciering via subsidie of via overeenkomst	60
3.2	Subsidiedefinitie is materieel van aard	62
3.3	Is de prijs een aanspraak op financiële middelen?	62
3.4	Wordt de prijs door een bestuursorgaan verstrekt?	63
3.4.1	Twee typen bestuursorganen	63
3.4.2	Tussenstand: worden de kunst- en cultuurprijzen verstrekt door bestuursorganen?	64
3.5	Wordt de prijs verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager?	65
3.5.1	Doelgebonden besteding door de aanvrager	65
3.5.2	Vergelijking toekenningsprocedures kunst- en cultuurprijzen met subsidieprocedure	67
3.5.3	Tussenstand: worden de kunst- en cultuurprijzen verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager?	69
3.6	Is de prijs geen betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten?	70
3.6.1	Onderscheid tussen subsidie en opdracht	70
3.6.2	Tussenstand: zijn de kunst- en cultuurprijzen geen commerciële transacties?	71
3.7	Conclusie	73
4	Publiekrechtelijke status: consequenties voor de prijzen	74
4.1	De geldprijzen zijn subsidiebesluiten	74
4.2	Inrichting van de verdeelprocedure	75
4.3	Rechtsbescherming van de betrokken kunstenaars	77
4.4	Afleggen van verantwoording over het prijzengeld	79
4.5	Normering van de publieke geldprijzen	80
4.6	Conclusie	80

5	Publiek prijzengeld, maar niet via publiekrecht verstrekt: consequenties voor de prijzen	81
5.1	Leidt de toekenning van een geldprijs tot een overeenkomst?	81
5.2	Normering van de private (maar door de overheid bekostigde) geldprijzen	83
5.3	Overheidsbetrokkenheid bij de overige private geldprijzen	84
6	Opmaken van de balans en aanbevelingen	85
6.1	Stand van zaken	85
6.2	Algemene aanbevelingen	86
6.2.1	Wettelijk kader voor 'publieke' geldprijzen	86
6.2.2	Kunst- en cultuurprijzen versus het adagium van Thorbecke	87
6.3	Specifieke aanbevelingen voor de geldprijzen die subsidies zijn	87
6.4	Specifieke aanbevelingen voor de geldprijzen die bijna subsidies zijn	89
7	Slotsom	90
8	Overzicht van de 121 (mede) door de overheid gefinancierde prijzen: tabel 1	91

Hoofdstuk 3 De keerzijde van de medaille **95**

1	Inleiding: kunst- en cultuurprijzen: niets te vrezen van het recht?	95
2	Een kleurrijk prijzenlandschap	97
3	Kunstprijzen met publiek geld: publiekrecht of privaatrecht?	97
4	Oeuvre- en waarderingsprijzen: exoten in subsidieland?	100
5	Sommige publieke kunstprijzen zijn subsidies en dat heeft consequenties	101
6	Waarom zijn niet alle publieke kunstprijzen subsidies?	102
7	Subsidies 'passen niet': ontwijken van het publiekrecht lonkt	104
8	Maar het primaat van het publiekrecht dan?	105
9	Waarom weerstand tegen een publiekrechtelijke context voor het kunstprijzenveld?	106
10	Slotsom: hoe te voorkomen dat een publieke prijs zijn glans verliest?	108

Naschrift bij Deelthema 1

De rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid	111
--	------------

DEELTHEMA 2

EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING IN TENDERVERDEELPROCEDURES	115
---	-----

Hoofdstuk 4 De kunst van het subsidiëren: rechtsbescherming in tenderprocedures **117**

1	Inleiding	117
2	Verdelen van subsidies	118
2.1	Verdeelsysteem voor subsidies: tenderprocedure	118
2.2	Limitering van subsidiebudgetten: subsidieplafond	119
2.3	Subsidieplafond en rechtsherstel	120

3	Procederen na een tenderverdeelpcedure: belanghebbendheid	123
3.1	Vereiste van belanghebbendheid in het algemene bestuursrecht	123
3.2	Belanghebbendheid bij andermans subsidiebesluit	124
3.2.1	Belanghebbende bij subsidiebesluit: concurrentpositie vereist	124
3.2.2	Belanghebbende in verdeelpcedure met subsidieplafond: rechtsbescherming beperkt	125
3.2.3	Belanghebbende in verdeelpcedure met subsidieplafond: nieuwe koers	127
3.3	Tussenstand belanghebbendheid: kanttekeningen bij de nieuwe koers van de ABRvS	130
4	Procederen na een tenderprocedure: processueel inzagerecht	134
4.1	Processueel recht op inzage	134
4.2	Beperking processuele kennisneming en verhouding met de Wob	134
4.3	Processueel recht op inzage bij (cultuur)subsidiebesluiten	137
4.3.1	Aanvragers met 'relatieve afwijzing': gebrek aan informatie	137
4.3.2	Aanvragers met 'relatieve afwijzing': wijze van prioritering van belang(?)	138
4.3.3	Aanvragers met 'relatieve afwijzing': omvang processueel inzagerecht	139
4.4	Tussenstand processuele kennisneming: kanttekeningen bij de nieuwe koers van de ABRvS	141
5	Consequenties van de ingezette koers	143
5.1	Consequenties voor subsidieverstrekkers	143
5.2	Consequenties voor subsidieaanvragers	144
5.3	Coda	144

Naschrift bij Deelthema 2

Effectieve rechtsbescherming in tenderverdeelpcedures	145
--	------------

DEELTHEMA 3

NORMERING VAN TENDERVERDEELPROCEDURES VOOR SCHAARSE (CULTUUR)SUBSIDIES	147
--	-----

Hoofdstuk 5 De kunst van het verdelen (I): over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies 149

1	Inleiding	149
1.1	Aanleiding	149
1.2	Afbakening en onderzoeksvragen	150
1.3	Leeswijzer	150
2	Mededinging & transparantie in verdeelpcedures voor schaarse subsidies	151
2.1	Opmars van de mededingingsnorm in het nationale subsidierecht	151
2.2	Mededinging & transparantie in het subsidierecht: wat is vereist?	154
2.3	Is het Awb-subsidiekader mededingings- & transparantieproof?	156

3	Mededinging & transparantie in verdeelprocedures voor tendersubsidies	157
3.1	Bonus in het nationale tenderverdelingskader: transparantieverplichting <i>ex post</i>	157
3.2	Transparantieverplichting <i>ex post</i> vanwege effectieve rechtsbescherming	158
3.3	Transparantieverplichting <i>ex post</i> bij deskundigenadvisering en vergewisplicht	160
4	Is de tenderverdeelprocedure mededingings- & transparantieproof?	162
4.1	Fase I: vaststelling en publicatie van de subsidieregeling	163
4.2	Fase II: behandeling van de aanvragen	164
4.3	Fase III: beoordeling en besluitvorming	165
4.4	Fase IV: bekendmaking verdeelbesluiten; bezwaar en heroverweging	165
4.5	Fase V: subsidie looptijd en subsidievaststelling	168
5	Slotsom (I): mededinging & transparantie in tenderverdeelprocedures	169
6	Aanbevelingen	170

Hoofdstuk 6 De kunst van het verdelen (II): over mededinging en transparantie in de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 173

1	Subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur	173
1.1	Introductie en leeswijzer Deel II	173
1.2	Verantwoording van de 'proef op de som'-selectie	174
1.3	Karakteristieken van de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur	174
1.3.1	Verstreckers & ontvangers, categorieën & frequentie	174
1.3.2	Overheid op gepaste afstand, dus adviescommissies	176
1.3.3	BIS- en fondsregelingen: gelaagd en complex	176
2	Proef op de som: zijn de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur mededingings- & transparantieproof?	180
2.1	Fase I: vaststelling en publicatie van de subsidieregeling	180
2.1.1	Wettelijke grondslag voor subsidiëring en inherente afwijkingsbevoegdheid	180
2.1.2	Passende openbaarheid van subsidiebeschikbaarheid, verdeelprocedure en verdeelcriteria	181
2.1.3	Kanttekening bij openbaarheid van subsidiebeschikbaarheid	182
2.2	Fase II: behandeling van de aanvragen	182
2.2.1	Passende openbaarheid van de aanvraagtermijn	182
2.2.2	Benadering artikel 4:5 Awb in de BIS-verdeelprocedure	183
2.2.3	Benadering artikel 4:5 Awb in de fondsverdeelprocedures	184
2.3	Fase III: beoordeling en besluitvorming	184

2.3.1	Deskundigenadvisering en vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure	185
2.3.1.1	Normering van advisering en vergewisplicht in de BIS-subsidieregeling	185
2.3.1.2	Advisering in de BIS-verdeelprocedure	187
2.3.1.3	Vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure	188
2.3.1.4	Kanttekeningen bij advisering en vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure	188
2.3.2	Deskundigenadvisering en vergewisplicht in de fondsverdeelprocedures	190
2.3.2.1	Normering van advisering en vergewisplicht in de cultuurfondsregelingen	190
2.3.2.2	Advisering in de fondsverdeelprocedures	190
2.3.2.3	Vergewisplicht in de fondsverdeelprocedures	191
2.3.2.4	Kanttekeningen bij advisering en vergewisplicht in de fondsverdeelprocedures	191
2.4	Fase IV: bekendmaking verdeelbesluiten; bezwaar en heroverweging	192
2.4.1	Effectieve rechtsbescherming in de BIS-verdeelprocedure	192
2.4.1.1	Artikel 3:8 Awb in de BIS-verdeelprocedure	193
2.4.1.2	Artikel 7:11 Awb in de BIS-verdeelprocedure	194
2.4.1.3	Artikel 4:25 lid 3 Awb in de BIS-verdeelprocedure	195
2.4.2	Effectieve rechtsbescherming in de fondsverdeelprocedures	196
2.4.2.1	Artikel 3:8 Awb in de fondsverdeelprocedures	196
2.4.2.2	Artikel 7:11 Awb in de fondsverdeelprocedures	196
2.4.2.3	Artikel 4:25 lid 3 Awb in de fondsverdeelprocedures	198
2.4.3	Kanttekening bij rechtsherstel in BIS- en fondsverdeelprocedures	198
2.5	Fase V: subsidielooptijd en subsidievaststelling	199
3	Slotsom (II): mededinging & transparantie in de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024	200
3.1	Fase I: vaststelling en publicatie van de subsidieregeling	200
3.2	Fase II: behandeling van de aanvragen	200
3.3	Fase III: beoordeling en besluitvorming	201
3.4	Fase IV: bekendmaking verdeelbesluiten; bezwaar en heroverweging	201
4	Aanbevelingen voor verdeelprocedures in de landelijke culturele Basisinfrastructuur	202
Naschrift bij Deelthema 3		
Normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies		205

DEELTHEMA 4

DESKUNDIGENADVISING EN VERGEWISPLICHT BIJ DE VOORBEREIDING VAN
(CULTUUR)SUBSIDIEBESLUITEN

209

Hoofdstuk 7	De kunst van het adviseren: over deskundigen- advisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten	211
1	Inleiding	211
	1.1 Aanleiding en onderzoeksvragen	211
	1.2 Afbakening en leeswijzer	212
2	Normering van deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij subsidiebesluiten	213
	2.1 Awb-regime voor deskundigenadvisering en de vergewisplicht	213
	2.2 Nadere invulling van de vergewisplicht: drie elementen	214
3	Vergewisplicht bij de kwaliteit van de adviseurs	215
	3.1 Wie zijn de adviseurs?	215
	3.2 Deskundigheid van de adviseurs	217
	3.3 Onpartijdigheid van de adviseurs	218
4	Vergewisplicht bij de kwaliteit van het advies	220
	4.1 Kwaliteit van de totstandkoming van de adviezen	220
	4.2 Kwaliteit van de inhoud van de adviezen	221
	4.2.1 Tendersverdeelbesluiten: vergelijkende motiveringsplicht	221
	4.2.2 Passende verantwoording in adviezen	223
	4.2.3 Contra-expertise	225
	4.3 Kenbaarheid van de adviezen	225
5	Aandachtspunten	227
	5.1 Gefaseerde invulling van de vergewisplicht	227
	5.2 Differentiatie in invulling en toetsing van de vergewisplicht	229
	5.3 Rechterlijke toetsing van cultuursubsidiebesluiten gebaseerd op deskundigenadviezen	230
	5.3.1 Toetsing van de deskundigheid van de adviseurs	230
	5.3.2 Toetsing van de totstandkoming van de adviezen	231
	5.3.3 Toetsing van de inhoud van de adviezen	232
	5.3.4 Toetsing van de ‘passende verantwoording’ van de adviezen	234
	5.3.5 Tussenstand: differentiatie in rechterlijke toetsing van cultuursubsidiebesluiten	234
6	Slotsom	235
Naschrift bij Deelthema 4		
Deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten		237

SLOTBESCHOUWING & BEANTWOORDING HOOFDVRAAG	241
Hoofdstuk 8 Slotbeschouwing	243
1 Wat is er onderzocht?	243
2 Terug naar de vier praktijkvoorbeelden	244
2.1 De rechtsbescherming tegen financieringsbeslissingen in de cultuursector is onduidelijk	244
2.2 Er is geen effectieve rechtsbescherming	247
2.3 Tenderverdeelpcedures voor cultuursubsidies schuren met de transparantievereisten	248
2.4 De kwaliteit van de advisering en de vervulling van de vergewisplicht zijn niet voldoende geborgd	250
3 Andere knelpunten bij financieringsbeslissingen van de overheid	251
3.1 In het publieke kunstprijzenveld ontbreekt kennis over de rechtsvorm en dat is niet zonder risico	251
3.2 De verdeelpcedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur vragen om onderhoud	252
3.3 De verhouding tussen de Minister van OCW en de Raad voor Cultuur moet worden herzien	254
4 Welke oplossingen zijn er?	255
4.1 De wetgever doet enkele zetten	255
4.2 Subsidieregelgevers gaan aan de slag	256
4.3 Subsidieverstrekkers motiveren meteen vergelijkend en zijn transparant over rechtsherstel	257
4.4 Subsidieaanvragers zijn alert	257
4.5 Bezwaaradviescommissies kwijten zich volledig van hun taak	257
4.6 En bestuursrechters toetsen gedifferentieerd	258
5 Tot besluit	259
Summary	261
Impactparagraaf	267
Curriculum vitae	269
Literatuur	271
Parlementaire stukken en regelgeving	293
Jurisprudentie	297

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

WET/REGELGEVING EN VERDRAGEN

Aw	Aanbestedingswet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BW	Burgerlijk Wetboek
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
Kaderwet Zbo	Kaderwet zelfstandige bestuursorganen
Rsc	Regeling op het specifiek cultuurbeleid
UNESCO	United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation
WNo	Wet Nationale ombudsman
WNT	Wet normering topinkomens
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Woo	Wet open overheid
Wsc	Wet op het specifiek cultuurbeleid
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

OVERIGE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen (AB Rechtspraak Bestuursrecht)
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACCT	(platform) Arbeidsmarkt Culturele en Creatieve Toekomst
A-G	Advocaat-Generaal
ANBI	Algemeen Nut Beogende Instelling
AR	Algemeen reglement
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State

Asv	Algemene subsidieverordening
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BIS	Basis infrastructuur
Blg	bijlage
B&W	college van burgemeester en wethouders
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Diss.	Dissertatie
Duo	Dienst uitvoering onderwijs
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
FAQ	frequent asked questions
FPK	Fonds Podiumkunsten
GCC	Governance Code Cultuur
GS	college van gedeputeerde staten
Gst.	Gemeentestem
Handelingen I	Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Handelingen II	Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
KNAW	Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen
m.nt.	met noot (van)
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
NALL	Netherlands Administrative Law Library
NFf	Nederlands Filmfonds
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NWO	Nederlandse organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
PB	Praktisch Bestuursrecht
P-G	Procureur-Generaal
Rb.	rechtbank
RIS	Regionale infrastructuur
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RvC	Raad voor Cultuur
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Trema	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid

VAR	Vereniging voor Administratief Recht (Vereniging voor bestuursrecht)
V-N	Vakstudie Nieuws
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
VU	Vrije Universiteit (Amsterdam)
Vzr.	Voorzieningenrechter
WFR	Weekblad Fiscaal recht

Moet de staat – en met hem provincie en gemeente – verder gaan en behalve het beschermen van oude kunst tot zijn taak rekenen het steunen van hedendaagsche kunst? Tusschen deze beide bemoeiingen bestaat stellig een belangrijk verschil – niet alleen principieel doch ook praktisch. Bij de kunst van vroeger tijden heeft de overheid alleen met objecten te maken, in het andere geval met levende menschen, met kunstenaars, die objecten van kunstwaarde scheppen. Waar de overheid alleen werk van vroeger tijden te beoordeelen krijgt, waar afstand bestaat en dus ook een zeker vaststaand oordeel is tot stand gekomen, daar is het betrekkelijk gemakkelijk uit te maken, wat kunstwaarde bezit en door haar zorg bewaard dient te blijven. Bij de kunst van den eigen tijd moet de overheid zelve waarde-bepalend optreden, moet zij een keus doen uit wat nog in groei verkeert, moet zij oordeelen over het werk van kunstenaars, die, om te scheppen toch ook in hun bestaan moeten voorzien.

Het woord 'steunen' kan hier tot misverstand aanleiding geven. Daarom zij terstond verklaard, dat steunen in den zin van onderstand verleenen aan kunstenaars, hier niet wordt bedoeld. Hier is sprake van de kunst en niet van de kunstenaars, van een volksbelang en niet van een groepsbelang.

Emanuel Boekman (1939, p. 183-184)

*Verspreiding van kunstzin,
veredeling van den goeden smaak
is een staatsbelang, een regeeringszaak*

(Victor de Stuers, 1874, p. 336)

1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK: KNELPUNTEN BIJ OVERHEIDSFINANCIERING VAN KUNST EN CULTUUR

1.1 *Het perspectief: de cultuursector*

De cultuursector wordt op verschillende manieren gefinancierd door de overheid. Dat gebeurt via subsidies in alle soorten en maten¹, maar ook via kunst- en cultuurprijzen. De sector ervaart regelmatig juridische problemen bij financiering met publiek geld.² Dit laat zich eenvoudig illustreren met enkele praktijkvoorbeelden. Hoewel de hierna beschreven situaties op het eerste gezicht onderling verschillend zijn, is een gemene deler dat zij verband houden met een financieringsbeslissing van de overheid. De betrokkenen zijn individuele kunstenaars of cultuurinstellingen, voor wie het antwoord op de aan het slot gestelde vraag uitermate belangrijk is. Het ontvangen van overheidsfinanciering zou namelijk een positieve wending geven aan hun carrière of zelfs cruciaal zijn voor hun voortbestaan.³

a. Traject voltooid, maar toch geen Nederlandse Muziekprijs

Een celliste wordt na selectie toegelaten tot het zogenoemde ‘ontwikkelingstraject’ voor de prestigieuze Nederlandse Muziekprijs. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) financiert dit ‘traject op maat waarbij de internationale potentie tot ontwikkeling komt’ en het Fonds Podiumkunsten is verantwoordelijk voor de organisatie. Indien de Adviescommissie Nederlandse Muziekprijs oordeelt dat er in de loop van het traject een ‘bevredeigende ontwikkeling’ is getoond, zal zij adviseren om de Nederlandse Muziekprijs toe

1 Variërend van een incidentele subsidie voor een eenmalige activiteit tot vierjarige subsidies voor langlopende projecten.

2 Bijv. Bunnik & Van Huis 2011; Bunnik 2016.

3 Bijv. Janssens, NRC 4 augustus 2020.

te kennen. Ondanks de voltooiing van het ontwikkelingstraject wordt de prijs – op de valreep – toch niet aan de celliste toegekend.⁴

Langs welke weg kan de celliste tegen deze beslissing opkomen?

b. *Mooi project, maar het geld is op*

Een muziektheatergezelschap dient een subsidieaanvraag in bij een (rijks)cultuurfonds. De aanvraag krijgt een positieve beoordeling, hetgeen betekent dat zij subsidiabel is. Toch volgt er een afwijzingsbeschikking: de aanvraag staat op plaats 7 in de rangschikking van de aanvragen, terwijl het subsidiebudget slechts toereikend is voor de eerste zes geplaatsten. Het muziektheatergezelschap heeft twijfels over de beoordeling van zijn aanvraag en over de totstandkoming van de rangschikking. Het aanvechten van de hoger geprioriteerde verleningsbeschikkingen zou kunnen uitmonden in een herschikking van de rangorde, waarmee de kans op subsidie reëel zou worden. In de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is het gezelschap echter geen belanghebbende bij deze verleningsbesluiten, omdat het geen economische concurrent is van de gehonoreerde aanvragers.⁵

Hoe kan het muziektheatergezelschap effectieve rechtsbescherming verkrijgen?

c. *Preadviezen van de Raad voor Cultuur blijven geheim*

In 2020 worden 220 aanvragen ingediend voor het verkrijgen van een vierjarige rijkssubsidie in het kader van de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024. Het adviesorgaan dat de kwalitatieve beoordeling verricht, de Raad voor Cultuur, geeft na zijn adviesronde de aanvragers de gelegenheid om hem te wijzen op feitelijke onjuistheden. Daarvan maken 95 aanvragers gebruik. Deze herzieningsronde leidt tot aanvullende adviezen, maar resulteert slechts bij één aanvrager in een bijstelling van het advies. De ophef die daarop volgt, leidt tot Kamervragen. De Tweede Kamercommissie OCW verzoekt om inzage in de preadviezen die door de subcommissies van de Raad voor Cultuur zijn opgesteld ten behoeve van de advisering. De minister weigert: deze preadviezen dienden slechts ter ondersteuning van de interne beraadslaging.⁶

Is dit standpunt te verenigen met de vereiste transparantie bij subsidiebesluitvorming?

d. *De gang op, dus geen vrees voor belangenverstrengeling*

De aanvraag van toneelgroep A voor een vierjarige subsidie van het Fonds Podiumkunsten wordt negatief beoordeeld door de deskundigenadviescommissie aan wie de inhoudelijke beoordeling van de aanvragen is opgedragen. A ontdekt dat een van de adviseurs betrokken

4 Citaten: https://fondspodiumkunsten.nl/nl/prijzen/nederlandse_muziekprijs/ en Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (Stcrt. 2010, 30). Casus ontleend aan Kerkhof, *de Volkskrant* 7 december 2021, 'Cellist Ella van Poucke zou de Nederlandse Muziekprijs krijgen. Waarom werd dat op het laatst afgeblazen?'; voorts Van der Lint, *Trouw* 11 december 2021, 'De een wint, de ander niet en over de uitslag wordt niet gecorrespondeerd'. De voorbereidingen voor de uitreiking en het daarbij behorende concert waren al in volle gang (https://www.opusklassiek.nl/actueel/ella_van_poucke_nmp.htm).

5 Casus ontleend aan ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

6 *Kamerstukken II 2020/21*, 32 820, nr. 398.

is bij toneelgroep B, die in dezelfde subsidieronde ook een aanvraag heeft ingediend. Deze deskundige heeft de commissievergadering echter tijdelijk verlaten toen de aanvraag van B ter sprake kwam. Het bestuur van het Fonds neemt de adviezen van de deskundigencommissie integraal over en gebruikt deze ter motivering van de verdeelbesluiten.⁷

Is het afwijzingsbesluit van toneelgroep A zorgvuldig voorbereid?

Deze vier praktijkvoorbeelden geven elk een ander aspect weer van de problematiek die de cultuursector ervaart. Het eerste voorbeeld, over het (toch) niet toekennen van een door het Ministerie van OCW gefinancierde prijs, toont dat de route waarlangs rechtsbescherming kan worden gezocht voor betrokkenen niet altijd helder is. De toedeling van kunst- en cultuurprijzen door of namens de overheid is namelijk niet in een algemene regeling neergelegd. Om te bepalen of tegen het negatieve advies bezwaar kan worden gemaakt of een civiele procedure kan worden gestart, zal de celliste eerst moeten weten wat de rechtsvorm van deze beslissing is. Wat is het verband tussen de financiering en de prijs? Is de geldverstrekking een subsidie of een privaatrechtelijke rechtshandeling? Pas na deze kwalificatie kan worden vastgesteld welk rechtsregime op de beslissing van toepassing is en via welke rechtsgang rechtsbescherming kan worden verkregen. De rechtsvorm van de kunst- en cultuurprijzen waaraan de overheid financieel bijdraagt, is echter nog nooit in beeld gebracht.

De tweede illustratie, over de nipt afgewezen aanvrager die wil opkomen tegen de toewijzingsbesluiten van de hoger geprioriteerde aanvragers, maar daarbij volgens artikel 1:2 Awb niet als ‘belanghebbende’ kan worden aangemerkt, leert dat het Awb-systeem van rechtsbescherming niet sluitend is. Om voor deze specifieke groep afgewezen aanvragers toch effectieve rechtsbescherming te realiseren, heeft de bestuursrechter aan rechtsvorming moeten doen. De cultuursubsidiepraktijk worstelt echter met de implementatie daarvan.

Voorbeeld 3, dat de werking van het transparantievereiste in de subsidieverdeelprocedure voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 aanstipt, maakt duidelijk dat transparantie in deze procedure geen vanzelfsprekendheid is. Als de identiteit van de deskundigen wier oordeel doorslaggevend was voor het advies, niet hoeft te worden onthuld, is het voor teleurgestelde aanvragers niet mogelijk om de kwaliteit en de onpartijdigheid van deze deskundigen te controleren. Deze onmogelijkheid is te wijten aan een (te) restrictieve opvatting van artikel 3:8 Awb.⁸

Het vierde voorbeeld, over de betrokkenheid van een lid van de deskundigenadviescommissie bij een concurrerende aanvraag in dezelfde verdeelprocedure, laat zien dat de uitwerking van het in artikel 2:4 Awb neergelegde verbod van vooringenomenheid in de praktijk een schemerzone creëert. Omdat ook de *schijn* van belangenverstrengeling moet worden voorkomen, is het namelijk niet voldoende

7 Casus ontleend aan ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*).

8 Art. 3:8 Awb: *In of bij het besluit wordt de adviseur vermeld die advies heeft uitgebracht.*

wanneer de deskundige met betrokkenheid bij een van de aanvragen in dezelfde subsidieronde, zich slechts distantieert van de beoordeling van deze ene aanvraag.

Het feit dat de cultuursector juridische knelpunten ervaart bij de overheidsfinanciering van zijn activiteiten, is echter niet uitsluitend te wijten aan de Awb-(subsidie) systematiek. De eigen aard van de sector is er namelijk ook debet aan. Wat zijn de specifieke kenmerken die van invloed zijn op het ontstaan van knelpunten?

1.2 *Karakteristieken van de cultuursector*

1.2.1 *Cultuurbeleid is subsidiebeleid*

“Het kunstbeleid in Nederland is in de eerste plaats een subsidiebeleid”, aldus Oosterbaan Martinius.⁹ De overheid is van oudsher inderdaad een belangrijke financier van de cultuursector.¹⁰ Sinds 1998 ligt het primaat voor de verstrekking van financiële middelen door de overheid bij het publiekrecht.¹¹ De formeelwettelijke verankering van het instrument ‘subsidie’ in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft ertoe geleid dat de verdeling van publiek geld bij besluit moet geschieden. Op subsidiëring is het publiekrechtelijke normenkader van toepassing en aan belanghebbenden komt bestuursrechtelijke rechtsbescherming toe. Naast het Awb-kader moeten subsidieverstrekkenende bestuursorganen rekening houden met de toepasselijkheid van de Wet openbaarheid van bestuur¹², de Wet normering topinkomens, de Wet Nationale ombudsman, (Europese) aanbestedings- en staatssteunregelgeving en het toezicht door een Rekenkamer. Dat houdt in dat eenieder een verzoek om informatie kan indienen over een subsidieverstrekking¹³, dat de bezoldigingen en ontslagvergoedingen van topfunctionarissen bij de cultuurfondsen worden genormeerd en openbaar gemaakt¹⁴, dat over gedragingen van of namens de subsidieverstrekker kan worden geklaagd bij de Nationale ombudsman¹⁵, dat moet worden gewaakt voor het samenvallen van subsidies en overheidsopdrachten¹⁶ en dat de

9 Oosterbaan Martinius 1990, p. 33. Dat blijkt overigens ook uit de MvT bij de Subsidietitel in de Awb (*Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 18).

10 Voor een overzicht van de wet- en regelgeving tot 2007: Smithuijsen 2007, p. 52-62. Voorts bijv. Bevers & Hitters 1990, p. 130-188; Abbing 2009, p. 100-119; Raad voor Cultuur 2019, p. 29-41; Brom & Schrijen 2019.

11 Titel 4.2 Awb, (art. 4:21-4:80), *Stb.* 1996, 333. Inwerkingtreding op 1 januari 1998 (Derde Tranche Awb).

12 De Wet openbaarheid van bestuur is per 1 mei 2022 vervangen door de Wet open overheid (*Stb.* 2021, 499).

13 Art. 3 lid 1 Wob.

14 Art. 1.3 lid 1 sub a WNT jo. art. 7k.1 lid 1 Regeling normering topinkomens OCW-sectoren.

15 Art. 2 WNo juncto Titel 9.2 (art. 9:17-9:36) Awb.

16 Omdat de Aanbestedingswet 2012 in art. 1.1 een materiële definitie hanteert voor ‘overheidsopdracht’ (*een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten*), is een aanbestedingsplichtige subsidieverstrekking niet bij voorbaat uitgesloten. Daarvoor is een nadere toets van de geldverstrekking aan de Aw 2012 noodzakelijk.

subsidieuitgaven door de Algemene of een regionale Rekenkamer worden gecontroleerd op rechtmatigheid en doelmatigheid.

Een bijkomend aspect is dat subsidieverstrekking een bijzonder verloop heeft.¹⁷ De reguliere subsidieprocedure kent twee verschillende momenten waarop een besluit moet worden genomen. Op een aanvraag volgt de subsidieverlening, die een voorwaardelijke aanspraak vestigt op verkrijging van de subsidie. Na afronding van de gesubsidieerde activiteiten volgt het besluit tot subsidievaststelling. Dat besluit maakt deze aanspraak onvoorwaardelijk en markeert het einde van de subsidierelatie.¹⁸

De positieve aspecten van het publiekrechtelijke primaat voor de verstrekking van publiek geld ten spijt – denk aan de publiekrechtelijke waarborgen en de laagdrempelige rechtsbescherming – is de kijk op het subsidieinstrument inmiddels veranderd. De Awb-subsidiesystematiek wordt door bestuursorganen in toenemende mate als (te) knellend ervaren.¹⁹ Zij beschouwen de ‘klassieke’ subsidie *à fonds perdu*²⁰ als een inflexibel en tijdrovend beleidsinstrument.²¹ Deze teneur heeft ertoe geleid dat overheden op grote schaal zijn gaan experimenteren met alternatieve vormen van financiering.²² Ook in de cultuursector is er een toenemende belangstelling voor mengvormen van publieke en private financiering. Onder meer met revolverende fondsen²³ waaruit leningen, participaties en garantstellingen worden verstrekt en door cofinanciering met *crowdfunding*²⁴ proberen subsidieverstrekkers de nadelen te ontwijken die volgens hen kleven aan het subsidieinstrument. Zo ontvangt de stichting Cultuur+Ondernemen een meerjarige subsidie van het Ministerie van OCW, waarmee zij onder meer cultuurleningen verstrekt aan individuele kunstenaars.²⁵ Ook worden subsidiebudgetten gebruikt als aanjager voor het stimuleren van particuliere donaties. De Minister van OCW verleende bijvoorbeeld in 2021 een begro-

17 Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 119-156.

18 Art. 4:29 Awb: *Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald kan voorafgaand aan een subsidievaststelling een beschikking omtrent subsidieverlening worden gegeven, indien een aanvraag daartoe is ingediend voor de afloop van de activiteit of het tijdvak waarvoor de subsidie wordt gevraagd.*

19 Subsidieverstrekking vereist een wettelijke grondslag (art. 4:23 lid 1 Awb) en ook de subsidieregeling, de gekozen verdeelmethode en het eventuele subsidieplafond moeten bij wettelijk voorschrift worden vastgesteld. Voor incidentele en begrotingssubsidies geldt het vereiste van een wettelijke grondslag niet (art. 4:23 lid 3 onder c en d Awb).

20 Letterlijk: zonder kans op terugkrijgen (van het beschikbaar gestelde bedrag).

21 Bijv. Den Ouden 2016a, p. 387-392; Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 213-223.

22 Bijv. Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2888-2897.

23 Bijv. het Fonds Brabant C. Over revolverende fondsen: zie Van den Brink 2018; Balk 2019; Van Waarde 2022.

24 Ook wel *matchfunding* genoemd, bijv. het platform *voordekunst*.

25 <https://www.cultuur-ondernemen.nl/diensten/cultuurleningen-met-een-lage-rente>. De rente bedraagt slechts 1%.

tingssubsidie van € 2 miljoen aan Platform ACCT, waarvan € 1.2 miljoen is gelabeld voor het *Leve het geven*-instrument voor *matched crowdfunding*.²⁶

De overheid wenst in haar cultuurbeleid de combinatie van publieke financiering en private ondersteuning te zien als communicerende vaten.²⁷ Om die reden gingen de draconische bezuinigingen op de Rijkscultuursubsidies in 2012²⁸ gepaard met een nadrukkelijke oproep tot filantropie en met het fiscaal aantrekkelijker maken van giften aan kunst en cultuur.²⁹ Sindsdien verhoogt een zogenoemde *multiplier* de aftrekbaarheid van giften aan culturele instellingen die door de fiscus als *culturele ANBI*³⁰ zijn aangemerkt, waardoor giften aan deze instellingen aantrekkelijker zijn dan giften aan andere doelen. Maar betekent deze ontwikkeling ook dat de cultuursector inmiddels meer financiële middelen weet te genereren uit de private 'markt', dus dat de sector minder afhankelijk is geworden van overheidssteun? Nee, dat blijkt niet het geval.³¹

Hoewel het nieuwe millennium aanvankelijk wordt gekenschetst als 'een renaissance van het geven aan kunst en cultuur'³², moet twee decennia later worden vastgesteld dat de private geldbronnen voor cultuurfinanciering niet onuitputtelijk zijn.³³ De multiplier-regeling zorgde weliswaar voor een toename van private donaties, maar de bodem van vrijgevigheid lijkt bereikt.³⁴ Wanneer de balans tussen publieke en private financiering wordt opgemaakt, blijkt slechts een klein deel van de sector een vaste plaats op de private markt te hebben verworven.³⁵ Lang niet alle culturele instellingen profiteren in dezelfde mate van mecenaat³⁶ of van filantropie.³⁷

26 Het Platform Arbeidsmarkt Culturele en Creatieve Toekomst (ACCT) kan met de subsidie "een structuur realiseren om het particulier geven te optimaliseren." Het geoordeelde budget is "een matchfundinginstrument voor crowdfundingcampagnes in de culturele en creatieve sector, waarbij gelden worden ingezet als donatie ter stimulering van het geven via crowdfunding" (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/besluiten/2021/03/30/subsidiebeschikking-leve-het-geven>, p. 3).

27 Zie WRR 2018, p. 25.

28 Aangekondigd door de staatssecretaris van OCW (H. Zijlstra) in de brief 'Uitgangspunten cultuurbeleid' van 6 december 2010, *Kamerstukken II* 32 500 VIII, nr. 75. Overheden gaven in 2014 gezamenlijk een half miljard euro minder uit aan kunst en cultuur dan in 2011 (zie Raad voor Cultuur 2014, p. 7).

29 Ingevolge de zogenoemde 'Geefwet' (Wet tot wijziging van enkele belastingwetten, *Stb.* 2011, 641).

30 Algemeen Nut Beogende Instelling.

31 Zie de evaluatie van het programma Ondernemerschap in Cultuur 2013-2016, *Kamerstukken II* 2017/18, 32 820, nr. 217, blg-820154 (DSP-groep 2017, p. 40-42) en blg-820155 (Werkgroep Filantropische Studies VU 2017, p. 2-3 en 74). Voorts Bongers e.a. 2017, p. 6-9.

32 Brouwer e.a. 2020, p. 2.

33 Vgl. Brouwer e.a. 2020, p. 9-11.

34 Het huidige overheidsbeleid richt zich met name op de gever en is vooral relevant voor rechtspersonen. Kleine cultuurinstellingen en individuele kunstenaars hebben moeite om via sponsoring of anderszins private inkomsten te verwerven. Zie Brouwer e.a. 2020, p. 4.

35 Cabaret en musical ontvangen bijvoorbeeld geen of nauwelijks overheidsfinanciering.

36 Mecenaat ziet op particuliere giften ter bevordering en ondersteuning van de kunsten uit andere dan economische motieven. Zie Van den Braber 2021a.

37 Zie WRR 2018, p. 25. De auteurs verstaan onder filantropie: "vrijwillig particulier initiatief dat primair is gericht op het algemeen maatschappelijk belang" (p. 16).

Daar komt bij dat de kunstmarkt economisch gezien een niet-functionerende markt is, omdat een evenwicht tussen vraag en aanbod nooit zal worden bereikt.³⁸ Deze markt kent zelfs een structureel overaanbod.³⁹ Dat komt omdat er een permanente disbalans in stand wordt gehouden, veroorzaakt door het feit dat kunstenaars nu eenmaal intrinsiek gemotiveerd zijn om te produceren.⁴⁰ Het overaanbod waar geen koopkrachtige vraag tegenover staat, bekostigen zij met inkomen uit bijbanen of subsidies.⁴¹

Financiering door de overheid blijft dus noodzakelijk en voor de verdeling van publieke middelen geldt nog altijd het primaat van het subsidieinstrument. Publiek geld zal nodig blijven, niet alleen om een brede⁴² culturele sector in stand te houden, maar ook om daarin een zeker evenwicht te bewaken.⁴³ Daarmee is het subsidie-instrument niet weg te denken in de cultuursector.

1.2.2 *Maar cultuurbeleid is politiek gekleurd en subsidies zijn schaars*

Zodra overheidsfinanciering onmisbaar wordt, creëert zij afhankelijkheid bij haar ontvangers. Dat maakt de cultuursector kwetsbaar en zet de verdeelprocedures in de schijnwerpers. Subsidiëring van cultuur is namelijk nooit structureel en de budgetten zijn altijd begrensd.⁴⁴ De som van de gevraagde subsidies overschrijdt steevast het beschikbare bedrag, hetgeen van deze subsidies schaarse rechten maakt.⁴⁵ Subsidies zijn bovendien doelgebonden: met het subsidieinstrument streeft de overheid beleidsdoelen na.⁴⁶ Dit impliceert dat subsidiedoelen politiek gekleurd kunnen zijn en dientengevolge aan veranderingen onderhevig.⁴⁷ Politieke ijkmomenten – zoals verkiezingen, met daaropvolgend nieuwe regeer- of bestuursakkoorden –

38 Van Klink 2016, p. 25. De oplossing voor een slecht functionerende kunstmarkt hoeft echter niet alleen van de overheid te komen. Vgl. Van Klink 2016, p. 33-37 en 191-193.

39 Vanuit economisch perspectief ontvalt daarmee iedere grond aan overheidssubsidiering van het kunstenaarsaanbod, omdat nooit sprake zal zijn van onderaanbod; zie Van Klink, Van den Born & Van Witteloostuijn 2011, p. 44. Voorts Van den Braber 2021b, p. 28-31.

40 Abbing 1989, p. 114-135; Abbing 2002, i.h.b. p. 124-149 (H. 6: 'Structural poverty') en p. 203-231 (H. 9: 'The government serves the art'); Van Klink, Van den Born & Van Witteloostuijn 2011, p. 23.

41 Van Klink, Van den Born & Van Witteloostuijn 2011, p. 25.

42 Mecenaat ziet immers op particuliere keuzen. Kunst en kunstenaars die minder "knuffelbaar" zijn, kunnen daardoor verdwijnen (zie Prins Bernhard Cultuurfonds 2012, p. 25).

43 De vraag welke kunst en kunstenaars worden gefinancierd en in welke mate de overheid zou moeten bijdragen, laat ik buiten beschouwing. De beantwoording daarvan is afhankelijk van beleidskeuzen, dus van politieke kleur. Zie bijv. Oosterbaan Martinius 1990, p. 33-61 (H. 2: 'Legitimeringsproblemen in het kunstbeleid').

44 Het enkele ontbreken van een toereikende begrotingspost ontslaat de overheid namelijk nog niet van haar plicht om haar financiële verplichtingen jegens burgers na te komen (vgl. HR 4 november 1849, W. 1058 (*De Bourbon/Naundorff*)). De meeste subsidieregelingen kennen daarom subsidieplafonds (art. 4:22 Awb).

45 Vgl. Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, § 11.4.2.

46 Zie art. 4:21 lid 1 Awb: *Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.*

47 In economische termen is kunst een *merit good*, afhankelijk van de welwillendheid van politici. Zie Van Klink 2016, p. 9.

kunnen resulteren in een bijstelling of wijziging van gevoerd beleid, in het kader waarvan subsidievermindering of zelfs beëindiging van bestaande subsidierelaties noodzakelijk kan worden geacht.⁴⁸

De cultuursector ondervindt deze beperkingen periodiek aan den lijve. Zo is de meerjarige cultuurfinanciering op Rijksniveau gebaseerd op een in de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc) geregelde frequentie.⁴⁹ Elke vier jaar adviseert de Raad voor Cultuur⁵⁰ aan de Minister⁵¹ van OCW over het subsidiëren van de culturele instellingen die een plaats in de *landelijke culturele Basisinfrastructuur* verdienen. De opeenvolgende Cultuurnota's sedert 2001⁵² tonen dat elk tijdvak andere beleidsmatige speerpunten kende, waarvan de wijzigingen soms grote consequenties hadden voor de bestaande subsidieverhoudingen.⁵³ Op decentraal niveau is evenmin sprake van langdurige subsidierelaties. Hoewel provincies en gemeenten in de pas lopen met de tijdvakken van het Rijk en soms cofinancieringsconstructies met het Rijk hanteren, hechten ook zij aan flexibiliteit en benutten zij hun bestuurlijke beslissingsruimte naar gelang de politieke wind waait.⁵⁴ Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat er geen parallelle decentrale culturele Basisinfrastructuur bestaat.⁵⁵ De wijze waarop en de mate waarin culturele instellingen door decentrale overheden financieel worden ondersteund, verschilt regionaal dan ook sterk.⁵⁶

48 Een beleidswijziging biedt voldoende grondslag voor het beëindigen van een langdurige subsidierelatie, mits de subsidieontvanger een redelijke afbouwtermijn wordt geboden. Zie art. 4:50 lid 1 onder b Awb (intrekking of wijziging van de verleningsbeschikking tijdens de subsidie looptijd) en art. 4:51 lid 1 Awb (weigering van de aanvraag voor een aansluitend tijdvak).

49 Art. 4a lid 1 Wsc: *Onze Minister stelt bij ministeriële regeling eenmaal per vier jaar regels vast voor de verstrekking van subsidies in de op die periode volgende periode van vier kalenderjaren.*

50 Artikel 2a lid 2 Wsc: *De Raad voor cultuur heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over algemeen verbindende voorschriften of te voeren beleid van het Rijk op het terrein van de cultuur.*

51 De portefeuille Cultuur ligt soms in handen van een minister, dan weer van een staatssecretaris. Voor een overzicht zie www.parlement.com. Op 1 februari 2022 was de Staatssecretaris voor Cultuur en Media: Gunay Uslu (D66).

52 Cultuurnota 2001-2004: *Cultuur als confrontatie* (Kamerstukken II, 1998/99, 26 591, nr. 2); Cultuurnota 2005-2008: *Meer dan de som* (Kamerstukken II, 2002/03, 28 989, nr. 1); Cultuurnota 2009-2012: *Kunst van leven* (Kamerstukken II, 2008/09, 31 482, nr. 16); Cultuurnota 2013-2016: *Meer dan kwaliteit: een nieuwe visie op cultuurbeleid* (Kamerstukken II, 2010/11, 32 820, nr. 1); Cultuurnota 2017-2020: *Ruimte voor Cultuur* (Kamerstukken I, 2014/15, 34 000, bijlage bij VII, nr. H); Cultuurnota 2021-2024: *Cultuur voor iedereen* (Kamerstukken II, 2018/19, 32 820, nr. 290).

53 Bijv. Smithuijsen e.a. 2007, p. 151-169; Adams & Hoefnagel 2012; Adams 2012.

54 Bijv. het Bestuursakkoord 2020-2023 van de provincie Noord-Brabant, waarin de coalitie CDA-VVD-FvD-Lokaal Brabant besloot tot het ontwikkelen van de portefeuille 'Vrije Tijd': "We herpositioneren de rol van de provincie op de beleidsvelden Cultuur, Sport en Vrijtijdseconomie, er komt een nieuw beleidskader Vrije Tijd". Voor (o.a.) cultuur betekende dat echter: "Vanaf 2023 zetten we structureel en incidenteel minder middelen in. We herpositioneren hiermee de rol van de provincie op deze beleidsterreinen." (<https://www.brabant.nl/bestuur/bestuursakkoord-2020-2023>, p. 43).

55 De Raad voor Cultuur heeft al eerder gepleit voor een regionale culturele infrastructuur (RIS), die onderdeel zou moeten zijn van het landelijke cultuurbestel (zie Raad voor Cultuur 2017).

56 Wel hanteert een aantal gemeenten sinds enkele jaren een lokale culturele Basisinfrastructuur, bijv. Amsterdam (2017), Rotterdam (2019) en Eindhoven (2019). Zie Van der Leden 2022.

Bovendien lokt periodieke subsidiëring bij aanvragers een specifieke strategie uit: het werken van project(aanvraag) naar project(aanvraag). Hierbij ligt veel druk op het schrijven van subsidiabele – lees: doorwrochte en naar de subsidiecriteria toegeschreven⁵⁷ – aanvragen, hetgeen tijdrovend en kostbaar is. Wordt de aanvraag afgewezen, dan is er veel werk voor niets verricht en is de kans op aansluiting bij het eerstvolgende culturele seizoen verkeken. Van continuïteit en stabiliteit in de bedrijfsvoering kan dus maar mondjesmaat sprake zijn.⁵⁸ Dat is fruikend, omdat voor cultuurinstellingen, net als voor andere ondernemers, een lange termijnvisie onontbeerlijk is. Daarnaast zijn de beschikbare budgetten doorgaans zozeer gelimiteerd, dat het verwelkomen van nieuwkomers niet zelden het afscheid betekent van instellingen met een langere staat van dienst. Het begrip 'bestaanszekerheid' heeft in de cultuursector zodoende evenmin veel betekenis.

Overigens is het, vanwege de subsidiesystematiek, ook voor subsidieverstrek- kers moeilijk om continuïteit te realiseren. Wanneer een instelling goed presteert, is het meestal wenselijk om de subsidierelatie in het aansluitende subsidietijdvak voort te zetten zodat de kwaliteit van de geboden voorziening blijft geborgd. Periodieke financiering noopt echter tot het periodiek organiseren van verdeelprocedu- res. Om uit het grote aanbod de meest geschikte aanvragen te selecteren, verloopt de verdeling van cultuursubsidiebudgetten vaak via tenderprocedures. Daarbij wor- den de aanvragen beoordeeld en vervolgens geprioriteerd in een rangschikking, op basis waarvan het beschikbare budget wordt verdeeld. De uitkomst van een tender- procedure is doorgaans ongewis, zodat voortzetting van bestaande subsidierelaties zeker niet bij voorbaat vast staat.

1.2.3 Kortom

De cultuursector is en blijft sterk afhankelijk van financiering van de overheid. Deze publieke middelen worden overwegend via subsidies verstrekt, waarbij de sector een aantal knelpunten ervaart. Zo is de omvang van de budgetten onderhevig aan politieke wensen en kent eenmaal verkregen financiering een afgebakende looptijd. Door de onvermijdelijke disbalans tussen vraag en aanbod zijn cultuursubsidies bovendien altijd schaars. Bij schaarste is een eerlijke en transparante verdeling van de beschikbare middelen essentieel. Dit samenspel van factoren creëert een voedingsbodem voor geschillen, die binnen de kaders van het bestuurs(proces)recht moeten worden beslecht. De publiekrechtelijke vormgeving van overheidsfinanciering heeft onmiskenbaar geleid tot een juridisering van de cultuursector.⁵⁹ Dit wekt geen verbazing, omdat de drempel tot het indienen van een bezwaarschrift tegen

57 Bijv. Tjeenk Willink 2002, p. 79.

58 Brouwer e.a. 2020, p. 16.

59 Zie o.a. Oosterbaan Martinius 1990, p. 56-61; Cozijnsen 1999, p. 19-23 en 119-194; Sorgdrager 2002, p. 85; Lubina 2004, p. 93-105; Van Klink 2005, p. 216-220; Berentsen 2021, p. 18.

onwelgevallige besluiten nu eenmaal laag is.⁶⁰ Ook zetten kunstenaars regelmatig de vervolgstap naar de bestuursrechter.⁶¹ Maar de bereidheid om te procederen wordt in de cultuursector ongetwijfeld het sterkst gevoed door het zwaarwegende belang dat voor elke subsidieaanvrager op het spel staat. Dat vergroot in deze verdelprocedures de vraag naar effectieve rechtsbescherming.

2 BESTUURSRECHTELIJKE KNELPUNTEN BIJ DE VERSTREKKING VAN PUBLIEK GELD AAN DE CULTUURSECTOR

2.1 *Verstrekking van publiek geld aan de cultuursector: onderzoek naar vier deelthema's*

Het voorliggende onderzoek belicht vier bestuursrechtelijke deelthema's die verband houden met de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector. Deze beschouwing heeft geleid tot de zes inhoudelijke hoofdstukken in dit boek. Het accent op de cultuursector neemt niet weg dat er in elk hoofdstuk ook aandacht uitgaat naar het subsidierecht en het onderliggende Awb-regime. Dat is de bestuursrechtelijke gelaagdheid die de basis vormt voor elk deelthema.

Het eerste deelthema is *de rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid: kunst- en cultuurprijzen*. De wijze waarop de overheid haar financieringshandelingen vormgeeft, heeft juridisch grote consequenties. De gekozen rechtsvorm is namelijk bepalend voor het normenkader dat op de geldverstrekking van toepassing is en dus ook voor de aard van de rechtsbescherming die de betrokkenen ten deel valt als zij het niet eens zijn met de financieringsbeslissing. In dit onderzoek is de vraag naar de rechtsvorm van de financieringsbeslissing gekoppeld aan de geïnstitutionaliseerde Nederlandse kunst- en cultuurprijzen waaraan de overheid een financiële bijdrage levert. Deze prijzen zijn tegen het licht gehouden en juridisch gekwalificeerd. In een aantal gevallen blijkt sprake te zijn van verholde subsidieverstrekking.

Het tweede thema is de vraag naar *effectieve rechtsbescherming bij tenderverdelprocedures*. De tenderprocedure wordt dikwijls gebruikt voor de verdeling van cultuurbudgetten. Deze procedure kent een aantal karakteristieken die fricties met de Awb opleveren. Het onderzoek zoomt in op een geschil over de afwijzing van een

60 Hetgeen volgens onderzoek van Lubina dé veroorzaker van de juridisering van de sector is (Lubina 2004, p. 102). Voorts: Snel & Verhage 2004, p. 3. Het voorwoord vermeldt: "In vervolg op de subsidiebeslissingen over de Cultuurnota 2001-2004 is een groot aantal aanvragers van subsidie in bezwaar gegaan. [...] Het is buitengewoon instructief om te zien met welke argumenten en op basis van welke criteria de verschillende rechtsorganen tot hun conclusies zijn gekomen."

61 Van Klink 2005, p. 216. Een steekproef via Rechtspraak.nl (peildatum 1 februari 2022) toont het aantal uitspraken in de tijdvakken 2007-2011, 2012-2016 en 2017-2021 op het trefwoord 'subsidie', het rechtsgebied 'bestuursrecht' en de instanties 'ABRvS + CRvB + CBB + rechtbanken'. De resultaten zijn in 2011: 1748; in 2016: 1557 en in 2021: 1621. Dezelfde steekproef, maar dan met de gecombineerde trefwoorden 'subsidie + cultuur': in 2007-2011: 144; in 2012-2016: 128 en in 2017-2021: 96. Opmerking verdient dat het aantal bezwaarschriften een veelvoud van deze cijfers betreft.

aanvraag voor een vierjarige cultuursubsidie.⁶² De Awb-subsidiesystematiek kon aanvankelijk niet het rechtsbeschermingsmaatwerk leveren waaraan de afgewezen aanvrager behoefte had. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in haar uitspraak *Holland Opera* aan rechtsvorming gedaan, waardoor toch de vereiste effectieve rechtsbescherming kon worden geboden. De gekozen route wordt echter niet omarmd door de rechtspraktijk.

Het derde deelthema is verwant aan het voorgaande, maar betreft specifiek *de normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies*. De focus is gericht op de implementatie van de mededingings- en de transparantienorm in tenderverdeelprocedures. Deze normen zijn in 2018 in de uitspraak *Geobox* door de Afdeling van toepassing verklaard op de verdeelprocedures voor schaarse subsidies.⁶³ Zijn zij inmiddels toereikend geïmplementeerd? De bevindingen zijn vervolgens bij wijze van ‘proef op de som’ toegepast op de verdeelprocedures voor de *landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024*. Ook hier is de belangrijkste vraag of de mededingings- en de transparantienorm daarin al voldoende zijn ingebed.

Het vierde en laatste thema is *deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten*. Hierbij wordt een bijzonder element uit de subsidieverdeelsystematiek onderzocht: het inschakelen van externe deskundigen bij de voorbereiding van subsidiebesluiten. De adviezen van deze deskundigen zijn veelal doorslaggevend in de besluitvorming en worden gebruikt ter motivering van de verdeelbesluiten. Dat is toegestaan, maar op de subsidieverstrekker rust dan een vergewisplicht ten aanzien van de kwaliteit van de deskundigen en de totstandkoming en de inhoud van hun adviezen. Het betwisten van besluiten die op deze wijze zijn voorbereid leidt voor cultuursubsidieaanvragers tot extra complicaties.

2.2 Centrale onderzoeksvraag en deelvragen

De verstrekking van publiek geld aan de cultuursector vormt het uiteindelijke speerpunt van dit onderzoek, maar de vier deelthema's kennen een breder onderzoeksperspectief. Bij elk deelthema is het algemene Awb-(subsidie)kader het vertrekpunt, dat zo nodig wordt aangevuld met in de jurisprudentie ontwikkelde normen. Telkens doen zich knelpunten voor die raakvlakken hebben met de Awb-systematiek. Deze probleemstelling leidt tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

Welke bestuursrechtelijke knelpunten doen zich voor bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector en welke oplossingen kunnen daarvoor worden aangereikt, gezien vanuit effectieve rechtsbescherming en het publiekrechtelijke verdelingsrecht?

62 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.4, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

63 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

Deze onderzoeksvraag wordt beantwoord voor de vier deelthema's die in paragraaf 2.1 zijn beschreven. Het zwaartepunt van dit onderzoek ligt op het signaleren van praktijkproblemen binnen het desbetreffende deelthema en het formuleren van oplossingen daarvoor. Hoe kan (alsnog) recht worden gedaan aan de cultuursector? De beschouwing van de vier deelthema's heeft geresulteerd in de volgende deelvragen.

Deelthema 1: de rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid: kunst- en cultuurprijzen

Deelvragen:

- *Zijn de met publiek geld gefinancierde Nederlandse kunst- en cultuurprijzen te kwalificeren als subsidies in de zin van de Awb?*
- *Wat zijn de consequenties van een publiekrechtelijke status voor deze prijzen?*
- *Wat zijn de consequenties voor de prijzen die met publiek geld worden gefinancierd, maar niet zijn te kwalificeren als subsidies in de zin van de Awb?*
- *Welke oplossingen zijn denkbaar voor de gesignaleerde problemen?*

Deelthema 2: effectieve rechtsbescherming bij tenderverdeelpcedures

Deelvragen:

- *Welke knelpunten doen zich voor bij subsidieverdeling via een tendersysteem met subsidieplafond?*
- *Welke oplossingen kunnen worden aangereikt?*
- *Welke kanttekeningen kunnen bij deze oplossingen worden geplaatst?*

Deelthema 3: de normering van tenderverdeelpcedures voor schaarse (cultuur)-subsidies

Deelvragen:

- *Wat zijn de gevolgen van de toepasselijkheid van de mededingings- en de transparantiernorm voor het nationale subsidierecht, in het bijzonder voor de tenderverdeelpcedure?*
- *Welke knelpunten komen aan het licht en hoe kunnen zij worden weggenomen?*
- *Welke knelpunten komen in beeld bij de toepassing van de mededingings- en de transparantiernorm op de verdeelpcedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024?*
- *Hoe kunnen deze knelpunten worden weggenomen?*

Deelthema 4: deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten

Deelvragen:

- *Welke eisen worden anno 2022 gesteld aan deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij de voorbereiding van subsidiebesluiten in een tenderverdeelpcedure?*
- *Welke knelpunten doen zich voor bij de rechtsbescherming tegen (cultuur)subsidiebesluiten die steunen op deskundigenadviezen?*
- *Welke oplossingen dienen zich aan?*

2.3 Afbakening

Het spreekt voor zich dat de reikwijdte van dit onderzoek moest worden begrensd. De keuze voor vier deelthema's binnen het hoofdthema 'financiering door de overheid' heeft op zichzelf al geleid tot een afbakening. Daarnaast zijn er drie beperkingen die een nadere toelichting verdienen.

Het perspectief van dit onderzoek is de cultuursector. Het begrip 'cultuur' wordt daarbij opgevat als het geheel van professionele en amateurkunst, met inbegrip van cultureel erfgoed. Kunst behoort dus tot cultuur.⁶⁴ Ik ga niet nader in op het onderscheid tussen de begrippen kunst en cultuur, omdat het subsidieterrein en de subsidieregelingen die voorwerp van onderzoek zijn, zich zowel richten op kunst als cultuur. Beide begrippen worden dan ook – tenzij expliciet aangegeven – in dezelfde betekenis gebruikt.

Een vraag die ik evenmin aansnijdt, is *of* de overheid kunst en cultuur zou moeten financieren. Ofschoon beslist interessant en het onderzoeken waard, is dit een politieke vraag waarvan de beantwoording geheel wordt ingekleurd door de visie op de rol van de overheid. Ten aanzien van kunsten en wetenschappen geldt dat bij de vestiging van de Bataafse Republiek in 1795 de basis werd gelegd voor een geïnstitutionaliseerde zorg voor cultuur, maar dat de overheid daarin om politieke redenen nimmer een sturende positie heeft willen innemen.⁶⁵ Vanwege mijn focus op het bestuurs(proces)recht laat ik deze ontwikkeling verder onbesproken. Het vertrekpunt in dit onderzoek is *dat* de overheid deze sector financiert.

Een derde afbakening is dat dit onderzoek zich beperkt tot de nationale rechtspraktijk. Het vizier is gericht op financieringshandelingen van de Nederlandse overheid. Deze handelingen worden verricht binnen het nationale bestuursrecht en privaatrecht. Dat neemt niet weg dat er, indien en voor zover relevant, ook aandacht wordt besteed aan de Europeesrechtelijke invloed op de onderzochte leerstukken of rechtsfiguren.

3 SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

In de voorgaande paragrafen zijn de begrippen 'schaarse rechten' en 'effectieve rechtsbescherming' al genoemd. Deze begrippen overstijgen het algemene subsidie-recht: zij maken geen deel uit van het positieve subsidierecht en zijn niet neergelegd

64 De benaming van de ministeries die achtereenvolgens verantwoordelijk waren voor cultuurfinanciering op Rijksniveau illustreert mede de verbreding van kunst naar cultuur: Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen (1945-1965); Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk (1965-1982); Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (1982-1994); Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (1994-2003); Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (2003-heden). Kritisch over de absorptie van het begrip kunst door cultuur: Van Maanen 2017, p. 17-21.

65 Voor een historisch overzicht van het cultuurbeleid: Smithuijsen e.a. 2007, p. 23-37. Over het belang van overheidsfinanciering zie o.a. De Stuers 1873, p. 320-403, die een expliciete vergelijking maakte met buurlanden België en Duitsland; Boekman 1939; Aerts 2018, p. 592-614.

in de Awb. Zij zijn echter cruciaal voor de voorliggende onderzoeksvragen en zullen daarom op deze plaats nader worden toegelicht.

De rechtsfiguur ‘schaars publiek recht’ houdt verband met het publiekrechtelijke verdelingsrecht en is tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak. De kwalificatie tot ‘schaars publiek recht’ is van belang voor het (cultuur)subsidierecht, omdat zij het toepasselijke normenkader mede bepaalt. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft een vergelijkbare achtergrond. Ook dat is, hoewel Unierechtelijk verankerd, nader vormgegeven door de nationale rechter. De vraag naar effectieve rechtsbescherming rijst wanneer er een geschil moet worden beslecht: is de rechtsbescherming dan daadwerkelijk geborgd?

Om hun betekenis voor het subsidierecht te verhelderen, worden beide begrippen hierna kort besproken.

3.1 *Subsidies zijn (soms) schaarse publieke rechten*

3.1.1 *Wat zijn ‘schaarse publieke rechten’ en wat is het gevolg van deze kwalificatie?*

De term ‘schaars publiek recht’ valt uiteen in twee delen: het moet gaan om een ‘publiek’ recht dat tevens ‘schaars’ is. Een algemeen aanvaarde omschrijving van ‘publieke’ rechten is: *rechten die worden verleend op grond van een daartoe aan het bestuursorgaan toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid*.⁶⁶ Bezien vanuit de intentie waarmee de overheid publieke rechten in het leven kan roepen, worden zij verdeeld in drie categorieën: vergunningen in de ruime zin des woords⁶⁷, verhandelbare rechten⁶⁸ en financiële aanspraken.⁶⁹

Publieke rechten worden ‘schaarse’ rechten als er meer gegadigden zijn dan beschikbare rechten.⁷⁰ Schaarse publieke rechten veronderstellen een maximum of plafond, dat het aantal rechten weergeeft dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste kan worden verleend.⁷¹ Een maximum kan voortvloeien uit fysieke schaarste (ruimte of natuurlijke hulpbronnen zijn begrensd), uit technische schaarste (bruikbare mogelijkheden zijn gelimiteerd), uit een combinatie van beide of uit vastgesteld beleid.⁷² In het laatste geval creëert de overheid zelf schaarste, op basis van beleids-

66 Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel e.a. 2011a, p. 18-19.

67 Hierbij gaat het om situaties waarin een bestuursorgaan zijn bevoegdheid gebruikt om een uitzondering te maken op een wettelijk ge- of verbod. Voorbeelden: vervoersconcessies, ontheffingen voor terrasboten, vergunningen/vrijstellingen voor evenementen, marktkramen, horecaexploitatie of speelautomatenhallen.

68 Deze rechten zijn overdraagbaar volgens de regeling in Titel 4 van Boek 3 BW. Voorbeelden: emissierechten, radiofrequenties, viscontingenten, melkquota en softwarelicenties.

69 Waarbij een bestuursorgaan zijn bevoegdheid benut om bepaalde activiteiten te ondersteunen of stimuleren door het verstrekken van financiële aanspraken, zoals subsidies, leningen of garanties.

70 Uitvoerig over het vaststellen van schaarste: Wolswinkel 2013, p. 368-373.

71 Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel e.a. 2011a, p. 19.

72 Vgl. ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, r.o. 7.1, AB 2021/54, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2020/89, m.nt. A. Drahmman (*New Orange*).

overwegingen. De beslissingsruimte tot het vaststellen van beleidsmatige plafonds wordt zowel door het Unierecht⁷³ als door het nationale recht beïnvloed.⁷⁴

De kwalificatie ‘schaars publiek recht’ heeft sinds 2016 een bijzondere betekenis in het nationale publiekrechtelijke verdelingsrecht. In haar uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* formuleerde de Afdeling bestuursrechtspraak de hoofdregel dat bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededingingsruimte moet worden geboden.⁷⁵ Voor deze verplichting zijn de trefwoorden *mededinging*, *looptijd* en *informatie* leidend. De mededingingsnorm is volgens de Afdeling gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, dat in het kader van schaarse rechten is op te vatten als ‘beginsel van gelijke kansen’.⁷⁶ Uit deze mededingingsnorm vloeit een tweede rechtsnorm voort, die stoelt op het materiële gelijkheidsbeginsel: schaarse rechten die betrekking hebben op een economische activiteit kunnen in beginsel slechts tijdelijk worden verleend. Om het beginsel van gelijke kansen daadwerkelijk te effectueren, ontleende de Afdeling aan de Unierechtelijke transparantieplichting bovendien een derde rechtsnorm: er moet een ‘passende mate van openbaarheid’ worden verzekerd voor i) de beschikbaarheid van het schaarse recht, ii) de verdelingsprocedure, iii) het aanvraagtijdvak en iv) de toe te passen criteria. Reeds voor de start van de verdeelprocedure moet over deze aspecten duidelijkheid zijn verschaft, onder meer door een tijdige en adequate bekendmaking van informatie via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.⁷⁷ De rechtspraak over de invulling en afbakening van de aan de mededingingsnorm verbonden verplichtingen is nog volop in ontwikke-

73 Bijv. art. 49 VWEU (vrijheid van vestiging) of art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten).

74 De nationale bestuursrechter toetst de vaststelling van een plafond op rechtmatigheid, zij het tamelijk terughoudend. Bijvoorbeeld ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263.

75 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

76 ‘Formele’ staat overigens niet in de uitspraak. Zie echter de daaraan voorafgaande Conclusie (Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 7.8) en bijv. Drahmman 2015, p. 820. Ook bestuursrechtelijke handboeken onderscheiden geen varianten van het gelijkheidsbeginsel, noch benoemen zij het beginsel van gelijke kansen. Zie bijv. Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 322-324 en Bröring & De Graaf 2022, p. 48-53, 291 en 402-403. Anders: Gerards 2002, p. 14-15. Gerards onderscheidt materiële van formele gelijkheid en daarnaast formele gelijkheid van procedurele gelijkheid. Daarvoor gebruikt zij de metafoor van een wedstrijd: formele gelijkheid ziet op kansgelijkheid op deelname en gelijkheid van toepasselijke spelregels; procedurele gelijkheid op kansgelijkheid om te winnen. Bij het laatste moet waarde worden gehecht aan de initiële verschillen tussen de deelnemers. Ofschoon Gerards deze driedeling zuiverder acht dan de – reguliere – indeling in formele en materiële gelijkheid, stelt zij vast dat deze differentiatie weinig betekenis heeft voor de rechterlijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

77 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8 en 10.

ling.⁷⁸ In 2021 verklaarde de Hoge Raad deze norm ook van toepassing op (bepaalde) privaatrechtelijke verdelingsvraagstukken.⁷⁹

3.1.2 Wanneer is een subsidie een schaars publiek recht?

In principe zijn subsidiebudgetten altijd gelimiteerd, aangezien met de subsidietitel in de Awb onder meer werd beoogd dat de overheidsuitgaven zouden kunnen worden beheerst.⁸⁰ Enerzijds zouden de zogenoemde ‘open einde’-regelingen tot het verleden gaan behoren.⁸¹ Anderzijds moest de werking van de hoofdregel uit *De Bourbon/Naundorff* – dat het enkele ontbreken van een toereikende begrotingspost de overheid niet ontslaat van de plicht om haar financiële verplichtingen jegens burgers na te komen – kunnen worden afgewend.⁸² De Awb verschaft sindsdien twee instrumenten om deze doelstellingen te bereiken: het subsidieplafond⁸³ en het begrotingsvoorbehoud⁸⁴. Omdat in dit onderzoek het accent ligt op verdeelprocedures met een subsidieplafond, komt aan het begrotingsvoorbehoud hierna geen extra betekenis toe.

Een subsidieplafond is het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een wettelijk voorschrift.⁸⁵ Het subsidieplafond wordt – anders dan bij andere schaarse publieke rechten – niet uitgedrukt in het aantal subsidies dat ter verlening voorhanden is, maar in een bepaalde geldwaarde.⁸⁶ Het plafond zelf moet ook bij of krachtens wettelijk voorschrift worden vastgesteld en zijn bekendmaking gaat vooraf aan het subsidietijdvak waarvoor het geldt.⁸⁷ Het bereiken van het subsidieplafond levert een imperatieve weigeringsgrond voor de subsidieaanvragen waarvan de toewijzing tot gevolg zou hebben dat het plafond wordt overschreden.⁸⁸ De wetgever heeft voor

78 Zie hoofdstuk 5.

79 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren, BR 2022/7, m.nt. S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries, JB 2022/21, m.nt. J.A.F. Peters (*Didam*). In deze zaak ging het om gemeentelijke gronduitgifte. Interessant is dat de Hoge Raad *contrair* ging ten aanzien van de Conclusie van plv. P-G F.F. Langemeijer, met name over de materiële invulling van ‘schaarste’ (ECLI:NL:PHR:2021:243, nrs. 2.28-2.31 en 2.41). Zie voorts Jansen, Van Ommeren & Van Boom 2022, p. 889-896, over de reikwijdte van deze uitspraak.

80 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 18-20 en 47. Andere doelen waren het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van gemeenschapsgeld, het verschaffen van rechtszekerheid aan subsidieontvangers, harmonisatie van de subsidieregelingen op Rijks- en decentraal niveau, alsmede het bewuster hanteren van het subsidieinstrument door de verplichte wettelijke grondslag.

81 Regelingen op basis waarvan aanvragen die aan de gestelde voorwaarden voldoen, niet kunnen worden geweigerd, ook al zijn de beschikbare middelen uitgeput, omdat nadere weigeringsgronden ontbreken.

82 HR 5 oktober 1849, W. 1058; voorts bijv. Den Ouden 2016b, p. 1-12.

83 Art. 4:22 jo. 4:25 Awb.

84 Art. 4:34 Awb.

85 Art. 4:22 Awb.

86 Vgl. Wolswinkel 2013, p. 227. Voor een uitzondering: zie Deelregeling Kunstpodia 2021-2024 Mondriaan Fonds (*Strct.* 2020, 24800). Uit de Toelichting blijkt dat er in de categorie *Kunstpodium breed* vierjaarlijks slechts één subsidie wordt verstrekt.

87 Art. 4:25 lid 1 Awb.

88 Art. 4:25 lid 2 Awb.

deze systematiek gekozen omdat zij aansluit bij die van de begroting: uitgaven die de begroting overstijgen zijn niet toegestaan.⁸⁹ Voorts minimaliseert deze keuze de motiveringsplicht, aangezien nu niet telkens hoeft te worden onderbouwd waarom het belang van begrotingsdiscipline zwaarder moet wegen dan de belangen van de aanvrager.⁹⁰

Het vaststellen van een subsidieplafond resulteert in *potentiële* schaarste. Of die schaarste ook zal uitdraaien op *reële* schaarste, is afhankelijk van het aantal aanvragen dat uiteindelijk wordt ingediend in het tijdvak waarop het subsidieplafond ziet. Maar welk type schaarste vormt het omslagpunt naar de kwalificatie ‘schaars publiek recht’? In 2018 verklaarde de Afdeling in haar uitspraak *Geobox* de voor ‘schaarse publieke rechten’ geldende mededingingsnorm ook van toepassing op verdeelprocedures voor schaarse subsidies.⁹¹ Die uitspraak heeft geleid tot een belangrijke uitbreiding van het toepasselijke subsidieregime. Een jaar later werd duidelijk dat reële schaarste geen voorwaarde is om onder de reikwijdte van ‘schaarse publieke rechten’ te vallen; daarvoor volstaat reeds potentiële schaarste.⁹² Dit uitgangspunt brengt mee dat *alle* subsidies die worden verdeeld via een procedure met een subsidieplafond, schaarse publieke rechten zijn. Op deze verdeelprocedures is naast het wettelijke (subsidie)regime dus ook het in paragraaf 3.1.1 beschreven normenkader van toepassing.

3.2 *Effectieve rechtsbescherming is vereist*

Kort samengevat waarborgt het beginsel van effectieve rechtsbescherming het recht voor particulieren op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht ter bescherming van aan het EU-recht ontleende rechten.⁹³ Het recht op toegang tot de rechter van artikel 6 EVRM moet in samenhang worden gelezen met artikel 13 EVRM, dat eenieder wiens verdragsrechten en verdragsvrijheden zijn geschonden een recht geeft “op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van

89 *In beginsel* niet, omdat de rechtszekerheid ertoe kan verplichten financiële aanspraken na te komen ondanks overschrijding van de begroting. Vgl. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

90 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

91 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*); bevestigd in ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink, *Gst.* 2019/78, m.nt. A. Drahmman (*Gymnasion*).

92 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rederij Lovers*).

93 Art. 47 EU-Handvest: *Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.*

hun ambtelijke functie". Het rechtsmiddel mag niet slechts in theorie bestaan: het moet toegankelijk, doeltreffend en doelmatig zijn.⁹⁴

Het *right to an effective remedy* is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.⁹⁵ Omdat de regels uit het Unierecht in de lidstaten moeten worden nageleefd en ten uitvoer gelegd, speelt de nationale rechter een belangrijke rol in het daadwerkelijk verwezenlijken van effectieve rechtsbescherming voor particulieren.⁹⁶ Het beginsel geldt immers zowel op Unierechtelijk als op nationaal niveau, hetgeen is verwoord in artikel 19 van het EU-Verdrag.⁹⁷

Van Rijn van Alkemade heeft in 2016 onderzoek gedaan naar effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten.⁹⁸ Hij besteedt onder meer aandacht aan de vraag of het bestuursprocesrecht uit de Awb voldoende is toegesneden op de verdeling van schaarse publieke rechten. In dat kader signaleert hij vijf knelpunten in de rechtsbescherming, die mede verband houden met enkele bijzondere kenmerken van schaarse publieke rechten. Van Rijn van Alkemade wijst als eerste op de onontkoombare ketenbesluitvorming bij de verdeelprocedures voor deze rechten, die voor belanghebbenden niet alleen uitmondt in een versnippering van de rechtsbescherming, maar hen bovendien dwingt tot het kiezen van een processtrategie. Vanwege de beperkte beschikbaarheid van deze rechten moet zowel tegen het eigen afwijzingsbesluit als tegen de toewijzingsbesluiten van de medeaanvragers worden opgekomen.⁹⁹ Dit gegeven verwoordt meteen een tweede knelpunt: de noodzaak om meerdere besluiten aan te vechten teneinde te voorkomen dat de toewijzingsbesluiten in rechte onaantastbaar worden en formele rechtskracht krijgen. Deze processtrategie zet echter de rechtszekerheid van de gehonoreerden op losse schroeven.¹⁰⁰ Een derde knelpunt is volgens Van Rijn van Alkemade de geringe controleerbaarheid van de uitkomsten van het verdeelproces. De invulling van de motiveringsplicht en de reikwijdte van het processuele inzagerecht acht hij in de verdeelprocedures voor schaarse publieke rechten te beperkt van omvang.¹⁰¹ Ten vierde constateert hij dat de mogelijkheden tot materieel rechtsherstel gering zijn. Partijen die in deze verdeelprocedures buiten de boot vallen, worden na een geslaagde bezwaar- of beroepsprocedure vaak gehinderd door tijdsverloop. Een alsnog verleende vergunning kan bijvoorbeeld zijn 'verlopen' of de met de alsnog verkregen subsidie uit te voeren plannen niet meer haalbaar omdat het nieuwe subsidietijdvak zich weer aandient. Het bestuursprocesrecht kent echter geen versnelde procedure, waardoor een rechterlijke uitspraak al snel fungeert als mosterd na de

94 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 517, nr. 3, p. 15-16.

95 Zie bijv. Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, § 15.6.4; Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 49-54 en 327-329; Amtenbrink & Vedder 2017, p. 213-216.

96 Vgl. bijv. Widdershoven e.a. 2021, p. 34-36.

97 Art. 19 lid 1 (2^e volzin) VEU: *De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.*

98 Van Rijn van Alkemade 2016.

99 *Ibidem*, § 7.2.1.

100 *Ibidem*, § 7.2.2.

101 *Ibidem*, § 7.2.3.

maaltijd.¹⁰² Het laatste door Van Rijn van Alkemade gesignaleerde knelpunt is de beperkte mogelijkheid tot schadevergoeding in het geval een door de rechter geconstateerd gebrek in de afwijzing van een schaars publiek recht door tijdsverloop niet meer (volledig) kan worden hersteld. De auteur wijst op de bewijsproblemen bij de stellingname dat een aanvraag zonder de in een verdeelprocedure geconstateerde onregelmatigheden zou zijn toegewezen en op het gegeven dat de rechter sterk leunt op de uitkomst van de verlengde besluitvorming die volgt op de gegrondverklaring van het beroep.¹⁰³

Ondanks deze rechtsbeschermingsknelpunten luidt het antwoord van Van Rijn van Alkemade op de vraag of het bestuursprocesrecht uit de Awb voldoende is toegesneden op de verdeling van schaarse publieke rechten, uiteindelijk positief. Hij concludeert dat deze knelpunten kunnen worden opgelost binnen de kaders van de Awb, zij het dat de bestuursrechter dan wel bereid moet zijn een op de verdeling van schaarse publieke rechten toegesneden uitleg te hanteren van enkele Awb-bepalingen¹⁰⁴ en van een aantal jurisprudentiële leerstukken.¹⁰⁵

Uzman heeft in 2021 in algemene zin de balans opgemaakt met betrekking tot het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hij wijst op het feit dat het beginsel zowel ruim als eng kan worden opgevat.¹⁰⁶ Voor het bestuursrecht wordt doorgaans de enge variant gehanteerd, waarbij de nadruk op effectiviteit ligt. Dan gaat het om een toegankelijke, doelmatige en doeltreffende wijze van finale geschilbeslechting. Het beginsel is er naar zijn aard op gericht om betrokkenen hun recht te laten halen, maar kent een procedurele en een materiële component. De eerste is gericht op de toegang tot een eerlijk proces bij een onafhankelijke en onpartijdige instantie. De tweede component ziet op het uiteindelijke effect van deze procedure: kan het geschil volledig worden onderzocht en is de instantie voldoende toegerust om herstel te bieden?¹⁰⁷ Uzman signaleert dat het belang van effectieve rechtsbescherming zich de laatste jaren niet alleen manifesteert op het terrein van het bestuursprocesrecht, het vreemdelingenrecht, het werk van de inlichtingendiensten en het gebruik van algoritmes door de overheid, maar ook dat het beginsel een bijzondere constitutionele dimensie heeft gekregen bij het bepalen van de rechtsstatelijke verhouding tussen de rechter en de wetgever, zoals in de Hoge Raad-arresten¹⁰⁸ *Arbeidskostenforfait* en *Urgenda*.¹⁰⁹

102 *Ibidem*, § 7.2.4.

103 *Ibidem*, § 7.2.5.

104 Van Rijn van Alkemade benoemt specifiek art. 1:2, 1:3, 3:46 en 8:29 Awb (*Ibidem*, p. 172).

105 De auteur wijst op causaal verband, formele rechtskracht en het voor eigen rekening en risico gebruik maken van een nog niet onherroepelijke vergunning (*Ibidem*, p. 173).

106 Uzman 2021, p. 255-270. Zie ook Wenders 2010, p. 117-129.

107 Uzman 2021, p. 257.

108 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, r.o. 3.13-3.14, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*); HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 5.5.1, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier, AB 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen (*Urgenda*).

109 Uzman 2021, p. 264.

Deze ontwikkeling heeft de behoefte aan een nationale doctrine gevoed: de rechtspraktijk vraagt om een constitutionele norm die de relatie tussen wetgever, rechter en – indien nodig ook het – bestuur kan inkaderen.¹¹⁰ De zoektocht naar een wettelijke basis voor dit beginsel heeft inmiddels geleid tot het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 17 Grondwet.¹¹¹ Dit voorstel strekt ertoe het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een redelijke termijn op te nemen in de Grondwet, alsmede het daaraan inherente recht op toegang tot de rechter te waarborgen en aldus de individuele rechtsbescherming op grondwettelijk niveau te garanderen.¹¹² Ondanks dat het accent ligt op het recht op een eerlijk proces voor de rechter, kan uit de parlementaire behandeling worden afgeleid dat impliciet ook wordt bedoeld op een effectieve en doeltreffende rechtsgang.¹¹³ Ter overbrugging van de tijd totdat de Grondwetswijziging definitief is, kan volgens Uzman worden teruggevallen op de systematiek die de Hoge Raad in zijn *Urgenda*-arrest voorstaat.¹¹⁴ Hij leest daarin een ruime uitleg van artikel 112 Grondwet, in de zin dat de Hoge Raad daaronder het geven van uiting aan een fundamentele norm van effectieve rechtsbescherming begrijpt. Deze norm vormt de kenbron voor het (nationale) beginsel van effectieve rechtsbescherming, waarin Uzman een positiefrechtelijk aanknopingspunt ziet voor de ontwikkeling van een nationaalrechtelijke doctrine van effectieve rechtsbescherming.¹¹⁵

Het voorgaande leert dat een nationaalrechtelijke vertaling van het beginsel van effectieve rechtsbescherming nog volop in ontwikkeling is. De op handen zijnde codificatie beoogt de procedurele component een wettelijke verankering te geven, maar de materiële component, die voor het bestuurs(proces)recht minstens zo belangrijk is, zal in de rechtspraak van nadere inhoud moeten worden voorzien. Daarmee heeft de bestuursrechter ook in subsidiezaken al een begin gemaakt. Zo benoemde de Afdeling in 2015 in een cultuursubsidiegeschil dat degene wiens subsidieaanvraag in een tenderprocedure wordt afgewezen en op zichzelf geen bezwaar heeft tegen de toekenning van subsidie aan derden, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus de positie die die derden in de rangorde innemen, 'op effectieve en voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze rechtsbescherming' moet worden geboden. Impliciet koos de Afdeling toen voor een op de verdeling

110 *Ibidem*.

111 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 517, nr. 2. Aan art. 17 Grondwet wordt een (nieuw) eerste lid toegevoegd: *Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter*. De eerste lezing is afgerond (*Stb.* 2018, 88); in tweede lezing is het voorstel aangenomen op 5 april 2022.

112 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 517, nr. 3, p. 3.

113 Uzman 2021, p. 266-267. Hij wijst o.a. op *Handelingen I 2017/18*, nr. 19, 10, p. 14.

114 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.1, *NJ 2020/41*, m.nt. J. Spier, *AB 2020/24*, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen (*Urgenda*).

115 Uzman 2021, p. 268.

van schaarse rechten toegesneden uitleg.¹¹⁶ Tegen de achtergrond van het streven naar responsiviteit en maatwerk in het bestuursrecht, is dan ook niet uit te sluiten dat in de nabije toekomst de focus vaker zal worden gericht op de materiële component van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹¹⁷

4 OPZET VAN HET BOEK EN LEESWIJZER

4.1 Opzet van het boek

Vanuit de centrale onderzoeksvraag wordt aan vier deelthema's aandacht besteed. Eerder onderzoekwerk heeft geresulteerd in zes wetenschappelijke publicaties die samen dit onderzoek omvatten. Hoofdstuk 2 werd in 2019 gepubliceerd in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* onder de titel 'De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst. Over de juridische consequenties van de vormgeving van Nederlandse kunst- en cultuurprijzen'.¹¹⁸ Hoofdstuk 3 draagt de titel 'De keerzijde van de medaille. Waarom kennis over de rechtsvorm van een kunst- en cultuurprijs van belang is' en is in 2020 gepubliceerd in het *Nederlands Juristenblad*.¹¹⁹ Hoofdstuk 4 verscheen in 2016 in *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus* onder de noemer 'De kunst van het subsidiëren. Rechtsbescherming in tenderprocedures: over belanghebbendheid en inzagerecht'.¹²⁰ Hoofdstuk 5 werd in 2022 geplaatst in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* onder de titel 'De kunst van het verdelen. Over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies'.¹²¹ Hoofdstuk 6 is de daaraan gerelateerde toepassing en draagt de titel 'De kunst van het verdelen. Over mededinging en transparantie in de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024'. Ook hoofdstuk 7 werd in 2022 gepubliceerd, in *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus* onder de noemer 'De kunst van het adviseren. Over deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten'.¹²²

116 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.4, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*), waarover nader in hoofdstuk 4 van dit onderzoek. Andere voorbeelden van subsidie-rechtspraak waarin 'effectieve rechtsbescherming' expliciet wordt benoemd: ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, r.o. 5, AB 2020/411, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2020/138, m.nt. A. Drahmman, BR 2020/76, m.nt. S. Elbertsen & S.G. ten Hertog (*Amsterdam Boat Events*); CBB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048, r.o. 4.2.

117 Zie bijv. Van den Berge e.a. 2020. Voorts kent het Ministerie van Justitie en Veiligheid sinds 2017 een Minister voor Rechtsbescherming. Niettemin komt het begrip 'effectieve rechtsbescherming' in de Jaarverslagen van de Raad van State vooralsnog slechts sporadisch voor: in 2018 eenmaal (p. 69), in 2019 niet, in 2020 eenmaal (p. 42, in het deel van de Afdeling Advisering) en in 2021 niet. Het Jaarverslag 2021 bevat wel acht maal het woord 'rechtsbescherming'.

118 *RMThemis* 2019/3, p. 98-118.

119 *NJB* 2020/10, p. 682-690.

120 «JBplus» 2016/18, p. 13-36.

121 *NTB* 2022/71, p. 136-147.

122 «JBplus» 2022/1, p. 3-25.

Naast zes wetenschappelijke publicaties bevat dit proefschrift een introducerend hoofdstuk en een slotbeschouwing. De zes publicaties zijn ongewijzigd – afgezien van een redactionele (harmonisatie)slag – en integraal opgenomen. Zij zijn niet geactualiseerd, maar wel voorzien van een uitleidende alinea waarin de rechtsontwikkeling – indien en voor zover nodig – wordt meegenomen.

Omdat dit boek een bundeling van zelfstandige artikelen omvat, is enige herhaling met betrekking tot de uitleg van leerstukken of van rechtsfiguren die in meerdere deelthema's voorkomen, onvermijdelijk. Die herhaling blijft echter beperkt, reeds omdat de redacties van juridische tijdschriften strikt de hand houden aan de vooraf bepaalde omvang van een bijdrage. De auteur krijgt op dit punt beslist geen *carte blanche*. Dat leidt er niet alleen toe dat het inslaan van zijpaden en het tot in de finesses beschrijven van alle denkbare oplossingen tot een minimum moest worden beperkt, maar ook dat de schrijfstijl helder en compact moest zijn. Dat kan door de lezer overigens als een pluspunt worden opgevat. Een bijkomend voordeel van een proefschrift gebaseerd op wetenschappelijke artikelen is dat de inhoud uit zelfstandige eenheden bestaat. De hoofdstukken zijn dus ook afzonderlijk goed te begrijpen.

Een tweede consequentie van de gekozen opzet is dat de inhoud van dit boek een andere samenhang vertoont dan bij een 'klassiek' promotieonderzoek. Het eventuele gemis aan een op zichzelf voortbouwende lijn wordt in dit boek ondervangen door de uitleiding bij elk deelthema en door de slotbeschouwing. Daarin worden de bevindingen uit alle hoofdstukken samengebracht, de deelvragen en de hoofdvraag beantwoord, alsmede oplossingen en aanbevelingen geformuleerd.

4.2 *Leeswijzer*

Het eerstvolgende twee hoofdstukken vallen onder deelthema 1: *de rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid*. Hoofdstuk 2 heeft, onder de titel 'De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst. Over de juridische consequenties van de vormgeving van Nederlandse kunst- en cultuurprijzen', alle geïnstitutionaliseerde Nederlandse kunst- en cultuurprijzen in kaart gebracht en juridisch gekwalificeerd. Een van de uitkomsten is dat er prijzen zijn die als (verhulde) Awb-subsidie moeten worden aangemerkt. Dit hoofdstuk bespreekt de gevolgen daarvan en draagt een aantal mogelijke oplossingen aan.

Hoofdstuk 3 valt binnen hetzelfde perspectief en bouwt voort op hoofdstuk 2. Het draagt de titel: 'De keerzijde van de medaille. Waarom kennis over de rechtsvorm van een kunst- en cultuurprijs van belang is' en brengt de nadelen van het gebrek aan kennis over de rechtsvorm van kunst- en cultuurprijzen voor het voetlicht. Ook wijst het op misvattingen in de praktijk, zoals de idee dat een oeuvre- of waarderingsprijs niet onder het Awb-subsidiebegrip kan vallen.

Hoofdstuk 4 is te scharen onder deelthema 2: *effectieve rechtsbescherming bij tenderverdeelprocedures* en is geschreven naar aanleiding van de Afdelingsuitspraak

Holland Opera.¹²³ Onder de titel: ‘De kunst van het subsidiëren. Rechtsbescherming in tenderprocedures: over belanghebbendheid en inzagerecht’ bespreekt het niet alleen de leerstukken ‘belanghebbendheid’ en ‘processuele openbaarheid’, maar gaat het tevens uitvoerig in op de betekenis van deze uitspraak voor de tendersubsidiepraktijk.

De context van tenderprocedures wordt niet verlaten, want ook het derde thema houdt daarmee verband: *de normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies*. De hoofdstukken 5 en 6 zijn geschreven binnen deze invalshoek. Hoofdstuk 5 onderzoekt de implementatie van de mededingings- en de transparantienorm bij tenderverdeelprocedures onder de titel: ‘De kunst van het verdelen (I). Over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies’. Deze normen zijn sinds 2018 van toepassing op verdeelprocedures voor schaarse subsidies, dus ook op tenderverdeelprocedures met een subsidieplafond. De bevindingen uit hoofdstuk 5 zijn vervolgens als *case study* toegepast op de verdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024. Deze toepassing vormt hoofdstuk 6 en is getiteld ‘De kunst van het verdelen (II). Over mededinging en transparantie in de subsidieverdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024’.

Hoofdstuk 7 is het laatste inhoudelijke hoofdstuk en draagt de titel ‘De kunst van het adviseren. Over deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten’. Het is geschreven onder de vlag van het vierde deelthema: *deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten* en behandelt een kenmerkend aspect van de tenderverdeelsystematiek: het veelvuldig inschakelen van externe deskundigen bij de voorbereiding van subsidiebesluiten. Omdat aan de deskundigenadviezen veel gewicht toekomt bij de besluitvorming, veroorzaken zij in de subsidiepraktijk vaak discussie. In dit hoofdstuk komt tevens de rechterlijke toetsingsintensiteit van cultuursubsidiebesluitvorming aan bod.

Hoofdstuk 8 vat de bevindingen uit de hoofdstukken 2 tot en met 7 samen, formuleert de antwoorden op de deelvragen en beantwoordt de centrale onderzoeksvraag. Het hoofdstuk rondt af met een reeks aanbevelingen.

5 METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

Voor de zes inhoudelijke hoofdstukken is de toepasselijke wet- en regelgeving geanalyseerd en is uitvoerig literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht.

Het algemene wettelijke kader wordt gevormd door de Awb en het BW. Daarnaast is veel aandacht uitgegaan naar de bijzondere wet- en regelgeving op basis waarvan cultuursubsidies worden verstrekt. Dat zijn allereerst de Wet op het speci-

123 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

fiek cultuurbeleid (Wsc) en de Regeling op het specifiek cultuurbeleid (Rsc).¹²⁴ Voor het (deel)onderzoek naar de Nederlandse kunst- en cultuurprijzen (hoofdstuk 2) is de website Dutchheights.nl als startpunt gebruikt. Van alle daarop vermelde prijzen is vervolgens de website bezocht en ook is via algemene zoekmachines gezocht naar ontbrekende prijzen. Het Staatsblad, de Staatscourant en de website Overheid.nl zijn geraadpleegd met het oog op de wedstrijd- en juryreglementen op zowel Rijks- als decentraal niveau. In verband met de *case study* naar de subsidies voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 (hoofdstuk 6) is, naast de Rsc¹²⁵, een reeks Deelregelingen van de Rijkscultuurfondsen onderzocht, omdat daarin de wettelijke grondslag voor deze specifieke subsidies is neergelegd. Dat zijn voor het Fonds Podiumkunsten: de Deelregeling meerjarige productiesubsidies¹²⁶ en de Deelregeling meerjarige festivalsubsidies¹²⁷; voor het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie: de Regeling vierjarige instellingssubsidie¹²⁸; voor het Mondriaan Fonds: de Deelregeling Kunstpodia Breed¹²⁹; voor het Nederlands Filmfonds: het Deelreglement Filmactiviteiten¹³⁰; voor het Nederlands Letterenfonds: de Regeling vierjarige subsidies¹³¹; en voor het Fonds voor Cultuurparticipatie: de Regeling meerjarige subsidies¹³². Van elk fonds zijn bovendien de algemene en huishoudelijke reglementen bestudeerd, alsmede de regels voor hun adviesorganen.¹³³ Hetzelfde geldt voor de regelingen met betrekking tot de Raad voor Cultuur.¹³⁴

Om de relevante literatuur te traceren is gebruik gemaakt van de bibliotheek van de Universiteit Maastricht en van de databases Legal Intelligence, Kluwer Navigator en Sdu Opmaat. Het literatuuronderzoek omvatte (hand)boeken, bundels, dissertaties, oraties en artikelen uit (vak)tijdschriften, kranten en digitale nieuwsbrieven over het Nederlandse bestuurs(proces)recht in het algemeen, het subsidierecht in het bijzonder en over de financiering van kunst en cultuur. Voor de hoofdstukken 2 en 3 werd ook literatuur over het Nederlandse privaatrecht bestudeerd. De literatuurlijst geeft een volledig overzicht van de geraadpleegde en aangehaalde literatuur.

De relevante jurisprudentie werd gezocht via de databases Legal Intelligence, Kluwer Navigator, Raadvanstate.nl, Rechtspraak.nl en Sdu Opmaat. Om competentieredenen resulteerde dat in hoogste instantie vooral in uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De zoektocht naar cultuursubsidierechtspraak leverde echter ook veel

124 Resp. *Stb.* 1993, 193 en *Stcrt.* 2010, 6444.

125 De Rsc werd gewijzigd i.v.m. de criteria voor de subsidieperiode 2021-2024: *Stcrt.* 2019, 61036.

126 *Stcrt.* 2019, 62770.

127 *Stcrt.* 2019, 62771.

128 *Stcrt.* 2020, 8025.

129 *Stcrt.* 2020, 24800.

130 *Stcrt.* 2019, 61484.

131 *Stcrt.* 2019, 69397.

132 *Stcrt.* 2019, 62162.

133 Voor alle vindplaatsen: zie hoofdstuk 6 tabel 3 (§ 1.3.3).

134 <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basisinfrastructuur-2021-2024>; <https://www.raadvoorcultuur.nl/over-ons>.

rechtbankuitspraken op, hetgeen zeker heeft bijgedragen aan de beeldvorming over de casuïstiek in dit bijzondere rechtsgebied. *Last but not least* zijn er de annotaties. Zij bleken verhelderend, maar bovenal een geweldige inspiratiebron. Ik heb in geen andere bron zoveel persoonlijkheid van de auteur kunnen ontdekken. Het jurisprudentieregister geeft een sluitend overzicht van de onderzochte uitspraken.

6 PLAATSBEPALING EN RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK

6.1 Plaatsbepaling

Het onderzoek dat voor dit proefschrift is verricht, bouwt voor een deel voort op bestaand juridisch onderzoek op het terrein van subsidiëring. Thema's als de rechtsvorm van financieringsbeslissingen van de overheid, het borgen van effectieve rechtsbescherming voor deelnemers in subsidieprocedures en de toepasselijkheid van de mededingings- en transparantievereisten in subsidieverdeelprocedures zijn reeds aangesneden door onder meer Van den Brink, Drahmman, Hirsch Ballin, Jacobs, Van Kreveld, Van Ommeren, Den Ouden, Van Rijn van Alkemade, Steenbeek, Verheij en Wolswinkel.¹³⁵ Het perspectief van overheidsfinanciering van kunst en cultuur is al eerder ingenomen door Boekman, Hoefnagel, Reinders, De Stuers en Van der Vlies.¹³⁶ Ik heb dankbaar gebruik gemaakt van hun werk en heb daaraan veel inzichten en ideeën ontleend.

Dit onderzoek slaat bewust een brug naar de cultuursubsidiepraktijk en dat is een nieuwe invalshoek. Het gebruik van het subsidieinstrument in de cultuursector kent eigenaardigheden, zoals het gegeven dat de aanvragen – of de aanvragers – altijd langs een kwalitatieve meetlat worden gelegd. Typerend is ook dat externe deskundigen materieel verantwoordelijk zijn voor het kwaliteitsoordeel, hetgeen de subsidieverdeelprocedures complexer maakt en hogere eisen stelt aan het betwisten van een verdeelbesluit. Desondanks is er in de rechtswetenschap relatief weinig aandacht voor deze categorie rechtzoekenden. Hetzelfde geldt voor de vormgeving van de financieringsbeslissingen van de overheid op het terrein van kunst en cultuur. Zowel de overheid als de potentiële ontvangers lijken zich nauwelijks te bekommeren om de juridische kwalificatie daarvan, hetgeen leidt tot een 'witte vlek' op de landkaart van bestuurshandelingen.

Dit proefschrift geeft duiding aan een aantal knelpunten op het terrein van subsidiëring en van cultuursubsidiëring in het bijzonder. Het beoogt bovendien een bijdrage te leveren aan het oplossen daarvan.

135 In alfabetische volgorde en beslist niet uitputtend bedoeld. Zie Van den Brink 2018, Drahmman 2015, Hirsch Ballin 1988, Jacobs 1999, Van Kreveld 1988, Van Ommeren 2004, Den Ouden 2016a, Van Rijn van Alkemade 2016, Steenbeek 1961, Verheij (in AB-annotaties) en Wolswinkel 2013.

136 Zie Boekman 1939, Hoefnagel 1983, Reinders 1983, De Stuers 1873 en Van der Vlies 2009.

6.2 *Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie*

Uit de hiervoor beschreven plaatsbepaling blijkt dat het onderzoek dat voor dit proefschrift is verricht voor een deel juist *niet* voortbouwt op eerder onderzoek. Het onderzoek stelt namelijk ook nieuwe vragen, waarmee het een zelfstandige wetenschappelijke relevantie creëert. Zo is de vraag naar de rechtsvorm van de geïnstitioneerde Nederlandse kunst- en cultuurprijzen nog niet eerder opgeworpen. Ook nieuw is het bestuursrechtelijke vergrootglas dat dit onderzoek legt op de verdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur, op de advisering door deskundigen en op de rechtsbescherming van cultuursubsidieaanvragers van wie de afwijzingsbesluiten zijn gebaseerd op een deskundigenadvies.

Deze ongebruikelijke invalshoeken zijn te danken aan het feit dat ik, vanwege mijn combinatie van opleidingen¹³⁷, nu eenmaal beschik over een 'bifocale bril'. Door dit nieuwe perspectief draagt dit onderzoek niet alleen bij aan de verbreding van het subsidierechtelijke onderzoeksveld, maar legt het ook een bestuursrechtelijk dwarsverband met de cultuursector. De beantwoording van de onderzoeksvragen legt knelpunten bloot die voorheen onzichtbaar waren. Daarmee wordt een vrijwel onontgonnen onderzoeksterrein aangeboord, dat beslist meer wetenschappelijke aandacht verdient dan tot dusver het geval is.

De maatschappelijke relevantie hangt nauw samen met de wetenschappelijke betekenis van dit onderzoek. Er zijn veel juridische kwesties aan het licht gekomen die om oplossingen vragen. Elk hoofdstuk geeft aanzetten daartoe, in de vorm van concrete aanbevelingen aan de betrokken actoren. Deze aanbevelingen zien op de wet- en regelgevers, op de subsidieverstrekkers, maar vragen ook een actieve(re) opstelling van de bestuursrechter en een zekere mate van alertheid van subsidieaanvragers. Het is nu aan hen om deze handschoen op te pakken.

137 Zie het Curriculum vitae.

DEELTHEMA 1

DE RECHTSVORM VAN EEN FINANCIERINGSBESLISSING VAN DE OVERHEID: KUNST- EN CULTUURPRIJZEN

1 INLEIDING

1.1 *Probleemanalyse*

In 1984 weigerde Minister van OCW Brinkman de P.C. Hooft-staatsprijs voor beschouwend proza uit te reiken aan Hugo Brandt Corstius, omdat deze zich in zijn ogen ongepast had uitgelaten over prominente politici. Dat leidde tot veel commotie: de jury trad af en de toekenning van de prijs werd in handen van een onafhankelijke stichting gelegd. Vier jaar later ontving Brandt Corstius de prijs alsnog. Hij besteedde het prijzengeld – f 25.000 – aan een familievakantie op Curaçao en het borstbeeld van P.C. Hooft kreeg de functie van deurstop.¹

In oktober 2018 vormde het Koninklijk Paleis Amsterdam wederom het decor voor de uitreiking van de *Koninklijke Prijs voor Vrije Schilderkunst*, een aanmoedigingsprijs voor jonge kunstschilders die in 1871 door koning Willem III werd ingesteld als *Koninklijke Subsidie voor Vrije Schilderkunst*.² Die gebeurtenis is al bijna 150 jaar een jaarlijks terugkerend ritueel. Drie prijswinnaars ontvangen elk € 9.000 uit handen van de Koning en met de bekroonde werken wordt een expositie ingericht.

Beide prijzen maken deel uit van de circa 650 Nederlandse kunst- en cultuurprijzen die op gezette tijden worden uitgereikt. Deze prijzen zijn geïnstitutionaliseerd: zij bestaan soms al eeuwen.³ Vaak is de overheid er financieel bij betrokken. Een kunstprijs is een aantrekkelijk beleidsinstrument, waarmee de overheid het streven naar excellentie, creativiteit en innovatie kan stimuleren of ondersteunen.⁴ Dat kan via aanmoedigingsprijzen en stipendia, maar ook met oeuverprijzen als uiting van waardering voor lovenswaardige prestatie. Prijzen tonen de nationale of

* Hoofdstuk 2 is gepubliceerd in 2019 (*RMThemis* 2019/3, p. 98-117).

1 Brandt Corstius 2016, p. 43.

2 Zie www.paleisamsterdam.nl/koninklijke-prijs/.

3 De Prix de Rome voor schilderkunst werd in 1808 ingesteld door Lodewijk Napoleon (Dijkgraaf 2011).

4 Bijv. de Nota Architectuurbeleid 2001-2004 (BWBR0014750).

regionale 'top' van een sector en symboliseren vooruitgang.⁵ De waarde van kunst- en cultuurprijzen is groot: de prijsuitreiking en de laureaten genereren aandacht binnen en buiten het vakgebied. Prijzen gelden ook internationaal als visitekaartje.⁶ De prijs als beleidsinstrument wint bovendien aan populariteit: er is sprake van een tendens dat prijzen steeds vaker voor beleidsdoelen worden ingezet.⁷

Vanuit een juridisch perspectief kunnen bij het voorgaande verschillende vragen worden gesteld. Allereerst wijs ik op de toenemende belangstelling voor de wijze waarop de overheid haar financiële middelen verdeelt.⁸ Welke verdeelprocedures worden gehanteerd en welke regels zijn daarop van toepassing? Deze vragen gelden evenzeer voor de Nederlandse kunst- en cultuurprijzen waarbij de overheid betrokken is. Zij zijn echter niet eenduidig te beantwoorden, omdat algemene verdeelregels voor door de overheid gefinancierde prijzen tot dusver geheel ontbreken. Er bestaat dus evenmin een algemene regeling voor de toekenning van kunst- en cultuurprijzen. De Wet op het specifiek cultuurbeleid benoemt het instrument 'prijs' niet, de gelijknamige regeling en het gelijknamige besluit evenmin.⁹ Dat betekent dat voor elke prijs waarbij de overheid betrokken is, bezien zou moeten worden wat de aard van de rechtsverhouding tussen de prijsuitreikende instantie en de prijswinnaar is en welk rechtsregime daarop van toepassing is. Leidt een prijsuitreiking door de Koning of de betiteling *Koninklijke subsidie* er bijvoorbeeld toe dat sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding met de prijswinnaar? En dat deze prijs een subsidieverstreking is in de zin van de Awb? De Koninklijke Prijs voor Vrije Schilderkunst is een treffende illustratie van de frictie tussen de naam van een prijs en de juridische realiteit: dit is namelijk *geen* subsidie in de zin van de Awb. Hij wordt geheel gefinancierd met privaat geld, hetgeen een publiekrechtelijke vormgeving uitsluit.¹⁰

Daarmee raken we een tweede aandachtspunt. Juridisch is het 'etiket' dat aan een prijs kleeft, irrelevant, omdat de wettelijke definities van de rechtsfiguren subsidie en overeenkomst materieel van aard zijn.¹¹ Wanneer een prijs bestaat uit een geldbedrag en de verstrekking voldoet aan de elementen uit de subsidie-definitie in de Awb, is hij een subsidiebeschikking, met alle gevolgen die het recht daaraan verbindt.¹² Wordt het prijzengeld verstrekt door een stichting die een legaat beheert, dan leiden de toekenning en de aanvaarding van de prijs tot een overeenkomst.

5 Bijv. Dijkgraaf 2011; voorts Beleidskader Internationaal cultuurbeleid 2017-2020, p. 2-3 (www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2016/05/04/beleidskader-internationaal-cultuurbeleid-2017-2020).

6 Bijv. Minister van OCW 2015, p. 3; Dijksterhuis 2018.

7 Zie Van den Brink & Den Ouden 2016.

8 Van den Brink & Den Ouden 2016. Voorts o.a. Den Ouden 2016a; Van den Brink 2018.

9 Resp. de Wsc (*Stb.* 1993, 193), de Rsc (*Stcrt.* 2010, 6444) en het Bsc (*Stb.* 2010, 169).

10 Aldus de Rijksvoorlichtingsdienst, desgevraagd.

11 Voor subsidies: MvT bij art. 4:21 Awb, *PG Awb III*, p. 184-195. Art. 4:21 lid 1 Awb bevat de subsidie-definitie; art. 6:217 lid 1 BW definieert de totstandkoming van een overeenkomst.

12 ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, *AB* 2009/223, m.nt. W. den Ouden (*Delftse gondels*).

Noch een subsidie, noch een overeenkomst kent constitutieve vormvereisten. Dat betekent dat de materiële vormgeving doorslaggevend is voor het juridische kader waarmee een kunstprijz wordt omringd. Zij bepaalt niet alleen welke rechtsregels en rechtsnormen van toepassing zijn op de organisatie en de toekenningsprocedure, maar ook welke rechtsbescherming de deelnemers aan de (eventuele) competitie toekomt.¹³

Het feit dat de juridische status van een prijs van rechtswege ontstaat, heeft echter een keerzijde. Omdat vormvereisten ontbreken, lijkt partijen alle vrijheid toe te komen om hun rechtsverhouding naar wens in te vullen. *Who cares?* Welnu: rechtsstatelijke waarborgen kunnen in het gedrang komen. De wetgever heeft niet voor niets in 1998 de verstrekking van publiek geld gereguleerd in de Awb.¹⁴ Subsidies worden bij besluit verleend, waarvoor een wettelijke grondslag is vereist.¹⁵ Het bewust negeren hiervan, bijvoorbeeld door een met overheidsgeld gefinancierde prijs vorm te geven als een schenkingsovereenkomst, kan leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van de beschikbare publiekrechtelijke weg en daardoor tot nietigheid van de rechtshandeling.¹⁶ Het tegenovergestelde is echter ook denkbaar: dat een prijsuitreikende organisatie geen notie heeft van het feit dat haar prijzen verholde subsidies zijn. In die situatie worden publiekrechtelijke plichten verzaakt en rechten niet benut, zoals de plicht om te motiveren waarom de niet-prijswinnaars niet wonnen en hun recht om die beslissing te betwisten. Beide voorbeelden leiden tot een scenario dat zou moeten worden vermeden, alleen al omdat het onwenselijk is een prijs bloot te stellen aan het risico van juridische nietigheid of vernietigbaarheid. Juist vanwege de materiële definiëring van de subsidie en de overeenkomst is kennis over de juridische vormgeving van kunst- en cultuurprijzen voor de praktijk van groot belang.

Daarbij komt dat het verdelen van publieke middelen niet alleen bij juristen in de belangstelling staat. Het afgelopen decennium is ook bij kunstenaars een toenemende alertheid te bespeuren met betrekking tot de verdeling van cultuursubsidies.¹⁷ Zij accepteren deskundigenoordelen niet langer lijdzaam, maar roeren zich als de gevolgde selectieprocedure vragen oproept, ook in geval van prijzen en stipendia.¹⁸ Een onderzoek naar de juridische kwalificatie van de met publiek geld gefinancierde prijzen die in deze sector worden uitgereikt, ligt dan ook voor de hand.

13 Niet elke prijs is het resultaat van een competitie. Oeuvre- en waarderingsprijzen zijn dat doorgaans niet.

14 Titel 4.2 (art. 4:21-4:80) Awb, inwerkingtreding 1 januari 1998, *Stb.* 1996, 333.

15 Art. 4:23 Awb.

16 Afhankelijk van de uitkomst van de *Windmill*-toets (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, r.o. 3.2, *AB* 1990/408, m.nt. G.P.K. Kleijn, *NJ* 1991/393, m.nt. M.W. Scheltema, *Gst.* 1991/6914, m.nt. L.J.A. Damen). Een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke weg leidt tot nietigheid van de betrokken privaatrechtelijke rechtshandeling ingevolge art. 3:40 lid 2 BW.

17 Zie Van Klink 2005, p. 217-220.

18 Vgl. Pama & Smallenburg, *NRC* 1 juni 2018 en 13 juni 2018.

Een ander aspect dat vragen doet rijzen, is de hoogte van het prijzengeld. Dat gebeurt vooral wanneer de prijs een fors bedrag behelst, de overheid de prijs volledig financiert en de besteding geheel vrij is. Is het wenselijk dat publiek geld – zoals in bovenstaand voorbeeld – wordt besteed aan een familievakantie? Zouden publieke prijzen niet altijd moeten worden voorzien van een bestedingsdoel?

Een laatste – onvermijdelijk – aandachtspunt is het Thorbecke-adagium, dat de relatie tussen de overheid en de kunsten al meer dan 150 jaar inkleurt. “De Regering is geen oordeelaar van wetenschap en kunst”, aldus Thorbecke tijdens de behandeling van de begroting op 22 september 1862.¹⁹ Twee maanden later werd een nuancering opgetekend:

“Neen, wij willen zoo min kerkelijke vereenigingen, zoo min godsdienst als kunst of wetenschap in den staat missen, ofschoon (...) noch kerk noch godsdienst, evenmin als kunst en wetenschap, eene Regeringszaak zijn in de zin, (...) dat de Regering noch op het een noch op het ander gebied oordeel of gezag heeft.”²⁰

Thorbecke bleek niet principieel tegen staatszorg voor de kunst, maar was wel tegen staatskunst. In zijn ogen was het onwenselijk dat overheden zich vergaand met de inhoud van kunst zouden bemoeien.²¹ Thorbecke’s adagium houdt tot op heden stand, met de kanttekening dat dat wellicht komt omdat het pragmatisch kan worden gehanteerd.²² Het biedt immers niet alleen aanknopingspunten voor rechtstreekse overheidsfinanciering van de kunst- en cultuursector, maar ook voor het op afstand plaatsen van diezelfde overheid, door de financieringsbevoegdheid te delegeren naar zelfstandige stichtingen.²³ Tegen deze achtergrond is het omvormen van de P.C. Hoofd-staatsprijs naar de P.C. Hoofd-prijs, omdat de verantwoordelijke bewindspersoon namens de regering niet bereid bleek tot uitreiking van de prijs, in 1987 zonder meer verdedigbaar. Het instellen van de Johannes Vermeer-staatsprijs voor de kunsten in 2008 eveneens, maar juist weer niet dat het reglement aan de betrokken bewindspersoon een vetorecht toekent.²⁴ Dat staat haaks op voormeld adagium.

Het moge duidelijk zijn: de Nederlandse kunst- en cultuurprijzen roepen tal van juridische vragen op. Het belang van dit onderzoek is hiermee in een notendop geschetst.

19 *Handelingen II* 1862/63, 36 (22 september 1862). Voorts bijv. Aerts 2018, p. 602-614.

20 *Handelingen II* 1862/63, 172 (18 november 1862).

21 Bijv. Krul 2001, p. 447-460.

22 Vgl. Mathijssen, *NRC* 4 september 2014.

23 Bijv. Smithuijsen 2018, p. 199-223; voorts het themanummer ‘Thorbecke’, *Boekmancahier* 2001/50.

24 Reglement Johannes Vermeer Prijs, art. 3 lid 11.

1.2 Focus van het onderzoek

Voor dit hoofdstuk is de vormgeving van 647 geïnstitutionaliseerde Nederlandse kunst- en cultuurprijzen nader onderzocht en van een juridische kwalificatie voorzien. Deze exercitie leidde ertoe dat de juridische consequenties die uit de gehanteerde vormgeving voortvloeien, in kaart konden worden gebracht. Dat is nog niet eerder gebeurd.²⁵ De focus lag daarbij op het traceren van prijzen met een publiekrechtelijk karakter, in het bijzonder de *subsidie-lookalikes*. Voor die categorie heeft het blootleggen van de rechtsvorm namelijk de grootste gevolgen. Het publiekrechtelijke normenkader richt zich immers op andere waarborgen dan zijn privaatrechtelijke pendant: het stelt zwaardere formele en materiële eisen aan de werkwijze van de betrokken actoren, hun beslissingen en aan de rechtsbescherming. Niet uitgesloten is dat dit voor sommige organisaties aanleiding zal zijn om maatregelen te treffen of aanpassingen door te voeren.

1.3 Leeswijzer

De eerstvolgende paragraaf (§ 2) geeft weer hoe het onderzoek is aangepakt. Nadat de Nederlandse kunst- en cultuurprijzen in kaart zijn gebracht, wordt hun aard nader gezien. De reeks prijzen wordt gesplitst in geldprijzen en prijzen in natura. Het onderzoek concentreert zich op de geldprijzen en selecteert daaruit de prijzen die substantieel met publiek geld worden bekostigd. Paragraaf 3 plaatst de geselecteerde geldprijzen vervolgens in het wettelijke kader van de Awb. Geldprijzen kunnen verholde subsidies zijn en worden om die reden aan de subsidie definitie getoetst. In paragraaf 4 worden de consequenties belicht van een subsidiestatus. Paragraaf 5 stelt de prijzen centraal waarbij de overheid financieel betrokken is, maar in onvoldoende mate om binnen de subsidie definitie te vallen. Het publiekrecht is daarop niet van toepassing. Hoe kunnen die prijzen worden gekwalificeerd en onder welk regime vallen zij? In paragraaf 6 wordt de balans opgemaakt en klinkt een aantal aanbevelingen; daarna volgt de slotparagraaf (§ 7) met enkele concluderende opmerkingen. Paragraaf 8 geeft een overzicht van de 121 daadwerkelijk onderzochte kunst- en cultuurprijzen.

25 De juridische vormgeving van kunst- en cultuurprijzen is tot dusver nauwelijks belicht. Het *Handboek voor de culturele sector* (Schieveld & De Jonge 2018) bespreekt het instrument niet, de bundel *Kunst, recht en beleid* (Van der Vlies 2017) evenmin. In de uitgave *Cultuurbeleid. Digitaal handboek voor de kunst- en cultuursector* (Van den Hoogen 2014) stippen Wijn ('Kunstprijzen', p. 429-430) en Holierhoek ('Literaire prijzen', p. 1477-1478) de prijs kort aan.

2 NEDERLANDSE KUNST- EN CULTUURPRIJZEN: INVENTARISATIE EN SELECTIE

2.1 *Afbakening: geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen*

Aan de basis van dit onderzoek ligt het overzicht van kunst- en cultuurprijzen dat de stichting Dutch Heights op haar website heeft gepubliceerd.²⁶ Zij verdeelt de Nederlandse kunst- en cultuurprijzen onder in tien categorieën.²⁷ Over deze verdeling is discussie mogelijk – wat onderscheidt bijvoorbeeld de categorie cultuur van de overige categorieën? – maar ik heb haar als vertrekpunt genomen,²⁸ waarbij ik heb gewaakt voor dubbeltellingen. Elke prijs komt in dit onderzoek dus slechts eenmaal voor.

Op 1 januari 2018 noemde de website van Dutch Heights 337 kunst- en cultuurprijzen. Tussen 1 januari en 8 november 2018 heb ik van alle vermelde prijzen de website bezocht, gezocht naar andere kunst- en cultuurprijzen en naar wedstrijd- en juryreglementen. De prijzenwereld blijkt zeer dynamisch. Prijzen worden in het leven geroepen, stopgezet en een groot aantal organisaties kent naast de hoofdprijs ook tweede, derde en andere subprijzen toe. Om een zo realistisch mogelijk beeld te geven van de actuele kunst- en cultuurprijzen, heb ik de subprijzen die expliciet worden benoemd, meegenomen in mijn onderzoek. De geconstateerde dynamiek leidt er echter toe dat de gepresenteerde cijfers met grote voorzichtigheid moeten worden geïnterpreteerd. Ofschoon in dit onderzoek volledigheid is nagestreefd en daartoe alle zorgvuldigheid is betracht, is niet ondenkbaar dat een of meer prijzen niet of juist onterecht op de radar zijn verschenen.

Het voorgaande heeft geleid tot een bijstelling van de cijfers. Op peildatum 8 november 2018 maakte de website van Dutch Heights melding van 344 kunst- en cultuurprijzen. Wanneer daar de ontbrekende prijzen (37) bij worden opgeteld, de beëindigde prijzen (31) op in mindering worden gebracht en de relevante subprijzen (297) aan worden toegevoegd, resulteert dat in 647 geïnstitutionaliseerde nationale kunst- en cultuurprijzen.

2.2 *Selectie: geldprijzen gefinancierd door of namens de overheid*

De 647 getraceerde kunst- en cultuurprijzen zijn allereerst verdeeld in twee categorieën: geldprijzen en prijzen in natura. Deze verdeling was nodig omdat de focus van het onderzoek ligt op prijzen waarbij de overheid het prijzengeld financiert. Alleen deze prijzen zouden immers in aanmerking kunnen komen voor een subsidiekwificatie. Kunst- en cultuurprijzen bestaan echter vaak uit een combinatie van deelprizen: naast de geldprijs wordt een prijs in natura toegekend, zoals een

26 Zie www.dutchheights.nl.

27 Architectuur – Beeldende kunst – Cultuur – Film/tv – Fotografie – Illustratie – Letteren – Muziek – Ontwerp – Podiumkunsten.

28 Uit praktische overwegingen: de Dutch Heights-website vergemakkelijkt het zoeken naar specifieke prijzen.

specifiek kunstobject, de verplichting tot het geven van prijswinnaarsconcerten of het uitlenen van kunstwerken voor een expositie. Deze combinatieprijzen zijn in dit onderzoek beschouwd als geldprijzen. Het resultaat was dat 415 van de 647 prijzen in geld worden uitgekeerd; 232 prijzen omvatten louter een waardering in natura.

De geldprijzen variëren flink: de Turing Toekenning (€ 500.000) en de Erasmus-prijs (€ 150.000) zijn de uitschieters naar boven; de Tzum-prijs voor de meest favoriete zin uit een Nederlands prozawerk (€ 1 per woord) vertegenwoordigt vermoedelijk de ondergrens.²⁹ Ook de in natura varianten zijn kleurrijk.³⁰ De kleinste prijzen bestaan uit 'de eer'³¹ en de grootste uit een volledige expositie³² of een te geven concertreeks³³.

Het volgende punt van onderzoek was de herkomst van het prijzengeld. Daarop zijn de 415 geldprijzen nader beschouwd. Voor een subsidiekwalificatie is vereist dat het verstrekte geld 'in overwegende mate', dat wil zeggen: ten minste voor twee derde deel, uit publieke middelen afkomstig is.³⁴ Is dat niet het geval, dan kan de prijs geen subsidie zijn en valt hij buiten het publiekrecht. Soms blijkt uit het reglement of uit informatie op de website dat een prijs volledig met publiek geld wordt gefinancierd. In andere gevallen is dat minder duidelijk: het komt voor dat de overheid cofinancier is, dat een fonds³⁵ het prijzengeld verstrekt of dat een stichting functioneert als doorgeefluik voor overheidsgeld. Ook zijn er prijzen waarbij het geld lijkt te 'revolveren': het draait rond in een min of meer gesloten circuit. Bij die prijzen zijn de financiën afkomstig van organisaties die op basis van een wettelijke verplichting vergoedingen innen bij gebruikers van auteursrechten en het geïnde geld vervolgens weer uitbetalen aan rechthebbende auteurs en musici.³⁶

Indien de getraceerde informatie onvoldoende was om de vraag naar de herkomst van het prijzengeld te beantwoorden, is contact opgenomen met de desbetreffende organisatie. Op een enkele na gaven de betrokken stichtingen openheid van zaken.³⁷ De beantwoording van deze vragen resulteerde in een selectie van 121 geldprijzen waarvan vaststaat dat zij voor een substantieel deel met publiek geld worden gefinancierd. Bij de overige 294 geldprijzen is geen sprake van overheidsfinanciering 'in overwegende mate': zij kunnen dan ook niet in aanmerking komen voor een subsidiekwalificatie. Hierover meer in § 3.

29 Hetgeen natuurlijk afhangt van de omvang van het literaire werk. De Dr. Peelen Stimuleringsprijs (€ 250) en de Cultuurprijzen Leudal (€ 250 en € 375) behoren ook tot de kleine prijzen.

30 Maar blijkbaar niet altijd even mooi. De wedstrijd 'Prijs de prijs' (eenmalig, 2011) is in het leven geroepen om 'de best ontworpen kunstprijs' te selecteren, vanuit de gedachte dat veel objectprijzen te lelijk zijn om tentoon te stellen.

31 *De eer* wordt 33 maal 'uitgereikt'.

32 Bijv. de Van Lanschot Kunstprijs en de Singer Prijs.

33 Bijv. de Grachtenfestivalprijs en de Dutch Classical Talent Tournees.

34 Meer hierover in § 3.4.

35 Een fonds is geen juridisch erkende rechtsvorm uit het rechtspersonenrecht in Boek 2 BW. De meeste culturele fondsen zijn opgericht als stichting, gebaseerd op art. 2:285 BW.

36 Ingevolge art. 25 en 25c Auteurswet. Voorbeelden: Lira Fonds en Buma/Stemra.

37 Meer dan 100 instellingen zijn benaderd met een e-mail. Van vier instellingen is geen inhoudelijke reactie ontvangen.

De 121 geselecteerde prijzen zijn, vanwege de herkomst van ten minste twee derde van het prijzengeld, *wellicht* te plaatsen in een publiekrechtelijke context. Zij zullen daarom in § 3 worden getoetst aan de in de Awb gehanteerde subsidie-definitie.³⁸

2.3 Aard van de geselecteerde geldprijzen

De 121 geselecteerde geldprijzen vallen qua aard in vier groepen uiteen. Het leeuwendeel (90) bestaat uit oeuvre- en waarderingsprijzen. Deze prijzen worden uitge-reikt voor prestaties die al zijn voltooid. De selectie gebeurt vaak via een – al of niet geheime – nominatie, waarbij soms wordt gewerkt met een long- en shortlist. Willekeurige voorbeelden zijn de grote Culturele Prijs Drenthe, de Max Velthuijs-prijs en de Prijs der Nederlandse Letteren. Volstrekt anders van aard zijn de stimuleringsprijzen en stipendia, waarvan de selectie er 23 bevat. Dat prijzengeld is bestemd voor een omschreven, nog te verrichten prestatie. De Cultuurprijs Eindhoven, het Hendrik de Vries-stipendium en de Wildcards van het Nederlands Film Festival passen in deze categorie. Een beperkt aantal prijzen (5) is bestemd voor de bekostiging van een verblijf op een bepaalde locatie. Ook hier is het geldbedrag volledig geormerkt. Voorbeelden van dit type zijn de Prix de Rome, het Georg Verberg stipendium en de Artist in Residence beurzen van de KNAW. De resterende prijzen (3) bevatten een mix van waardering en stimulering: een deel van het prijzengeld is bedoeld als financiële bekroning en is vrij te besteden; voor het andere deel is een bestemming voorgeschreven. Dit geldt voor architectuurprijs de Gouden Piramide, de Johannes Vermeer Prijs en het Belcampo Stipendium.

3 DOOR OF NAMENS DE OVERHEID VERSTREKTE KUNST- EN CULTUURPRIJZEN: SUBSIDIES?

3.1 Overheidsfinanciering via subsidie of via overeenkomst

Voordat de focus op de subsidie-definitie wordt geplaatst en de geselecteerde prijzen daaraan worden getoetst, is het van belang stil te staan bij het onderscheid tussen overheidsfinanciering via subsidie en via overeenkomst. De Awb verzet zich tegen het verstrekken van subsidies bij overeenkomst.³⁹ Dit impliceert dat subsidies en overeenkomsten elkaar uitsluiten: zij zijn niet inwisselbaar. Subsidies worden verleend en vastgesteld bij beschikking. Overeenkomsten ter vervanging van een subsidiebeschikking leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van de regeling in

³⁸ Paragraaf 8 geeft een overzicht van deze 121 prijzen.

³⁹ Zie *PG Awb III, Handelingen II 1995/96*, 23 700, p. 3662-3663 (31 januari 1996). Nadien door de Afdeling expliciet verwoord in ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006/296, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (*Flevo Herb*); idem door de Hoge Raad in HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren (*CVZ/Verzorgingshuizen*).

titel 4.2 Awb en daarmee tot nietigheid van de betreffende contracten.⁴⁰ Het impliceert tevens het primaat van het publiekrecht: de hoofdregel luidt dat verstrekking van publiek geld ten behoeve van het stimuleren van bepaalde activiteiten langs publiekrechtelijke weg geschiedt.

Het sluiten van een subsidieovereenkomst is wettelijk toegestaan, maar alleen wanneer die overeenkomst is gericht op de *uitvoering* van – en dus volgt op – de verleningsbeschikking.⁴¹ Art. 4:36 Awb onderscheidt twee typen uitvoeringsovereenkomsten. Het eerste lid biedt de mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten van geldlening of borgtocht wanneer de subsidie ziet op een krediet of een garantie. Op basis van het tweede lid kan een zogenoemde *afdwing*overeenkomst worden gesloten, bedoeld als extra zekerheid voor essentieel geachte subsidieactiviteiten die niet gemakkelijk door anderen kunnen worden verricht. Deze overeenkomst is wederkerig en bevat een bezwarende titel: de toegezegde prestatie – de subsidieverlening – houdt nadrukkelijk verband met een specifieke prestatie van de wederpartij.⁴² Een dergelijke overeenkomst is niet zonder complicaties: zij is niet alleen een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 of 7:750 BW,⁴³ maar tevens mogelijk een *overheids*opdracht in de zin van het aanbestedingsrecht, waarvoor een aanbestedingsplicht kan bestaan.⁴⁴

Het voorgaande illustreert dat de scheidslijn tussen een subsidie en een uitvoeringsovereenkomst precair is. Wanneer de subsidieverleningsbeschikking slechts de hoofdlijnen bevat en de concrete afspraken in de uitvoeringsovereenkomst zijn uitgewerkt, lijkt de beschikking te worden geabsorbeerd door de overeenkomst.⁴⁵ Dan doemt het gevaar op dat de subsidieverlening zodanig is verdrongen dat een beschikkingvervangende overeenkomst is ontstaan.⁴⁶ Het zal duidelijk zijn dat het juridische mijnenveld in dit kader moeilijk is te overzien, zowel voor de normering van de betreffende rechtshandelingen als voor de rechterlijke competentie in geval van een geschil.⁴⁷

De problematiek rondom deze scheidslijn kan worden overgeheveld naar de geselecteerde prijzen: bij sommige publieke geldprijzen is het bestedingsdoel zodanig omlinjd dat zich naast het beeld van een subsidie ook dat van een afdwingover-

40 Strijd met art. 4:29, 4:42 en 4:36 Awb resulteert in nietigheid van de rechtshandeling ingevolge art. 3:40 lid 2 BW.

41 Uitvoerig hierover: Jacobs 1999.

42 Hijma & Van Dam e.a. 2013, p. 12.

43 Ingevolge art. 7:400 lid 1 BW voor opdrachten van niet-stoffelijke aard (bijv. podiumkunsten) en ingevolge art. 7:750 lid 1 BW voor opdrachten van stoffelijke aard (bijv. het vervaardigen van een kunstwerk).

44 HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy/Regione Veneto*).

45 Van belang is dat de verleningsbeschikking de essentiële elementen van de subsidieverhouding verwoordt, vgl. art. 4:30 en 4:31 Awb.

46 Hetgeen niet is toegestaan ingevolge de MvT bij titel 4.2 Awb (*PG Awb III*, p. 162-183). Zie voorts bijv. Ten Kate & Van den Ende 2006, p. 583-595 en CbB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, *AB 2008/340*, m.nt. J.R. van Angeren (*Hanseland*).

47 Zie bijv. de (overzichts)annotatie van Van Angeren bij CbB 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:317, *AB 2018/17*.

eenkomst opdringt. Ook dit onderstreept het belang van de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat: welke juridische kwalificatie komt een prijs toe?

3.2 *Subsidiedefinitie is materieel van aard*

Materiële definities suggereren flexibiliteit en lijken handzaam voor de praktijk, maar hebben juridisch een schaduwzijde. Die wordt doorgaans pas zichtbaar als er een conflict ontstaat: om te weten welk rechtsregime toepasselijk is, moeten de verichte handelingen juridisch worden gekwalificeerd en de rechtsverhouding nader worden beschouwd. Dat leidt niet zelden tot een uitkomst waarmee partijen geen rekening hebben gehouden. Deze perikelen komen ook in beeld bij subsidies. Een geldverstrekking kan onbedoeld voldoen aan de elementen uit de subsidiedefinitie en daardoor van rechtswege een subsidie zijn. In die situatie staan noch de juridische consequenties, noch de eventuele rechten en plichten op het netvlies van alle betrokkenen. Deze medaille kan ook worden omgedraaid: soms is het zonneklaar dat een geldverstrekker subsidieert, maar lijkt hij het woord 'subsidie' bewust te vermijden.⁴⁸ Ongeacht welke omschrijving partijen voor hun samenwerking hanteren: wanneer wordt voldaan aan de elementen van een materiële definitie is de ontstane rechtsvorm onontkoombaar.

Om te kunnen vaststellen of zich tussen de 121 geselecteerde geldprijzen verholde subsidies bevinden, zijn deze getoetst aan de vier elementen van de subsidiedefinitie uit art. 4:21 Awb. Die luidt:

Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Ik concludeer uiteindelijk dat 61 van deze prijzen een subsidiekwalificatie verdienen. De volgende paragrafen beschrijven de totstandkoming van die conclusie.

3.3 *Is de prijs een aanspraak op financiële middelen?*

De woorden 'aanspraak' en 'financiële middelen' moeten letterlijk worden opgevat: het gaat om een *aanspraak* op de verstrekking van *geld*. De aanspraak is minder vrijblijvend dan zij klinkt: met het uitvaardigen van een subsidieverleningsbeschikking ontstaat een voorwaardelijk recht op het daarin vermelde subsidiebedrag. Dit recht muteert naar een *onvoorwaardelijke* aanspraak wanneer de subsidieontvanger de gesubsidieerde activiteiten heeft verricht en aan de overige subsidieverplichtingen heeft voldaan.⁴⁹ De subsidie moet dan conform de verlening worden vastgesteld en

48 Bijv. het Financieringsreglement Stichting Brabant C Fonds 2018 (Stcrt. 2017, 71902).

49 Art. 4:42 Awb.

uitbetaald.⁵⁰ De subsidieverlening vestigt daarmee niet alleen een aanspraak voor de ontvanger, maar ook een (begrotingstechnische) verplichting voor de verstrekker.

Toegespitst op de geselecteerde prijzen: dat de toekenning van een prijs een aanspraak vestigt op het daaraan verbonden prijzengeld, is evident. De 121 geselecteerde geldprijzen voldoen dan ook aan het eerste criterium uit de definitie.

3.4 Wordt de prijs door een bestuursorgaan verstrekt?

Indien de geldverstrekker valt onder het bestuursorgaanbegrip van de Awb, duidt dat op een publiekrechtelijke rechtsverhouding waarop de Awb onverkort van toepassing is. Is hij geen bestuursorgaan in deze zin, dan kan de prijs niet publiekrechtelijk van aard zijn.

3.4.1 Twee typen bestuursorganen

De Awb onderscheidt in art. 1:1 lid 1 twee typen bestuursorganen. Enerzijds zijn er de a-organen, behorend tot rechtspersonen die krachtens het publiekrecht zijn ingesteld.⁵¹ Daarnaast is er de categorie b-organen, diffuser omschreven als 'een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'.⁵² B-organen maken deel uit van rechtspersonen waarvan de oprichtingshandeling een privaatrechtelijke basis heeft.⁵³ Het gaat dan bijvoorbeeld om stichtingen of vennootschappen. Een orgaan van zo'n rechtspersoon *kan* de status verwerven van bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb, indien en voor zover de rechtspersoon beschikt over 'openbaar gezag'.⁵⁴ Verricht het orgaan handelingen binnen de kaders van dat openbaar gezag, dan zijn dat publiekrechtelijke handelingen.⁵⁵

De reikwijdte van de categorie b-organen is door de bestuursrechter, daartoe gedwongen door de rechtspraak, verder opgerekt. Organen van privaatrechtelijke rechtspersonen verrichten regelmatig handelingen die onbetwist het algemeen belang dienen, maar zonder dat hun daarvoor een wettelijke grondslag is toegekend. Er is dan *de facto* sprake van (uitoefening van) openbaar gezag. Niet zelden betreft het begunstigend handelen in de sfeer van financiële verstrekkingen. Om ten aanzien van deze buitenwettelijke handelingen toch bestuursrechtelijke rechtsbescherming te kunnen bieden, heeft de bestuursrechter creatief moeten zijn en is de 'publieketaakjurisprudentie' ontwikkeld.⁵⁶

50 Art. 4:46 lid 1 Awb.

51 Waarvoor de basis ligt in art. 2:1 lid 1 BW.

52 Art. 1:1 lid 1 aanhef en onderdeel b Awb.

53 Privaatrechtelijke rechtspersonen staan – limitatief – opgesomd in art. 2:3 BW.

54 Daarvan is sprake wanneer bij of krachtens de wet bestuursbevoegdheid is toegekend voor het verrichten van een of meer handelingen waarbij eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten kan worden bepaald.

55 De gelimiteerde bevoegdheidstoekenning leidt ertoe dat de overige handelingen van (organen van) deze rechtspersonen onder het privaatrecht vallen.

56 Voor een overzicht: Peters 2017, p. 104-112.

In 2014 is deze rechtspraak verduidelijkt, nadat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) hierover een conclusie had gevraagd.⁵⁷ In haar '17 september'-uitspraken geeft zij handvatten om te toetsen of een orgaan dat zonder openbaar gezag financiën verstrekt, moet worden aangemerkt als een b-orgaan in de zin van de Awb.⁵⁸ Als een orgaan niet via een wettelijk voorschrift met openbaar gezag is bekleed, luidt de hoofdregel dat het geen bestuursorgaan is. Bij het verstrekken van geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden kan zich echter een uitzondering op deze regel voordoen als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan. Op dat moment is de verstrekker een b-orgaan en de verstrekking een besluit in de zin van de Awb. Het eerste vereiste is inhoudelijk van aard: de criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen moeten *in beslissende mate* worden bepaald door een of meer a-organen. Het tweede vereiste heeft een financieel karakter: de geldverstrekking moet *in overwegende mate*, dat wil zeggen in beginsel voor twee derde of meer, worden gefinancierd door een of meer a-organen. Voor beide vereisten geldt dat de achterliggende bestuursorganen niet dezelfde hoeven te zijn.

3.4.2 *Tussenstand: worden de kunst- en cultuurprijzen verstrekt door bestuursorganen?*

Een prijs voldoet aan dit element uit de subsidie-definitie indien de juridische verstrekker ofwel een a- of een b-orgaan is in de zin van art. 1:1 Awb, ofwel ingevolge de in de rechtspraak ontwikkelde criteria als b-orgaan moet worden gekwalificeerd. De kwalificatie levert geen problemen op wanneer een minister, een commissaris van de Koning of een wethouder van Cultuur *qualitate qua* de prijs uitreikt en deze handeling past binnen de reikwijdte van zijn bevoegdheid. De publiekrechtelijke rechtspersoon waartoe het a-orgaan behoort, staat garant⁵⁹ voor de financiering en zowel het toekenningsreglement als de beslissing waarbij de winnaar wordt bepaald, is een besluit in de zin van de Awb. Van de 121 geselecteerde kunst- en cultuurprijzen is bij 34 prijzen een a-orgaan in beeld. Aan deze prijzen ligt een reglement ten grondslag dat een specifiek a-orgaan aanwijst voor de toekenning ervan.⁶⁰

Voor de resterende 87 geldprijzen was het traceren van een bestuursbevoegdheid complexer. Wanneer de uitreiking van de prijs indirect door de overheid geschiedt,

57 Conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260 (Conclusie inzake buitenwettelijke bestuursorganen).

58 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, JB 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, JB 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Stichting Platform31*); gevolgd door ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, AB 2015/131, m.nt. J.A.F. Peters; ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4602, *Gst.* 2015/41, m.nt. N. Jak en ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:765, AB 2016/236, m.nt. J.A.F. Peters (drie laatstgenoemde: *Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*). Ook de CRvB heeft zich expliciet aangesloten bij deze grote-kameruitspraken (CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, AB 2018/142, m.nt. N. Jak).

59 Verzekerd in art. 1:1 lid 4 Awb.

60 Deze 34 reglementen zijn gepubliceerd of op aanvraag beschikbaar.

bijvoorbeeld door tussenkomst van een stichting, moest worden onderzocht of aan de stichting 'openbaar gezag' is toegekend op basis waarvan haar bestuur publiekrechtelijke rechtshandelingen mag verrichten. Het bestuur van stichting Fonds Podiumkunsten bijvoorbeeld, is bevoegd ter zake van de Nederlandse Muziekprijs.⁶¹ Uiteindelijk was bij 27 prijzen de toekenning van 'openbaar gezag' aan de organiserende stichting te traceren. Om die reden zou het bestuur als b-orgaan moeten worden beschouwd.

Aan de verstrekkers van de overgebleven 60 prijzen komt, vanwege het ontbreken van 'openbaar gezag', de kwalificatie 'bestuursorgaan' in eerste instantie niet toe. Niettemin kunnen zij die status verwerven indien de geldverstrekking voldoet aan de twee cumulatieve criteria uit de jurisprudentie. Het onderzoek leert dat 34 van de 60 prijzen voldoen aan het vereiste dat minimaal 67% van het prijzengeld moet zijn te herleiden tot een a-orgaan. Bij 26 prijzen is dat niet het geval, omdat het percentage publiek geld lager is of omdat het geld weliswaar wordt geïnd op grond van een wettelijke taak, maar die taak niet als publiekrechtelijk kan worden aangemerkt.⁶² De geldverstrekkers van deze 26 prijzen kunnen dus niet worden gekwalificeerd als Awb-bestuursorgaan. De toetsing aan het tweede vereiste gaf vervolgens een opmerkelijk beeld: geen van de 60 prijzen voldoet aan dit criterium. Bij al deze prijzen ontbreekt een vorm van reglementering of is noch het reglement, noch de onderliggende regeling expliciet over de betrokkenheid van een a-orgaan. Daarom worden deze 60 prijzen niet door een bestuursorgaan verstrekt en komt hun een publiekrechtelijke kwalificatie niet toe.

Van de 121 geselecteerde prijzen resteren er aldus 61 die door Awb-bestuursorganen worden verstrekt. Omdat alleen *deze* reeks prijzen nog in beeld kan komen voor een subsidiekwalificatie, worden de overige 60 prijzen bij de toetsing aan de andere elementen van de subsidie definitie buiten beschouwing gelaten. De volgende paragrafen bespreken dus louter de 61 prijzen die het resultaat zijn van een positieve toetsing aan het bestuursorgaanbegrip uit de Awb.

3.5 Wordt de prijs verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager?

3.5.1 Doelgebonden besteding door de aanvrager

Dit deel van de subsidie definitie suggereert ten eerste dat subsidies enkel op aanvraag worden verstrekt. Niets is minder waar: een aanvraag is niet altijd vereist.⁶³ Het ontbreken van een aanvraag hoeft bij een kunst- en cultuurprijs dus niet in de weg te staan aan een subsidiekwalificatie. De 61 geselecteerde prijzen tonen op dit punt een divers beeld. In 34 gevallen is deelname aan het prijstraject pas mogelijk na

61 Gebaseerd op art. 4c lid 1, art. 9 lid 1, art. 9a, art. 10 lid 4 en art. 11 Wsc. Voorts art. 2 Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (*Stcrt.* 2010, 30).

62 Zoals bij het Lira Fonds en Buma/Stemra: het geld vloeit terug naar de rechthebbenden op een auteursrecht.

63 De MvT bij titel 4.2 Awb formuleert geen harde verplichting tot het indienen van een aanvraag (*PG Awb III*, p. 162-183).

aanmelding.⁶⁴ Een aanvraag legt in de subsidiecontext extra gewicht in de schaal.⁶⁵ Bij de overige 27 prijzen wordt gewerkt met een voordracht of een nominatie.

Ten tweede blijkt uit dit definitie-element dat de verstrekking van publiek geld een bepaald oogmerk moet hebben. De wetgever heeft 'door de overheid wenselijk geachte' activiteiten op het netvlies gehad: het moet gaan om activiteiten die (ook) het algemeen belang dienen.⁶⁶ Hij heeft expliciet verwoord dat subsidies een doelgebonden karakter hebben:

"Van een subsidie is pas sprake indien een aanspraak op financiële middelen wordt verstrekt met het oog op bepaalde, min of meer welomschreven activiteiten van de ontvanger. Anders gezegd, het moet gaan om een gebonden inkomens- of vermogensoverdracht, in die zin dat, bij verstrekking voorafgaand aan de te verrichten activiteiten, de bestedingsrichting van de verstrekte middelen is vastgelegd."⁶⁷

Dezelfde paragraaf uit de Toelichting benoemt het instrument prijs:

"Prijzen, bijvoorbeeld op het terrein van kunst of wetenschap, zullen veelal geen subsidies zijn, met name niet indien zij worden gegeven als eerbetoon aan een persoon, voor zijn gehele oeuvre of voor een bepaalde prestatie. Niet uitgesloten is echter, dat iets dat als 'prijs' wordt aangeduid, toch als subsidie in de zin van titel 4.2 moet worden aangemerkt. Te denken valt aan gevallen waarin aan het verlenen van de prijs een inschrijving is voorafgegaan, waarbij de te verrichten activiteiten zijn omschreven."⁶⁸

Uit deze citaten volgt dat voor een subsidiekwalificatie is vereist dat de bestedingsrichting van het geld vastligt. Wanneer een financiële verstrekking door de overheid een specifiek doel dient, kan dat ertoe leiden dat zij een subsidie is.⁶⁹ Andersom geldt dat het ontbreken van doelgebondenheid een belangrijke aanwijzing kan zijn dat een prijs geen subsidie is. Het vastleggen van de bestedingsrichting gebeurt bij voorkeur voorafgaand aan het moment waarop de financiering wordt verstrekt. Het *moment* waarop het prijzengeld wordt uitgereikt, is dus van belang voor de subsidiekwalificatie. Om die reden vergelijk ik hierna de toekenningsprocedures van de geselecteerde geldprijzen met de Awb-subsidieprocedure. Pas daarna kan worden gezien of zij voldoen aan het criterium 'met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager'.

64 Bij sommige prijzen is de aanmelding tweërlei: naast individuele aanmelding kunnen ook anderen (soms beperkt tot juryleden) kandidaten voordragen.

65 Zie § 4.2.

66 MvT bij art. 4:21 Awb, *PG Awb III*, p. 184-195.

67 *Ibidem*.

68 *Ibidem*.

69 CBB 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1786, *AB* 2011/164, m.nt. W. den Ouden.

3.5.2 *Vergelijking toekenningsprocedures kunst- en cultuurprijzen met subsidieprocedure*

De wetgever heeft subsidiëring willen laten geschieden in een gefaseerde procedure, waarin twee appellabele beschikkingen worden uitgevaardigd.⁷⁰ Op een aanvraag volgt een verleningsbeschikking waarin het subsidiebedrag en de subsidieverplichtingen zijn neergelegd.⁷¹ De gesubsidieerde activiteiten vinden plaats dankzij een voorschot op het subsidiebedrag; na afloop daarvan volgt de vaststellingsbeschikking.⁷² Zij reflecteert de beoordeling van de activiteiten en markeert de beëindiging van de subsidierelatie.⁷³ Het gefaseerde systeem ligt besloten in het werkwoord 'verstrekt', dat zowel de verlening als de vaststelling omvat.

In de bovenstaande citaten kan echter ook worden gelezen dat de geldverstrekking niet vooraf *hoeft* te gaan aan de subsidieactiviteiten. Waarderingsubsidies bijvoorbeeld, worden doorgaans achteraf verstrekt: de activiteiten zijn al voltooid voordat de subsidierelatie ontstaat.⁷⁴ Ofschoon dit type subsidie haaks staat op de gefaseerde subsidiesystematiek, is het een veelgebruikt beleidsinstrument.⁷⁵ De Awb staat dit toe: zij bevat de mogelijkheid om te subsidiëren bij één enkele (vaststellings)beschikking.⁷⁶ Soms verplicht de wetgever zelfs tot subsidiëring via enkele vaststellingsbeschikking: rijkssubsidies tot € 25.000 moeten in beginsel direct worden vastgesteld, ongeacht of de activiteiten al zijn of nog moeten worden verricht.⁷⁷

Nu de Awb-subsidiesystematiek is geschetst, rijst de vraag of de toekenningsprocedures voor de geselecteerde kunst- en cultuurprijzen daarin zouden passen. Er blijken vier variëteiten te onderscheiden. Achtereenvolgens zijn dat: (1) het prijzengeld vormt het startschot voor het verrichten van bepaalde activiteiten; (2) het prijzengeld is de bekroning van reeds verrichte activiteiten; (3) een mix van 1 en 2, waarin een deel van de geldprijs het startschot is voor nieuwe activiteiten en het andere deel de bekroning van reeds verrichte activiteiten; (4) het prijzengeld wordt losgekoppeld van – dus eerder verstrekt dan – het eerbetoon rondom de prijs.⁷⁸

De eerste variëteit omvat geldprijzen voor nader omschreven *toekomstige* activiteiten. Zij worden verricht dankzij het prijzengeld. De prijs vestigt een voorwaardelijke

70 Art. 4:29 Awb.

71 Art. 4:30, 4:31 en 4:38 Awb.

72 Art. 4:42-4:47 Awb. Een voorschotbetaling is gebaseerd op art. 4:95 Awb.

73 Art. 4:42 en 4:46 lid 1 Awb: vaststelling geschiedt overeenkomstig de verlening, tenzij er reden is om lager of op nihil vast te stellen.

74 Het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken (www.kcwj.nl) van de Rijksoverheid vermeldt op zijn website: 'Subsidie kan ook achteraf worden gegeven, bijvoorbeeld als prijs voor het getoonde gewenste gedrag.'

75 Zij het met een discutabele grens: het uiten van appreciatie met behulp van gemeenschapsgeld hoeft niet vanzelfsprekend parallel te lopen met het dienen van het algemeen belang. Vgl. Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 28.

76 Bijv. in art. 4:29, art. 4:43 lid 1 en art. 4:47 aanhef en onderdeel a Awb.

77 Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (*Stcrt.* 2009, 20306): toelichting bij aanwijzing 7.

78 Het 'eerbetoon' wordt pas toegekend nadat de met het prijzengeld gefinancierde activiteiten op een bepaald niveau zijn voltooid.

aanspraak op een geldbedrag en is te beschouwen als een verleningsbeschikking.⁷⁹ De aanspraak wordt onvoorwaardelijk zodra de beoogde activiteiten naar behoren zijn verricht, waarvoor een vaststellingsbeschikking is vereist.⁸⁰ Voorbeelden van dit type prijzen zijn diverse stipendia en stimuleringsprijzen met een omlijdend bestedingsdoel, zoals de Eekhoffprijs en de Wildcard-prijzen van het Nederlands Film Festival.

Diametraal hiertegenover staat variant 2, waarin de geldprijzen worden uitgereikt vanwege een *voltooide* activiteit. Deze prijzen vormen een blijk van waardering voor een prestatie waarvoor het prijzengeld niet nodig was: het gelauwerde boek of de bekroonde film is al op de markt. Bezien vanuit het subsidierecht is hier sprake van een enkele vaststellingsbeschikking.⁸¹ Dit type prijs vestigt bij uitreiking terstond een onvoorwaardelijke aanspraak op financiële middelen en ziet op alle waarderings- en oeuvreprijzen. Voorbeelden zijn de Groninger Cultuurprijs en de Letterenfonds vertaalprijzen.

Variant 3 behelst een mengvorm van 1 en 2. Een geldprijs is te splitsen. Dat heeft tot gevolg dat een deel van het prijzengeld kan worden geormerkt en het resterende deel vrij besteedbaar is. Het geormerkte geld is bestemd voor specifieke – nog te realiseren – activiteiten; het andere deel vormt een vergoeding voor de gelauwerde activiteiten. In de subsidiesystematiek zou het gelabelde geldbedrag een subsidieverlening zijn en het resterende bedrag een vaststelling, wat leidt tot een beschikking met een gemengd karakter. Een voorbeeld van dit type prijs is de Gouden Piramide, waarvoor geldt dat ten minste de helft moet worden besteed ‘in de geest van de prijs’.⁸² De Johannes Vermeer Prijs kent vergelijkbare verplichtingen.⁸³

In variant 4 ten slotte, wordt de prijs toegekend via een getrapte procedure. Zij bevat twee toetsmomenten: de toelating tot een (ontwikkelings- of werk)traject waarin artistieke prestaties moeten worden verricht en de beoordeling van het resultaat daarvan. Nadat de beoogde kandidaat via een streng toelatingsregime is geselecteerd, wordt het prijzengeld verstrekt. Deze handeling kan als subsidieverlening worden gekwalificeerd. Met de toegekende financiering verricht de kandidaat de in zijn projectplan uitgeschreven activiteiten, die na voltooiing op hun artistieke waarde worden beoordeeld. Pas wanneer de jury heeft vastgesteld dat het vereiste topniveau is bereikt, komt de kandidaat de status van laureaat daadwerkelijk toe en mag hij zich prijswinnaar noemen. Binnen de geselecteerde geldprijzen komt dit type driemaal voor: bij de Nederlandse Muziekprijs⁸⁴ en de beide Prix de Rome-prijzen.⁸⁵

79 Vgl. art. 4:29-4:31 Awb.

80 In beginsel op aanvraag (art. 4:44 Awb), anders ambtshalve (art. 4:47 Awb).

81 Zonder voorafgaande verleningsbeschikking, vgl. art. 4:42 en art. 4:43 lid 1 Awb.

82 De helft van € 75.000 (*Stcrt.* 2018, 30779, toelichting bij art. 2).

83 Ten minste 70% van de € 100.000 dient te worden aangewend voor de realisatie van een speciaal project (art. 4 lid 13 Reglement).

84 Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (*Stcrt.* 2010, 30), art. 1.

85 Regeling Mondriaan Fonds Prix de Rome (*Stcrt.* 2013, 29344), art. 9.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de toekenningsprocedures van alle 61 geselecteerde prijzen zouden passen in de Awb-subsidiesystematiek. Daarmee *zijn* het echter nog geen subsidies. Daarvoor is onder meer vereist dat de activiteiten met een door de subsidieverstrekker te bepalen oogmerk zijn verricht. Of dat het geval is, wordt hierna getoetst.

3.5.3 *Tussenstand: worden de kunst- en cultuurprijzen verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager?*

Ruim de helft (32) van de 61 geselecteerde prijzen bestaat uit oeuvre- of waarderingsprijzen.⁸⁶ Dit type prijs stelt geen extra eisen aan de besteding van het prijzengeld: die is in beginsel vrij. Met het in paragraaf 3.5.1 geciteerde fragment uit de Toelichting in het achterhoofd ligt een snelle conclusie voor de hand: zij passen niet in de subsidiesystematiek. Toch is een tegengeluid mogelijk. Het vastleggen van de bestedingsrichting is volgens de wetgever namelijk slechts verplicht in de situatie dat de geldverstrekking *vooraf* gaat aan de te verrichten activiteiten.⁸⁷ Dat verstrekking achteraf niettemin een optie is, blijkt uit art. 4:29 Awb, waarin de subsidievaststelling zonder voorafgaande verleningsbeschikking is gecodificeerd. Dit maakt het mogelijk een oeuvre- of waarderingsprijs als subsidiebeschikking te kwalificeren, mits de toekenning een aanduiding bevat van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verstrekt.⁸⁸ Dat is niet zo moeilijk: het is immers *deze* kunstenaar aan wie *deze* prijs wordt toegekend vanwege *deze* kunstuiting. Het prijzengeld wordt bij de toekenning gelabeld aan een omschreven, persoonsgebonden prestatie. Op dat moment ontstaat het noodzakelijke verband tussen de verstrekking van publiek geld en de activiteit voor het verkrijgen daarvan: de vereiste bestedingsrichting wordt met terugwerkende kracht ingevuld. Aldus bezien voldoen de 32 geselecteerde oeuvre- en waarderingsprijzen aan het voorliggende subsidie criterium.

Aan de resterende 29 prijzen is een specifiek bestedingsdoel gekoppeld. Bij de 21 stimuleringsprijzen is dat nieuw werk, voor de drie gemengde prijzen⁸⁹ is slechts een deel van het prijzengeld doelgebonden en vijf prijzen zien specifiek op de bekostiging van een werkperiode of een ontwikkelingstraject.⁹⁰

Dit betekent dat 29 van de 61 geselecteerde prijzen rechtstreeks voldoen aan dit element van de subsidie definitie. De overige 32 oeuvre- en waarderingsprijzen passen ook in deze systematiek, mits de toekenning ervan wordt gezien als een enkele vaststellingsbeschikking. Het ontbreken van een aanvraag werpt in dit kader geen drempel op, aangezien ook 'ambtshalve' toegekende prijzen onder het subsidiebegrip kunnen vallen.

86 Bijvoorbeeld de Prijs der Nederlandse Letteren (€ 40.000), de Grote Culturele Prijs Drenthe en de Karel de Grote Oeuvreprijs (elk € 10.000).

87 MvT bij art. 4:21 Awb, *PG Awb III*, p. 184-195.

88 Art. 4:43 lid 1 Awb.

89 De Rijksprijs Gouden Piramide, de Johannes Vermeer Prijs en het Belcampo Stipendium.

90 De twee Prix de Rome, de twee Artist in Residence-beurzen en de Nederlandse Muziekprijs.

3.6 *Is de prijs geen betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten?*

3.6.1 *Onderscheid tussen subsidie en opdracht*

Met deze zinsnede uit de subsidie-definitie markeert de wetgever de in paragraaf 3.1 gesignaleerde scheidslijn tussen subsidiebeschikkingen en overeenkomsten van opdracht. Commerciële, marktconforme transacties van de overheid vallen buiten de subsidie-definitie. De wetgever wijst in de Toelichting nadrukkelijk op de betekenis van 'betaling': 'het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer'.⁹¹ De economische waarde van een activiteit is echter flexibel en op dit punt komt de overheid dan ook een zekere marge toe. Pas wanneer de te betalen prijs 'onmiskenbaar zozeer boven de marktprijs ligt dat redelijkerwijs niet meer van betaling kan worden gesproken' én is voldaan aan de overige elementen van de definitie, zal sprake zijn van een subsidie.

De grens tussen een subsidie en een betaling voor goederen of diensten is soms lastig te trekken. Omdat het etiket waarmee partijen hun rechtsverhouding voorzien geen doorslaggevende juridische betekenis heeft, is in een concreet geval een waardering van de omstandigheden nodig om te bepalen wat de precieze aard daarvan is. In de parlementaire geschiedenis zijn factoren opgetekend die deze waardering inkleuren.⁹² Dat zijn achtereenvolgens de aanwezigheid van derden in de subsidiecontext,⁹³ de hoogte van het door de overheid verstrekte bedrag in relatie tot de kosten van de gesubsidieerde activiteit, de vraag van wiens zijde het initiatief uitging tot het financieel ondersteunen van bepaalde activiteiten⁹⁴ en de mate waarin de activiteiten in het algemeen belang worden verricht. Verder kunnen bijkomende afspraken, zoals het verplicht vermelden van de (mede)financiers bij de uitvoering van de activiteiten, aanwijzingen geven voor de juridische rechtsverhouding.⁹⁵

Deze factoren zijn in de rechtspraak verder uitgekristalliseerd.⁹⁶ Het CbB zette in 2008 een belangrijke lijn uit.⁹⁷ In zijn *Hanseland*-uitspraak stond voor de eerste maal de vraag naar het onderscheid tussen subsidie en opdracht centraal. Het antwoord daarop was niet alleen van belang voor het toepasselijke rechtsregime, maar ook voor de eventuele plicht tot aanbesteding van de opdracht. Het CbB toetste de

91 MvT bij art. 4:21 Awb, *PG Awb III*, p. 184-195.

92 *Ibidem*.

93 Vaak zorgt subsidie ervoor dat markttransacties met derden kunnen worden bekostigd, zoals sportlessen of museumtickets.

94 De MvT legt het accent nog bij de aanvrager, maar de overheid lijkt initiatieven vanuit de samenleving steeds meer te stimuleren (www.righttochallenge.nl/) en te erkennen (<https://financieninnetwerken.nl/>).

95 Het benoemen van de geldverstrekker behoort doorgaans tot de subsidieverplichtingen.

96 Waarvoor als startpunt geldt: ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776, AB 2001/335, m.nt. N. Verheij (*crèche Catalpa*).

97 CbB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren (*Hanseland*).

feiten en omstandigheden in acht stappen.⁹⁸ Opmerkelijk is dat acteren in het algemeen belang geen doorslaggevende factor blijkt; de initiatiefnemer en de afdwingbaarheid van de activiteiten zijn dat evenmin. Het CBb hechtte meer waarde aan het achterliggende doel van de financiering – het stimuleren van projecten die anders niet levensvatbaar zouden zijn – en aan het ontbreken van enige winstmarge.⁹⁹

In 2010 achtte de Afdeling het feit dat een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel ontbrak al voldoende voor de constatering dat van een overheidsopdracht geen sprake kon zijn.¹⁰⁰ De combinatie van het verrichten van handelingen in het algemeen belang en het ontbreken van winst was in 2015 doorslaggevend voor de conclusie dat sprake was van een subsidiebesluit.¹⁰¹ De weegschaal sloeg een jaar later door naar de andere kant toen de Afdeling constateerde dat een door een gemeente aan een huurder betaalde vergoeding een reële tegenprestatie was voor het door de huurder verrichte onderhoud. Ondanks de benaming ‘exploitatie-subsidie’ kwalificeerde zij de vergoeding als privaatrechtelijk van aard.¹⁰²

3.6.2 *Tussenstand: zijn de kunst- en cultuurprijzen geen commerciële transacties?*

Anno 2019 is het regime waarmee het onderscheid tussen een subsidie en een marktconforme transactie wordt bepaald, complex. Het gewicht van de relevant geachte factoren blijkt sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden. Niettemin lijkt aan twee factoren *altijd* belang te worden gehecht. Ik doel daarbij op de vraag naar het achterliggende doel van de financiering en op de vraag of de vergoeding een commercieel of slechts een ondersteunend karakter heeft. Om voor de 61 geldprijzen te kunnen bepalen of zij een betaling vormen voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten, zijn zij aan deze twee factoren getoetst.

De eerste factor ziet op de uiteindelijke prestatie: zouden de artistieke activiteiten niet zijn verricht wanneer de geldprijs niet was toegekend? Ging het om projecten die anders niet levensvatbaar waren? Deze vragen moeten zonder meer ontkenkend worden beantwoord voor de 32 oeuvre- en waarderingsprijzen: de bekroonde kunstuitingen zijn immers gerealiseerd *zonder* dat daarvoor het prijzengeld nodig

98 *Ibidem*. Achtereenvolgens beoordeelde het College in welke mate de gefinancierde projecten het rechtstreekse belang van de geldverstrekker dienden; of zij commercieel haalbaar zouden zijn zonder financiering; welk deel van de kosten werd gefinancierd; welke vrijheid de ontvangers hadden met betrekking tot de invulling van de projecten; het gewicht van de over te leggen marktconformiteitsverklaring; wie de initiatiefnemer was; het gegeven dat de projecten vielen onder de Wet op de omzetbelasting 1968; en de vraag naar de afdwingbaarheid van de uitvoering van de projecten.

99 *Ibidem*, r.o. 5.1.3.

100 ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, r.o. 2.5, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs (*Coach4Kids*). Voor een ‘overheidsopdracht’ in de zin van het aanbestedingsrecht is een overeenkomst onder bezwarende titel een constitutief vereiste.

101 ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073, i.h.b. r.o. 4.2, AB 2015/309, m.nt. W. den Ouden, Gst. 2015/114, m.nt. C.N. van der Sluis & H. Pennarts (*verplaatsing veehouderij Someren*).

102 ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803, r.o. 8.3, AB 2016/286, m.nt. A. Drahmman, JB 2016/93, m.nt. J.A.F. Peters (*Handbalvereniging DESK*). Idem in ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:801, r.o. 8.4 (*Voetbalvereniging Uno Animo*).

was. Dat feit hoeft echter geen belemmering te zijn voor een subsidiekwalificatie, aangezien deze volgorde – eerst de prestatie, daarna de geldverstrekking – opgaat voor elke waarderingssubsidie. De consequentie dat daardoor het prijzengeld vrij te besteden is en bijvoorbeeld kan worden gependeed aan een luxevakantie, laat onverlet dat er een onmiskenbaar verband bestaat tussen de prijs, de kunstenaar en de geleverde prestatie. De verrichte prestatie wordt blijkbaar van dermate groot belang voor de samenleving geacht, dat zij de toekenning van publiek geld *achteraf* rechtvaardigt.

Van de overige 29 geldprijzen – bedoeld voor nieuw werk, een ontwikkeltraject of een werkverblijf – staat vast dat de daaraan gekoppelde prestaties niet zouden zijn gerealiseerd zonder de prijs.¹⁰³ Die prijzen hebben deuren geopend die anders gesloten waren gebleven: het vereiste verband is klip en klaar. Het voorgaande betekent dat de eerste factor voor geen van de 61 geselecteerde prijzen een struikelblok hoeft te vormen op de weg naar een subsidiekwalificatie.

De tweede factor legt meer gewicht in de kwalificatieschaal: hij ziet op de verhouding tussen de hoogte van het prijzengeld en de werkelijke kosten van de prestatie. Deze factor moet echter altijd in het licht van de concrete (markt)omstandigheden worden gezien. Is het geldbedrag evenredig aan de marktwaarde van de bekroonde activiteiten, te weten de volledige kostprijs verhoogd met een bepaalde winstmarge, dan is een commerciële transactie niet uitgesloten. Gaat het daarentegen om activiteiten die de markt niet interessant vindt, maar de overheid gerealiseerd wil zien, dan ligt financiering van de kostprijs inclusief een winstmarge ook in de rede en zou het subsidiëring kunnen zijn.

Een nadere beschouwing van de geselecteerde geldprijzen leert dat het alleszins aannemelijk is dat zij de actuele marktwaarde van de prijswinnende activiteiten niet dekken, althans geen winstmarge omvatten. Wanneer het vervaardigen van het kunstwerk of het schrijven van het boek naar zijn marktwaarde zou moeten worden uitbetaald, overstijgt het eindbedrag bij al deze prijzen de verkregen geldsom.¹⁰⁴ Dat betekent dat de geldprijzen geen betalingen zijn voor aan bestuursorganen geleverde diensten.

Resumerend ligt ook met betrekking tot dit definitie-element voor de 61 geselecteerde prijzen een subsidiekwalificatie binnen handbereik. Twijfel kan rijzen wanneer een prijs een concrete opdracht behelst en het gerealiseerde kunstwerk vervolgens een vaste plek verwerft in een museum of park,¹⁰⁵ of wanneer een stipendium

103 De € 7.000 voor de Limburg Design Award bijvoorbeeld, is volledig bestemd voor een aankoop of opdracht door het Cuypershuis te Roermond. Ook het Belcampo Stipendium, de Gouden Piramide en de Johannes Vermeer Prijs zien (deels) op het realiseren van een specifiek project.

104 Het hoogste geldbedrag in deze reeks bedraagt € 100.000 (Johannes Vermeer Prijs), waarvan 70% is gelabeld. Zelfs dit bedrag lijkt niet marktconform voor het realiseren van een speciaal project door winnaars als violiste Janine Jansen (2018) of modeontwerpster Iris van Herpen (2017), temeer daar de marktwaarde van hun kunstuitingen ten gevolge van deze prijs flink zal stijgen. Ook voor oevreprijzen geldt m.i. dat zij nimmer de marktwaarde van het gehele oeuvre vertegenwoordigen.

105 Bijv. de Limburg Design Award of de Wilhelminaring.

verplicht tot vervaardigen van nieuw artistiek materiaal.¹⁰⁶ Voor de kwalificatie van deze prijzen als 'opdracht'¹⁰⁷ is – naast het vastleggen van de wederzijdse verplichtingen – doorslaggevend of de hoogte van het prijzengeld overeenkomt met de feitelijke marktwaarde van het gerealiseerde kunstwerk. Is dat het geval, dan is een subsidiestatus uitgesloten.

3.7 Conclusie

Nu de 121 geselecteerde kunst- en cultuurprijzen naast alle onderdelen van de subsidiedefinitie zijn gelegd, kan de balans worden opgemaakt. De toetsing heeft per element geleid tot bepaalde bevindingen. Die zijn vervolgens gestapeld om te kunnen vaststellen welke prijzen integraal onder de definitie vallen. Het bestuursorgaanvereiste blijkt daarbij een serieus struikelblok. Uit paragraaf 3.4.2 volgt dat de verstrekkers van 60 geldprijzen niet passen onder het Awb-bestuursorgaanbegrip en evenmin voldoen aan de criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld voor buitenwettelijke financiële voorzieningen. Die prijzen kunnen geen subsidies zijn.

Voor de resterende 61 prijzen ziet het er als volgt uit. Dankzij gepubliceerde of ter beschikking gestelde reglementen kan ten aanzien van 34 prijzen een a-orgaan en bij 27 prijzen een b-orgaan worden getraceerd. Deze prijzen worden door een bestuursorgaan verstrekt, hij doet dat met het oog op specifieke activiteiten en de prijzen vormen geen betaling voor de aan hem geleverde goederen of diensten. Op basis van de beschikbare gegevens zouden die prijzen moeten worden gekwalificeerd als subsidies.

Wanneer deze resultaten worden geplaatst tegen de achtergrond van het volledige aantal Nederlandse kunst- en cultuurprijzen, levert dat het volgende beeld op. Op peildatum 8 november 2018 werden 415 van de 647 Nederlandse kunst- en cultuurprijzen uitgereikt in de vorm van een geldprijs. Het prijzengeld van 121 prijzen is voor een belangrijk deel afkomstig van de overheid. Bij 61 van deze prijzen is de overheid de enige financier en heeft zij ook voor het overige alle touwtjes in handen. De toetsing van deze 61 prijzen aan de subsidiedefinitie leidt tot de conclusie dat zij moeten worden beschouwd als subsidiebeschikkingen in de zin van de Awb. De resterende 60 prijzen voldoen niet aan de definitie vanwege één ontbrekend element: de status van bestuursorgaan. De vraag onder welk rechtsregime zij dan vallen, wordt beantwoord in paragraaf 5.

106 Bijv. de C.C.S. Crone-stipendia, die moeten uitmonden in een nieuwe publicatie.

107 In de zin van art. 7:400 lid 1 of art. 7:750 lid 1 BW.

4 PUBLIEKRECHTELIJKE STATUS: CONSEQUENTIES VOOR DE PRIJZEN

Uit de reeks van 121 geldprijzen voldoen 61 prijzen aan de subsidiedefinitie uit de Awb. Wat betekent een publiekrechtelijke status voor deze prijzen en welke aandachtspunten verschijnen aan de horizon? Deze status opent de deur naar een juridische realiteit die vermoedelijk niet bij alle organiserende entiteiten op het netvlies staat. Die realiteit hanteert sleutelbegrippen als *besluit* en *bestuursorgaan*, maar ook specifiekere jargon als *tenderprocedure* en *deskundigenadviescommissie*. Zij omvat harde eisen met betrekking tot de inrichting van de verdeelprocedure, de rechtsbescherming die alle deelnemers toekomt, de verantwoording ten aanzien van het prijzengeld en het normenpakket waarmee dit alles wordt omringd. Deze eisen zullen hierna worden belicht.

4.1 *De geldprijzen zijn subsidiebesluiten*

Een prijs die materieel voldoet aan de subsidiedefinitie geldt in algemene zin als een besluit in de zin van de Awb.¹⁰⁸ De prijs blijkt een schriftelijke, persoonsgebonden beschikking, afkomstig van een bestuursorgaan dat die handeling binnen de bandbreedte van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid verrichtte. Deze beschikking moet zorgvuldig zijn voorbereid, met inachtneming van eventuele belangen van derden. Zij verkrijgt rechtskracht bij haar bekendmaking. Acteren in strijd met de Awb-regels leidt tot een besluit dat onrechtmatig is. Het komt voor vernietiging in aanmerking zodra een belanghebbende zich daarop beroept binnen de wettelijke termijn.

De Subsidietitel in de Awb voegt daar nadere kwalificaties en eisen aan toe. Of de prijstoekenning een verlenings- of vaststellingsbeschikking is, hangt af van het moment waarop de activiteiten worden verricht. Oeuvre- en waarderingsprijzen kunnen subsidies zijn in de vorm van een (enkele) vaststellingsbeschikking. Stipendia en andere prijzen waarvoor met het prijzengeld concrete activiteiten moeten worden verricht, zullen eerder een verleningsbeschikking zijn. Het subsidie-recht schrijft voor dat daarop nog een vaststellingsbeschikking moet volgen, zodra is geconstateerd dat de activiteiten naar behoren zijn verricht.¹⁰⁹

108 Art. 1:3 lid 2 Awb.

109 Art. 4:42-4:47 Awb.

4.2 Inrichting van de verdeelprocedure

Een subsidiestatus stelt eisen aan de inrichting van de verdeelprocedure. Die procedure moet *kenbaar* zijn: deelname- en selectiecriteria moeten vooraf bekend zijn gemaakt en mogen tijdens de procedure niet meer worden gewijzigd.¹¹⁰ Verhoging van het prijzengeld is niet toegestaan.¹¹¹

De kwalitatieve beoordeling van de prestaties en de uiteindelijke selectie ligt meestal in handen van een deskundigenjury. Ook bij de geselecteerde prijzen is dat het geval. Het subsidierecht hanteert strenge maatstaven voor het gebruik van deskundigencommissies, in het bijzonder wanneer hun adviezen worden gebruikt ter motivering van de toe- of afwijzing van een subsidieaanvraag.¹¹² De samenstelling en de werkwijze van de commissie moeten inzichtelijk zijn en de individuele juryleden dienen elke schijn van vooringenomenheid ten opzichte van de deelnemers te voorkomen.¹¹³ De deskundigenoordelen moeten zowel de uiteindelijke rangschikking als de keuze voor de winnaar kunnen rechtvaardigen. Er mag geen informatie worden achtergehouden op basis van geheimhoudingsargumenten, bijvoorbeeld ter bescherming van de identiteit van de juryleden of van het ideeëngoed van de deelnemende kunstenaars.¹¹⁴ Transparantie *moet*, tenzij de rechter – desgevraagd – oordeelt dat geheimhouding van bepaalde stukken gerechtvaardigd is.¹¹⁵

Wordt een prijs toegekend na een competitieve verdeelprocedure waarvoor de deelnemers zich hebben moeten aanmelden, dan kan sprake zijn van een *tender* procedure – ook wel ‘beauty contest’ – met *subsidieplafond*.¹¹⁶ Het plafond – een vooraf vastgesteld budgettair maximum – is dan gelegen in het feit dat er meer gegadigden dan prijzen zijn. Een tenderprocedure omvat een vergelijkende beoordeling van de aanvragen die zijn ingediend binnen een bepaalde termijn. Een deskundigencommissie kent via kwalitatieve criteria een waardering toe aan de aanvragen en de scores leiden tot een rangschikking op basis waarvan het subsidieplafond wordt verdeeld.

110 Zie o.a. ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden (*Coach4Kids*); CbB 21 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman & J.M.J. van Rijn van Alkemade; voorts Jacobs & Den Ouden 2011a, p. 35-58.

111 Art. 4:46 lid 1 Awb. Voorts ABRvS 24 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO4351, AB 2004/261, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7562, AB 2005/267, m.nt. N. Verheij.

112 Hetgeen is toegestaan ingevolge art. 3:9 en 3:49 Awb.

113 Art. 2:4 Awb. Voorbeelden: ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*) en CbB 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel B.V.*).

114 Behoudens een enkele uitzondering: ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984, AB 2008/86, m.nt. N. Verheij.

115 Art. 8:29 lid 3 Awb.

116 Art. 4:22 Awb; zie voorts art. 4:25-4:28 Awb.

Verdeelprocedures staan momenteel sterk in de belangstelling vanwege de ontwikkelingen op het terrein van de 'schaarse publieke rechten'.¹¹⁷ Dit thema heeft inmiddels een stevige plek verworven in het juridische discours en ontwikkelt zich het laatste decennium in de rechtspraak in hoog tempo.¹¹⁸ Schaarste leidt tot een verdelingsvraagstuk: de vraag overtreft immers het aanbod. Daarbij is een centrale rol weggelegd voor het gelijkheidsbeginsel.¹¹⁹ Dit beginsel kreeg in 2016 – in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten en dankzij een koppeling met het Europeesrechtelijke transparantiebeginsel – een nieuwe toepassing als 'beginsel van gelijke kansen'.¹²⁰ Het beginsel ziet op alle soorten verdelingsprocedures.¹²¹ De hoofdregel luidt dat bij de verdeling van een schaars recht 'reële mededingingsruimte' moet worden geboden en in een 'passende mate van openbaarheid' moet worden voorzien door tijdige en adequate bekendmaking van relevante informatie.¹²² Intussen wordt de hoofdregel niet alleen op schaarse rechten als vergunningen toegepast, maar ook op onderwijsbekostiging¹²³ en subsidies.¹²⁴ Daarmee staat vast dat het beginsel van gelijke kansen ook kan zien op de verdeelprocedures voor de kunst- en cultuurprijzen die onder de subsidie definitie vallen.¹²⁵

Voor een deel van de 61 prijzen is niet uitgesloten dat zij tot 'schaarse rechten' zullen worden gerekend. Ik doel dan op de 34 prijzen waarvoor een aanvraag is vereist om te kunnen deelnemen aan de competitie. Voor de betreffende prijsorganisaties zou dit inhouden dat aan alle potentiële gegadigden ruimte moet worden geboden om mee te dingen naar de beschikbare prijzen. Mededingingsruimte ontbreekt in ieder geval wanneer het reglement is toegeschreven naar één specifieke deelnemer. Om voor iedere deelnemer gelijke kansen te creëren, heeft de organisatie de verplichting tot het garanderen van een 'passende mate van openbaarheid'. Dat betekent: transparant zijn over de prijs en de daaraan gekoppelde activiteiten,

117 Als startpunt geldt: Van Ommeren 2004. Daarna volgden o.a. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011b; Wolswinkel 2013; Drahmman 2015.

118 Voor een overzicht: Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven, 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (Conclusie inzake schaarse vergunningen). De conclusie wordt bevestigd in ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), waarmee de Afdeling tevens de door het CBB ingezette lijn voortzet (bijv. CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*)).

119 Dit niet in de Awb gecodificeerde beginsel geldt voor publiekrechtelijke rechtshandelingen via HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1987/272, m.nt. M.W. Scheltema (*Amsterdam/IKON Beleidskonsulenten B.V.*); voor privaatrechtelijke overheids-handelingen via art. 3:14 BW.

120 Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

121 Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 258.

122 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*); inmiddels al nader verrijnd, bijv. in ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel.

123 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, r.o. 7.5-7.7, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen (*Tjalling Koopmans College*).

124 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*); voorts ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595.

125 Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 2.5.

over het reglement, de inschrijftermijn, de verdeelprocedure en verdeelcriteria. Deze openbaarheid moet zijn gerealiseerd vóór aanvang van de competitie. Wijzigen of afwijken van het reglement is niet toegestaan zodra de wedstrijd is gestart.¹²⁶ Op dat moment opent zich een *level playing field* dat aan alle deelnemers gelijke kansen moet bieden en waar de in deze paragraaf beschreven waarborgen leidend zijn.

4.3 *Rechtsbescherming van de betrokken kunstenaars*

Een geadresseerde van een besluit kan daartegen beroep instellen.¹²⁷ Dit geeft een deelnemer de mogelijkheid om bijvoorbeeld het deskundigenoordeel of de hoogte van het prijzengeld ter discussie te stellen. Betreft het een oeuvre- of waarderingsprijs, dan ligt een juridische procedure niet snel voor de hand.¹²⁸ Dat kan anders zijn wanneer een prijs wordt uitgereikt na een selectieprocedure die eindigde in een rangschikking van de deelnemers.¹²⁹ Een vervelende bijkomstigheid van verdeelprocedures met een subsidieplafond is namelijk dat subsidiabel geachte aanvragen buiten de boot kunnen vallen vanwege hun (te) lage plaats in de rangschikking. Het beschikbare budget is dan ontoereikend om alle kwalitatief voldoende bevonden aanvragen te honoreren. Dat is natuurlijk uitermate zuur en blijkt steeds vaker een reden om te procederen, vooral als er twijfel is over de rechtmatigheid van de rangschikking.¹³⁰ Deze lijn kan worden doorgetrokken naar subsidies in de vorm van een prijs: wanneer er bijvoorbeeld meer finalisten zijn dan beschikbare prijzen. Ook dan zijn in principe alle finalisten 'prijswaardig', maar zorgt de prijzenschaarste ervoor dat niet alle prestaties kunnen worden beloond.

Rechtsbescherming komt ook toe aan niet-prijswinnaars en het is niet ondenkbaar dat een teleurgestelde deelnemer daarvan gebruik zal willen maken. Organisaties moeten zich terdege bewust zijn van de uiterst laagdrempelige mogelijkheden die de bestuursrechtelijke rechtsbescherming biedt. Om een bestuursrechtelijke procedure te laten starten, volstaat een brief naar de geldverstrekker met het verzoek om opheldering over de ontvangen beslissing. Wanneer dit niet resulteert in een bevredigend antwoord, kan de stap naar de bestuursrechter worden gezet. Dit onderzoek leert dat niet is uitgesloten dat, wanneer in een bestuursrechtelijke procedure een prijs onder een vergrootglas zou worden gelegd, de rechter zal concluderen dat het prijzengeld een verhulde subsidie is. Overigens ligt de materiële zoektocht

126 Een beperking van de rechtsnorm is mogelijk via het formeel-wettelijk kader waaronder het schaarse recht valt. Daarnaast kan een beperking gerechtvaardigd zijn vanwege rechten van derden of in het geval van uniciteit (Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 7.8).

127 Art. 8:1 en 7:1 Awb. Doorgaans is eerst bezwaar vereist.

128 Doorgaans wordt dit type prijzen toegekend via geheime nominaties door deskundigen. 'Verliezers' hebben dan geen notie van een nominatie.

129 Waarbij niet is vereist dat de prestaties van de deelnemers tegen elkaar zijn afgezet. Vgl. Van Rijn van Alkemade 2016, p. 52.

130 Expliciet in ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

naar de subsidie definitie in een civiele procedure evenzeer voor de hand zodra de juridische status van een geldverstrekking door de overheid ter discussie staat.¹³¹

Vaststaat dat in de kunstensector de alertheid met betrekking tot de juridische aspecten van financiële beslissingen is toegenomen.¹³² Het moment waarop niet-winnaars geen genoegen meer nemen met niet of nauwelijks gemotiveerde afwijzingen, is dan ook nabij.¹³³ Met lege handen naar huis gaan, terwijl de voorbereiding en wedstrijddeelname tot aanzienlijke investeringen hebben geleid, is alleen maar acceptabel wanneer de jurybeslissingen inzichtelijk en concludent zijn. Ik verwacht dat teleurgestelde deelnemers in de toekomst niet zullen nalaten hun rechten te verzilveren, temeer daar de ontwikkeling in de subsidierechtspraak daartoe alle aanleiding geeft.¹³⁴

Afgewezen subsidieaanvragers – de niet-prijswinnaars – moeten door de subsidieverstrekker in de gelegenheid worden gesteld zich *effectief* te kunnen verweren tegen hun afwijzing(sbeschikking). Het instrumentarium dat daarvoor nodig is, moet hun al bij de uitslag van de wedstrijd worden verschaft. De rechter schaaft daaronder niet alleen het recht op inzage in het eigen dossier, maar ook in de aanvragen, de (jury)adviezen en de uiteindelijke besluiten ter zake van de andere deelnemers in de rangschikking.¹³⁵ De beschikking moet bovendien een verwijzing bevatten naar de mogelijkheid om de jurybeslissing te betwisten. Algemeen geformuleerde clausules als ‘over de uitslag wordt niet gecorrespondeerd’, die het maken van bezwaar tegen de inhoud van de beschikking blokkeren, zijn uit den boze. Het recht op bestuursrechtelijke rechtsbescherming mag een burger nimmer worden ontzegd of ontnomen. Rechtsbescherming is echter gelimiteerd in tijd: een prijs wordt na ommekomst van de daarvoor geldende bezwaartermijn ‘in rechte onaantastbaar’.¹³⁶

De prijswinnaars hoeven tussentijds gelukkig niet in onzekerheid te verkeren over de rechtmatigheid van een uitgereikte prijs.¹³⁷ Als na een juridische procedure blijkt dat de rangschikking onjuist was en de rechtzoekende niet-prijswinnaar alsnog in aanmerking komt voor een prijs, kan het bestuursorgaan zich niet verweren met een verwijzing naar de lege prijzenkas(t).¹³⁸ Het wettelijk verplichte rechtsherstel

131 Zij het dat de civiele rechter nog weinig alert is op de materiële subsidie definitie, vgl. Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, BR 2014/34, m.nt. J.C.A. Houdijk & E.W.J. de Groot en Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 (*MuzyQ*).

132 Van Klink 2005, p. 217-220.

133 Vgl. ‘Afgewezen kunstenaars tekenen bezwaar aan bij het Mondriaan Fonds’, NRC 13 juni 2018.

134 Bijv. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.5, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*); in dezelfde lijn: CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy*). Zie voorts Hardy 2016.

135 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.4-5.5, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

136 Art. 6:7 Awb: zes weken.

137 Medeaanvragers uit dezelfde subsidieronde kunnen alleen procederen tegen elkaars besluiten indien zij in een concurrentpositie verkeren. Daarvoor is vereist dat het marktsegment en het verzorgingsgebied van de te subsidiëren activiteiten identiek zijn.

138 Sedert HR 5 oktober 1849, W 1058 (*De Bourbon Naundorff*); voorts bijv. Den Ouden 2016b, p. 1-12.

komt voor rekening van de subsidieverstrekker en ook dat kan voor de wedstrijdorganisatie een onaangename verrassing zijn.¹³⁹

4.4 Afleggen van verantwoording over het prijzengeld

Een volgend aandachtspunt is de verantwoordingsplicht die bij een subsidiestatus op de schouders van zowel de organisatoren als de prijswinnaars rust. *Publiek geld verplicht*.¹⁴⁰ Omdat er een relatie dient te bestaan tussen de prijswinnende activiteiten en de verstrekte financiën wordt van beide partijen verwacht dat zij kunnen aantonen wat er met het geld is gebeurd. Dit geldt met name voor de prijzen met een beoogd bestedingsdoel: de gewenste activiteiten kunnen in die context worden beschouwd als subsidieverplichtingen.¹⁴¹ Deze dubbele verantwoordingsplicht bevestigt hoe belangrijk het is dat zorgvuldig met overheidsgeld wordt omgegaan.

De prijswinnaar zal na afloop van de subsidieperiode moeten aantonen aan de subsidieverplichtingen te hebben voldaan.¹⁴² Pas daarna kan de subsidie formeel worden vastgesteld en transformeert de voorwaardelijke financiële aanspraak uit de verleningsbeschikking naar een onvoorwaardelijke subsidieaanspraak. Heeft de prijswinnaar verwijtbaar niet voldaan aan de afgesproken verplichtingen, dan kan het subsidiebedrag lager of op nihil worden vastgesteld.¹⁴³ Deze bevoegdheid kan te allen tijde door de geldverstrekker worden aangewend, ook wanneer het prijsreglement zwijgt over sancties na het niet vervullen van de aan een prijs verbonden verplichtingen. De mogelijkheid tot terugvordering van een prijs komt in de onderzochte reglementen overigens niet voor. Wel is bij de Nederlandse Muziekprijs tussentijdse stopzetting van het ontwikkelingstraject mogelijk.¹⁴⁴

Op de prijsuitreikende instelling rust eveneens een verantwoordingsplicht: zij zal inzage moeten kunnen verschaffen in de wijze(n) waarop het overheidsgeld is uitgegeven. Te denken valt aan controles door de Algemene Rekenkamer voor rijkssubsidies¹⁴⁵ en aan provinciale of gemeentelijke rekenkamers, maar ook aan de verplichting tot jaarlijkse verslaglegging van prijzen die in de vorm van incidentele subsidies zijn verstrekt.¹⁴⁶

139 Art. 4:25 lid 3 Awb verplicht tot het – alsdan – doorbreken van het subsidieplafond. De rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort, zal financieel over de brug moeten komen (art. 1:1 lid 4 Awb).

140 Ontleend aan: Raad voor de financiële verhoudingen 2014, § 2.2.

141 Art. 4:37 Awb.

142 Art. 4:45 Awb. Dat geldt niet voor oevreprijzen: de verstrekking van een waarderingsubsidie bevat een impliciete goedkeuring van de gesubsidieerde activiteiten.

143 Op basis van art. 4:46, 4:48 of 4:49 Awb. In alle gevallen heeft de organisatie beslissingsruimte: zij 'kan' haar bevoegdheid gebruiken. Ik heb hiervan geen voorbeelden aangetroffen.

144 Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs, art. 11 lid 2 onderdeel b. Dat is al eens vorgekomen.

145 Waar nog een wereld valt te winnen: de Algemene Rekenkamer bekritiseerde de aanpak van de Minister van OCW m.b.t. de vaststelling (en terugvordering) van cultuursubsidies (zie Rekenkamer 2018, p. 10-12).

146 Art. 4:23 lid 3 onderdeel d en lid 4 Awb.

4.5 Normering van de publieke geldprijzen

Voor kunst- en cultuurprijzen in de vorm van subsidies bestaat geen bijzonder rechtsregime. De algemene Awb-regels over besluiten, advisering en subsidiëring gelden van rechtswege voor de tussen een wedstrijdorganisatie en haar deelnemers ontstane publiekrechtelijke rechtsverhouding. Daarnaast gelden de niet in de Awb gecodificeerde rechtsnormen: het gelijkheids-, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel alsmede de normen die uit grondrechten en uit Europees of internationaal recht voortvloeien.¹⁴⁷

Het aanstippen waard is, hoewel dit in een wat verder verwijderd verband staat, de toepasselijkheid op subsidiërelaties van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB), de Wet normering topinkomens (hierna: WNT) en de Wet Nationale ombudsman (hierna: WNo). Een prijstoekennende organisatie zal openheid van zaken moeten geven indien en voor zover de WOB daartoe verplicht.¹⁴⁸ Ook is het honorarium van haar bestuurders gelimiteerd ingevolge de WNT. Ik vermoed echter dat topinkomens in deze sector zeldzamer zijn dan een witte raaf.¹⁴⁹ De WNo is van toepassing op gedragingen van bestuursorganen, dus in het voorkomende geval ook op het bestuur van een prijsuitreikende organisatie.¹⁵⁰

Ten slotte wijs ik op het in cultuursubsidiërelaties niet te vermijden gebruik van de Governance Code Cultuur.¹⁵¹ Deze biedt een normatief kader voor goed bestuur en toezicht en draagt aldus bij aan het vertrouwen en de legitimiteit van de organisatie.

4.6 Conclusie

Voor 61 van de 121 geselecteerde prijzen is geconcludeerd dat zij voldoen aan de Awb-subsidiedefinitie. Deze kwalificatie heeft aanzienlijke juridische consequenties. De voorgaande paragrafen illustreren dat die zich niet beperken tot de toepasselijkheid van relevante bepalingen uit de Awb, maar zich uitstrekken tot de WOB, de WNT en de WNo. De gesignaleerde aandachtspunten zijn extra serieus te nemen voor de kunst- en cultuurprijzen die als verhulde subsidies te boek staan. Het negeren daarvan kan onverkwikkelijke gevolgen hebben, voor de deelnemers, voor de organisatie en zeker ook voor de status van de prijs. Het is voor die organisaties dan ook zeer aan te bevelen hun werkwijzen en handelingen in overeenstemming te brengen met het subsidierecht en de daaraan gerelateerde regelingen.

147 Met betrekking tot cultuur: art. 1 en 7 Grondwet; daarnaast art. 10 EVRM (waarin o.a. de vrijheid van artistieke expressie). Voorts art. 22 lid 3 Grondwet; art. 2 UNESCO-verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen; art. 15 Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

148 Art. 3 lid 1 WOB.

149 Voor topfunctionarissen van cultuurfondsen geldt de op de WNT gebaseerde Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren (*Stcrt.* 2012, 26223).

150 Titel 9.2 Awb (art. 9:17-9:23) is van toepassing op klachtbehandeling door een ombudsman.

151 www.governancecodecultuur.nl.

5 PUBLIEK PRIJZENGELD, MAAR NIET VIA PUBLIEKRECHT VERSTREKT: CONSEQUENTIES VOOR DE PRIJZEN

5.1 Leidt de toekenning van een geldprijs tot een overeenkomst?

In paragraaf 3 is vastgesteld dat 60 van de 121 geselecteerde kunst- en cultuurprijzen niet onder het subsidiebegrip (kunnen) vallen vanwege het ontbreken van een Awb-bestuursorgaan in de desbetreffende rechtsverhouding. Omdat een bestuursorgaan ook voor een Awb-beschikking een constitutief vereiste is, zijn de toekenning en de reglementering van deze prijzen evenmin te kwalificeren als besluiten in de zin van de Awb. Zij staan buiten het publiekrecht, ondanks het feit dat de herkomst van het prijzengeld bij 34 van deze prijzen 'in overwegende mate' publiekrechtelijk is. Deze constatering dwingt ertoe te onderzoeken of voor de 60 geldprijzen bij een ander rechtsgebied kan worden aangesloten. Het privaatrecht komt daarvoor het eerst in aanmerking, aangezien overheidsentiteiten rechtspersoonlijkheid kunnen bezitten in de zin van Boek 2 BW en in die hoedanigheid vermogensrechtelijke rechtshandelingen kunnen verrichten.¹⁵²

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.¹⁵³ Net als de subsidie is de rechtsfiguur 'overeenkomst' materieel van aard: zij komt tot stand ongeacht de kwalificatie waarmee partijen hun handelingen jegens elkaar voorzien. Dat neemt niet weg dat de intenties van partijen wel een rol spelen bij de vraag of er (gebondenheid aan) een overeenkomst kan worden aangenomen of niet.¹⁵⁴ Ook voor het ontstaan van een overeenkomst is van belang op welk moment de constitutieve handelingen worden verricht.

Bij de voorliggende 60 prijzen ziet dat er als volgt uit. Bij drie prijzen is het toekenningsmoment het startschot voor het verrichten van vooraf omschreven activiteiten.¹⁵⁵ Dan ontstaat een rechtsverhouding tussen de organisatie en de prijswinnaar: de prijs behelst een financiële aanspraak en het prijzengeld is expliciet gelabeld om afgesproken activiteiten mee te bekostigen. Voor de 56 oeuvre- en waarderingsprijzen is dat precies andersom en vormt de prijs de bekroning voor afgeronde activiteiten. Ook hier ontstaat bij de toekenning een rechtsverhouding: er is een onlosmakelijk verband tussen de bekroonde activiteiten en de prijs. Bij de resterende prijs¹⁵⁶ vallen de toekenning van de prijs en het ontstaan van de financiële aanspraak niet samen: de financiering van de activiteiten gaat namelijk vooraf aan het moment van winnen van de prijs.¹⁵⁷ De rechtsverhouding tussen de organisatie en de latere prijswinnaar ontstaat hier al bij toelating tot het prijstraject.

152 Ingevolge art. 2:1 en 2:5 BW.

153 Art. 6:217 BW.

154 Art. 3:33 en 3:35 BW.

155 George Verberg Stipendium; Prijs van de Nederlandse Dansdagen; RIDCC-prijs.

156 Karen de Bok Talentprijzen.

157 In de zin dat er een aanspraak op financiële middelen ontstaat *voordat* de prijs is toegekend.

Bij alle 60 prijzen lijkt de rechtsverhouding wederkerig. Zij bevat wederzijdse, impliciet¹⁵⁸ afdwingbare verplichtingen: aan de zijde van de organisatie tot het voldoen van de aan de prijs verbonden geldsom, aan de zijde van de prijswinnaar tot het verrichten of hebben verricht van de beoogde activiteiten op het gewenste niveau.¹⁵⁹ Op het moment van overeenstemming over de prestaties over en weer is sprake van een wederkerige overeenkomst in de zin van het BW.¹⁶⁰

Dit onderscheidt deze prijzen van de rechtsfiguur schenking: dat is een overeenkomst *om niet*, waarbij een tegenprestatie ontbreekt.¹⁶¹ Omdat het prijzengeld nu eenmaal is gekoppeld aan een kunstzinnige prestatie, kan van een schenking geen sprake zijn. Toegespitst op de aard van de bekroonde prestaties kunnen deze 60 overeenkomsten nader worden gespecificeerd als overeenkomsten van opdracht voor het tot stand brengen van werken van stoffelijke of niet-stoffelijke aard.¹⁶²

In de (schaarse) literatuur over de juridische vormgeving van prijzen wordt voorts gewezen op de rechtsfiguur *uitloving*.¹⁶³ Zij komt ter sprake in de context van de totstandkoming van de overeenkomst. Kenmerkend voor de uitloving zijn de bijzondere eisen die het (openbare) aanbod aan de aanvaarding stelt. Omdat de wetgever in art. 6:220 BW niet definieert op welke wijze bij uitloving de overeenkomst tot stand komt, staat de vraag wanneer een prijs als een aanvaarding van het aanbod kan worden beschouwd, nog steeds ter discussie. Van Dunné bepleit dat tussen partijen een rechtsverhouding ontstaat bij het verrichten van een handeling waarvan de 'uitlover' tevoren al heeft bekendgemaakt dat dit voor hem de verplichting meebrengt om een beloning toe te kennen. Hij beschouwt aanbod en aanvaarding daarbij als twee eenzijdige rechtshandelingen.¹⁶⁴ Eggens neemt daarentegen aan dat de aanvaarding bestaat in de wilsverklaring jegens de uitlover het uitgelofde te aanvaarden.¹⁶⁵

Met betrekking tot de 60 geselecteerde prijzen zou kunnen worden verdedigd dat bij 59 ervan *ten laatste* bij de prijsuitreiking een wederkerige overeenkomst tot stand komt. Voor de prijs waarbij het prijzengeld eerder wordt verstrekt dan het eerbetoon, is de conclusie gerechtvaardigd dat niet de uiting van eerbetoon, maar de toekenning van het prijzengeld de wederzijds verbintenisscheppende handeling bezegelt. Op dat moment komt de overeenkomst tot stand. Daarmee zouden alle 60 kunst- en cultuurprijzen kunnen worden gekwalificeerd als wederkerige overeenkomst.

Ik realiseer mij dat deze conclusie een forse juridische wig drijft tussen de 121 geselecteerde prijzen. Hoewel de gemene deler is dat zij geheel of in grote

158 Doorgaans niet expliciet verwoord in eventuele reglementen.

159 Er is voldaan aan art. 6:213 lid 1 en art. 6:261 lid 1 BW.

160 Art. 6:217 lid 1 BW.

161 Art. 7:175 lid 1 BW. Schenking is een meerzijdige rechtshandeling, maar een niet-wederkerige overeenkomst.

162 Resp. art. 7:400 BW voor de 'tastbare' prestaties en art. 7:750 BW voor de podiumprestaties.

163 Art. 6:220 lid 1 BW.

164 Van Dunné 2004, § 6.3.

165 Eggens 1953; in dezelfde zin: Schoordijk 1979, p. 482 e.v.; Asser/Sieburgh 2018/171.

mate worden gefinancierd met publiek geld, blijken – door het ontbreken van de bestuursorgaanstatus – 60 prijzen wederkerig van aard en de overige 61 prijzen als eenzijdige rechtshandelingen te worden gekwalificeerd. Dat onderscheid heeft aanzienlijke gevolgen voor het toepasselijke recht en voor de rechtsbescherming, terwijl materieel beschouwd noch de organisatie, noch de betrokken kunstenaars enig verschil zullen merken tussen prijzen uit de ene of de andere categorie. Dat is niet alleen onbevredigend, maar ook moeilijk te rechtvaardigen. In paragraaf 6.4 wordt dan ook een aanzet gegeven tot het overbruggen van deze discrepantie.

5.2 Normering van de private (maar door de overheid bekostigde) geldprijzen

Een privaatrechtelijk vormgegeven prijs verschilt fundamenteel van zijn publiekrechtelijke pendant. Het privaatrecht koestert volstrekt andere uitgangspunten – denk aan contractvrijheid en partijautonomie – en hanteert diverse open normen waarmee een rechtsverhouding nader wordt ingekleurd, aangevuld of beperkt.¹⁶⁶ Daarnaast is de burgerlijke rechter competent bij geschillen over de totstandkoming, inhoud en nakoming van de prijs en kunnen partijen zelfs zonder rechterlijke inmenging een geslaagd beroep doen op een vernietigings- of ontbindingsgrond.¹⁶⁷

Het past in dit onderzoek om te kijken naar de overige consequenties van een privaatrechtelijk vormgegeven, maar geheel of gedeeltelijk met publiek geld gefinancierde prijs. Bij de voorliggende 60 geselecteerde prijzen gaat de aandacht vooral uit naar de selectieprocedure. Een procedure die leidt tot een geldprijs voor specifiek omschreven activiteiten, vertoont sterke parallellen met een precontractuele fase die uitmondt in een wederkerige overeenkomst. In deze fase wordt de positie van partijen ingekleurd door een aantal standaardarresten van de Hoge Raad.¹⁶⁸ De rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de privaatrechtelijke grondnorm van ‘goede trouw’,¹⁶⁹ in de huidige BW-terminologie vervangen door het begrip ‘redelijkheid en billijkheid’.¹⁷⁰ Het staat vast dat organisaties deze norm in acht moeten nemen bij de selectieprocedure.

Daarnaast kunnen zij aansluiten bij het normenkader dat het aanbestedingsrecht biedt: het staat gesubsidieerde instellingen vrij om de selectieprocedure in te richten conform het aanbestedingsrecht.¹⁷¹ Maken zij die keuze, dan moeten zij opereren met inachtneming van aanbestedingsrechtelijke beginselen, die hun werking krij-

166 Bijv. art. 6:248 lid 1 en 2 BW.

167 Art. 3:49 of 6:267 BW. Vernietigingsgronden staan o.a. in art. 3:40 lid 2, art. 3:44 en 6:228 BW. Voorts geeft iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de bevoegdheid tot ontbinden (art. 6:265 lid 1 BW).

168 De rode draad loopt door: HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*); HR 18 juni 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (*CBB/JPO*).

169 HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

170 Art. 6:2 lid 1 BW. De toepasselijkheid op een precontractuele – immers ‘verbintenisloze’ – verhouding verloopt via art. 6:1 BW.

171 Art. 1.11 Aanbestedingswet 2012. Veel prijsuitreikende organisaties worden zelf gesubsidieerd.

gen via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.¹⁷² Daarbij moet onder meer worden gedacht aan het respecteren van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel van proportionaliteit.¹⁷³

Overigens verdient vermelding dat, hoewel deze 60 prijzen geheel of gedeeltelijk met publiek geld worden gefinancierd, publiekrechtelijke waarborgen geen enkele rol spelen in de desbetreffende rechtsverhoudingen.¹⁷⁴

5.3 Overheidsbetrokkenheid bij de overige private geldprijzen

Van de 647 geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen worden 415 prijzen (mede) als geldprijs uitgereikt. Daaruit kwamen 121 prijzen bovendien die substantieel met publiek geld worden gefinancierd. Deze selectie bevestigt *niet* dat de overheid slechts bij 121 geldprijzen is betrokken. Het tegendeel is waar: ook bij de andere 294 geldprijzen is haar hand regelmatig zichtbaar. Zoals in de inleiding al werd aangestipt, hechten overheden veel waarde aan het tonen van betrokkenheid bij en het faciliteren van kunstuitingen. Dat doen zij veelvuldig bij kunst- en cultuurprijzen, op diverse manieren. Dit is echter een diffuse groep prijzen, die zich moeilijk laat onderverdelen. Ter illustratie beschrijf ik enkele geldprijzen waarvoor de bijdrage van de overheid onontbeerlijk is.

Het private Prins Bernhard Cultuurfonds, dat in alle provincies behalve Utrecht een of meer cultuurprijzen uitreikt, heeft in elke provincie een afdeling om de lokale belangen te behartigen. De medewerkers van deze afdeling hebben een werkplek in het provinciehuis en de commissaris van de Koning is voorzitter van het provinciale afdelingsbestuur. De herkomst van het prijzengeld is echter privaatrechtelijk, dus de prijzen ook.¹⁷⁵

Een ander voorbeeld is stichting BNG Cultuurfonds, een loot aan de stam van de BNG Bank. Deze bank heeft tot doel activiteiten te stimuleren op het gebied van kunst en cultuur die van betekenis zijn voor gemeenten en het gemeentelijk beleid.¹⁷⁶ Hoewel daarbij een actieve rol van gemeenten wordt verwacht, is de geldbron van

172 Vgl. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.4.4, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2003/121, m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2004/35, m.nt. M.A./M.C. van den Berg (RZG/ComforMed). De toepasselijkheid van deze beginselen kan contractueel worden uitgesloten, vgl. HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, r.o. 3.4-3.7, NJ 2013/572, m.nt. C.E.C. Jansen (KLM/CCC).

173 Art. 1.12 en 1.13 Aanbestedingswet 2012.

174 Omdat aan de geldverstrekker geen 'openbaar gezag' is toegekend, noch sprake is van een buitenwettelijk bestuursorgaan. Vgl. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.4.3, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2003/121, m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2004/35, m.nt. M.A./M.C. van den Berg (RZG/ComforMed). Zie voorts Jak 2014.

175 Kansspelopbrengsten en eigen fondsenwerving (Richtlijnen uitgangspunten bestedingenbeleid, p. 3, www.cultuurfonds.nl/storage/app/media/Aanvragen/Bestedingenbeleid%20Cultuurfonds%2014062018%20-%20definitief.pdf).

176 www.bngbank.nl/over-bng-bank/corporate-governance/statuten.

de BNG Cultuurfonds-prijzen privaatrechtelijk.¹⁷⁷ Deze prijzen kunnen daarom geen Awb-subsidies zijn.¹⁷⁸

Een derde illustratie vormen de Prins Claus Prijzen, die voor circa de helft door de overheid worden gefinancierd. Vanwege dit percentage ontkomen deze prijzen aan een subsidiekwalificatie. Dat neemt niet weg dat, met een prijzenbudget van ruim € 300.000, het jaarlijkse overheidsaandeel een aanzienlijke som publiek geld betreft.

Ten slotte wijs ik op het feit dat de overheid medefinancier is van tal van culturele instellingen waarvoor het uitreiken van geldprijzen een onderdeel is van het takenpakket. Vaak floreert de desbetreffende instelling juist vanwege – structurele – subsidiëring door de overheid. Wanneer echter niet expliciet is vastgelegd dat het prijzengeld *rechtstreeks* afkomstig is uit de subsidiestroom, ontglippen dergelijke prijzen niet alleen aan een subsidiekwalificatie maar is ook uitgesloten dat zij ‘in overwegende mate’ door de overheid worden gefinancierd. Ook zij behoren dus tot de 294 ‘andere’ geldprijzen.

6 OPMAKEN VAN DE BALANS EN AANBEVELINGEN

6.1 *Stand van zaken*

Het zal de lezer intussen duidelijk zijn: op het terrein van met publiek geld gefinancierde kunst- en cultuurprijzen schuilen tal van juridische adders onder het gras. Het is zaak te voorkomen dat zij de kop opsteken en de vreugde rondom een prijs verstoren of het imago ervan beschadigen.

Ofschoon de cultuursector een verdere juridisering van het geïnstitutionaliseerde prijzenveld niet met applaus zal ontvangen, rechtvaardigen de resultaten van dit onderzoek dat er meer aandacht uitgaat naar de juridische aspecten ervan. Ten eerste omdat het de verstrekking van *publieke* middelen betreft. Daarvoor zijn juridische waarborgen ontwikkeld waaraan de culturele sector niet kan en mag ontkomen. Transparantie en verantwoording vormen in dit kader het leitmotiv. Het is opmerkelijk dat een wettelijke inbedding van het beleidsinstrument ‘prijz’ tot dusver ontbreekt, terwijl het gebruik ervan alleen maar toeneemt. Een tweede reden is de rechtsbescherming: indien er juridische rechten zijn, moeten belanghebbenden daarop worden geattendeerd en mogen zij die benutten. Dat houdt ook de geldverstrekker scherp en alert op zijn handelen. Ten derde is er Thorbecke. Hoe verhoudt de wijze waarop de overheid vandaag kunst- en cultuurprijzen financiert zich tot Thorbecke’s adagium dat een vergaande overheidsbemoeienis met de inhoud van kunst moet worden vermeden? De gesignaleerde juridische knelpunten zullen hierna worden vertaald naar een aantal algemene en specifieke aanbevelingen.

177 Jaaroverzicht 2017 BNG Cultuurfonds, p. 3, www.bngbank.nl/Documents/Cultuurfonds/Jaaroverzicht%20BNG%20Cultuurfonds%202017.pdf.

178 Ofschoon de website van het BNG Cultuurfonds het begrip ‘subsidie’ gebruikt, wordt daarmee geen *publiekrechtelijke* geldverstrekking bedoeld.

6.2 Algemene aanbevelingen

6.2.1 Wettelijk kader voor 'publieke' geldprijzen

De juridische vraag *hoe* de verstrekking van publiek geld zou moeten geschieden, speelde ten tijde van Thorbecke geen rol van betekenis. Anno 2019 is zij zeer relevant. Het heeft decennia geduurd voordat er politieke eensgezindheid was over de rechtsvorm van subsidies.¹⁷⁹ Pas in 1998 zag de Subsidietitel in de Awb het licht, waarmee het subsidieinstrument definitief een publiekrechtelijk karakter kreeg.¹⁸⁰ Voor financiële aanspraken met een subsidiërende aard geldt sindsdien het primaat van het publiekrecht. Dit onderzoek toont dat de 61 kunst- en cultuurprijzen die de overheid rechtstreeks of via een b-orgaan financiert, eigenlijk gewoon subsidies zijn in de zin van de Awb. Niet valt in te zien waarom voor deze geldverstrekkingen geen publiekrechtelijke setting geldt. Deze prijzen hebben een bloedband met de overheid die vraagt om een publiekrechtelijk rechtsbeschermingskader. Dat kader ligt binnen handbereik, mits bij een geschil de rechter bereid is de geldverstrekking te toetsen aan de subsidie definitie.

De 60 *overwegend* met publiek geld, maar niet door Awb-bestuursorganen gefinancierde kunst- en cultuurprijzen zouden een plaats kunnen krijgen in de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc). Omdat deze (kader)wet alleen geldt voor organen van het Rijk, zou daarin wel een brug moeten worden geslagen naar de prijzen die grotendeels door decentrale overheden worden bekostigd. De nadere regeling daarvan zou kunnen worden neergelegd in provinciale en gemeentelijke verordeningen. Met het oog op de gewenste rechtsbescherming en omdat alle 121 geselecteerde prijzen qua vormgeving in het subsidiemodel passen, ligt ook voor deze prijzen aansluiting bij de Awb in de rede. De toekenning ervan zou als subsidiebesluit kunnen worden gekwalificeerd. Voor situaties waarin de Subsidietitel knelt, zou de Wsc moeten voorzien in een afwijkmogelijkheid.

Het enige struikelblok voor een rechtstreekse subsidie kwalificatie blijkt de bestuursorgaanstatus. Om dat te ondervangen, zou de Wsc een ondergrens moeten bevatten voor de mate waarin de overheid cofinancier is. Daarvoor zou inspiratie kunnen worden geput uit het 'in overwegende mate'-criterium dat de Afdeling heeft geformuleerd in haar zoektocht naar een publiekrechtelijke basis voor buitenwettelijke financiële verstrekkingen, te weten 67% van het prijzengeld.¹⁸¹ Ik realiseer mij dat een nominale grens per definitie uitnodigt tot ontwijkgedrag,¹⁸² maar dat zou kunnen worden ontmoedigd door een scherpere controle op de naleving van de verantwoordingsplicht door de geldverstrekkers. Publiek geld verplicht!

De voor minder dan twee derde met overheidsgeld gefinancierde prijzen vallen vooralsnog onder het privaatrecht. Dat is – gezien de actuele stand van het recht

179 De eerste bespiegelingen dateren uit 1961: Van Haersolte, Brasz & Steenbeek 1961, gevolgd door Hoefnagel en Reinders 1983; en door Hirsch Ballin & Van Kreveld 1988.

180 Bij de invoering van de Derde Tranche van de Awb per 1 januari 1998 (*Stb.* 1996, 333).

181 O.a. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, *JB* 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

182 Waarvan diverse voorbeelden in: Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2888-2897; en in: Den Ouden 2016a, p. 387-392.

inzake het bestuursorgaanbegrip – onvermijdelijk. Alternatieve voorstellen zijn echter al gelanceerd.¹⁸³

6.2.2 *Kunst- en cultuurprijzen versus het adagium van Thorbecke*

De juridische vraag *hoe ver* de publieke arm tijdens het financieren mag reiken, speelde ten tijde van Thorbecke een grote rol. ‘De Regering is geen oordeelaar van wetenschap en kunst,’ luidde zijn devies.¹⁸⁴ De vraag is ook nu nog relevant, maar minder problematisch dan de kunst- en cultuursector doet voorkomen. Het is alleszins verdedigbaar dat een bestuursorgaan dat een prijs volledig of grotendeels financiert, tevens de verdeelregels daarvoor vaststelt.¹⁸⁵ Voor het kunstmatig ‘op afstand’ plaatsen van de overheid, door de organisatie van een prijs geheel te verleggen naar een onafhankelijke stichting, zie ik geen dwingende reden. Integendeel: dergelijke constructies vertroebelen de juridische vorm en zorgen ervoor dat een bestuursorgaanstatus moeilijk kan worden vastgesteld. Daardoor kunnen de publiekrechtelijke context en dito rechtsbescherming vervagen of zelfs uit beeld verdwijnen. Dat strookt bepaald niet met het uitgangspunt van de wetgever om het publiekrecht het primaat te gunnen bij het reguleren van financiële aanspraken in het algemeen belang.

Overheidsbemoeienis met de inhoud van de kunst- en cultuurprestaties kan eenvoudig worden voorkomen door de kwalitatieve toetsing ervan in deskundige handen neer te leggen en de deskundigenadviezen te volgen. Dan blijft het bestuur keurig binnen de lijnen van Thorbeckes adagium. Dat heeft overigens alleen maar het gewenste effect als de verdeelregels geen achterdeur verschaffen aan de verantwoordelijke bewindspersoon in de vorm van een vetorecht.¹⁸⁶

6.3 *Specifieke aanbevelingen voor de geldprijzen die subsidies zijn*

Er zijn concrete aanbevelingen te geven voor het wegwerken van juridische knelpunten bij de 61 prijzen die (verhulde) subsidies zijn. Zij zien op de verstrekker, de bestemming van het prijzengeld en de verplichte stappen vanwege het type prijs.

De eerste focus betreft de instelling die de geldprijs feitelijk uitreikt. Haar bestuur is voor die handeling een bestuursorgaan in de zin van de Awb; haar jury is een deskundigenadviescommissie. In paragraaf 4.2 is uiteengezet welke strenge eisen het subsidierecht stelt aan de inrichting van de verdeelprocedure en aan de werkwijze van deskundigencommissies. *Omdat* het deskundigenoordeel doorslaggevend is voor de selectie van de kandidaten, zal in een juridische procedure veel aandacht uitgaan naar de totstandkoming en de inhoud daarvan. Het bestuursorgaan moet zich er bovendien van vergewissen dat het juryoordeel zodanig is gevormd en geformuleerd dat het de keuze voor de prijswinnaar(s) kan rechtvaardigen.

183 Bijv. Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 222.

184 *Handelingen II* 1862/63, 36 (22 september 1862). Voorts bijv. Aerts 2018, p. 602-614.

185 Vgl. art. 4 lid 2 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

186 Zoals de Johannes Vermeer Prijs doet (Reglement art. 3 lid 11).

Een tweede aanbeveling is het vastleggen van een bestedingsdoel voor het prijzengeld. Het moment van geldverstrekking bepaalt of een prijs als verlenings- of als vaststellingsbeschikking te boek staat. Onder het eerste type vallen de stipendia en aanmoedigingsprijzen. Voor een verleningsbeschikking vereist de Awb expliciet dat het bestedingsdoel vastligt en eventuele subsidieverplichtingen zijn verwoord.¹⁸⁷ Dat gebeurt bij deze prijzen doorgaans al. Waarderings- en oeuverprijzen hebben het model van een vaststellingsbeschikking. Het prijzengeld staat gelijk aan ‘financiering met terugwerkende kracht’, want dient ter compensatie van de investering die door de prijswinnaar is gedaan om de prijswinnende activiteiten te realiseren. Omdat de besteding van publiek geld nu eenmaal moet worden verantwoord, is het ook bij een oeuverprijs onontkoombaar het bestedingsdoel en zijn betekenis voor het algemene belang te benoemen. Is dat doel te vaag geformuleerd of ontbreekt het geheel, dan speelt de overheid Sinterklaas, hetgeen natuurlijk moet worden voorkomen. In oeuverprijzen schuilt wat dit betreft het meeste risico, aangezien zij vaak zonder of via een geheime nominatie worden toegekend. Wanneer bij de uitreiking niet nadrukkelijk een link wordt gelegd met het algemeen belang dat de prijs – ook – behoort te dienen, lijkt de toekenning al snel een schenking. Het belang van het labelen van het prijzengeld mag dus in geen geval uit het oog worden verloren.

Ten slotte levert het type prijs nog twee aanbevelingen. Stipendia en aanmoedigingsprijzen zijn verleningsbeschikkingen. Zoals in paragraaf 4.1 werd toegelicht, moet daarop een vaststellingsbeschikking volgen. Om de subsidierelatie formeel af te ronden, zou de organisatie na het voltooien van de activiteiten haar oordeel over de prestaties schriftelijk aan de prijswinnaar moeten meedelen.

De laatste aanbeveling betreft de oeuverprijzen. Dat de winnaar van een oeuverprijs het geld uitgeeft aan een familievakantie op Curaçao is moeilijk te vermijden, maar doet wel de wenkbrauwen fronsen. Zijn publieke middelen daarvoor bedoeld? Dit ‘schuren’ zou kunnen worden voorkomen door oeuverprijzen expliciet te bestemmen voor een nieuwe activiteit of deze prijzen niet (langer) in geld uit te keren. Ik bepleit de laatste optie: de immateriële waarde van een oeuverprijs overstijgt doorgaans zijn materiële waarde, niet alleen omdat het prijzengeld nooit raakt aan de marktwaarde van het geprezen oeuvre, maar ook omdat de winnaars van deze prijzen altijd kunnen terugblikken op een succesvolle carrière. Is *de eer* dan niet voldoende? Hetzelfde kan worden betoogd voor waarderingsprijzen die vrij besteedbaar zijn: het wringt wanneer grote sommen publiek geld bij wijze van eerbetoon aan enkelingen worden uitgegeven. Wellicht is hier een bovengrens – een subsidieplafond per verstrekking – het overdenken waard, of het vergroten van de symbolische waarde van zo’n prijs, bijvoorbeeld door de prijs minder frequent toe te kennen en de prijsuitreiking extra luister bij te zetten. De Akademie van Kunsten heeft daartoe in 2018 een mooie stap gezet.¹⁸⁸

187 Art. 4:30 lid 1 Awb.

188 www.knaw.nl/nl/actueel/nieuws/remco-campert-ontvangt-penning-akademie-van-kunsten. Op 11 juni 2018 is voor de eerste maal de Kunstenpenning van de Akademie van Kunsten uitgereikt: een tweejaarlijkse prijs voor ‘mensen die zich in Nederland zeer verdienstelijk hebben gemaakt voor de kunsten’. Het is *geen* geldprijs.

6.4 *Specifieke aanbevelingen voor de geldprijzen die bijna subsidies zijn*

In paragraaf 3 werd vastgesteld dat 60 van de 121 geselecteerde prijzen niet als subsidie kunnen worden gekwalificeerd omdat zij niet worden uitgereikt door een Awb-bestuursorgaan. Voor het overige voldoen deze prijzen aan de subsidiedefinitie: zij creëren een aanspraak op financiële middelen, zijn verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager en vormen geen betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Omdat een bestuursorgaanstatus voor deze prijzen zou leiden tot een publiekrechtelijke context en het publiekrecht nu eenmaal het primaat heeft bij de verstrekking van publiek geld, zou moeten worden bezien of deze status niet kan worden bereikt. Subsidieverstrekking vereist een wettelijke grondslag, maar blijkt sinds 2014 ook mogelijk zonder wettelijke bevoegdheidstoedeling: door een a-orgaan een doorslaggevende stem te geven in de verdeling van de prijzen en de overheidsbijdrage aan het prijzengeld op minimaal 67% te stellen. Het publiekrechtelijke primaat komt zelfs nog nadrukkelijker in beeld wanneer het gaat om prijswaardige activiteiten die de overheid beleidsmatig noodzakelijk acht. Het zou hoogst kwalijk zijn dat signaal te negeren, als blijkt dat de bestuursorgaanstatus via relatief eenvoudige aanpassingen in de organisatie zou kunnen worden gerealiseerd. Daarmee verhindert de organisatie de toepasselijkheid van publiekrechtelijke waarborgen op de rechtsverhouding en ontnemt zij de deelnemers de toegang tot een rechtsbeschermingstraject dat laagdrempeliger, sneller en goedkoper is dan het civielrechtelijke traject waaraan zij nu zijn overgeleverd.¹⁸⁹

Ik realiseer mij dat deze aanbeveling weerstand oproept, vanwege de vrees voor een toename van de werklust en van uitvoeringskosten bij prijsuitreikende organisaties. Die vrees is niet terecht, aangezien de aanpassingen voornamelijk zullen bestaan uit het herdefiniëren van de inhoudelijke en financiële band met de achterliggende bestuursorganen. Daarnaast moeten zij ertoe leiden dat financiële en inhoudelijke verantwoording wordt afgelegd, zowel intern als met betrekking tot het toekennen van de prijzen. Omdat van culturele instellingen toch al wordt verwacht dat zij de Governance Code Cultuur in acht nemen, is de stap naar Awb-conform handelen vermoedelijk veel kleiner dan gedacht.

Voor deze 60 prijzen ziet mijn aanbeveling dan ook op het creëren van een bestuursorgaanstatus wanneer de organisatiestructuur dat toelaat, opdat de discrepantie met het juridisch regime van de andere 61 prijzen wordt weggewerkt en alle 121 prijzen onder het publiekrecht vallen. De feitelijke uitvoering kan dan nog steeds in handen van een stichting liggen, mits een a-bestuursorgaan in beslissende mate invloed houdt op de verdelingsregels en hoofdfinancier blijft. Thorbecke-perikelen kunnen worden vermeden door de kwalitatieve beoordeling van de prestaties aan deskundigen over te laten.

189 Hetgeen in de praktijk soms bewust lijkt te worden nagestreefd, bijv. J.E. van den Brink & W. den Ouden 2019, p. 218.

7 SLOTSOM

Nederland kent een rijk geschakeerde collectie geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen. Van de 647 geïnventariseerde prijzen worden er 415 (ook) als geldprijs uitgereikt. Uit deze reeks zijn 121 geldprijzen te filteren waarvan de overheid de enige of grootste financier is. Uiteindelijk passen 61 van deze prijzen in de subsidie-definitie uit de Awb. Dat lijkt weinig, want het is minder dan 10%. Toch is hier waakzaamheid geboden. Allereerst geldt voor de andere 60 geldprijzen dat zij op één aspect na voldoen aan de subsidievereisten: het is niet duidelijk of zij worden uitgereikt door een Awb-bestuursorgaan. Dat maakt het, zeker bezien vanuit de herkomst van het prijzengeld, moeilijk te verdedigen waarom zij onder een ander rechtsregime zouden moeten vallen dan de 61 prijzen waarvoor een subsidiekwalificatie denkbeeldig is. Daarnaast heb ik gewezen op het feit dat zich ook tussen de overige 294 geldprijzen tal van prijzen bevinden waaraan de overheid, al dan niet structureel en soms tot bijna twee derde deel van het prijzengeld, financieel bijdraagt.

Mijn conclusie luidt dat *alle* geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen die de overheid voor ten minste 67% financiert, een publiekrechtelijk kader verdienen. Het realiseren hiervan vraagt echter stappen: van de prijsuitreikende instellingen, maar ook van de rechter en de wetgever. Instellingen zouden nauwgezet moeten bezien wat het overheidsaandeel is in de verdeelprocedure en in het prijzengeld, om te controleren of hun prijzen verholde subsidies zijn. Als dat het geval is, moeten zij maatregelen treffen om de prijs in overeenstemming te brengen met het toepasselijke recht. Leidt de toekenning van een prijs tot een geschil, dan zou de rechter alert moeten zijn op de evidente parallellen tussen een publieke geldprijs en de subsidie-definitie. Die bril past *elke* rechter, en mag niet worden genegeerd. De wetgever ten slotte, zou de kunst- en cultuurprijs een basis kunnen geven in de Wsc. Daarmee doet hij niet alleen recht aan dit belangrijke beleidsinstrument, maar creëert hij tevens een publiekrechtelijke grondslag voor de verstrekkingshandeling. Het Thorbecke-adagium staat daaraan niet in de weg: het is zeer goed mogelijk dat de overheid financiert en de verdeelregels vaststelt, maar zich onthoudt van kwalitatieve oordelen door de inzet van deskundigen.

Naast de hiervoor beschreven pluspunten van een publiekrechtelijk regime zie ik een noodzaak: de legitimatie van de financiering van kunst en cultuur. De rigoureuze bezuinigingsronde waarmee deze sector in 2011 werd geconfronteerd, maakte pijnlijk duidelijk dat aan kunst en cultuur geen vaste democratische waarde toekomt. Omdat een publiekrechtelijk kader voor kunst- en cultuurprijzen in elk geval dwingt tot transparantie en verantwoording, beïnvloedt dat hopelijk in positieve zin het draagvlak voor financiële ondersteuning van deze sector.

8 OVERZICHT VAN DE 121 (MEDE) DOOR DE OVERHEID GEFINANCIERDE
PRIJZEN: TABEL 1

**Tabel 1 Geïstitutionaliseerde kunst- & cultuurprijzen waaraan de overheid
financieel bijdraagt**

Elementen subsidiedefinitie (art. 4:21 lid 1 Awb)					
A = aanspraak op financiële middelen					
B = verstrekt door bestuursorgaan					
C = gelabeld prijzengeld					
D = geen betaling voor goederen/diensten					
CATEGORIE	A	B	C	D	Subsidie
I. ARCHITECTUUR					
Gouden Pyramide	75.000	IenM, OCW, BZK	+	+	+
Prix de Rome Architectuur	40.000	Mondriaanfonds	+	+	+
Vredeman de Vries prijs	5.000	GS Friesland	+	+	+
II. BEELDENDE KUNST					
Gerrit Benner prijs	5.000	GS Friesland	+	+	+
Kunstprijz Amstelveen	10.000	Amstelveen	+	+	-
Margaretha de Heer prijs	2.500	B&W Leeuwarden	+	+	+
HKU-prijz Utrecht	5.000	B&W Utrecht	+	+	+
Prijz Jonge Kunstkritiek (2)	5.000	Mondriaanfonds	+(2x)	+(2x)	+(2x)
Prix de Rome beeld. kunst	40.000	Mondriaanfonds	+	+	+
Georg Verbergstipendium	10.000	Groningen	+	+	-
Hendrik de Vriesstipendium	6.000	B&W Groningen	+	+	+
Wilhelminaring	7.500	Apeldoorn	+	+	-
Wolvecamp prijz	18.500	Hengelo	+	+	-
III. CULTUUR					
A'damprijz voor de Kunst (3)	115.000	AFK	+(3x)	+(3x)	+(3x)
AiR (KNAW-NIAS-beurs)	16.000	OCW via KNAW	+	+	+
AiR (AvK-KNIR-beurs)	8.700	OCW via KNAW	+	+	+
Drentse Talentprijz cultuur	2.500	GS Drenthe	+	+	+
Grote culturele prijz Drenthe	10.000	GS Drenthe	+	+	+
Cultuurprijzen Leudal (2)	625	Leudal	+(2x)	+(2x)	+(2x)
Eekhoff prijz	2.270	B&W Leeuwarden	+	+	+
Cultuurprijz Eindhoven (2)	15.000	raad Eindhoven	+(2x)	+(2x)	+(2x)
Cultuurprijz Emmen (2)	2.000	B&W Emmen	+(2x)	+(2x)	+(2x)
Groninger Cultuur prijz	7.000	PS Groningen	+	+	+
Karel de Grote oeuverprijz	10.000	raad Nijmegen	+	+	+
Nijmegen c-stimuleringsprijz	5.000	raad Nijmegen	+	+	+
Dr. Peelen prijz (2)	1.000	B&W Boxmeer	+(2x)	+(2x)	+(2x)
E. du Perron prijz	2.500	ook Tilburg	+	+	-
Prins Claus prijzen (2+5)	325.000	ook OCW	+(7x)	+(7x)	-
ECF Prs Margriet Award (2x)	40.000	ook OCW+BuZa	+(2x)	+(2x)	-
Johannes Vermeer prijz	100.000	OCW	+	+	+

Elementen subsidiedefinitie (art. 4:21 lid 1 Awb)

A = aanspraak op financiële middelen

B = verstrekt door bestuursorgaan

C = gelabeld prijzengeld

D = geen betaling voor goederen/diensten

CATEGORIE	A	B	C	D	Subsidie
IV. <u>FILM / TV</u>					
A'dam Human Rights Award	25.000	Amsterdam	+	+	-
Karen de Bok Talentprijs	25.000	NPO	+	+	-
Filmprijs stad Utrecht	5.000	B&W Utrecht	+	+	+
Holierhoek scenarioprijs	15.000	Stg. LIRA	+	+	-
IDFA Dutch Doc Award (2x)	10.000	Inst. Beeld&Geluid	+(2x)	+(2x)	-
IFFR Tiger Award + 7 Aw	119.000	OCW+Rotterdam	+(8x)	+(8x)	-
NFF Wildcards (6)	165.000	NL Filmfonds	+(6x)	+(6x)	+(6x)
V. <u>FOTOGRAFIE</u>					
VI. <u>ILLUSTRATIE</u>					
Max Velthuijs prijs	60.000	Stg PC Hooftprijs	+	+	-
VII. <u>LETTEREN</u>					
Belcampo Stipendium	10.000	PS/GS Groningen	+	+	+
C.C.S. Crone prijzen (4)	17.500	B&W Utrecht	+(4x)	+(4x)	+(4x)
Europese Literatuurprijs (2x)	12.500	Stg. LIRA	+(2x)	+(2x)	-
Ida Gerhardt Poëzieprijs	2.500	B&W Zutphen	+	+	-
Halewijn prijs	1.500	Roermond	+	+	-
Jan Hanlo Essayprijs (3)	10.000	Stg. LIRA	+(3x)	+(3x)	-
P.C. Hooftprijs Letterkunde	>60.000	OCW	+	+	-
Theo Thijssen prijs	>60.000	OCW	+	+	-
Piter Jelles Letterenprijs	2.500	B&W Leeuwarden	+	+	+
JC-Constantijn Huygens prijs	12.000	Den Haag	+	+	-
JC-Jan Campert prijs	> 6.000	Den Haag	+	+	-
JC-F. Bordewijk prijs	> 6.000	Den Haag	+	+	-
JC-Nienke van Hichtum prijs	> 6.000	Den Haag	+	+	-
JC-Jan Greshoff prijs	> 6.000	Den Haag	+	+	-
Gijsbert Japicx prijs	10.000	GS Friesland	+	+	+
Obe Postma prijs	2.000	GS Friesland	+	+	+
Letterenfonds vertaalprijs (2)	20.000	Letterenfonds	+(2x)	+(2x)	+(2x)
Else Otten prijs	5.000	Letterenfonds	+	+	+
Prix des Phares du Nord	5.000	Letterenfonds	+	+	+
Vondel Translation Prize	5.000	Letterenfonds	+	+	+
Lira Scherpenzeel Prijs (2)	7.500	Stg. LIRA	+(2x)	+(2x)	-
Prijs der NL Letteren	40.000	Ct.Min.Taalunie	+	+	+
Jo Peters poëzieprijs	2.500	DenHaag + prov	+	+	-
Prinsjesboekenprijs	2.500	FBJP	+	+	-
Hendrik de Vriesstipendium	6.000	B&W Groningen	+	+	+
Anton Wachter prijs	2.000	Harlingen	+	+	-

Elementen subsidie definitie (art. 4:21 lid 1 Awb)

A = aanspraak op financiële middelen

B = verstrekt door bestuursorgaan

C = gelabeld prijzengeld

D = geen betaling voor goederen/diensten

CATEGORIE	A	B	C	D	Subsidie
VIII. MUZIEK					
Bernlef prijs	1.500	Friesland	+	+	+
Gaudeamus Award	5.000	FPK / Utrecht	+	+	-
Nederlandse Muziek prijs	studie	OCW / FPK	+	+	+
Popprijs BUMA/SENA	10.000	BUMA / SENA	+	+	-
Matthijs Vermeulen prijs	20.000	FPK	+	+	+
JW-Johan Wagenaar prijs	25.000	Den Haag	+	+	-
JW-Kees van Baaren prijs	5.000	Den Haag	+	+	-
JW-Willem Pijper prijs	5.000	Den Haag	+	+	-
JW-Theo Bruins prijs	5.000	Den Haag	+	+	-
IX. ONTWERP					
Limburg Design Award	7.000	B&W Roermond	+	+	+
Harrie Tillie prijs	1.000	B&W Roermond	+	+	+
Vredeman de Vries prijs	5.000	GS Friesland	+	+	+
X. PODIUMKUNSTEN					
Jan Jansz Startersprijs	??	B&W Leeuwarden	+	+	+
Prijs NL Dansdagen	12.000	Maastricht	+	+	(4x) -
RIDCC-prijzen (4)	107.500	ook Rotterdam	+	(4x) +	-
Annie M.G. Schmidt prijs	3.500	BUMA / AK	+	+	-
De Troffel	7.500	ook subs. (65%)	+	+	-
Taalunie Toneelschrijfprijs	10.000	Lett.fonds / LIRA	+	+	+
Pyt van der Zee prijs	2.000	GS Friesland	+		+
Totaal: 121 prijzen	Waarvan subsidies:				61

1 INLEIDING: KUNST- EN CULTUURPRIJZEN: NIETS TE VREZEN VAN HET RECHT?

Had *De Blauwbilgorgel* ooit het licht gezien als minister Cals de opdracht tot ‘het schrijven van een reeks gedichten van fantaisistisch karakter’ aan Cees Buddingh’ volgens de regels uit 2020 had verstrekt?¹ Hadden afgewezen gegadigden voor de Biënnale van Venetië 2019 ook bezwaar gemaakt als zij daar niet op waren geattendeerd?² Vermoedelijk niet.

Dit hoofdstuk gaat over de juridische consequenties van het toekennen van kunst- en cultuurprijzen waarbij de overheid financieel betrokken is. Daarover valt veel te zeggen, en dat heeft alles te maken met het gegeven dat de verstrekking van deze prijzen vaak als een nauwelijks gereguleerde handeling wordt beschouwd. Op het eerste oog is dat niet vreemd: algemene wettelijke regels voor het toedelen van prijzen zijn er inderdaad niet. In de praktijk wordt daarom meestal aangenomen dat sprake is van een privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de prijswinnaars en de organisatie. Daar kunnen echter vraagtekens bij worden geplaatst. Sinds 1998 geldt namelijk, ook al staat dat vermoedelijk niet bij alle prijsorganisaties op het netvlies, dat de verstrekking van overheidsgeld ten behoeve van activiteiten in het algemeen belang onder het subsidierecht valt.³ Uit nadere beschouwing blijkt dat ook prijzen subsidies kunnen zijn.⁴

Deze constatering is niet zonder betekenis voor het Nederlandse kunst- en cultuurprijzenveld. Blijkt een prijs een subsidie, dan valt hij onder het publiekrecht. Die status kan ertoe leiden dat een clause als ‘over de uitslag wordt niet gecorrespondeerd’ niet langer houdbaar blijkt en dat geheime nominaties uit den boze zijn, omdat die conflicteren met het publiekrechtelijke normenkader. Ook is niet uitgesloten dat teleurgestelde kunstenaars gebruik wensen te maken van de laagdrempelige

* Hoofdstuk 3 is gepubliceerd in 2020 (*NJB* 2020/10, p. 682-690).

1 De Minister van OCW verleende Buddingh’ op 22 december 1952 een rechtstreekse opdracht tegen een honorarium van fl. 850,-. Zie Huijsers & De Roos 2007, p. 42-43.

2 Vgl. Pama & Smalenburg, *NRC* 13 juni 2018.

3 Op 1 januari 1998 trad de Subsidietitel in de Awb (art. 4:21-4:80) in werking (*Stb.* 1996, 333).

4 Hardy 2019a.

rechtsbescherming die het publiekrecht nu eenmaal biedt. Heeft men echter geen notie van de juridische vormgeving, dan kan het zijn dat een subsidiestatus ‘verhuld’ blijft. Dan bestaat de kans dat juridische plichten worden verzaakt en rechten onbenut blijven, omdat de betrokkenen niet op de hoogte zijn van het toepasselijke normenkader en de rechtsbeschermingsmogelijkheden.

Uit de rechtsvorm van kunst- en cultuurprijzen kunnen dus serieuze juridische consequenties voortvloeien. Dat maakt het blootleggen van die rechtsvorm belangrijk, het scherp zijn daarop en het oog hebben daarvoor evenzeer. Helaas is de kwalificatie van kunst- en cultuurprijzen allerm minst eenvoudig, en dat komt omdat het begrip ‘subsidie’ een materiële definitie kent. Het etiket waarmee partijen hun rechtsverhouding betitelen, doet er in het geheel niet toe. Voldoet de toedeling van een geldprijs aan de Awb-subsidiedefinitie, dan is zij een subsidiebeschikking en geldt het publiekrecht onverkort. Voldoet de toedeling niet aan de definitie, dan zal sprake zijn van een privaatrechtelijke handeling. Daarbij helpt niet dat de benaming van kunstprijzen soms ver af staat van de juridische realiteit, waardoor het achterhalen van de toepasselijke rechtsregimes extra ingewikkeld wordt. De *Koninklijke Subsidie voor Vrije Schilderkunst* bleek bijvoorbeeld geen subsidie, want het prijzengeld heeft een privaatrechtelijke herkomst.⁵ Ook zaait de context van een prijsuitreiking soms verwarring: de *qualitate qua* door de Commissaris van de Koning uitgereikte Culturele Prijs Noord-Holland is evenmin een subsidie.⁶ Ondanks deze complexiteit toont de praktijk dat kunstenaars in subsidierelaties al steeds minder aarzelen om rechtsbescherming in te roepen wanneer zij dat geraden achten.⁷ Het is dus helemaal niet uitgesloten dat die tendens zich uitbreidt naar de kunstprijzen die de overheid financiert.

Naar aanleiding van vragen als deze heb ik een onderzoek verricht naar de rechtsvorm van de geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen in Nederland.⁸ Daaruit blijkt onder meer dat de geldprijzen waaraan de overheid substantieel bijdraagt, materieel niet veel van elkaar verschillen. Toch is de ene prijs een subsidie en de andere een privaatrechtelijke handeling. Die kwalificaties leiden tot verschillende rechtsregimes, terwijl daarvoor eigenlijk geen objectieve rechtvaardiging bestaat. Waarom is bij een geschil over prijs A de bestuursrechter bevoegd, maar is hij dat bij een geschil over prijs B niet? De oplossing voor deze rechtsbeschermingsfrictie ligt binnen handbereik: alle prijzen die geheel of grotendeels met publiek geld worden bekostigd, zouden onder het publiekrecht kunnen worden gebracht. Dogmatisch zou dit zelfs de voorkeur verdienen, maar toch kan dit idee niet op veel applaus rekenen. Hoe komt het dat het publieke prijzenveld dit juridische knelpunt liever negeert dan reguleert?

5 Aldus de Rijksvoorlichtingsdienst, desgevraagd. Zie www.paleisamsterdam.nl/koninklijke-prijs/.

6 Betaald uit het (private) Prins Bernhard Cultuurfonds.

7 Al in 2005 signaleert Van Klink een toename van juridische procedures gestart door kunstenaars (Van Klink 2005, p. 217-220).

8 Hardy 2019a.

In deze bijdrage wordt een aanzet gegeven tot de beantwoording van deze vragen. Om enige context te verschaffen, voorzie ik de lezer eerst van een schets van het kunstprijzenveld (§ 2), van de juridische kwalificatie van kunstprijzen (§ 3) en van de mogelijke karakterisering van oeuvre- en waarderingsprijzen (§ 4). Daarna (§ 5) ga ik in op de specifieke gevolgen van de subsidiestatus voor een prijs en hoe het komt dat niet alle prijzen subsidies zijn (§ 6). Vervolgens licht ik toe waarom het subsidieinstrument zijn favorietenrol kwijt is (§ 7), hetgeen conflicteert met het primaat van het publiekrecht voor dit type geldverstrekkingen (§ 8). Ten slotte bespreek ik de weerstand tegen een publiekrechtelijke context (§ 9) en wordt de balans opgemaakt (§ 10): hoe te voorkomen dat een publieke kunstprijs zijn glans verliest?

2 EEN KLEURRIJK PRIJZENLANDSCHAP

Nederland kent ruim 600 geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen, waarvan een substantieel deel met financiële steun van de overheid wordt uitgereikt.⁹ Sommige prijzen bestaan al eeuwen.¹⁰ Andere hebben een turbulent verleden, zoals de P.C. Hooft-prijs laat zien.¹¹ Kunstprijzen zijn er in alle soorten en maten: geldprijzen, prijzen in natura, de combinatie daarvan of louter 'de eer'. De geldprijzen variëren van € 500.000 in totaal tot € 1 per woord; de prijzen in natura van een spiegel tot een volledige expositie.¹² Met de bij een prijs horend object wordt vaak de draak gestoken: denk aan de buste van P.C. Hooft die in huize Brandt Corstius als deurstop werd gebruikt¹³ of het Gouden Kalf-beeld dat uit een taxiraam werd gegooid.

Niettemin zijn kunst- en cultuurprijzen waardevol. Zij genereren aandacht en waardering voor de kunstenaar, onderstrepen excellentie binnen een sector, stimuleren sluimerend talent en potentieel publiek, en dragen aldus bij aan het nationale culturele erfgoed. De kunstprijs geldt dan ook al decennia als een belangrijk beleidsinstrument.¹⁴ Maar wat is zijn juridische kwalificatie?

3 KUNSTPRIJZEN MET PUBLIEK GELD: PUBLIEKRECHT OF PRIVAATRECHT?

Op peildatum 8 november 2018 telt Nederland 647 geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen.¹⁵ Daarvan bestaan 232 prijzen uit een waardering in natura en wor-

9 Zie www.dutchheights.nl.

10 De Prix de Rome bestaat sinds 1808 (www.prixderome.nl).

11 Voor alle anekdotes: www.pchooftprijs.nl.

12 Resp. de Turing Toekenning, Tzum-prijs, Poelifinario cabaretprijs en Singer Prijs.

13 Brandt Corstius 2016, p. 43.

14 Bijv. Boekman 1939, p. 208, 212, 213.

15 Hardy 2019a, p. 100.

den 415 prijzen (ook) in geld uitgekeerd.¹⁶ Om te traceren welk deel de overheid daaraan bijdraagt, is bij de geldprijzen de herkomst van het prijzengeld onderzocht. De uitkomst was dat 121 van deze prijzen ‘in overwegende mate’¹⁷ met publiek geld worden gefinancierd. Dat betekent dat een subsidiekwalificatie voor deze prijzenreeks niet onmogelijk is en daarom is zij nader onderzocht.¹⁸ De overige 294 prijzen worden niet substantieel door de overheid bekostigd en blijven om die reden onbesproken.¹⁹

Vervolgens zijn de 121 ‘publieke’ geldprijzen getoetst aan de subsidie-definitie, die is neergelegd in het eerste lid van artikel 4:21 Awb:

Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Die exercitie leidde tot een opmerkelijke bevinding: alleen het bestuursorgaan-criterium blijkt een serieus struikelblok bij het verwerven van de subsidie-status. Bij 61 prijzen komt een Awb-bestuursorgaan in beeld; voor de andere 60 prijzen is dat niet hard te maken. Met betrekking tot de overige definitie-onderdelen rijzen geen problemen: alle 121 prijzen bevatten een aanspraak op financiële middelen, die samenhangen met doelgebonden activiteiten en die niet zijn te beschouwen als commerciële transacties. Kortom: de verstrekking van alle 121 prijzen zou passen in de subsidie-definitie, ware het niet dat de verstrekkers van 60 prijzen niet rechtstreeks als Awb-bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt en dat ook niet lukt via de buitenwettelijke route die de Afdeling bestuursrechtspraak in 2014 heeft gepleveld.²⁰ De andere 61 geldprijzen zijn – verhuld of niet – materieel te kwalificeren als Awb-subsidies, waarop het publiekrecht onverkort van toepassing is.

In abstracto praten we dus over subsidiebesluiten, maar passen de toekenningsprocedures voor deze geldprijzen eigenlijk wel in de subsidieprocedure.²¹ De Awb-wetgever heeft voorzien in twee ‘modellen’ van subsidieverstrekking: gefaseerd of direct. Het eerste model ziet op verstrekking *step-by-step*: op een aanvraag volgt een verleningsbeschikking, daarna eventueel bevoorschotting en pas na afloop van de subsidieactiviteiten wordt de subsidie definitief vastgesteld.²² Het tweede model maakt het mogelijk te volstaan met één enkele vaststellingsbeschikking: subsidi-

16 Ook, aangezien geldprijzen vaak worden gecombineerd met een geste ‘in natura’: kunstobjecten, exposities of te geven concertreeksen.

17 Nader over deze formulering: § 6.

18 In hoofdstuk 2 § 8 staat een overzicht van deze 121 prijzen.

19 Ofschoon daarover genoeg kan worden opgemerkt; zie Hardy 2019a, p. 113-114.

20 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, «JB» 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (*stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, «JB» 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans (*stichting Platform31*).

21 Uitvoerig: Hardy 2019a, p. 101 en 105-106.

22 Via art. 4:29, 4:95 lid 1 en 4:43 Awb.

ering *all in one*, waarbij de vaststellingsbeschikking meteen een onvoorwaardelijke aanspraak op het subsidiebedrag geeft.²³ Dit is vooral doelmatig voor subsidies die pas kunnen worden aangevraagd nadat een bepaalde activiteit is verricht en het subsidiebedrag vaststaat.²⁴ Het *all in one*-model komt in de praktijk veel voor: decentrale regelgevers passen het op grote schaal toe.²⁵ Op Rijksniveau is het model zelfs verplicht voorgeschreven voor subsidieverstrekingen tot € 25.000, waarbij de Toelichting vermeldt dat 'deze subsidie kan worden verstrekt na afloop van of voorafgaand aan de subsidiabele activiteiten.'²⁶ De Awb-wetgever heeft de keuze tussen beide modellen aan de bijzondere subsidieregelaars overgelaten, omdat de gangbare subsidiesoorten zodanige verschillen toonden dat zij niet uitputtend in een algemene wet konden worden geregeld.²⁷ Die keuzemogelijkheid conflicteert niet met de subsidie-definitie, aangezien daaruit niet volgt op welk moment de gesubsidieerde activiteiten moeten worden verricht.²⁸

Hoe verhouden de toekenningsprocedures voor de 121 geldprijzen zich nu tot de twee subsidiemodellen? Deze prijzen kennen – globaal beschouwd – eveneens twee varianten: 90 oeuvre- of waarderingsprijzen enerzijds en 31 stipendia en stimuleringsprijzen anderzijds. Het eerste type wordt toegekend nadat de bekroonde prestaties zijn verricht.²⁹ De oeuvreprijzen passen dus naadloos in het *all in one*-model dat – als gezegd – voor veel soorten subsidies gebruikelijk is. Bij stipendia en stimuleringsprijzen is het prijzengeld gelabeld voor een specifieke prestatie die nog moet worden verricht, of bestemd voor de bekostiging van een verblijf op een bepaalde locatie die tot (inspiratie voor) een kunstuiting moet leiden.³⁰ Deze prijzen worden toegekend volgens een procedure die sterk lijkt op de *step by step*-procedure, waarbij de subsidieverlening vooraf gaat aan de beoogde prestaties. Wanneer de twee varianten van geldprijzen langs de twee subsidiemodellen worden gelegd, blijken zij dus prima te passen: de oeuvreprijzen in het *all in one*-model, de overige prijzen in het gefaseerde model.

23 Art. 4:43 Awb.

24 Bijv. subsidieverstreking na het indienen van de rekening voor de installatie van een energiezuinig apparaat.

25 Bijv. art. 17 lid 2 en 3 Algemene subsidieverordening (Asv) Provincie Zuid-Holland; art. 31 lid 1 Asv Provincie Limburg; art. 20 lid 1 Asv Provincie Noord-Brabant.

26 Met de kanttekening dat bij 'verstrekking na afloop' rekening moet worden gehouden met het stimulerend effect van de subsidieregeling' (Aanwijzing 7, Aanwijzingen voor subsidieverstreking, *Stcrt.* 2009, 20306).

27 MvT bij Titel 4.2 Awb, *PG Awb III*, p. 162-183.

28 Vgl. het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken: *Subsidie kan ook achteraf worden gegeven, bijvoorbeeld als prijs voor het getoonde gewenst gedrag* (https://www.kcwj.nl/sites/default/files/Factsheet_Subsidie.pdf).

29 Bijv. P.C. Hooft-prijs, Grote Culturele Prijs Drenthe.

30 Bijv. Prix de Rome, Georg Verberg stipendium.

4 OEUVRE- EN WAARDERINGSPRIJZEN: EXOTEN IN SUBSIDIELAND?

Hoewel uit het voorgaande blijkt dat de toekenning van oeuvre- en waarderingsprijzen procedureel past in een Awb-subsidiemodel, kan de vraag worden opgeworpen of de subsidietitel eigenlijk wel van toepassing is op deze prijsensoort. Het heeft er inderdaad alle schijn van dat de wetgever dit type prijzen aanvankelijk niet onder de subsidie definitie heeft willen scharen.

“Prijzen, bijvoorbeeld op het terrein van kunst of wetenschap, zullen veelal geen subsidies zijn, met name niet indien zij worden gegeven als eerbetoon aan een persoon, voor zijn gehele oeuvre of voor een bepaalde prestatie. Niet uitgesloten is echter, dat iets dat als ‘prijs’ wordt aangeduid, toch als subsidie in de zin van titel 4.2 moet worden aangemerkt. Te denken valt aan gevallen waarin aan het verlenen van de prijs een inschrijving is vooraf gegaan, waarbij de te verrichten activiteiten zijn omschreven”, vermeldt de Toelichting.³¹

Dit citaat is afkomstig uit de paragraaf waarin het subsidie criterium ‘Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager’ wordt besproken. Het lijkt alsof de wetgever alleen voor stipendia en stimuleringsprijzen heeft bedacht dat zij subsidies kunnen zijn, omdat bij die prijzen de gewenste prestaties expliciet zijn omschreven en nog moeten worden verricht. Die gedachte houdt echter geen rekening met het hiervoor beschreven *all in one*-subsiemodell.³² Langs die weg zou de toekenning van een oeuvreprijs de vorm van een subsidiebeschikking kunnen aannemen, mits de prijs een expliciete verwijzing bevat naar de gelauwerde prestaties.³³ Dat zal geen belemmerende factor zijn, omdat het juryrapport doorgaans het verband tussen de kunstenaar, diens prestaties en de toekenning van de prijs weerspiegelt. De oeuvreprijs is dus geen exoot, maar kan probleemloos worden verstrekt volgens de regelen der subsidiekunst. Van de 61 publieke kunstprijzen die voldoen aan de subsidiekwalificatie, vallen er zelfs 35 onder dit type.³⁴

Ik realiseer mij dat de voorgaande analyse bij niet-ingewijden de wenkbrauwen kan doen fronsen, omdat aan oeuvreprijzen nu eenmaal het beeld kleeft dat het vrij te besteden geldsommen zijn. Dat imago wordt versterkt door berichten over het spenderen van het prijzengeld aan bijvoorbeeld een familievakantie op Curaçao.³⁵ De besteding van een oeuvre- of waarderingsprijs is juridisch echter nooit ‘vrij’, omdat de geldsom – impliciet en met terugwerkende kracht – fungeert als tegemoetkoming in de kosten die door de prestaties zijn veroorzaakt. De prijs zou wel-

31 MvT bij art. 4:21 Awb, *PG Awb III*, p. 184-195.

32 Bijv. Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 74-75.

33 Art. 4:43 lid 1 Awb: *Indien geen beschikking tot subsidieverlening is gegeven, bevat de beschikking tot subsidievaststelling een aanduiding van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verstrekt.*

34 Voorbeelden: Johannes Vermeerprijs, Grote Culturele Prijs Drenthe en Prijs der Nederlandse Letteren.

35 Zoals de P.C. Hooft-prijs 1986: zie Brandt Corstius 2016, p. 43.

beschouwd nooit zijn toegekend wanneer de bekroonde prestaties er niet zouden zijn. Dit onverbrekelijke verband voorkomt dat de overheid willekeurig optreedt als geldschietter. De geldprijzen dienen immers een maatschappelijk doel: het stimuleren van kunst en cultuur. Daarmee doemt echter meteen de volgende vraag op: wat betekent het als kunstprijzen (verhulde) subsidies zijn?

5 SOMMIGE PUBLIEKE KUNSTPRIJZEN ZIJN SUBSIDIES EN DAT HEEFT CONSEQUENTIES

Om in kaart te kunnen brengen wat de juridische gevolgen zijn van een kunstprijs die onder het subsidiebegrip valt, is het essentieel het instrument ‘prijs’ onder de loep te nemen. Een kunstprijs is in wezen altijd het resultaat van een vergelijkende procedure. Soms gaat aan de toekenning een competitie vooraf, soms werkt de organisatie met – eventueel geheime – nominaties. In beide situaties worden de prestaties van potentiële kandidaten langs een kwalitatieve meetlat gelegd en van een waardering voorzien. Een kunstprijs is bovendien ‘schaars’: er zijn meestal meer gegadigden dan prijswinnaars. Dat moet ook, want schaarste bepaalt juist de immateriële waarde van de prijs. Hoe kleiner het aantal prijswinnaars in verhouding tot het aantal deelnemers, hoe exclusiever de prijs.³⁶ Voor de 61 kunstprijzen die subsidies zijn, heeft dit alles extra consequenties.³⁷

Ten eerste geldt het publiekrecht over de volle breedte van de toekenningsprocedure. Dat betekent dat die procedure een besluitvormingstraject is, dat een wettelijke grondslag en een Awb-bestuursorgaan te traceren zijn, dat de deelnemers belanghebbend zijn bij de jurybeslissing die hen betreft en dat de prijstoedeling een subsidiebeschikking is. Het toepasselijke normenpakket is omvangrijk: daartoe behoren niet alleen de algemene (Awb-)regels over besluiten, advisering en subsidiëring, maar ook de niet in de Awb gecodificeerde rechtsnormen – het gelijkheids-, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel – en de normen die uit grondrechten en Europees of Internationaal recht voortvloeien.³⁸ Complementair gelden enkele bijzondere wetten: er is een informatieplicht ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur; de Wet normering topinkomens maximeert mede³⁹ de salarissen van de bestuurders van de prijsorganisatie en klachten over gedragingen van het bestuur vallen onder de Wet Nationale ombudsman. Daarnaast controleert de Algemene Rekenkamer subsidies op Rijksniveau en doen provinciale en gemeentelijke Rekenkamers hetzelfde op decentraal niveau.

Naast het toepasselijke normeringskader is er de rechtspraak. In het subsidie-recht hebben zich de afgelopen jaren belangrijke ontwikkelingen voorgedaan waar-

36 Vgl. Heijne 2010, p. 48-52.

37 Uitgebreid: Hardy 2019a, p. 108-112.

38 Zoals art. 1, 7 en 22 lid 3 Grondwet; art. 10 EVRM; art. 2 UNESCO-verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen; art. 15 IVESCR.

39 Voor Cultuurfondsen geldt sinds 1 januari 2013 de (op de WNT gebaseerde) Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren (*Stcrt.* 2012, 26223).

bij de bestuursrechter de aanjager was. De beantwoording van principiële vragen over de verdeling van schaarse publieke rechten⁴⁰, het realiseren van effectieve rechtsbescherming voor concurrenten in een tendersubsidieprocedure⁴¹ en de aan deskundigenadvisering te stellen eisen⁴², heeft belangrijke sporen nagelaten in het subsidierecht. Het feit dat er een ‘prijzenplafond’⁴³ is, veroorzaakt dat er sprake is van een schaars publiek recht.⁴⁴ Dat is al het geval als het aantal deelnemers het aantal beschikbare prijzen *kan* overstijgen.⁴⁵ Die kwalificatie verplicht tot het bieden van gelijke kansen aan alle – ook potentiële – gegadigden voor de prijs. De daaruit voortvloeiende verplichtingen starten bij het nadenken over de verdeling van de prijzen en eindigen pas na de feitelijke prijsuitreiking: de gekozen procedure moet van begin tot eind glashelder zijn.

Het moge duidelijk zijn: waar publieke kunstprijzen worden uitgereikt zonder notie van een mogelijke subsidiestatus, is de kans aanzienlijk dat juridische plichten worden genegeerd en rechten niet kunnen worden benut.

6 WAAROM ZIJN NIET ALLE PUBLIEKE KUNSTPRIJZEN SUBSIDIES?

Het onderzoek leert dat de andere helft (60) van de 121 kunst- en cultuurprijzen die geheel of grotendeels met overheidsgeld worden gefinancierd, in een privaatrechtelijke context wordt verstrekt.⁴⁶ Opvallend is dat deze prijzenreeks *bijna* zou passen in de subsidie definitie, op één aspect na: de uitreikende instanties zijn niet te definiëren als Awb-bestuursorganen. Dat feit veroorzaakt dat de geldprijzen niet als subsidiebesluiten kunnen worden gekwalificeerd, waardoor een juridische kloof ontstaat in de 121 publieke kunst- en cultuurprijzen. Ondanks een identieke bloedgroep – dezelfde mate van overheidsfinanciering, gericht op gelijksoortige activitei-

40 Voor een overzicht: Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Conclusie inzake schaarse vergunningen*), gevolgd in ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), maar reeds eerder ingezet door het CBb (bijv. CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*)).

41 Bijv. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*); in dezelfde lijn: CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy*). Voorts Hardy 2016, p. 13-36.

42 Bijv. ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*) en CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel B.V.*).

43 In de zin van een subsidieplafond: art. 4:25-4:28 Awb. Zie ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

44 Deze paragraaf bespreekt de geldprijzen die subsidies zijn, dus het ‘prijzenplafond’ ziet louter op dit type overheidshandelingen. Niet uitgesloten is echter dat ook andere publieke geldprijzen behoren tot schaarse publieke rechten. Dit leerstuk beperkt zich namelijk niet tot *publiekrechtelijke* overheidshandelingen.

45 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, r.o. 4.3, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rederij Lovers*).

46 Hardy 2019a, p. 112-113.

ten – blijken 60 prijzen privaatrechtelijk van aard en 61 prijzen als publiekrechtelijke rechtshandeling te profileren. Die kwalificaties hebben aanzienlijke gevolgen voor het toepasselijke recht en voor de rechtsbescherming, terwijl materieel beschouwd noch de organisatie, noch de betrokken kunstenaars enig verschil zullen merken tussen prijzen uit de ene of de andere categorie. Dat is niet alleen onbevredigend, maar ook moeilijk te rechtvaardigen.

Een voor de hand liggende vraag is dan ook of hier geen mouw aan te passen is: kunnen de 60 privaatrechtelijke geldprijzen geen subsidies worden, nu het ook bij deze prijzen om het toedelen van publiek geld gaat? Voor de beantwoording daarvan is het Awb-bestuursorgaanbegrip en de daarover verschenen jurisprudentie relevant. De Awb definieert in het eerste lid van artikel 1:1 twee typen bestuursorganen: organen van een publiekrechtelijke rechtspersoon⁴⁷ (a-organen) en organen die deel uitmaken van een privaatrechtelijke rechtspersoon⁴⁸ die ‘met enig openbaar gezag’ is bekleed om publiekrechtelijke rechtshandelingen te kunnen verrichten (b-organen). Een a-orgaan valt voor zijn gehele functioneren onder het publiekrecht; een b-orgaan alleen indien en voor zover hij bevoegd is om publiekrechtelijke rechtshandelingen te nemen. Verricht hij handelingen buiten die bevoegdheid, dan zijn dat privaatrechtelijke handelingen. Dankzij de zogenoemde publieketaakjurisprudentie⁴⁹ is de buitengrens van de categorie b-organen reeds lange tijd opgerekt: ook wanneer een wettelijke grondslag ontbreekt, kunnen handelingen als publiekrechtelijk worden gekwalificeerd en is bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk.

In 2014 heeft de Afdeling, nadat zij hierover een conclusie⁵⁰ had gevraagd, de reikwijdte van het b-orgaanbegrip verduidelijkt voor buitenwettelijke financiële verstrekkingen.⁵¹ Als een orgaan niet via een wettelijk voorschrift met openbaar gezag is bekleed, luidt de hoofdregel dat het geen bestuursorgaan is. Bij het verstrekken van geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden is echter een uitzondering op deze regel mogelijk, mits aan een inhoudelijk en een financieel vereiste is voldaan. Op dat moment wordt de verstrekker een *buitenwettelijk* b-bestuursorgaan en de verstrekking een besluit in de zin van de Awb. Het inhoudelijke vereiste ziet op de verplichting dat de verstrekkingcriteria *in beslissende mate* zijn bepaald door een of meer a-organen. Het financiële vereiste vergt dat de geldverstrekking *in overwegende mate* – voor twee derden of meer – wordt gefinancierd door een of meer a-organen. In 2019 heeft de Afdeling aan deze jurisprudentie een belangrijke nuancering toegevoegd: de status van buitenwettelijk b-bestuursorgaan

47 In de zin van art. 2:1 BW.

48 In de zin van art. 2:3 BW.

49 Voor een overzicht: Peters 2017.

50 Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

51 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, «JB» 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (*stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, «JB» 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans (*stichting Platform31*). In dezelfde lijn: CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, AB 2018/142, m.nt. N. Jak; CBb 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak.

maakt een geldverstrekker niet in één adem bevoegd tot het nemen van subsidiebesluiten. Daarvoor vereist artikel 4:23 Awb nu eenmaal een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.⁵²

Theoretisch lijkt deze jurisprudentie een nieuw perspectief te bieden voor de 60 publieke geldprijzen die in een privaatrechtelijke context worden verstrekt. Zij vallen nu buiten de subsidie-definitie omdat er geen Awb-bestuursorgaan aan te wijzen is: de geldverstrekkers zijn geen a-organen want zij behoren tot privaatrechtelijke rechtspersonen en evenmin wettelijke b-organen omdat aan hen geen regelgevende bevoegdheid is gedelegeerd.⁵³ De Afdelingsjurisprudentie maakt het echter mogelijk om een geldverstrekking te transformeren naar een subsidie als de verstrekker een buitenwettelijk b-orgaan is. Daarvoor is nodig dat wordt voldaan aan de twee hiervoor beschreven cumulatieve vereisten. Die transformatie zou voor deze 60 geldprijzen een haalbare kaart kunnen zijn, omdat hun prijzengeld geheel of grotendeels van de overheid afkomstig is.⁵⁴ Van de desbetreffende organisaties zou het een herdefiniëring vergen van de inhoudelijke band met het geldverstrekken bestuursorgaan: als de verstrekkingcriteria in beslissende mate door een a-orgaan worden opgesteld, maakt dat de geldverstrekker een buitenwettelijk b-orgaan. Volgens moeten zij bij wettelijk voorschrift met hun subsidietaak worden belast om te muteren naar een wettelijk b-bestuursorgaan.

Het pluspunt van een publiekrechtelijke regeling voor de 60 geldprijzen zou zijn dat de geconstateerde juridische kloof binnen de publieke kunst- en cultuurprijzen wordt gedicht en dat de rechtsbeschermingsverschillen worden rechtgetrokken. Ook dogmatisch verdient het de voorkeur: het gaat tenslotte om publiek geld. Het is alleen de vraag: zijn de prijsuitreikende instellingen daartoe bereid?

7 SUBSIDIES ‘PASSEN NIET’: ONTWIJKEN VAN HET PUBLIEKRECHT LONKT

Er is een factor die tegenwerkt: anno 2020 kleeft er een negatief imago aan het subsidie-instrument. Subsidieering geldt niet langer als een verantwoorde financieringsmethode, maar als ouderwets en onnodig gecompliceerd.⁵⁵ Met kunstsubsidies is het nog slechter gesteld. Zij worden geassocieerd met hangmatten, infusen, of fungeren als ironische rode draad in succesvolle romans.⁵⁶ De gewenste *doe-democratie* vraagt om heel andere beleidsinstrumenten. Overheden omarmen gretig nieuwe financieringsvormen: zij plaatsen kapitaal in *revolverende* fondsen om leningen tegen zachte rentes te verstrekken en laten het *right2challenge* reiken tot in de uit-

52 ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden, «JB» 2019/52, m.nt. L.J.M. Timmermans, *Gst.* 2019/86, m.nt. E.M.M.A. Driessen (*SCE Eindhoven*).

53 Bij deze reeks prijzen ontbreekt een reglement of vermeldt het reglement niets over een publiekrechtelijke bevoegdheidstoedeling terzake van het verstrekken van prijzen.

54 Hardy 2019a, p. 100-101.

55 Bijv. Van den Brink & Den Ouden 2016.

56 Pfeijffer 2018; 't Hart 2014 ; Kagie & Husken 2014.

hoeken van de samenleving.⁵⁷ De beweegreden? De innoverende kracht van het veld benutten, of – minder positief ingestoken – willen acteren zonder de knellende banden van het publiekrecht.⁵⁸

Het imagoprobleem waarmee het subsidieinstrument worstelt, laat zelfs sporen na in de interpretatie van de Afdelingsjurisprudentie over buitenwettelijke financiële verstrekkingen. Grenzen bieden houvast, maar kunnen evenzeer uitnodigen tot ontwijkgedrag.⁵⁹ De praktijk toont dat buitenwettelijke geldverstrekkers vaak niet het achterliggende doel van deze jurisprudentielijn nastreven – de bestuursorgaankwalificatie, zodat de verstrekkingshandelingen onder het publiekrecht worden gebracht – maar juist proberen daar verre van te blijven.⁶⁰ De publiekrechtelijke kaders vermijden, lijkt de nieuwe doelstelling. En dat blijkt helemaal niet zo ingewikkeld. Het financiële criterium kan eenvoudig worden omzeild door het overheidsaandeel van de geldverstrekking onder de 67% te houden; het inhoudelijke criterium door de mate van invloed van het achterliggende a-orgaan in te perken.⁶¹ Omdat de criteria cumulatief zijn, zorgt het verwezenlijken van één van de alternatieven er al voor dat de geldverstrekker geen bestuursorgaan is. Daarmee wordt een subsidiekwalificatie voorkomen en valt de deur naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming definitief in het slot.

Wat levert het voorgaande nu op? De 60 geldprijzen waarvan de subsidiekwalificatie nu struikelt over het bestuursorgaanbegrip, zouden met enige moeite de subsidiehaven kunnen worden ingeloodst. De wettelijke b-bestuursorgaanstatus is niet onbereikbaar, maar daarvoor moeten de financierende overheid en de prijsorganisaties het gesprek aangaan: de inhoudelijke band moet opnieuw worden gedefinieerd en er moet een wettelijke subsidiegrondslag worden gecreëerd. De alternatieve route is echter ook zonneklaar: dezelfde prijsorganisaties kunnen hun banden met de overheid zo vormgeven dat er (zeker) geen sprake meer is van een buitenwettelijk b-orgaan. En die route lijkt vooralsnog aantrekkelijker.

8 MAAR HET PRIMAAT VAN HET PUBLIEKRECHT DAN?

De hiervoor geschetste ontwikkeling is opmerkelijk wanneer men zich realiseert dat de Awb-subsidietitel pas in 1998 in werking trad, na een decennia durende discussie over de noodzaak van een publiekrechtelijke inbedding van dit belangrijke

57 Bijv. het fonds InvestNL waarin de Nederlandse overheid 1,7 miljard euro plaatste (www.invest-nl.nl); voorts over het R2Ch: www.righttochallenge.nl en bijv. het themanummer *RegelMaat* 2019 (34) 6.

58 Waarbij zij soms uit het oog verliezen dat leningen en garanties ook onder de subsidie definitie kunnen vallen, bijv. CbB 1 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:456.

59 Vgl. Van den Brink & Den Ouden 2016; en Den Ouden 2016a.

60 Bijv. Van den Brink & Den Ouden 2019.

61 Bijvoorbeeld door tussen het a-orgaan en de subsidieontvanger een nieuwe rechtspersoon te plaatsen, die wordt belast met het opstellen van de belangrijkste verdeelregels en de feitelijke subsidieverstrekking.

beleidsinstrument.⁶² Die keuze impliceert het primaat van het publiekrecht: het uitgangspunt is dat verstrekking van publiek geld ten behoeve van het stimuleren van bepaalde activiteiten langs publiekrechtelijke weg geschiedt. Dat blijkt ook uit het feit dat de Awb zich verzet tegen het verstrekken van subsidies bij overeenkomst.⁶³ Subsidies en overeenkomsten sluiten elkaar uit: zij zijn niet inwisselbaar. Subsidies worden verleend en vastgesteld bij beschikking, op basis van een wettelijke grondslag. Overeenkomsten ter vervanging van een subsidiebeschikking leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van de subsidietitel en daarmee tot nietigheid van de betreffende contracten.⁶⁴ Niettemin kan er pas van doorkruising worden gesproken als er een publiekrechtelijk alternatief voorhanden is.⁶⁵ En dat lijkt, na een korte opleving dankzij de introductie van het buitenwettelijke b-bestuursorgaan, sinds 2019 weer moeilijker te realiseren, aangezien de Afdeling toen het principiële einde inluidde van buitenwettelijke b-bestuursorganen die met een structurele subsidie-taak zijn belast.⁶⁶ Het uitgangspunt is en blijft dat subsidieverstrekking een wettelijke grondslag vereist. Wanneer die ontbreekt, is de geldverstrekker onbevoegd, de geldverstrekking geen besluit en het toepasselijke rechtsregime privaatrechtelijk.

Deze ontwikkeling wringt met het primaat van het publiekrecht voor de verstrekking van publieke financiën. Daarnaast heeft subsidieinstrument de beste papieren als het op rechtsbescherming aankomt: niet alleen vanwege de juridische waarborgen waarmee een besluit wordt omringd, maar ook omdat het toegang verschaft tot de laagdrempelige en relatief snel acterende bestuursrechter. Hoort een publieke kunstprijs daarom niet vanzelfsprekend in een publiekrechtelijke context thuis?

9 WAAROM WEERSTAND TEGEN EEN PUBLIEKRECHTELIJKE CONTEXT VOOR HET KUNSTPRIJZENVELD?

Ik realiseer mij dat een pleidooi voor een publiekrechtelijke prijzencontext in de kunstwereld een gevoelige snaar raakt. Het Thorbecke-adagium⁶⁷ schrijft immers al 150 jaar voor dat het beoordelen van kunstuitingen buiten de politieke arena moet plaatsvinden, hetgeen heeft geleid tot de oprichting van tal van privaatrechtelijke

62 De rode draad: Van Haersolte, Brasz & Steenbeek 1961; Hoefnagel & Reinders 1983; Hirsch Ballin & Van Kreveld 1988.

63 PG Awb III, *Handelingen II* 31 januari 1996, p. 3662-3663. Voorts: ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006/296, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (*Flevo Herb*) en HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren (*CVZ/Verzorgingshuizen*).

64 Strijd met art. 4:29, 4:42 en 4:36 Awb leidt tot nietigheid van de rechtshandeling volgens art. 3:40 lid 1 BW.

65 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P.K. Kleijn, NJ 1991/393, m.nt. M.W. Scheltema, *Gst.* 1991/6914, 9, m.nt. L.J.A. Damen (*Windmill*).

66 ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, vgl. AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden onder punt 11.

67 *Handelingen II* 1862/63, 36 (22 september 1862).

kunstinstellingen naar wie bestuurstaken werden overgeheveld. Thorbeckes devies ziet echter op *hoe ver* de overheidsarm reikt, niet op *hoe* de overheid haar invloed vormgeeft.⁶⁸ Al sinds de inwerkingtreding van de Awb kan overheidsbemoeienis met de inhoud van kunst- en cultuurprestaties worden voorkomen door de kwalitatieve toetsing daarvan bij deskundigencommissies neer te leggen.⁶⁹ Zo blijft het bestuur binnen de lijnen van Thorbeckes adagium, zij het dat dit natuurlijk alleen maar het gewenste effect sorteert als de verdeelregels geen achterdeur verschaffen aan de verantwoordelijke bewindspersoon in de vorm van een vetorecht.⁷⁰

Een volgend argument dat de weerstand mogelijk kan verzachten, ziet op het subsidieproces. Welbeschouwd verschilt een zorgvuldige privaatrechtelijke toedeling van een kunstprijz nauwelijks van de voorbereiding van een (subsidie)besluit. Het bestuur stelt een reglement op met selectie- en verdeelcriteria, wijst deskundigen aan die zitting nemen in de jury, geeft bekendheid aan de prijzen en de spelregels en roept op tot deelname. De jury stelt haar oordelen over de prestaties op schrift. De deskundigenoordelen worden opgevolgd en vormen de grondslag voor de rangschikking van de prijswinnaars. De deelnemers ontvangen een individuele toelichting op hun plaats in de rangschikking en het bestuur legt verantwoording af over de wijze waarop de ontvangen overheidsfinanciën in geldprijzen zijn uitgekeerd. Daarbij komt dat bepaalde publiekrechtelijke normen al worden nageleefd door private culturele organisaties die publieke prijzen uitdelen: zij zijn verplicht de Governance Code Cultuur 2019 te volgen, die een normatief kader biedt voor goed bestuur en toezicht.⁷¹ De cultuursector lijkt ervan doordrongen dat *good governance* een belangrijke rol speelt in het vertrouwen en de legitimiteit die de organisaties in de buitenwereld genieten. Bij 'goed bestuur' hoort echter ook een juridische professionaliseringsslag, zoals het expliciteren van de rechtsvorm van een prijsorganisatie en de kwalificatie van de uiteindelijke prijstoedeling.

Ten slotte een enkel woord over de opvatting dat een publiekrechtelijke context uitnodigt tot het voeren van bezwaarprocedures. Alleen al de gedachte daaraan lijkt voor cultuurorganisaties voldoende om het subsidieinstrument de rug toe te keren. De angst voor het bezoedelen van een mooie prijs door langdurige juridische procedures met verongelijkte verliezers, zit diep. Ik vraag mij af in hoeverre die terecht is. Zo lang er transparantie is ten aanzien van de procedure, de jury, hun oordelen en de rangschikking, is het ontstaan van bestuursrechtelijke procedures niet waarschijnlijk. Wantrouwen en achterdocht ontstaan juist als die informatie ontbreekt: als de beoordelingscriteria vatbaar zijn voor discussie of de samenstelling van de jury en haar oordelen niet worden prijsgegeven. Bovendien zullen deelnemers niet snel geneigd zijn bezwaar te maken tegen een afwijzing of plaats in de rangschikking, als zich in de toekomst nieuwe kansen voordoen tot deelname. De verstand-

68 Hardy 2019a, p. 114-115.

69 Art. 3:5 – 3:9a Awb.

70 Zoals de Johannes Vermeer Prijs doet (Reglement art. 3 lid 11).

71 Zie <https://www.governancecodecultuur.nl>, waarin o.a. transparantie en verantwoording wordt vereist.

houding met de subsidieverstrekker is vaak meer waard dan het betwisten van een negatief besluit kan opleveren. In dit kader wijs ik op de niet te verwaarlozen rol van de sociale media. Ongenoegen zal hoe dan ook worden geuit, of dat nu via een bezwaarschrift of door een mediaoffensief geschiedt. Het is naïef wanneer een prijsorganisatie meent dat te kunnen afweren door de prijstoedeling in een privaatrechtelijke context te koesteren. Wegkijken biedt daarvoor geen oplossing; (waar nodig) orde op zaken stellen, doet dat wel.

10 SLOTSOM: HOE TE VOORKOMEN DAT EEN PUBLIEKE PRIJS ZIJN GLANS VERLIEST?

Nederland bezit een kleurrijke collectie geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen, die een grote waarde vertegenwoordigt in en buiten de kunstsector. De overheid is daarbij een belangrijke financier. In dit hoofdstuk heb ik de juridische consequenties geschetst van met publiek geld bekostigde kunst- en cultuurprijzen. Die consequenties verdienen aandacht, omdat in het cultuurprijzenveld de rechtsverhoudingen tussen de overheid, prijsorganisaties en deelnemers vaak niet nader zijn gekwalificeerd. Daardoor ontstaat de indruk dat regulering ontbreekt. Dat blijkt een misvatting: van rechtswege is sprake van een privaatrechtelijke of van een subsidiërelatie, dus van een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk rechtsregime. Twee parallelle sporen voor dezelfde handelingen – het toekennen van publieke prijzen – is echter onwenselijk. Welke aanbevelingen zijn denkbaar?

Daar waar de juridische kwalificatie van de prijstoedeling nog onduidelijk is, moet deze dringend worden opgehelderd. Die zoektocht zal het toepasselijke normenkader onthullen, dat privaatrechtelijk of publiekrechtelijk zal zijn. Voor prijsorganisaties die nu nog opereren in een privaatrechtelijke setting maar substantieel met publiek geld worden gefinancierd, geldt dat vanuit rechtsbeschermingsperspectief een publiekrechtelijke context de voorkeur zou verdienen. Een publiekrechtelijke kwalificatie strandt voor hen echter op het Awb-bestuursorgaanbegrip. Onder de huidige jurisprudentiestand vergt het verwerven van de bestuursorgaanstatus een aantal stappen en het is de vraag of de organisaties en hun (overheids)financiers bereid zijn die te zetten.

De mooiste oplossing ligt dan ook binnen het bereik van de wetgever. Als de kunstprijs een plaats krijgt in de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc) wordt met één pennenstreek het publieke prijzenspectrum opgeschoond, het rechtsregime geüniformeerd én recht gedaan aan het primaat van het publiekrecht. De publieke prijs krijgt dan een wettelijke grondslag en de prijsorganisatie wordt – voor de prijstoekenningshandeling – met openbaar gezag bekleed. Die codificatie zou in de vorm van een subsidie of een specifieke uitkering kunnen worden gegoten⁷², maar voor de publieke prijs zou ook een status aparte kunnen worden gecreëerd. Ik doel dan op een financieel beleidsinstrument waarvoor publiekrechtelijke waarborgen

72 Aansluitend bij art. 4 of art. 5 Wsc.

gelden, maar de verstrekker geen Awb-bestuursorgaan hoeft te zijn. Dat klinkt nieuwer dan het is: inspiratie kan worden ontleend aan het Unierecht op basis waarvan met EU-geld gefinancierde prijzen kunnen worden toegekend door privaatrechtelijke organen.⁷³

Omdat deze codificatie voorlopig nog toekomstmuziek is, is het realistisch te kijken naar het instrumentarium dat nu voorligt. Het is zonder meer positief dat de Governance Code Cultuur bij elke herziening meer gewicht toekent aan normen die aan het publiekrecht zijn ontleend en aldus bijdraagt aan een 'verpubliekrechtelijking' van de regels waaraan de kunstensector zichzelf wenst te binden. Mocht er een geschil ontstaan, dan kan ook de rechter bijdragen aan de juridische opheldering van het kunstprijzenveld. Het predicaat waarmee betrokkenen hun rechtsverhouding voorzien, is immers niet doorslaggevend en niet uitgesloten is dat de rechter aan de slag zal gaan met de subsidiedefinitie.⁷⁴ Daarnaast wordt reikhalzend uitgezien naar vervolgrechtspraak over de reikwijdte van het b-bestuursorgaan.

Wellicht vreest de lezer, na dit pleidooi voor een publiekrechtelijke context voor de verdeling van publiek prijzengeld, dat er geen enkele ruimte meer overblijft voor het ontstaan van *Gorgelrijmen* en andere opdrachten met een 'fantaisistisch karakter'.⁷⁵ Ik erken dat een rechtstreekse opdracht aan één kunstenaar anno 2020 steeds moeilijker te verdedigen is⁷⁶, maar betwijfel of dat juridisch te betreuren is. Wie weet tot welke bijzondere creaties een publiekrechtelijk genormeerde prijs leidt?

73 Art. 206 lid 1 jo. art. 62 lid 1 onder c Verordening (EU) 2018/1046.

74 Bijv. CBb 19 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:71, waaruit blijkt dat een krediet een subsidie kan zijn. Voorts bijv. Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162, waarin verstrekte borgstellingen niet als (subsidie)besluiten werden gekwalificeerd.

75 Huijser & De Roos 2007, p. 42-43.

76 ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink, *Gst.* 2019/78, m.nt. A. Drahmman (Gymnasion). Het is vooralsnog onduidelijk in hoeverre 'begrotingssubsidies' (art. 4:23 lid 3 onder c Awb) worden geraakt door de schaarse rechtenjurisprudentie.

NASCHRIFT BIJ DEELTHEMA 1

DE RECHTSVORM VAN EEN FINANCIERINGS- BESLISSING VAN DE OVERHEID

In 2021 werd opnieuw duidelijk dat het kunstenveld maar weinig oog heeft voor de juridische aspecten van kunst- en cultuurprijzen die door de overheid worden gefinancierd. De Prijs der Nederlandse Letteren, sinds 1956 de belangrijkste literaire oevreprijs in het Nederlandse taalgebied, werd ditmaal aan auteur Astrid Roemer toegekend. De prijs bedraagt € 40.000 en wordt driejaarlijks uitgereikt, waarbij het Nederlands Letterenfonds en Literatuur Vlaanderen beurtelings verantwoordelijk zijn voor de organisatie. Toen bekend werd dat Roemer de prijs in Brussel uit handen van Koning Filip zou ontvangen, ontstond er een felle discussie rondom haar persoon.¹ Het Comité van Ministers van de Taalunie² heeft vervolgens besloten de prijs wel toe te kennen, maar de prijsuitreiking te annuleren. De motivering van deze beslissing luidde:

“Wij nemen stellig afstand van de standpunten en uitspraken van mevrouw Roemer. Daarom hebben wij gezamenlijk besloten, in samenspraak met Literatuur Vlaanderen en het Nederlands Letterenfonds, dat wij het niet passend vinden om de prijsuitreiking door te laten gaan. De Prijs der Nederlandse Letteren 2021 is officieel toegekend aan mevrouw Roemer met oordeel van een onafhankelijke jury. De prijs wordt toegekend voor het gehele oeuvre van een schrijver in de genres poëzie, proza en/of drama. Persoonlijke standpunten van auteurs worden niet in aanmerking genomen bij de beoordeling van hun oeuvre. Wij vinden de uitspraken van mevrouw Roemer dermate ongepast dat het door laten gaan van een feestelijke prijsuitreiking niet op zijn plaats is”.³

1 O.a. Gerard Spong en Noraly Beyer verzochten de Belgische koning om niet zoals te doen gebruikelijk aanwezig te zijn bij de prijsuitreiking, vanwege uitlatingen van Roemer over Desi Bouterse. De koning heeft dit verzoek gehonoreerd. Voor een indruk van de discussie: bijv. S. Sanders, *NRC* 9 augustus 2021, ‘Ik had wel moeten reageren op de uitnodiging voor de Prijs der Nederlandse Letteren’; G. Spong, *NRC* 13 augustus 2021, ‘Astrid Roemer mag deze staatsprijs niet krijgen’; H.M. van den Brink, *NRC* 20 augustus 2021, ‘Prijs der Nederlandse Letteren had gewoon uitgereikt moeten worden’.

2 Namens Nederland de ministers Van Engelshoven en Slob; namens België de ministers Jambon en Weyts.

3 Aldus het persbericht van 13 oktober 2021, www.prijsderletteren.org/geen-uitreiking-2021/.

Deze reactie mag merkwaardig worden genoemd tegen de achtergrond van het Thorbecke-principe, te meer omdat het een staatsprijs betreft. Staatsprijzen als de P.C. Hooft-prijs, de Letterenprijs en de Johannes Vermeer Prijs zien op het volledige oeuvre van de prijswinnaar. De Letterenprijs heeft daarbij een koninklijk randje, vanwege de uitreiking door de Belgische of Nederlandse koning in zijn paleis. Dat gegeven is weliswaar louter symboliek, maar een vast onderdeel van deze prijs. Het signaal dat de Nederlandse (en Vlaamse) ministers geven door deze ceremonie te weigeren, veroorzaakt niet alleen een smet op de Letterenprijs 2021, maar is ook staatsrechtelijk opmerkelijk. De prijs ziet namelijk expliciet op Roemers oeuvre, niet op haar persoonlijke opvattingen. Die opvattingen zijn in de kern bovendien niet anders dan in 2016, toen zij de P.C. Hooft-prijs ontving, vergezeld van alle egards die daarbij horen. Het afzien van de feestelijke uitreiking van de Letterenprijs 2021 illustreert dat overheidsbemoeienis met staatsprijzen nog steeds niet van de baan is. Daar komt bij dat niet uitgesloten is dat deze prijs is te kwalificeren als subsidie, hetgeen dit overheidsoptreden nog merkwaardiger maakt.

Ook buiten het terrein van de kunst- en cultuurprijzen bleek het thema 'De rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid' tussen 2019 en 2022 op aandacht te kunnen rekenen. De belangrijkste jurisprudentie zag op de kwalificatie van de geldverstrekking, het bestuursorgaanbegrip en de uitvoeringsovereenkomst.

In het kader van de kwalificatievraag oordeelde de Afdeling dat de omstandigheid dat geen afschrift meer kon worden overgelegd van een subsidiebeschikking vanwege tijdsverloop, niet in de weg staat aan de kwalificatie van de verstrekking van financiële middelen als subsidie.⁴ Maar als het gaat om de terugvordering van subsidies die meer dan 40 jaar geleden zijn verstrekt, waarvan geen verleningsbeschikkingen meer voorhanden zijn én waarop de subsidietitel van de Awb door het overgangsrecht niet van toepassing is, rijst er toch een probleem. Deze terugvordering blijkt dan namelijk ook niet te kunnen worden gebaseerd op artikel 7 van de Wet terugvordering staatssteun.⁵ Voorts leerde de Afdelingsuitspraak van 20 april 2022 dat een beslissing over een begrotingspost in een concreet geval een subsidie kan zijn.⁶

Het bestuursorgaanbegrip was eveneens onderwerp van beoordeling in een aantal uitspraken. Het stichtingsbestuur dat op grond van een beleidsregel op geld waardeerbare voorzieningen verstrekke, werd door de Afdeling (ambtshalve) gekwalificeerd als bestuursorgaan, waardoor deze bestuurshandelingen besluiten waren in de zin van de Awb.⁷

4 ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3078, AB 2022/127, m.nt. J.E. van den Brink & M.J. Jacobs.

5 *Ibidem.*

6 ECLI:NL:RVS:2022:1151.

7 ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, AB 2021/61, m.nt. R. Bronsema, *Gst.* 2021/6, m.nt. L.J.M. Timmermans.

Op 27 januari 2021 zag een tweede uitspraak over stichting Cultuur Eindhoven (SCE) het licht.⁸ In de eerste SCE-uitspraak had de Afdeling de vraag beantwoord of SCE een bestuursorgaan was en of de SCE-subsidies steunden op een wettelijk voorschrift zoals artikel 4:23 Awb voorschrijft.⁹ De Afdeling stelde allereerst vast dat SCE kon worden aangemerkt als buitenwettelijk (b-)bestuursorgaan, omdat bij de geldverstrekking zowel aan het financiële als het inhoudelijke vereiste werd voldaan. De financiën waren namelijk afkomstig van B&W en de inhoudelijke criteria voor subsidieverstrekking waren in nauw overleg tussen SCE, de raad en B&W tot stand gekomen. Niettemin constateerde de Afdeling een gebrek: de ‘subsidieregeling’ was weliswaar in samenspel met de raad en het college opgesteld, maar uiteindelijk door SCE zelf vastgesteld. SCE had als stichting echter geen regelgevende bevoegdheden en daarom voldeed de ‘subsidieregeling’ niet aan het vereiste uit artikel 4:23 Awb. De belangrijkste conclusie uit de SCE-I-uitspraak was daarmee dat subsidieverstrekking door een buitenwettelijk b-orgaan niet mogelijk is. In de SCE-II-uitspraak beantwoordde de Afdeling vervolgens de vraag in hoeverre de bevoegdheid om subsidies te verstrekken aan een stichting kan worden gemandateerd of gedelegeerd. Anders geformuleerd: op welke wijze(n) kunnen lokale overheden het verdelen van subsidies ‘op afstand’ zetten? Daarvoor blijken drie opties beschikbaar: een mandaatconstructie¹⁰; de stichting onderbrengen in een bestuurscommissie¹¹; of de geldverstrekkingen zo vormgeven dat het stichtingsbestuur voor die handelingen niet langer een buitenwettelijk (b-)bestuursorgaan is. Deze rechtspraak voorziet niet alleen het lokale bestuur van een nuttige handreiking, maar zou ook door organisaties voor kunst- en cultuurprijzen grondig moeten worden bestudeerd.

Dat de reikwijdte van het bestuursorgaanbegrip vragen blijft opwerpen, blijkt ook uit de Afdelingsuitspraak van 23 maart 2022. Daarin overwoog de Afdeling dat het orgaan dat uiteindelijk beslist wie voor subsidie in aanmerking komt, moet worden beschouwd als subsidieverstrekker, ook al beschikt de minister als ‘beheersautoriteit’ nog steeds over een zekere verantwoordelijkheid ten aanzien van de bijdrage.¹²

Tot slot is voor dit deelthema ook het arrest van 18 februari 2022 vermeldenswaard, waarin de Hoge Raad oordeelde dat in een overeenkomst ter uitvoering van een subsidie niet een andere subsidie(hoogte) kan worden overeengekomen dan uit de subsidieregeling voortvloeit.¹³ In dat geval is namelijk sprake van een beschikkingvervangende overeenkomst en dat is een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling met betrekking tot subsidies in titel 4.2 van de Awb.

8 ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176, *Gst.* 2021/83, m.nt. E.M.M.A. Driessen & A. Drahmman, «JB» 2021/48, m.nt. L.J.M. Timmermans (*SCE-II*).

9 ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, *Gst.* 2019/86, m.nt. E.M.M.A. Driessen, *AB* 2019/321, m.nt. W. den Ouden, «JB» 2019/52, m.nt. L.J.M. Timmermans.

10 Op basis van artikel 10:1 e.v. Awb.

11 Op basis van artikel 83 Gemeentewet.

12 ECLI:NL:RVS:2022:848.

13 HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:275, *AB* 2022/227, m.nt. F.J. van Ommeren, «JB» 2022/97, m.nt. L.W. Verboeket & M.J. Jacobs.

DEELTHEMA 2

EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING IN TENDERVERDEELPROCEDURES

1 INLEIDING

Op 15 juli 2015 deed de Afdeling bestuursrechtspraak een uitspraak die wellicht grote consequenties heeft voor subsidieverstrekkers en aanvragers in zogenoemde *tenderprocedures*.¹ Het geschil draaide om een afgewezen subsidieaanvraag onder de Deelregeling meerjarige activiteitensubsidies Fonds Podiumkunsten 2013-2016 (hierna: Deelregeling).² De aanvraag van Stichting Holland Opera Xpress (hierna: Holland Opera) werd door subsidieverstrekker Fonds Podiumkunsten (FPK) positief beoordeeld, maar resulteerde desondanks in een afwijzing vanwege haar plaats in de rangorde en het bereiken van het subsidieplafond. Holland Opera startte een juridische procedure tegen haar eigen afwijzingsbesluit én tegen de positieve besluiten van drie cultuurinstellingen wier aanvragen hoger in de rangorde waren geëindigd. Zij trachtte hiermee de rangschikking te beïnvloeden: een geslaagd beroep zou tot een herschikking van de aanvragen kunnen leiden, waardoor haar aanvraag in de rangorde zou kunnen stijgen en de subsidie binnen handbereik zou komen.

Kernbegrippen als tendersysteem, subsidieplafond, belanghebbendheid en inzagerecht speelden in de procedure een belangrijke rol. Het oordeel van de Afdeling geeft voldoende aanleiding om de gevolgen voor de praktijk in kaart te brengen en tegen het licht te houden.

Het perspectief in dit hoofdstuk is dat van subsidies, met de procedure van Holland Opera als rode draad. Er wordt echter ook uitdrukkelijk aandacht besteed aan de relatie tussen het subsidierecht en het algemene bestuursrecht. Hoewel het subsidierecht sinds 1998 is verankerd in de Awb³, blijkt dit deelterrein weerbarstig

* Hoofdstuk 4 is gepubliceerd in 2016 («JBplus» 2016/1, p. 13-36).

1 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, «JB» 2015/147, voorafgegaan door Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679 (einduitspraak na bestuurlijke lus), AB 2015/167 m.nt. J.R. van Angeren en Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374 (tussenuitspraak).

2 Deelregeling meerjarige activiteitensubsidies Fonds Podiumkunsten 2013-2016, *Stcrt.* 2011, 19636 (hierna: Deelregeling).

3 Stb. 1996, 333; Titel 4.2 Awb is in werking getreden op 1 januari 1998.

en vraagt de subsidiepraktijk regelmatig om meer maatwerk dan de Awb op het eerste oog biedt.⁴

Eén van de knelpunten is de voor afgewezen aanvragers zeer beperkte mogelijkheid op te komen tegen de verleningsbesluiten van medeaanvragers uit dezelfde subsidieronde. Voor het betwisten daarvan is belanghebbendheid bij de verleningsbesluiten vereist, die alleen aanwezig wordt geacht bij economische concurrenten. Ontbreekt de concurrentpositie, dan heeft de teleurgestelde aanvrager – juridisch – het nakijken en kan hij slechts zijn eigen beschikking aanvechten. Deze optie is in een tenderprocedure echter ontoereikend, aangezien teleurgestelde aanvragers in deze context doorgaans de totstandkoming van de rangschikking *als geheel* aan de kaak willen stellen. Daarvoor is vereist dat (*ook*) de beoordelingen van de hoger geplaatste aanvragen kunnen worden betwist. Holland Opera legt in haar procedure onder meer de vinger op deze zere plek, hetgeen uiteindelijk de Afdeling dwingt tot het geven van een oordeel hieromtrent.

Naast belanghebbendheid-kwesties kent een tenderprocedure meer gevoeligheden die met regelmaat in juridische procedures opduiken, zoals (gebrek aan) transparantie⁵, (te beperkte) omvang van het processuele inzagerecht en (onvoldoende) inzichtelijkheid van de motivering. Ook hieraan zal aandacht worden geschonken.

Deze bijdrage belicht allereerst kort de tenderprocedure als subsidieverdeelsysteem (§ 2). Vervolgens schetst zij een beeld van de opvattingen in de literatuur en de stand van zaken in de rechtspraak over belanghebbendheid (§ 3) en het processuele inzagerecht (§ 4). Beide paragrafen worden afgerond met een reeks kanttekeningen. Ten slotte gaat paragraaf 5 in op de consequenties van de door de Afdeling ingezette koers.

2 VERDELEN VAN SUBSIDIES

2.1 *Verdeelsysteem voor subsidies: tenderprocedure*

De meeste subsidies behoren tot de zogenoemde schaarse publiekrechtelijke rechten.⁶ Een subsidie is schaars indien het aantal aanvragers het aantal te verdelen subsidie-aanspraken overstijgt of indien het totaalbedrag van de aanvragen het beschikbare subsidiebudget te boven gaat. Schaarse publiekrechtelijke rechten kunnen op diverse wijzen worden verdeeld.⁷ Is het vanwege de kwaliteit van de te subsidiëren

4 Zie voor een opsomming van knelpunten bijv. Jacobs & Den Ouden 2014.

5 Waarover bijvoorbeeld Drahmman 2015.

6 Term ontleend aan de titel van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011a. Ik prefereer, vanwege de focus op het in de Awb gecodificeerde subsidieinstrument, de formulering *publiekrechtelijke rechten*.

7 Van Ommeren 2004, p. 9. Hij onderscheidt vijf bestuursrechtelijke verdeelpcedures: volgorde van ontvangst, loting, vergelijkende toets, veiling en aanbesteding.

activiteiten wenselijk om aanvragers en aanvragen ten opzichte van elkaar te vergelijken, dan kiezen subsidieverstrekkers voor een verdelingsmethodiek die leidt tot een rangschikking, ook wel *tenderprocedure* of *beauty contest* genoemd.⁸

Een tenderprocedure bevat in de meeste gevallen een dubbele toets. De eerste is een *drempeltoets*, op basis waarvan wordt bepaald of een aanvraag subsidiabel zou kunnen zijn.⁹ Leidt deze tot een positieve beoordeling, dan wordt de aanvraag vervolgens getoetst aan project- of beleids specifieke criteria.¹⁰ Worden de aanvragen bij de tweede toets inhoudelijk met elkaar vergeleken, op basis daarvan becijferd en vervolgens in een rangschikking geplaatst, dan is er 'relatief' of 'direct' beoordeeld. Zijn de aanvragen individueel gewogen, dan geldt dat niet-inhoudelijk ofwel 'indirect' is beoordeeld. De aldus ontstane prioritering vormt de basis voor de uiteindelijke subsidieverdeling.

2.2 *Limitering van subsidiebudgetten: subsidieplafond*

Sedert 1849 staat vast dat een begrotingstekort niet aan een burger mag worden tegengeworpen, noch in een privaatrechtelijke, noch in een publiekrechtelijke rechtsverhouding.¹¹ Dat betekent dat de overheid haar financiële verplichtingen te allen tijde zal moeten nakomen. Om in subsidierelaties ongebreidelde overheidsuitgaven te kunnen voorkomen, heeft de wetgever in de Awb voorzien in twee instrumenten die aanspraken op subsidie kunnen beteugelen: het subsidieplafond¹² en het begrotingsvoorbehoud¹³. De behoefte om het recht op subsidie te kunnen beperken zal overigens met name rijzen in subsidierelaties waarin het bestuursorgaan onvoldoende beleidsvrijheid heeft om een subsidieaanvraag anderszins te kunnen afwijzen.¹⁴ In dit hoofdstuk blijft het begrotingsvoorbehoud verder buiten beschou-

8 Tenderprocedure is overigens een materieel begrip: ook indien het woord 'tender' niet in een regeling voorkomt, kan uit de verdeelwijze blijken dat sprake is van een tender. Zie ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654, r.o. 2.5.1.

9 Zoals art. 3.3 van de Deelregeling, waarin twee cumulatieve drempelnormen zijn geformuleerd: *Een aanvragende instelling dient te kunnen aantonen dat hij in de jaren 2009, 2010 en 2011 minimaal gemiddeld 40 uitvoeringen per kalenderjaar heeft gerealiseerd en dat de eigeninkomstenquote minimaal 20/100ste bedraagt.*

10 Artikel 3.4 van de Deelregeling bijvoorbeeld, bevat vijf cumulatieve beoordelingscriteria: a.) artistieke kwaliteit; b.) ondernemerschap; c.) pluriformiteit van het podiumkunstenaanbod in Nederland; d.) geografische spreiding in Nederland; en e.) aanwezigheid financiële bijdrage van provincie of gemeente.

11 HR 5 oktober 1849, W. 1058, W. den Ouden, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-10 (*De Bourbon Naundorff*).

12 Art. 4:22 Awb definieert het subsidieplafond: *Het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift.*

13 Art. 4:34, eerste lid, Awb: *Voor zover een subsidie wordt verleend ten laste van een begroting die nog niet is vastgesteld of goedgekeurd, kan zij worden verleend onder de voorwaarde dat voldoende gelden ter beschikking worden gesteld.*

14 De MvT bij art. 4:25 Awb wijst nadrukkelijk op het facultatieve karakter van het subsidieplafond. Biedt de betreffende subsidieregeling voldoende beleidsvrijheid om subsidieaanvragen te kunnen afwijzen, dan is het vaststellen van een plafond geen verplichting. (MvT in *PG Awb III*, p. 207-209).

wing omdat subsidieverdeling via een tenderprocedure doorgaans wordt gecombineerd met een subsidieplafond.

Om redenen van rechtszekerheid gelden voor het gebruik van een subsidieplafond strikte eisen. De vaststelling van een subsidieplafond geschiedt bij of krachtens wettelijk voorschrift en het besluit moet dienovereenkomstig worden bekendgemaakt.¹⁵ De hoofdregel is dat het plafond moet zijn gepubliceerd vóór de start van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld; een latere bekendmaking is wettelijk toegestaan maar geldt niet voor eerder ingediende aanvragen.¹⁶

Indien een bestuursorgaan kiest voor een subsidieplafond en dat op correcte wijze heeft bekendgemaakt, leidt dit tot de verplichting subsidieaanvragen af te wijzen voor zover het plafond door verstrekking van de subsidie zou worden overschreden.¹⁷ Deze weigeringsgrond hoeft niet nader te worden gemotiveerd, een verwijzing naar het subsidieplafond volstaat.¹⁸

2.3 Subsidieplafond en rechtsherstel

Wanneer een tenderprocedure wordt gecombineerd met een subsidieplafond, kan zich een complicatie voordoen. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat, na de drempeltoets, er meer positief beoordeelde aanvragen in de rangschikking staan dan waaraan op basis van het beschikbare budget subsidie kan worden verleend. Het toepassen van de ‘kaasschaafmethode’ op alle geschikt bevonden aanvragen biedt in dat geval geen oplossing, omdat daardoor de uitvoering van *alle* te subsidiëren projecten gevaar zou kunnen lopen. Dikwijls is in de toepasselijke subsidieregeling opgenomen dat het budget ‘getrapt’ moet worden verdeeld over de positief beoordeelde aanvragen, totdat het subsidieplafond is bereikt.¹⁹ De rangschikking is soms nader onderverdeeld in categorieën, waarbij ernaar wordt gestreefd in ieder geval de aanvragen uit de eerste te honoreren en voor zover mogelijk de aanvragen uit de volgende categorie.

15 Art. 4:25, eerste lid, Awb.

16 Art. 4:27, eerste lid, resp. tweede lid, Awb. Het aankondigen van een subsidieplafond voorafgaand aan het moment van formele bekendmaking kan leiden tot onverwachte subsidieaanspraken, zo blijkt uit ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5491, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden, «JB» 2007/31, m.nt. A.J. Bok.

17 Art. 4:25, tweede lid, Awb; voorbeeld van toepassing: ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1002.

18 Zie MvT bij art. 4:25 Awb: “Een wettelijke verplichting tot weigering [ontslaat] bestuursorganen van de verplichting telkens in concreto te motiveren waarom het belang van begrotingsdiscipline zwaarder moet wegen dan de belangen van de aanvrager” (PG Awb III, p. 207-209).

19 Bijvoorbeeld de Deelregeling artikel 2.4. (*Verdeling budget*):

1. *Aanvragen die aan de voorwaarden voldoen om voor subsidie in aanmerking te komen worden onderverdeeld in:*

A: honoreren;

B: honoreren voor zover het budget dat toelaat; en

C: niet honoreren.

2. *Als een subsidieplafond ontoereikend is om alle aanvragen met het advies ‘honoreren voor zover het budget dat toelaat’ te honoreren, worden de aanvragen in een rangorde geplaatst op basis van de van toepassing zijnde criteria.*

Holland Opera bevond zich in zo'n situatie: haar positief beoordeelde aanvraag werd in een tenderprocedure door het FPK afgewezen onder verwijzing naar het bereiken van het subsidieplafond en haar plaats in de tweede categorie.²⁰ Het betwisten van de afwijzingsbeschikking kan in dat geval zinvol zijn, aangezien het derde lid van artikel 4:25 Awb²¹ de mogelijkheid biedt tot rechtsherstel: het subsidieplafond kan niet aan een aanvrager worden tegengeworpen indien de uitkomst van zijn juridische procedure is dat hij recht heeft op subsidie. Het subsidieplafond zal dan moeten worden doorbroken. Hoewel de subsidiepot op dat moment al leeg kan zijn of de te subsidiëren activiteiten niet (meer) van belang, moeten op een hernieuwde beslissing op bezwaar de regels worden toegepast zoals zij golden ten tijde van de verdeling van het budget, dat wil zeggen ten tijde van het besluit in primo.²² Nieuwe feiten of omstandigheden daterend van na de aanvraagdatum vallen buiten deze beoordeling, aangezien daarmee bij de beoordeling van parallelle aanvragen evenmin rekening kon worden gehouden.²³

In de praktijk kan rechtsherstel leiden tot een niet voorziene druk op het budget van het subsidieverstrekken bestuursorgaan. Dat kan hierop anticiperen door een reservering te maken in het beschikbare subsidiebudget, maar die zal doorgaans beperkt van omvang zijn. Het rechtsherstel waartoe bijvoorbeeld de NWO in 2015 ten gevolge van een rechterlijke uitspraak werd verplicht, zal vermoedelijk niet budgettair zijn voorzien.²⁴ In geschil was een afgewezen Veni-aanvraag uit de subsidieronde van 2012. De aanvraag was in eerste instantie op plaats drie in de rangorde geëindigd, maar na de tweede ronde gezakt naar een niet-subsidiabele plaats. De rechtbank constateerde onzorgvuldige besluitvorming en een motiveeringsgebrek: omdat volgens haar de aard van de beslissing zich verzette tegen een *ex-nunc*-heroverweging, had de aanvraag van eiser moeten worden vergeleken met

20 De aanvraag van Holland Opera was gerangschikt in categorie B. Zie de vorige voetnoot voor een toelichting.

21 Art. 4:25, derde lid, Awb: *Indien niet tijdig, dan wel in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent verstrekking wordt beslist, geldt de verplichting van het tweede lid slechts voor zover zij ook gold op het tijdstip, waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen of had moeten worden genomen.*

22 Vgl. Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 118-119. Voorts bijv. ABRvS 13 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0298, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij en ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, «JB» 2015/216, m.nt. L.J.M. Timmermans.

23 Deze uit art. 4:25, derde lid, Awb afgeleide 'nuancering van de ex-nunc-regel' wordt door Schueler gezien als een van de oplossingsrichtingen voor de problemen die ontstaan door de werking (in onderlinge samenhang) van het aansprakelijkheidsrecht en het bestuursprocesrecht na de vernietiging van een verdelingsbesluit inzake een of meer schaarse publieke rechten. Hij bepleit de uitbreiding van deze (subsidie)regel tot andere typen schaarse besluiten, waarbij hij onder meer wijst op de formulering in art. 1.10, eerste lid, van de Crisis- en herstelwet (Schueler 2011, p. 374-375 en 377-378).

24 ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, «JB» 2015/216, m.nt. L.J.M. Timmermans, voorafgegaan door Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7306 en Rb. Midden-Nederland 14 mei 2014, (tussenuitspraak vanwege bestuurlijke lus; niet gepubliceerd).

de andere aanvragen uit de subsidieronde 2012.²⁵ Verweerder volhardde echter in zijn weigering – zelfs na een herstelpoging via een bestuurlijke lus – en leek ook anderszins weinig te ondernemen om de geconstateerde gebreken te herstellen. Het resultaat was dat de rechter oordeelde zelf in de zaak te moeten voorzien, omdat het onredelijk zou zijn eiser de gevolgen te laten dragen van verweerders onzorgvuldige besluitvorming.²⁶ De rechtbank herriep het primaire besluit en bepaalde dat de NWO aan eiser een Veni-subsidie moest toekennen ter hoogte van € 250.000.

In hoger beroep concentreert het geschil zich op de wijze van rechtsherstel. Het NWO-bestuur opteert voor een ‘variant op de ex-tunc-beoordeling’, inhoudend dat de aanvraag zou meedingen in een eerstvolgende ronde *of ad hoc* door een onafhankelijke, deskundige beoordelingscommissie zou worden vergeleken met twee aanvragen uit dezelfde subsidieronde. De Afdeling ziet niets in dit alternatief en doet de zaak af met een toetsing aan artikel 7:11, tweede lid, Awb, vermoedelijk in het kader van ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Zij wijst op de wettelijke verplichting dat in casu het primaire besluit had moeten worden herroepen en het besluit op bezwaar had moeten worden genomen in de context van de subsidieronde 2012. De omstandigheid dat het bestuur geen besluit wenste te nemen als bedoeld in artikel 7:11 Awb, komt voor zijn rekening. De Afdeling laat voorts de subsidietoekenning door de rechtbank in stand, waarbij zij in aanmerking neemt dat het NWO-bestuur heeft erkend dat voor de betreffende subsidieaanvraag het resultaat van de eerste ronde uitstekend was en dat een gemiddelde score voor de interviewronde zou hebben geleid tot een aanspraak op de gevraagde subsidie.

Hoewel de Afdeling in deze uitspraak niet met zoveel woorden wijst naar de rechtsherstelbaarheid uit artikel 4:25, derde lid, Awb, kan de systematiek er mijns inziens uit worden afgeleid. Indien ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent (subsidie)verstrekking wordt beslist, kan het inmiddels bereikte subsidieplafond – of budgettaire onvermogen – niet aan de rechtmatige subsidieontvanger worden tegengeworpen.

Wat de impact zal zijn van deze uitspraak op subsidieverstrekkers in den lande, moet nog worden gezien. Ik sluit niet uit dat deze benadering doorwerkt in een beperking van het subsidiebudget voor toekomstige verdeelronden, omdat subsidie-

25 Onder verwijzing naar ABRvS 13 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0298, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij en ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman.

26 Waarmee het oordeel van deze bestuursrechter *niet* past in de premisse van Schueler dat – vanwege het samenspel van rechterlijke terughoudendheid, bestuurlijke discretie en (vaak) vereiste inhoudsdeskundigheid – de bestuursrechtelijke procedure bij de verdeling van schaarse rechten een verborgen stimulans bevat om beroepen, zo enigszins mogelijk, ongegrond te verklaren (Schueler 2011, p. 369-370 en 377).

verstrekkers in ieder geval een deel ervan zullen gaan reserveren voor gevallen van rechtsherstel na een juridische procedure.²⁷

3 PROCEDEREN NA EEN TENDERVERDEELPROCEDURE: BELANGHEBBENDHEID

3.1 Vereiste van belanghebbendheid in het algemene bestuursrecht

De processuele status van ‘belanghebbende’ is vereist om een appellabele bestuurshandeling in rechte te kunnen betwisten.²⁸ De Awb definieert ‘belanghebbende’ in het eerste lid van artikel 1:2 als *degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken*. Deze omschrijving is ruim; zij omvat zowel de rechtssubjecten die bij de voorbereiding van een besluit in beeld zouden moeten komen als de groep die nadien een procedure daartegen kan instellen.²⁹ Behalve de normadressaat van een besluit kunnen ook derden belang hebben bij dat besluit, mits zij voldoen aan vijf cumulatieve criteria, de zogenoemde ‘opera’-criteria. Belanghebbendheid is aanwezig indien sprake is van een belang dat *objectief bepaalbaar* is, dat dermate *persoonlijk* en *eigen* is dat het zich voldoende onderscheidt van het belang van andere personen, dat *rechtstreekse* betrokkenheid heeft bij de te bestrijden bestuurshandeling en dat *actueel* – in de zin van niet toekomstig en onzeker – is.³⁰

Tegen de achtergrond van het algemene bestuursrecht is de vraag naar belanghebbendheid van aanvragers bij verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten relatief nieuw, in het bijzonder wanneer het belanghebbendheid bij *elkaars* besluiten betreft.³¹ De regeling in artikel 1:2 Awb is in beginsel niet geschreven voor een ‘horizontale’ rechtsverhouding en voorts geldt voor financiële beschikkingen het uitgangspunt dat derden er geen rechtstreeks belang aan kunnen ontlenuen. De praktijk toont dat afgewezen aanvragers desondanks regelmatig proberen de begunstigende beschikking(en) uit hun verdeelprocedure te betwisten. Belanghebbendheid van afgewezen aanvrager A bij de positieve beschikking van aanvrager B uit dezelfde ronde is echter niet vanzelfsprekend. Voor A is een *objectief bepaalbaar*,

27 Of zij tevens van invloed is op de door Schueler gesignaleerde – door het aansprakelijkheidsrecht ingegeven – impuls aan verdelende bestuursorganen om het (grootste) schaarse recht toe te kennen aan de partij die het meeste schade lijdt wanneer de verdeling na een bestuursrechtelijke procedure onrechtmatig blijkt te zijn, zou nader moeten worden onderzocht. Hij wijst op het gegeven dat schade, ontstaan door handelen conform het verleende recht gedurende de fase van bezwaar of beroep, voor risico van de rechthebbende komt. Indien echter het schaarse recht aan deze partij is geweigerd en deze weigering wordt vernietigd, is de kans op aansprakelijkheid van het bestuur groot (Schueler 2011, p. 367).

28 Ingevolge art. 8:1 Awb. Niet-appellabele bestuurshandelingen kunnen worden aangevochten via een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) bij de civiele rechter. Hoewel deze ook zal toetsen of de eis(er) ontvankelijk is in zijn vordering, is de civielrechtelijke toets van een andere aard dan die het bestuursorgaan of de bestuursrechter (ambtshalve) verricht op basis van art. 1:2 Awb.

29 Nader Rapport bij art. 1:2 Awb, *PG Awb I*, p. 146-153.

30 Art. 1:2 Awb; voorts bijv. Damen 2013, p. 130-143.

31 Wieland 2013, p. 1.

eigen en *actueel* belang weliswaar aanwezig, maar niet zeker is of zijn belang bij de beschikking van B voldoende *persoonlijk* en *rechtstreeks* is, in de betekenis dat er voldoende causaal verband bestaat tussen de gevolgen van het positieve besluit en het geraakt worden in zijn belang.³²

Het belang van A is mogelijk rechtstreeks bij het besluit van B betrokken indien beiden zich richten op dezelfde markt. Hiervan is sprake wanneer zowel het marktsegment als het verzorgingsgebied gelijk is.³³ Het begrip ‘marktsegment’ is in de rechtspraak nader ingevuld: er wordt gekeken naar doelgroepen en er vindt een vergelijking plaats naar productsoort, prijs alsmede kwaliteit; het laatste in de vorm van bijvoorbeeld labels of keurmerken.³⁴ Bij ‘verzorgingsgebied’ zijn geografische aspecten doorslaggevend. De reikwijdte van het gebied hangt af van de betrokken activiteit.³⁵ Luidt de conclusie dat marktsegment en verzorgingsgebied gelijk zijn, dan wordt dezelfde markt bediend en is er sprake van *concurrenten* in de positie van belanghebbenden.³⁶

3.2 Belanghebbendheid bij andermans subsidiebesluit

3.2.1 Belanghebbende bij subsidiebesluit: concurrentpositie vereist

Ook in het subsidierecht gelden de algemene regels inzake concurrent-belanghebbendheid. Een derde³⁷ kan op grond van een concurrentpositie als belanghebbende bij een subsidieverleningsbesluit worden aangemerkt, indien de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten die worden uitgevoerd binnen hetzelfde marktsegment en vallen binnen hetzelfde verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is.³⁸ Daarbij geldt dat de concurrerende activiteit geen ondergeschikt onderdeel mag zijn van het te subsidiëren project.³⁹ Ook *potentiële* concurrenten kunnen worden aangemerkt als belanghebbenden, mits zij concrete plannen

32 Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 70-71; voorts Damen 2013, p. 131-137.

33 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 202.

34 Wieland signaleert dat de ABRvS en het CBB steeds dieper lijken in te gaan op de vraag naar ‘identieke’ producten (Wieland 2013, p. 2-3). Hij vergelijkt in die bijdrage ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, «JB» 2011/135, m.nt. J. Dijkgraaf, AB 2011/2015 (*chocoladedecoraties*) met ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5909 (*slachtafval*), met ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden (*Classee of Afrikaanse meerval*) en met CBB 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, AB 2009/396, m.nt. I. Sewandono (*Amsterdam-centrum per bus of boot*).

35 Het verzorgingsgebied kan soms groot zijn, met name wanneer de activiteit die een onderneming verricht exclusiever is. Klassiek voor deze jurisprudentielijn is ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085 (*Factory Outlet Roosendaal / Lelystad*). Een recenter voorbeeld in dezelfde lijn: ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424, r.o. 6.2.

36 CBB 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, r.o. 5.1, AB 2009/396, m.nt. I. Sewandono; CBB 18 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8527; CBB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel. Voorts bijv. Heeremans & Baas 2013.

37 Niet per se tevens aanvrager van subsidie.

38 ABRvS 19 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL2366, BR 2002/79, m.nt. M.A.A. Soppe & J.W. Weerkamp; voorts ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8484, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij.

39 ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940, AB 2008/73, m.nt. K.F. Bolt.

hebben en zijn begonnen met de uitvoering daarvan.⁴⁰ Voor subsidieaanvragers is het laatste overigens niet altijd mogelijk, aangezien subsidieregelingen vaak verbieden te starten met de beoogde activiteiten voordat op de aanvraag is beslist.⁴¹

Richten concurrenten zich op dezelfde afzetmarkt, dan staat vast dat die markt wordt beïnvloed door subsidieverlening aan één van hen. De overige concurrenten worden daardoor rechtstreeks in hun belang getroffen. In spiegelbeeld geldt dezelfde redenering: geen concurrent van de subsidieontvanger, dan geen belanghebbende.⁴²

Soms lijkt de rechter de vraag naar belanghebbendheid snel positief te beantwoorden. Wellicht was het terug te voeren op de aard van de procedure toen de CBB-voorzieningenrechter oordeelde dat een afgewezen aanvrager, *omdat* hij deelnam aan dezelfde subsidieronde, belanghebbende was bij het betreffende verleningsbesluit.⁴³

3.2.2 *Belanghebbende in verdeelprocedure met subsidieplafond: rechtsbescherming beperkt*

In de Afdelingsuitspraak van 5 juni 2002 staat de vraag naar belanghebbendheid bij parallelle subsidiebesluiten in een verdeelprocedure met een subsidieplafond centraal.⁴⁴ In hoger beroep stelt appellante dat niet met een enkele verwijzing naar het subsidieplafond voorbij had mogen worden gegaan aan haar betoog dat aan een aantal andere bedrijven *ten onrechte* subsidie was toegekend. Zij pleit voor een uitzondering op de formele rechtskracht, aangezien die verleningsbesluiten niet door haar waren aangevochten en in rechte onaantastbaar waren geworden. De Afdeling oordeelt:

“Nu in het onderhavige geval de besluiten tot subsidieverlening aan de andere door appellante genoemde bedrijven, die mede tot gevolg hadden dat het subsidieplafond was bereikt, in rechte onaantastbaar waren geworden, staat het restrictieve karakter van lid 3 van artikel 4:25 Awb er aan in de weg alsnog aan appellante subsidie te verlenen (...). De rechtmatigheid van de andere subsidiebesluiten kan alleen worden beoordeeld in een bezwaar- en beroepsprocedure daartegen.”

40 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf.

41 Vb. CBB 12 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:10. Ook wanneer de subsidieregeling dit niet verbiedt of wanneer op de aanvraag is beslist maar de termijn voor bezwaar of beroep niet is verstreken, is starten met subsidieactiviteiten niet wijs. Eventuele schade ten gevolge van herroeping of vernietiging van het verleningsbesluit komt immers voor rekening van de (in primo begunstigde) aanvrager. Vgl. ook Schueler 2011, p. 365-368.

42 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.1, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden.

43 CBB 29 juli 2010 (vzr.), ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, r.o. 6.2, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

44 ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3643, AB 2003/124, m.nt. N. Verheij.

Annotator Verheij is niet gelukkig met deze motivering, aangezien zij suggereert dat appellante tegen de onjuiste subsidieverstrekingen aan anderen in bezwaar en beroep had kunnen komen:

“Het enkele feit dat Strukton en andere aanvragers in dezelfde pot met geld willen graaien, maakt hen nog geen belanghebbenden bij de besluiten op elkaars aanvragen. Anders zou iedere aanvrager van een subsidie waarvoor een subsidieplafond geldt altijd belanghebbende zijn bij de besluiten op alle andere aanvragen. Dat kan niet de bedoeling zijn.”⁴⁵

Verheij merkt op dat in dit type gevallen de onjuiste subsidieverstrekingen bijna altijd rechtens onaantastbaar zullen zijn tegen de tijd dat iemand over die onjuistheid klaagt. Hij stelt dat de Afdeling hier had kunnen volstaan met haar verwijzing naar het restrictieve karakter van artikel 4:25 Awb.⁴⁶

Hoewel ‘restrictief’ doelt op de drie – limitatief bedoelde – gevallen waarin ingevolge het derde lid rechtsherstel dient plaats te vinden, blijkt uit latere rechtspraak dat het van de ernst van de gemaakte fout afhangt of rechtens onjuiste subsidieverstreking gevolgen heeft voor toepassing van het subsidieplafond.⁴⁷

Bezien vanuit de rechtszekerheid is de door Verheij geschetste reikwijdte van het belanghebbendenbegrip verdedigbaar. Ook om redenen van bestuurlijke praktijk kan zij worden onderschreven. Wanneer alle afgewezen aanvragers tegen alle verleningsbeschikkingen uit hun subsidieronde zouden mogen procederen, wordt het voeren van subsidiebeleid erg ingewikkeld. Mijns inziens kan echter niet worden ontkend dat de Afdeling met deze bewoordingen erkent dat indien appellante tijdig tegen de verleningsbesluiten van haar medeaanvragers was opgekomen, er ruimte zou zijn geweest voor een beoordeling van die vordering. Dat is in het licht van de restrictief op te vatten rechtsherstelmogelijkheid alleszins redelijk. Bij een andere lezing zou immers de rechtsbescherming voor teleurgestelde aanvragers die, naast hun eigen afwijzing, ook de rechtmatigheid van de wél onder het subsidieplafond vallende toekenningen willen betwisten, tot een minimum zijn beperkt.

De door Verheij verwoorde lezing is echter *common sense* in het algemene bestuursrecht. Het procederen tegen parallelle besluiten uit een subsidieronde is voorbehouden aan aanvragers in de positie van *concurrent*-belanghebbende. Deze hoofdregel wringt met de subsidiepraktijk: subsidieregelingen kunnen categorieën bevatten waarbij het allerminst vanzelfsprekend is dat aanvragers hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied bestrijken.⁴⁸ De procedure van Holland Opera illustreert de laatstgenoemde frictie. Waaruit bestaat de rechtsbescherming voor een aanvrager

45 *Ibidem*, annotatie onder punt 3.

46 Vgl. idem in Den Ouden 2011, p. 117.

47 Bijv. ABRvS 20 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1204, AB 2003/404, m.nt. N. Verheij.

48 Bijvoorbeeld de Deelregeling. De subsidie categorie ‘Muziektheater’ omvat zowel reguliere als gespecialiseerde muziektheaterinstellingen. Deze hoeven (materieel beschouwd) in een tenderonde geen concurrenten van elkaar te zijn.

met een ‘relatieve afwijzing’⁴⁹ in een tenderprocedure met subsidieplafond, indien de economische concurrentiepositie *ontbreekt*? De hieruit voortvloeiende uitspraken tonen dat dit aspect de Afdeling voor een niet gemakkelijk te beantwoorden rechtsvraag heeft geplaatst.

3.2.3 *Belanghebbende in verdeelprocedure met subsidieplafond: nieuwe koers*

Hoewel Holland Opera niet voldoet aan de hoofdregel ‘zelfde marktsegment en zelfde verzorgingsgebied’, acht zij zichzelf concurrent van de hoger in de rangorde geplaatste muziektheatergezelschappen De Veenfabriek, VocaalLAB en Tafel van Vijf (hierna: XYZ), aangezien haar aanvraag eveneens positief was beoordeeld en alle aanvragers aanspraak maakten op een subsidie uit hetzelfde budget. Subsidieverstrekker FPK stelt zich daarentegen, onder verwijzing naar de hoofdregel, op het standpunt dat Holland Opera geen directe concurrent is van de drie gehonoreerde aanvragers.

De rechtbank bevestigt dat Holland Opera geen directe concurrent is van XYZ, althans niet in economische zin. Desondanks acht zij Holland Opera belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb, omdat haar belang “op een andere wijze” rechtstreeks bij de bestreden besluiten betrokken is. Holland Opera en XYZ maken namelijk aanspraak op hetzelfde subsidiebudget.⁵⁰ De rechtbank betreft hierbij nadrukkelijk de tenderverdeelprocedure en beargumenteert dit als volgt:

“Omdat vernietiging van de besluiten waarbij subsidie is toegekend aan XYZ juridisch gesproken direct verband houdt met de onderlinge rangorde van concurrente aanvragen op basis waarvan de beschikbare gelden worden verdeeld (en daarmee dus rechtstreeks van invloed is op de positie van Holland Opera in die rangorde), wordt haar belang rechtstreeks geraakt door deze besluiten. Omdat de positie van Holland Opera in de rangorde bepaalbaar is voor het al dan niet in aanmerking komen voor subsidie, is ook sprake van een voldoende objectief bepaalbaar persoonlijk belang. Holland Opera is dus als concurrent van de andere muziektheaters in de tenderprocedure belanghebbende bij deze besluiten”.

Vervolgens wijst de rechtbank op een overweging uit de Afdelingsuitspraak van 12 maart 2008⁵¹, waarin de Afdeling oordeelde dat geen sprake was van belanghebbendheid bij subsidietoekenningen aan andere organisaties, *omdat* er geen subsidieplafond was vastgesteld. De rechtbank concludeert daarop a contrario:

49 Dat wil zeggen: aanvraag is positief beoordeeld, maar plek in de rangorde is te laag om voor subsidie in aanmerking te kunnen komen. Term ontleend aan Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 125.

50 Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 7.

51 ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6447, r.o. 2.3.2. Dit geschil betrof ook cultuursubsidies. Het Gelders Orkest kwam op tegen een subsidieverhoging van de Minister van OCW aan drie andere Nederlandse symfonieorkesten.

“In het nu voorliggende geval is er wel een subsidieplafond en juist daarom valt Holland Opera buiten de boot. Holland Opera is daarom wel belanghebbende bij de besluiten tot subsidieverlening aan de organisaties die hoger op de ranglijst terecht zijn gekomen”.

De Afdeling volgt de door rechtbank Midden-Nederland ingeslagen weg niet. In haar beoordeling van het hoger beroep verwijst zij allereerst naar vaste rechtspraak⁵² en concludeert zij dat Holland Opera niet op grond van een concurrentpositie op de markt voor podiumkunsten als belanghebbende bij de verleningsbesluiten kan worden aangemerkt.⁵³ Zij constateert dat Holland Opera haar procedure tegen de verleningsbesluiten is gestart om te voorkomen dat deze besluiten formele rechtskracht zouden krijgen. Dat zou immers betekenen dat van de rechtmatigheid van deze besluiten moet worden uitgegaan en dat de aan deze aanvragen toegekende scores niet meer kunnen worden gewijzigd. De Afdeling ziet zich nu voor de vraag geplaatst:

“hoe in een geval als hier aan de orde – waarbij de beoordeling verloopt via een tendersysteem en waarbij degene wiens aanvraag wordt afgewezen op zichzelf geen bezwaar heeft tegen de toekenning van subsidie aan derden, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus de positie die die derden in de rangorde innemen – op effectieve en voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze rechtsbescherming kan worden geboden aan degene wiens aanvraag wordt afgewezen omdat deze te laag in de rangorde is geëindigd.”

Het antwoord op deze vraag blijkt niet verrassend.⁵⁴

In de context van de toepasselijke verdelingssystematiek stelt de Afdeling dat het “uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming” van belang is dat aanvragers met een ‘relatieve afwijzing’ zich niet alleen moeten kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dat betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag, maar tevens dat over concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd, moet kunnen worden bestreden:

“Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehono-

52 In het bijzonder naar ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, «JB» 2011/135, m.nt. J. Dijkgraaf, AB 2011/2015 (*chocoladedecoraties*).

53 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.1, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

54 Een suggestie van gelijke strekking is reeds gedaan door Jacobs & Den Ouden 2011b, p. 215; voorts door dezelfde auteurs in 2011a, p. 49. Zij schemert tevens door in Van Rijn van Alkemade 2011, i.h.b. p. 392-395.

reerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken.”

Mocht bij de lezer nu de verwachting zijn gewekt dat, ondanks het ontbreken van een concurrentpositie in economische zin, in lijn met de rechtbankuitspraken zal worden geconcludeerd tot aanwezigheid van een voldoende rechtstreeks belang bij de betreffende besluiten, dan komt hij bedrogen uit. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, acht de Afdeling het namelijk “niet noodzakelijk” dat tegen het besluit op die aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. In dit kader wijst zij allereerst op de motiveringsplicht uit artikel 3:46 Awb voor de afwijzingsbeschikking:

“Dit houdt in dat, naast inzicht in de beoordeling van de eigen aanvraag, tevens inzicht moet worden verschaft in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen. Omdat de rangorde mede wordt bepaald door de beoordeling van andere aanvragen, betekent dit dat de motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag ook inzicht moet verschaffen in de beoordelingen van aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Het vorenstaande brengt met zich dat in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde kan worden gesteld.”

Ten tweede wijst de Afdeling op de mogelijkheid tot rechtsherstel uit artikel 4:25, derde lid, Awb:

“Een redelijke uitleg van deze bepalingen [zij doelt op de leden twee en drie, EH] brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt of beroep instelt tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.”⁵⁵

De conclusie van de Afdeling luidt dat Holland Opera *niet* als belanghebbende bij de verleningsbesluiten van de drie andere instellingen kan worden aangemerkt.

55 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.5, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

3.3 *Tussenstand belanghebbendheid: kanttekeningen bij de nieuwe koers van de ABRvS*

De uitspraak is niet geheel verrassend, aangezien deze denkrichting reeds in 2011 is verwoord.⁵⁶ Dat neemt niet weg dat, mede gezien vanuit het algemene bestuursrecht, een aantal kanttekeningen kan worden geplaatst.

Mijn eerste kanttekening betreft de wijze waarop de Afdeling de heersende doctrine inzake derdenbelanghebbendheid in deze specifieke situatie toepast. In dit kader zouden de eerder genoemde 'opera'-criteria het klankbord moeten zijn. Holland Opera, aanvrager met een relatieve afwijzing, heeft bij de betreffende verleningsbesluiten een belang dat objectief bepaalbaar, eigen en actueel is. Over de mate waarin Holland Opera een persoonlijk en rechtstreeks belang heeft bij die besluiten, is discussie mogelijk. Nu is vastgesteld dat Holland Opera geen economische concurrent is van XYZ, zou kunnen worden geconcludeerd dat reeds *daarom* belanghebbendheid niet in de rede ligt. Zó stellig is de Afdeling echter niet, aangezien zij de vervolgvraag opwerpt *hoe* – op effectieve en voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze – rechtsbescherming kan worden geboden aan aanvragers met een relatieve afwijzing. Opmerkelijk is dat zij bij de beantwoording daarvan expliciet wijst op het feit dat deze aanvragers zich moeten kunnen verdedigen tegen de rangorde als zodanig én tegen de totstandkoming daarvan, hetgeen alleen mogelijk is wanneer *ook* de beoordeling van de hoger geëindigde aanvragen kan worden bestreden. "Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien." Daaraan doet (zelfs) niet af dat de aanvragen groten-deels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken.

Mijns inziens bevestigt de Afdeling met deze overweging zonneklaar het gestelde verband tussen het afwijzingsbesluit en de hoger geëindigde verleningsbesluiten, waarmee een *persoonlijk* en *rechtstreeks* belang niet kan worden ontkend. Helaas expliciteert zij dit verband niet nader.

Mijn tweede kanttekening ligt in het verlengde hiervan: waarom haakt de Afdeling op geen enkele wijze aan bij het door rechtbank Midden-Nederland in haar tussenuitspraak gegeven oordeel over deze twee criteria?⁵⁷ Die rechtbank heeft geconcludeerd dat Holland Opera geen economische concurrent is, maar "op een andere wijze" rechtstreeks bij de verleningsbesluiten betrokken is, vanwege het gezamenlijke subsidiebudget, het kwalitatieve verdeelsysteem met subsidieplafond en het feit dat vernietiging van één of meer verleningsbesluiten direct verband houdt met de rangorde en dus rechtstreeks van invloed is op de positie van Holland Opera. Zij geeft daarmee een andere invulling aan het begrip 'concurrent'. Het valt te betreuren dat de Afdeling deze visie niet in haar oordeel heeft betrokken, maar kortweg concludeert dat het belang dat Holland Opera heeft bij een wijziging van de rang-

56 Jacobs & Den Ouden 2011b, p. 215; Jacobs & Den Ouden 2011a, p. 49. Daarnaast Van Rijn van Alkemade 2011, p. 392-395.

57 Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 7.

orde en derhalve het toekennen van bepaalde scores aan de aanvragen van de drie hoger geplaatsten *niet* rechtstreeks is betrokken bij de verleningsbesluiten. In wezen negeert de Afdeling daarmee tevens, om niet nader genoemde redenen, de heersende doctrine over het belanghebbendenbegrip.

Ten derde wijs ik op het feit dat rechtbank Midden-Nederland, zij het niet in de context van belanghebbendheid maar van procesbelang, heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat een rechtsgang voor een aanvrager open staat vanwege de positie van normadressaat *niet* betekent dat daarmee het procesbelang bij verleningsbeschikkingen van medeaanvragers uit dezelfde subsidieronde ontbreekt.⁵⁸ Dezelfde conclusie kan mijns inziens worden getrokken met betrekking tot belanghebbendheid: de *aanwezigheid* van belanghebbendheid bij de eigen aanvraag en het daaropvolgende besluit impliceert niet de *afwezigheid* daarvan bij de aanvragen en verdeelbesluiten van anderen in dezelfde ronde. Zó heeft de wetgever het belanghebbendenbegrip niet vormgegeven, noch is het nadien in de rechtspraak zo ingevuld. Het recht om te kunnen procederen is immers geen criterium voor, maar een gevolg van de positie van belanghebbende. Het argument dat voor het bestrijden van de beoordeling van een hoger geëindigde aanvraag, het "*niet noodzakelijk*" is dat tegen het besluit op die aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend, overtuigt mij dan ook niet. De vraag is niet of bestrijden 'noodzakelijk' is, de vraag is of er 'volgende belang' is bij het bestrijden.

Een vierde kanttekening ziet op de vraag waarom voor deze situatie niet is aangesloten bij de tendens om het criterium *rechtstreeks* ruimer op te vatten. Zeer bijzondere zaaksoverstijgende omstandigheden en belangen kunnen ervoor zorgen dat een rechtstreeks belang wordt aangenomen in het geval dit feitelijk ontbreekt.⁵⁹ Daarnaast toont de rechtsontwikkeling inzake afgeleide belangen dat zich situaties kunnen voordoen waarin een afgeleid belang toch wordt beschouwd als een *persoonlijk* (derden)belang dat *rechtstreeks* verband houdt met het besluit dat aan de normadressaat is uitgereikt.⁶⁰ Dat kan het geval zijn als het een zwaarwegend belang betreft, met name wanneer een fundamenteel recht van de afgeleidbelanghebbende in het geding is. Hieronder schaaft de jurisprudentie tot dusver de werkgelegenheid van een toekomstige werknemer⁶¹, vrijheid van meningsuiting⁶²

58 Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 3.

59 Bijv. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder «JB» 2014/245, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Zwarte Piet*); voorts recenter Rb. Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794, AB 2016/12, m.nt. H.D. Tolsma (*Monstertruck Haaksbergen*).

60 In subsidiesituaties van oudsher overigens streng opgevat, vgl. ABRvS (vzr.) 18 november 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AN7065, AB 1997/38, m.nt. N. Verheij.

61 ABRvS 5 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2906 (*tewerkstellingsvergunning II*), AB 2008/4, m.nt. B.W.N. de Waard, «JB» 2007/194, m.nt. redactie.

62 ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396, «JB» 2008/14, m.nt. R.J.N. Schlössels (*T-Mobile*).

en soms eigendom⁶³. Mijs inziens kan niet worden genegeerd dat een aanvrager met een relatieve afwijzing, in de bewoordingen van de rechtbank in haar tussenuitspraak Holland Opera, “op een andere wijze” wordt geraakt door de verleningsbesluiten. De omstandigheid dat door de verleningsbesluiten het subsidieplafond wordt bereikt, raakt Holland Opera – ten minste zakelijk – *rechtstreeks*. Het is jammer dat de Afdeling hieraan geen enkele overweging wijdt.

Mijn vijfde kanttekening ziet op de overweging van de Afdeling die volgt op haar conclusie dat belanghebbendheid ontbreekt:

“Een andere opvatting zou ook uit een oogpunt van rechtszekerheid voor [XYZ] niet wenselijk zijn, aangezien zij dan lang in onzekerheid zouden verkeren over de rechtmatigheid van de aan hen verleende subsidies, terwijl het bezwaar en beroep van Holland Opera er niet op gericht is om (...) hun subsidie te ontnemen.”

Hier schemert door dat er een afweging heeft plaatsgevonden tussen gehonoreerde aanvragers en aanvragers met een relatieve afwijzing, anders geformuleerd: tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming. Deze afweging heeft geresulteerd in de keuze voor rechtszekerheid. Deze keuze creëert echter een opmerkelijk rechtsgevolg: *in concreto* zullen de verleningsbesluiten (meteen) rechtens onaantastbaar zijn, nu aan afgewezen medeaanvragers belanghebbendheid bij die besluiten is ontzegd. De door de Afdeling opgelegde redelijke uitleg van artikel 4:25 Awb ziet immers louter op de mogelijkheid om – in een procedure tegen een afwijzingsbeschikking – gehonoreerde aanvragen opnieuw tegen het licht te houden met het oog op een eventuele herschikking van de rangorde. De redelijke uitleg zal niet tot doel hebben een bres te slaan in de rechtszekerheid van de gehonoreerden. Nadere rechtspraak zal moeten uitwijzen wat de redelijke uitleg precies behelst, maar deze consequentie is ongebruikelijk in het bestuursrecht.

Mijn zesde kanttekening ziet op de wijze waarop de Afdeling uiteindelijk invulling geeft aan effectieve rechtsbescherming voor aanvragers met een relatieve afwijzing. Zij wijzigt in deze context haar koers ten aanzien van de artikelen 3:46 en 4:25 Awb. Ten eerste staat zij nu een *zwaardere* motivering voor dan waartoe het tweede lid van artikel 4:25 verplicht bij bereiken van het subsidieplafond. Omdat overschrijding van het subsidieplafond een verplichte weigeringsgrond oplevert, kon in beginsel worden volstaan met een verkorte motivering, in de zin dat niet hoefde te worden toegelicht waarom het belang van de begrotingsdiscipline zwaarder moet wegen dan de belangen van de aanvrager.⁶⁴ In 2013 heeft de Afdeling al explicieter verwoord welke eisen worden gesteld aan de motivering van de puntentoekenning

63 Bijv. ABRvS 14 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2619, AB 2007/157, m.nt. M.C.D. Embregts, «JB» 2005/319, m.nt. R.J.N. Schlössels (*HEMA Boxtel*); ABRvS 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2089, «JB» 2006/211, m.nt. R.J.N. Schlössels (*stichting B.E.K.A. '66*), uitgebreide annotatie van dezelfde auteur in: «JBSelect» 2009/2, p. 15-31.

64 Zie MvT bij art. 4:25 Awb (*PG Awb III*, p. 207-209); voorts par. 2.2 van dit hoofdstuk.

voor een subsidieaanvraag in een tenderprocedure.⁶⁵ Het louter weergeven van de totaalscore alsmede de behaalde punten op de beoordelingscriteria en bijbehorende deelcriteria achtte zij onvoldoende; de puntentoekening is pas inzichtelijk gemotiveerd wanneer, tegen de achtergrond van de geldende regelgeving, inzicht is verschaft in de wijze waarop de toetsingscriteria zijn ingevuld. Haar uitspraak van 15 juli 2015 scherpt dit oordeel aan: artikel 3:46 wordt zo opgevat dat de afwijzingsbeschikking niet alleen inzicht in de beoordeling van de eigen aanvraag zal moeten verschaffen, maar ook in die van de rangorde en haar totstandkoming. De motivering zal zich daarbij moeten toespitsen op de beoordeling van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen. Daarnaast concludeert de Afdeling dat een redelijke uitleg van het tweede en derde lid van artikel 4:25 met zich brengt dat aan de aanvrager met een relatieve afwijzing, bij bezwaar of beroep, *ook niet* wordt tegengeworpen dat de verleningsbesluiten die leidden tot het bereiken van het subsidieplafond in rechte onaantastbaar zijn geworden. Het derde lid van artikel 4:25 dient niet langer (te) restrictief te worden opgevat.⁶⁶

Concluderend over deze zes kanttekeningen: dit laatste is mijns inziens een positieve ontwikkeling. Indien niet mag worden opgekomen tegen subsidiebesluiten van gehonoreerde aanvragers en daarnaast óók de rechtsherstelbaarheid beperkt wordt opgevat, is de rechtsbescherming tegen onjuiste subsidietoekenningen wel heel erg dun. De Afdeling lijkt een middenweg te hebben bewandeld: enerzijds *effectief* voor subsidieverstrekkers en rechters, door de reikwijdte van het belanghebbendenbegrip in de voorliggende situatie niet te verbreden tot de aanvragers met een relatieve afwijzing; anderzijds *meer rechtsbescherming* voor dit type aanvragers, door in het derde lid van artikel 4:25 Awb een risicoaansprakelijkheid voor de subsidieverstrekker te lezen.

Desondanks blijft het uiterst vreemd dat de ontvanger van een verleningsbeschikking in wezen reeds bij ontvangst mag uitgaan van de onherroepelijkheid daarvan. Subsidies ten gevolge van succesvolle procedures tegen afwijzingsbeschikkingen zullen daarmee altijd *buiten* het bestaande subsidiebudget vallen, nu een eventuele herschikking van de rangorde niet leidt tot een herschikking van het budget. Om dit rechtsgevolg te voorkomen, had voor een andere oplossing moeten worden gekozen. Schueler suggereerde al eerder dat integrale verdelingsbesluiten een deel van de verdelingscomplicaties zouden kunnen wegnemen.⁶⁷ Die route staat echter haaks op de nu ingeslagen weg.⁶⁸

65 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

66 Bijv. ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3643, AB 2003/124, m.nt. N. Verheij.

67 Schueler 2011, p. 370-372.

68 In de zin dat de Afdeling nu lijkt te hebben gekozen voor de rechtszekerheid van de ontvangers uit de in primo vastgestelde rangschikking. Bij de keuze voor integrale verdelingsbesluiten zou er een periode van rechtsonzekerheid bestaan voor *alle* positief beoordeelde aanvragers uit de verdelingsronde. Deze gedachte wordt versterkt door het uitsluiten van de belanghebbende-positie voor relatief afgewezenen.

4 PROCEDEREN NA EEN TENDERPROCEDURE: PROCESSUEEL INZAGERECHT

4.1 *Processueel recht op inzage*

Het inzagerecht is volgens de wetgever te beschouwen als een van de fundamentele waarborgen voor een correct verlopende bestuursrechtelijke procedure.⁶⁹ Het recht onderscheidt twee aspecten. Enerzijds is er het publieke recht op inzage dat elke burger toekomt op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob). Daarnaast is er de Awb-regeling inzake processuele kennisneming voor belanghebbenden die procederen over aangelegenheden die hun rechtstreeks raken.

Artikel 7:4 Awb schrijft in het tweede lid voor dat het bestuursorgaan het bezwaarschrift *'en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken'* voorafgaand aan het horen ten minste een week voor belanghebbenden ter inzage legt. Uit de MvT kan worden afgeleid dat stukken die een belanghebbende in een eventuele procedure voor de rechter toch al zou kunnen inzien, reeds in de bezwaarschriftprocedure voor hem ter kennisneming beschikbaar moeten zijn. In beginsel dient het bestuursorgaan daarom alle rapporten, adviezen en beleidsnota's die aan de beroepsinstantie zullen worden toegezonden, al in de bezwaarschriftprocedure voor belanghebbenden ter inzage te leggen, inclusief eventuele interne adviezen. Het maken van een selectie is niet toegestaan.⁷⁰ Voorkomen moet worden dat een belanghebbende minder mogelijkheden heeft om zijn standpunt te onderbouwen en daarmee in zijn processuele belangen wordt geschaad.⁷¹ Samenvattingen kunnen toereikend zijn indien het bestuursorgaan zich van de juistheid ervan heeft kunnen vergewissen aan de hand van de integrale versie van de betreffende stukken.⁷²

In de fase van beroep geldt artikel 8:42 Awb, dat voorschrijft dat het bestuursorgaan *'de op de zaak betrekking hebbende stukken'* aan de bestuursrechter toezendt. Het taalkundige onderscheid tussen *'alle'* uit artikel 7:4 en *'de'* uit artikel 8:42 moet worden genegeerd, aldus de MvT.⁷³

4.2 *Beperking processuele kennisneming en verhouding met de Wob*

Het zesde lid van artikel 7:4 vermeldt dat het bestuursorgaan, al dan niet op verzoek van een belanghebbende, toepassing van het tweede lid achterwege kan laten *'voor zover geheimhouding om gewichtige redenen is geboden'*. De toepassing van deze bepaling dient aan belanghebbenden te worden meegedeeld. De wetgever gaat ervan uit

69 Toegespitst op de bezwaarfase: MvT bij art. 7:4 in *PG Awb I*, p. 337-340.

70 Vanwege de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM, in het bijzonder de vereisten van *equality of arms* en *merits of the matter*. Zie ook MvA II bij art. 7:4 in *PG Awb II*, p. 366; CRvB 16 januari 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AJ9739, AB 2001/104, m.nt. H.E. Bröring; voorts Govaers 2012.

71 Hetgeen immers het besluit op bezwaar vatbaar maakt voor vernietiging, bijv. CRvB 6 november 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AN8469, onder II.

72 CRvB 6 november 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AN8469, onder II.

73 MvA II bij art. 8:42 in *PG Awb II*, p. 440-441. Zie bijv. HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874, r.o. 2.3.2, NTFR 2015/1302, m.nt. E.H. van den Elsen.

dat niet steeds alle stukken aan alle belanghebbenden ter inzage kunnen worden gegeven.⁷⁴ Dat neemt niet weg dat dit artikellid beperkt moet worden opgevat.⁷⁵

Met de bewoordingen *voor zover* verwijst de wetgever naar de plicht van het bestuursorgaan om de noodzaak van de beperking van het inzagerecht te onderzoeken en daarbij te betrekken of belanghebbenden wellicht op andere wijze kunnen worden geïnformeerd, bij voorbeeld door terinzagelegging van een ‘geschoond’ rapport of een samenvatting ervan. De formulering *gewichtige redenen* houdt verband met het feit dat voor de weigering van inzage een sterkere grond aanwezig moet zijn dan de redenen waarom krachtens de Wob een verzoek om informatie kan worden geweigerd.⁷⁶ Dat betekent dat met betrekking tot de reikwijdte van het inzage- respectievelijk informatierecht onder de Awb en de Wob *niet* dezelfde maatstaf geldt.

De ratio van dit onderscheid is terug te voeren op de twee aspecten van het inzagerecht: processuele kennisneming enerzijds en publieke openbaarheid anderzijds. Daarnaast is zij impliciet af te leiden uit het zevende lid van artikel 7:4 Awb:

Gewichtige redenen zijn in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting bestaat een verzoek om informatie, vervat in deze stukken, in te willigen.

Beide aspecten kunnen niet over één kam worden geschoren: partijen hebben met hun zaak immers een specifiek belang, terwijl openbaarheid het algemeen belang dient. Ook moeten partijen zich gelijkwaardig kunnen wapenen in een rechtsstrijd, hetgeen geen rol speelt bij publieke openbaarheid. Voorts is de omvang van de ‘openbaarheid’ verschillend: de Wob ziet op openbaarheid van informatie voor een ieder, processuele kennisneming is beperkt tot belanghebbenden en de rechter(s). De informatieplicht uit de Wob vormt in deze systematiek de ondergrens; de Awb verplicht om in een concreet geval *minstens evenveel of meer* inzage te (laten) verschaffen dan waartoe de Wob het bestuursorgaan verplicht.⁷⁷

Wat het inzagerecht in de fase van beroep betreft, verdienen de artikelen 8:28, 8:29 en 8:31 Awb aandacht. Op basis van artikel 8:28 kan de bestuursrechter – ambtshalve of op verzoek van belanghebbenden – partijen verzoeken schriftelijk inlichtingen te geven. Ligt zo’n verzoek er, dan is het inwilligen ervan verplicht, zij het dat artikel 8:29 een regeling geeft voor het beperken ervan. Indien daarvoor

74 MvT bij art. 7:4 in *PG Awb I*, p. 337-340. Voor bijvoorbeeld medische of psychologische rapporten of concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens geldt dat zij een dermate vertrouwelijk karakter kunnen dragen dat zij niet voor (alle) belanghebbenden ter inzage zouden moeten worden gelegd.

75 Hetgeen blijkt uit de formulering en de relatie met art. 7:4 lid 7 Awb.

76 MvT bij art. 7:4 in *PG Awb I*, p. 337-340, waarin wordt verwezen naar art. 109 Provinciewet en art. 153 Ontwerp Gemeentewet (waarin deze formulering reeds eerder stond).

77 MvT bij art. 8:29 in *PG Awb II*, p. 417-418: “Wanneer een bestuursorgaan op deze bepaling een beroep doet, vindt de rechter in de criteria van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) een ondergrens.” Voorts: “De omstandigheid dat een bestuursorgaan een verzoek om informatie op grond van die wet zou kunnen afwijzen, kan echter niet zonder meer doorslaggevend zijn in een procedure tussen partijen.”

gewichtige redenen zijn, kunnen partijen weigeren te voldoen aan hun informatieplicht (geheimhouding) of de bestuursrechter meedelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of de stukken (beperkte kennisneming).

De MvT schetst dat de regeling in artikel 8:29 recht probeert te doen aan drie typen belangen van uiteenlopende aard.⁷⁸ Voor partijen is er het belang dat zij over en weer moeten kunnen beschikken over de relevante informatie om de door hen gewenste positie in de procedure in te nemen; equality of arms, een aspect van het verdedigingsbeginsel. Voor de rechter is het van belang dat hij de beschikking heeft over alle informatie die nodig is om de hem voorgelegde zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen; adequate geschilbeslechting. Ten derde is er het belang dat bepaalde gegevens niet, of slechts in beperkte mate, openbaar worden. Uiteindelijk is het aan de bestuursrechter om te beslissen of beperking van de informatieplicht gerechtvaardigd is, waarbij hij de genoemde belangen zal moeten afwegen. Hij bepaalt aldus de netto omvang van de inzageplicht. Aangezien de geheimhouding of beperkte kennisneming van procesinformatie een inbreuk vormt op het procesrechtelijke beginsel van equality of arms, dient van deze regeling niet al te gretig gebruik te worden gemaakt.⁷⁹

Overigens geldt ook in de beroepsfase voor het bestuursorgaan de hiervoor beschreven balans tussen de Awb en de Wob: ingevolge het tweede lid van artikel 8:29 zijn '*gewichtige redenen*' in ieder geval *niet* aanwezig voor zover het bestuursorgaan op basis van de Wob verplicht zou zijn tot het overleggen van bepaalde informatie. Dat betekent dat in geval een bestuursorgaan een verzoek om informatie op grond van de Wob zou kunnen afwijzen, niet tevens geconcludeerd mag worden dat geheimhouding ingevolge 8:29, tweede lid, Awb is toegestaan.⁸⁰

Voor bestuursorganen betekent de verhouding tussen het Awb-inzagerecht en de Wob soms balanceren op een koord. Omdat tegen het Wob-besluit nog rechtsmiddelen konden worden ingesteld, had een bestuursorgaan informatie weggelakt tot het niveau waarop op basis van de Wob in ieder geval inzage zou moeten worden verschaft. De (voorzieningen)rechter in het parallel lopende subsidiegeschil oordeelde dat een weigering van publieke openbaarheid nog geen geheimhouding in de Awb-procedure rechtvaardigt. Daartoe is een afzonderlijke toets op gewichtige redenen vereist.⁸¹

Eenzelfde strekking heeft een uitspraak uit 2014 van het hof 's-Hertogenbosch in een fiscaal geschil:

“Voor een weigering van de Inspecteur om gegevens en bescheiden geheim te houden op de voet van artikel 8:29 van de Awb moet een sterkere grond

78 MvT bij art. 8:29 in *PG Awb II*, p. 417-418.

79 Vgl. de analyse van Schreuder-Vlasblom (Schreuder-Vlasblom 2012); voorts Schlössels & Zijlstra 2014, p. 273-279.

80 Bijvoorbeeld CBB 31 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ0411, AB 2008/323, m.nt. I. Sewandono.

81 CBB 29 juli 2010 (vzr.), ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, r.o. 6.8, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

aanwezig zijn dan de redenen waarom krachtens de Wob een verzoek om informatie kan worden geweigerd.”⁸²

Eventueel gestelde ‘gewichtige redenen’ dwingen de rechter dus tot een (afzonderlijke) belangenafweging, waarbij hij er op zal moeten toezien dat het evenwicht tussen de posities van partijen niet wordt verstoord.⁸³

Artikel 8:31 verwoordt de sanctie indien partijen geen gevolg geven aan de verplichting tot het verschijnen, het geven van inlichtingen, het overleggen van stukken of het meewerken aan een (deskundigen)onderzoek: *de bestuursrechter [kan] daaruit de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkomen.*⁸⁴ Uit de MvT is af te leiden dat ‘rauwelijks’ niet-ontvankelijk verklaren van eiser/appellant of, indien er geen derden in het spel zijn, gegrond verklaren van het beroep, niet meteen in de rede ligt.⁸⁵ De rechtspraak toont dat geen toepassing mag worden gegeven aan artikel 8:31 Awb zonder partijen in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten.⁸⁶

4.3 Processueel recht op inzage bij (cultuur)subsidiebesluiten

4.3.1 Aanvragers met ‘relatieve afwijzing’: gebrek aan informatie

Toegesplitst op tenderverdeelpcedures met een subsidieplafond is al bijna een decennium de jurisprudentielijn dat belanghebbenden van een subsidieverstrekker in beginsel niet meer mogen verwachten dan dat hij inzicht geeft in de gronden voor de rangschikking van het *eigen* project.⁸⁷ Dat betekent dat in de motivering niet hoeft te worden ingegaan op de sterke en/of zwakke punten van parallelle aanvragen, noch op de redenen voor de toekenning van een plaats in de uiteindelijke rangschikking. Het is nu eenmaal inherent aan een dergelijke methode van rangschikking dat in beginsel ieder project op de eigen merites wordt beoordeeld.⁸⁸

Die opstelling blijkt te ‘schuren’ in de praktijk, hetgeen is terug te voeren op een verschil in perspectief. In de ogen van subsidieverstreckers leidt het gebruik van cijfers – toegekend na toepassing van vooraf vastgestelde criteria op een aanvraag – tot een heldere en objectief controleerbare rangschikking. Elke geïnteresseerde kan nazien hoeveel punten aan welke aanvraag zijn toegekend. De vraag *hoe* die rangorde tot stand is gekomen, is vanuit dat perspectief minder van belang.

82 Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1033.

83 MvT bij art. 8:29 in *PG Awb II*, p. 417-418; voorts bijv. Cbb 2 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0618, AB 2012/238, m.nt. W. Sauter, «JB» 2012/133, m.nt. S.M.C. Nuyten & H.P. Wiersema.

84 De verplichtingen uit resp. art. 8:27, 8:28, 8:42 en 8:47, eerste lid, Awb.

85 MvT bij art. 8:31 in *PG Awb II*, p. 418-419.

86 CRvB 30 juli 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8386, RSV 1999/286. In dezelfde lijn HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:740, BNB 2015/119, m.nt. redactie.

87 Zie bijv. Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 123-126; alsmede Jacobs & Den Ouden 2011a, p. 49-50. Voor een rechtspraakoverzicht: Van Rijn van Alkemade 2011, i.h.b. p. 392-395.

88 Vgl. Cbb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8756, r.o. 5.2; voorts ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429.

Deze zienswijze gaat echter niet op voor de bijzondere groep aanvragers met een ‘relatieve afwijzing’: voor hen is een cijferoverzicht allerminst bevredigend, omdat het *controleren* van de rangschikking op basis hiervan niet mogelijk is.⁸⁹ Een afgewezen aanvrager in deze positie zal vooral zijn plaats in de rangschikking willen betwisten. Hij zal tot in detail willen weten waarom zijn project, ondanks een positieve beoordeling, zó laag in de prioritering is geplaatst dat het bereiken van het subsidieplafond de afwijzingsgrond vormt. Het te bestrijden onderdeel is in dat geval niet (louter) de materiële beoordeling van zijn aanvraag – die is immers positief – maar eerst en vooral de totstandkoming van de rangschikking. Betwisting daarvan is alleen mogelijk door de uitgedeelde ‘rapportcijfers’ ter discussie te stellen, zowel van zijn eigen aanvraag als van de gehonoreerde aanvragen. Daarvoor is vereist dat hem (ook) inzage wordt verschaft in *die* beoordelingsdossiers.

4.3.2 Aanvragers met ‘relatieve afwijzing’: wijze van prioritering van belang(?)

Wanneer in een tendergeschiedenis de omvang van het processuele inzage-recht ter discussie staat, speelt de wijze waarop de aanvragen na de drempeltoets zijn beoordeeld vaak een rol. De uiteindelijke rangschikking van subsidiabel geachte aanvragen kan via een individuele of een relatieve beoordeling tot stand komen.⁹⁰ Zijn de aanvragen zelfstandig beoordeeld, dan geschiedde dat individueel/indirect⁹¹; zijn zij inhoudelijk met elkaar vergeleken, dan is er relatief/direct beoordeeld.

Subsidieverstrekkers betrekken de toegepaste wijze van beoordeling vaak in hun verweer. Wanneer in een tenderronde niet ‘relatief’ is vergeleken, achten zij een verband tussen de afgewezen en gehonoreerde aanvragen niet aannemelijk. Zij weerspreken dan het bestaan van causaliteit tussen de verlenings- en afwijzingsbesluiten en zien evenmin de noodzaak tot het verschaffen van inzage in de dossiers van medeaanvragers.⁹²

Ook de bestuursrechter heeft het onderscheid in beoordeling reeds erkend⁹³ en daaraan consequenties verbonden voor de reikwijdte van het inzage-recht.⁹⁴ In de

89 Zie ook Van Rijn van Alkemade 2011, p. 388-389.

90 Zie ook par. 2.1 van dit hoofdstuk. Soms wordt een combinatie toegepast. Uit de (toelichting bij de) Deelregeling blijkt dat toetsing aan de beoordelingscriteria a, b en c plaatsvindt *zonder* directe/individuele vergelijking; toetsing aan criterium d geschiedt ‘in relatie tot andere aanvragers enerzijds en andere partijen anderzijds (gesubsidieerd en niet-gesubsidieerd)’. Voor criterium e speelt deze kwestie niet.

91 Van Rijn van Alkemade is – m.i. terecht – sceptisch over de mogelijkheid van een *volledig* individuele beoordeling door subsidieverstrekkers (Van Rijn van Alkemade 2011, p. 389).

92 Zo ook door verweerder FPK in het geschil met Holland Opera, Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679, r.o. 4.1 en 4.2, AB 2015/167, m.nt. J.R. van Angeren (einduitspraak na bestuurlijke lus).

93 Bijv. Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, r.o. 3, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels, «JB» 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels. Voorts Rb. Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, AB 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels, «JB» 2009/190, m.nt. R.J.N. Schlössels.

94 Van Rijn van Alkemade is overigens sceptisch over deze benadering door de bestuursrechter: zij zou de controle kunnen bemoeilijken op de uitvoering van verdeelprocedures waarbij een individuele beoordeling heeft plaatsgevonden, aangezien de rechter dan ‘genoegen’ moet nemen met een geringer aantal op de zaak betrekking hebbende stukken (Van Rijn van Alkemade 2011, p. 389).

situatie dat een bestreden besluit niet is gebaseerd op de kwaliteit van een subsidieabel geacht voorstel, maar uitsluitend is gegrond op een – via directe beoordeling ontstane – prioritering ten opzichte van andere subsidieabele voorstellen, is op zijn minst enig inzicht nodig in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen om de rechtmatigheid van die prioritering te kunnen beoordelen.⁹⁵

Opvallend is dat in de procedure inzake Holland Opera noch de rechtbank, noch de Afdeling waarde hecht aan dit onderscheid, althans niet in de betekenis dat een indirecte beoordeling zou leiden tot een andere invulling van het processuele recht op inzage.⁹⁶

4.3.3 Aanvragers met 'relatieve afwijzing': omvang processueel inzage-recht

In het geschil tussen Holland Opera en het FPK vormt de reikwijdte van *alle op de zaak betrekking hebbende stukken* enerzijds en de beperking daarvan door *gewichtige redenen* anderzijds één van de rode draden in de procedure.

In haar tussenuitspraak geeft rechtbank Midden-Nederland, met het oog op het herstel van de geconstateerde gebreken in het besluit op bezwaar in de procedure van Holland Opera tegen de verleningsbeschikkingen van haar medeaanvragers, aan het FPK de volgende aanwijzing:⁹⁷

“Omdat verweerder dus inhoudelijk moet oordelen over de bezwaren van eiseres tegen de primaire besluiten (...), zal verweerder eiseres in beginsel ook inzicht moeten verschaffen in stukken waarop hij zijn beoordeling baseert, behoudens de grenzen getrokken in artikel 7:4, zesde en zevende lid, van de Awb”.

In het kader van de procedure tegen Holland Opera's eigen afwijzingsbeschikking overweegt de rechtbank dat verschillende beroepsgronden nog open liggen, omdat Holland Opera noch in haar procedure tegen de drie verleningsbeschikkingen, noch in haar eigen procedure de beschikking heeft gekregen over de onderliggende stukken van XYZ.

“Zij heeft zich dus niet adequaat kunnen verweren tegen de beoordelingen van die organisaties.”⁹⁸

In de einduitspraak van de rechtbank valt te lezen dat sprake was van een *indirecte* beoordeling. Deze vaststelling leidt echter niet tot de conclusie dat de stukken van

95 Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, r.o. 3.

96 Vgl. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, «JB» 2015/147, r.o. 5.5; Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679, r.o. 4.2, AB 2015/167, m.nt. J.R. van Angeren (einduitspraak na bestuurlijke lus).

97 Waarbij de rechtbank uitgaat van belanghebbendheid van Holland Opera bij de verleningsbesluiten van de drie hoger geplaatste cultuurinstellingen.

98 Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 17 (aspect 'gelijke beoordeling'), 23 (aspect 'ondernemerschap') en 29 (aspect 'spreiding').

de andere aanvragers geen op de zaak betrekking hebbende stukken zouden zijn of dat het verstrekken van hun stukken om andere redenen niet noodzakelijk zou zijn.⁹⁹ Holland Opera heeft, vanwege de rangschikking van de aanvragen ten opzichte van elkaar¹⁰⁰, belang bij het toekennen van minder punten aan de andere aanvragers. Het is om deze reden dat zij de door het FPK aangebrachte rangorde onderbouwd moet kunnen bestrijden, hetgeen alleen reëel is indien zij zoveel als mogelijk kan beschikken over de stukken die betrekking hebben op XYZ. De rechtbank doelt hierbij – onder andere – op de aanvraag, het verleningsbesluit van het FPK, het advies van de adviescommissie en een overzicht van het aantal voorstellingsbezoeken door de adviseurs van het FPK. Vervolgens lijkt zij een algemene lijn uit te zetten:

“In geval van een rangordesysteem waarin een aanvrager, zoals eiseres, een op zichzelf positief beoordeelde aanvraag heeft ingediend, maar buiten de boot valt ten gevolge van de plaatsing in de rangorde en het subsidieplafond, kan die aanvrager zich onvoldoende adequaat verweren tegen de hogere totaalwaardering van andere aanvragers in verhouding tot zijn eigen totaalwaardering als hij niet over de stukken van die hoger geplaatste aanvragers beschikt. Door het aanvechten in bezwaar van de beoordeling die aan andere aanvragers is toegekend ten opzichte van de aan hem toegekende beoordeling, behoren dus de stukken in het dossier van die andere aanvragers in beginsel tot de op de zaak betrekking hebbende stukken.”

De rechtbank concludeert dat het FPK, op grond van artikel 7:4, tweede en vierde lid, Awb in ieder geval de genoemde stukken voor Holland Opera ter inzage had moeten leggen. Daarbij merkt zij op dat de opsomming niet limitatief is; de rechtbank heeft zelf immers evenmin overzicht. Nu zij geen beschikking heeft over deze stukken, zijn zowel de waarborgen voor Holland Opera als de mogelijkheid voor de rechtbank om het standpunt van het FPK te controleren, afwezig.¹⁰¹

Ook in hoger beroep is het inzagerecht een van de twistpunten. Het FPK acht het onwenselijk inzage te verschaffen in de aanvragen van XYZ; dat zal op termijn ten koste gaan van de kwaliteit van het beoordelingsproces, omdat het ertoe zal leiden dat toekomstige aanvragers terughoudender zullen worden met het verstrekken van informatie over hun voorgenomen plannen teneinde hun artistieke ideeën en hun onderhandelingspositie te beschermen.

99 De Rb. vermeldt hierbij uitdrukkelijk dat zij met deze zienswijze afwijkt van haar uitspraak van 25 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8852, in het bijzonder r.o. 2.8. In deze uitspraak wordt inzage afgewezen omdat er is gewaardeerd op basis van absolute criteria met daaraan verbonden scores. Er heeft geen vergelijking plaatsgevonden met andere en/of concurrerende aanvragen.

100 Deze overweging toont hoe precair de kwalificatie ‘directe/indirecte beoordeling’ is. Zelf bij het ontbreken van een inhoudelijke vergelijking in de voorfase kan niet worden ontkend dat een rangschikking *per definitie* leidt tot een onderlinge afhankelijkheid: het verplaatsen van één aanvraag heeft consequenties voor alle andere aanvragen in de reeks.

101 Rb. Midden-Nederland 14 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679, r.o. 4.6.

De Afdeling is niet onder de indruk van dit argument en overweegt:

“om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en dientengevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, (...) [is] vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de (...) aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de (...) aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd.”

Op welke stukken de Afdeling precies doelt, licht zij vervolgens toe:

“daarbij is in dit geval niet voldoende dat Holland Opera inzage heeft gekregen in de adviezen van de adviescommissie over de aanvragen (...) en de besluiten van het Fonds (...), aangezien uit die documenten slechts kan worden afgeleid hoe de aanvragen (...) zijn beoordeeld, maar niet of die beoordelingen ook juist zijn en recht doen aan die aanvragen. Daarvoor is vereist dat in ieder geval ook inzage wordt geboden in de aanvragen (...). Deze had het Fonds dan ook op grond van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb voor Holland Opera ter inzage moeten leggen.”

Het argument van het FPK dat het niet wenselijk is inzage te verschaffen in de aanvragen van anderen, doet daaraan volgens de Afdeling niet af. Echter:

“Daarbij is van belang dat, naar Holland Opera ter zitting heeft toegelicht, de verschillende aanvragers nauwelijks met elkaar concurreren, zodat de in de aanvraag opgenomen gegevens over artistieke plannen in zoverre niet kunnen worden aangemerkt als bedrijfsgevoelige gegevens.”

Voor de situatie waarin wel bedrijfsgevoelige gegevens aanwezig zijn, verwijst de Afdeling naar de artikelen 7:4, zesde lid, en 8:29 van de Awb.¹⁰²

4.4 *Tussenstand processuele kennisneming: kanttekeningen bij de nieuwe koers van de ABRvS*

Tot dusver reikte het inzagerecht bij een tenderprocedure met subsidieplafond niet veel verder dan het dossier van de afgewezen aanvrager. De rechtbankuitspraken inzake Holland Opera tonen dat de rechter in 2013 (tussenuitspraak) en 2014 (eind-

102 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 6.2, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*). De Afdeling gaat hier m.i. nogal gemakkelijk voorbij aan het feit dat, ook al is er geen sprake van economisch concurrentschap, artistieke ideeën een inspiratiebron kunnen zijn voor medeaanvragers.

uitspraak) heeft getracht dit uit te breiden tot de dossiers van de gehonoreerde medeaanvragers. Zonder deze kennis is immers geen adequaat beroep mogelijk is tegen de afwijzingsbeschikking, noch tegen de totstandkoming van de rangorde en de daarin verworven plaats. Voor de rechter is het ontbreken van deze stukken evenzeer problematisch, aangezien hij daardoor de reikwijdte van het inzagerecht onvoldoende precies kan afbakenen.

De Afdeling bevestigt deze lijn in 2015: het inzagerecht omvat *alle* stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geplaatsten, voor zover nodig om die andere beoordelingen effectief te kunnen controleren. Daartoe behoren voor Holland Opera ook de aanvragen uit deze dossiers; de adviezen en de verleningsbesluiten zijn in dit kader onvoldoende.

Bij deze uitbreiding van het recht tot procedurele kennisneming voor ontvangers van een relatieve afwijzingsbeschikking kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst.

Ten eerste is het de vraag of deze interpretatie ook zal gelden in (economisch) concurrente verhoudingen, waar aanvragers belanghebbende zijn bij elkaars besluiten. Zij opereren dan *de facto* in elkaars vaarwater, hetgeen beslist consequenties zal hebben voor de omvang van het inzagerecht. Bij cultuursubsidies is te verwachten dat in concurrente aanvragen opgenomen artistieke plannen als bedrijfsgevoelig kunnen worden aangemerkt. Voor de beoordeling van deze gevoeligheid zijn wellicht deskundigenadviezen vereist.¹⁰³ Niet uitgesloten is dat veelvuldig gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheden tot geheimhouding of beperkte kennisneming uit artikel 8:29 Awb. In die situatie rijst de vervolgvraag in hoeverre het recht om zich adequaat te kunnen verweren tegen hoger geëindigde concurrenten, nog te waarborgen is. De rol van de rechter wordt dan belangrijk(er) en dat pleit dus *voor* beperkte kennisneming (de rechter ziet de stukken wel) en *tegen* geheimhouding (ook de rechter ziet de stukken niet). Nadere rechtspraak zal moeten uitwijzen wat de praktische en processuele consequenties zijn van de ingeslagen weg.

Ten tweede wil ik wijzen op het knelpunt dat de omvang van de over te leggen stukken (uiteindelijk) wordt bepaald door de subsidieverstrekker. De rechter start met een informatieachterstand, in de zin dat hij geen volledig zicht heeft op alle stukken uit de besluitvormingsprocedure. Het besluit in primo of uiterlijk de beslissing op bezwaar, in het bijzonder de motivering daarvan, zal moeten verhelderen hoe de subsidierangorde is vastgesteld en welke stukken de grondslag voor het besluit hebben gevormd. Op basis daarvan zal de rechter moeten beoordelen of het door het bestuursorgaan overgelegde procesdossier *alle* op de zaak betrekking hebbende stukken bevat.

103 Waarbij kan worden aangetekend dat de inzet van deskundigen(adviezen) bij cultuursubsidies in het veld al snel argwaan wekt. Het aantal deskundigen is op sommige deelterreinen relatief klein en vaak zijn zij als uitvoerend kunstenaar betrokken bij – of hebben een band met – gesubsidieerde kunstinstellingen. De kans op persoonlijke betrokkenheid is dan ook aanwezig. Vgl. ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*); voorts zie Hardy 2009.

Ten slotte hoop ik dat deze interpretatie niet zal resulteren in een versterking van de door Van Rijn van Alkemade gesignaleerde ‘communicerende vaten-werking’ tussen de motiveringsplicht en het inzagerecht: een summiere motivering kan worden gecompenseerd door een ruimere inzage, en andersom.¹⁰⁴ De nieuwe invulling van artikel 3:46 Awb mag naar mijn mening een parallelle werking hebben: gedetailleerde(re) motivering gecombineerd met ruime(re) inzagemogelijkheid.

5 CONSEQUENTIES VAN DE INGEZETTE KOERS

5.1 Consequenties voor subsidieverstrekkers

Voor subsidieverstrekkers is het zaak rekening te houden met de nieuwe eisen die sinds de Afdelingsuitspraak van 15 juli 2015 aan (cultuur)subsidieëring via een tenderprocedure worden gesteld. De uitspraak ziet op een specifieke groep aanvragers: het betreft positief beoordeelde aanvragen die zijn afgewezen vanwege hun plaats in de subsidierangorde en het bereiken van het subsidieplafond. De aanvragers zijn geen (economische) concurrenten van elkaar. Of bij het vaststellen van de rangorde gebruik is gemaakt van een onderlinge vergelijking van de aanvragen, is van geringe betekenis. Hoewel het volgens de Afdeling voor een aanvrager met een relatieve afwijzing niet mogelijk is de verleningsbeschikkingen van medeaanvragers te betwisten, moet hij in staat worden gesteld zijn afwijzingsbeschikking effectief en adequaat te kunnen bestrijden.

Dat betekent ten eerste dat de motivering in het afwijzingsbesluit transparant en inzichtelijk moet zijn over de beoordeling van de eigen aanvraag en over de totstandkoming van de subsidierangorde en de daarin verworven plaats. Deze verplichting wijkt af van de gangbare interpretatie van artikel 3:46 juncto 4:25, tweede lid, Awb, waarbij een verwijzing naar het bereiken van het subsidieplafond voldoende wordt geacht ter motivering van het afwijzingsbesluit.

Voorts is het geraden een deel van het subsidiebudget te reserveren voor het geval een procedure tegen het afwijzingsbesluit slaagt: de formele rechtskracht van de verleningsbesluiten mag niet worden tegengeworpen en daarenboven verplicht artikel 4:25 Awb tot rechtsherstel. Succesvolle procedures tegen afwijzingsbeschikkingen zullen bovenop het bestaande subsidiebudget komen: herschikking van de rangorde leidt *niet* tot een herschikking van het budget. De ontvanger van een verleningsbeschikking mag dus in beginsel reeds bij ontvangst uitgaan van de onherroepelijkheid daarvan.

Het inzagerecht wordt geëffectueerd door de afgewezen aanvrager inzage te bieden in zijn eigen dossier en daarnaast *ten minste* in de aanvragen, de verleningsbesluiten en de bijbehorende adviezen van de hoger geplaatste gehonoreerde aanvragers. Niet uitgesloten is dat in een concreet geval het inzagerecht (nog) verder zal reiken.

104 Van Rijn van Alkemade 2011, p. 385.

Vooralsnog is onzeker of deze invulling tevens geldt voor de situatie waarin sprake is van 'echte' concurrenten in dezelfde markt. Evenmin is zeker of zij ook geldt voor tenderverdeelpcedures waarin de aanvragen wel onderling zijn vergeleken.

Mijns inziens is een verzoek om relatieve geheimhouding ingevolge artikel 8:29 Awb aan te bevelen zodra een subsidieverstrekker twijfelt over de reikwijdte van zijn informatieplicht. Het is in het licht van deze uitspraak wijs de beslissing hieromtrent over te laten aan de rechter.

5.2 *Consequenties voor subsidieaanvragers*

Voor ontvangers van een relatieve afwijzingsbeschikking biedt de Afdelingsuitspraak inzake Holland Opera in elk geval perspectief. Sedert 15 juli 2015 moet deze beschikking van een transparante en inzichtelijke motivering zijn voorzien, op basis waarvan de afwijzing adequaat en effectief kan worden bestreden. Voorts is er recht op inzage in alle op de zaak betrekking hebbende stukken, waaronder een belangrijk deel van het aanvraagdossier van de hoger geplaatsten in de rangorde. Mocht de procedure tegen de afwijzing succesvol zijn, dan kan het subsidieplafond niet worden tegengeworpen en zal een aanspraak op subsidie alsnog moeten worden verzilverd.

De drie uitspraken inzake Holland Opera illustreren bovendien dat de rechter, ingegeven door het streven naar finale geschilbeslechting, voortvarend te werk kan gaan. Hij zal waar mogelijk zelf voorzien, hetgeen in een concreet geval kan resulteren in toepassing van de relevante regeling en op basis daarvan het corrigeren van de rangschikking. Hoewel de Afdeling uiteindelijk niet anders kon beslissen dan het afwijzingsbesluit van Holland Opera te vernietigen, is hier sprake van een 'aangeklede' opdracht die toch finaliseert.¹⁰⁵ Voor het FPK resteerde slechts het nemen van een nieuw besluit op bezwaar met inachtneming van de door de Afdeling gecorrigeerde rangschikking.

5.3 *Coda*

Ten slotte. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Afdeling in haar Holland Opera-uitspraak heeft gekozen voor een pragmatische oplossing: rechtszekerheid prevaleert boven rechtsbescherming. De oplossing is bovenal praktisch: in plaats van het recht om andermans verleningsbeschikking te kunnen betwisten moet sedert 15 juli 2015 aan een aanvrager met een relatieve afwijzing *alle* 'munitie' worden geleverd om zijn afwijzingsbeschikking effectief te kunnen betwisten. De oplossing is echter niet logisch, want wringt in de context van het algemene bestuursrecht. Het niet-toekennen van de belanghebbende-positie wordt gecompenseerd door een nieuwe interpretatie van de artikelen 3:46 en 4:25 Awb. De toekomst zal uitwijzen of deze combinatie voldoende vangnet biedt voor deze bijzondere groep aanvragers.

105 Vgl. Verburg 2010.

NASCHRIFT BIJ DEELTHEMA 2

EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING IN TENDERVERDEELPROCEDURES

Het artikel dat ten grondslag lag aan hoofdstuk 4 is geschreven in 2016, niet lang na de Afdelingsuitspraak *Holland Opera*.¹ Deze uitspraak werd destijds geannoteerd door Willemien den Ouden en gepubliceerd in een speciale uitgave van de *AB*, vanwege het 100-jarige bestaan van dit jurisprudentietijdschrift. Een lustrum later heb ik deze traditie voortgezet met een annotatie in de jubileumreeks *105 jaar AB*, bij de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020.² Daarin werden de vragen opgepakt die Den Ouden in 2016 met het oog op de rechtsontwikkeling na *Holland Opera* had gesteld.

Den Ouden (an)noteerde destijds dat het verdelingsrecht zich in handen van de Nederlandse bestuursrechter voorspoedig ontwikkelde, zowel ten aanzien van de verdeelprocedure zelf, dankzij de Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016³ en de daarop volgende Afdelingsuitspraak van 2 november 2016⁴, als ten aanzien van de rechtsbescherming tegen de uitkomsten daarvan.⁵ Zij was ingenomen met de wijze waarop de Afdeling in *Holland Opera* effectieve rechtsbescherming voor ‘relatief’ afgewezen aanvragers nader had ingevuld, maar benoemde ook een aantal nadelen van deze benadering. De minpunten waren: de keuze voor een strategische invulling van het belanghebbendebegrip, de ruimte die het begrip ‘effectieve rechtsbescherming’ nog bood, de extra werklast die de uitspraak met zich zou meebrengen voor subsidieverstrekkers en rechters, en de geringere kans om onterecht verstrekte subsidies te kunnen terugvorderen. Niettemin luidde de conclusie van Den Ouden dat *Holland Opera* positief moest worden gewaardeerd, zeker tegen de achtergrond van het algemene bestuursrecht dat niet altijd in passende antwoorden voorziet en de wetgever die dit maar mondjesmaat oppakt. Dan

1 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, *AB* 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*), voorafgegaan door Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374 (tussenuitspraak) en Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679 (einduitspraak), *AB* 2015/167, m.nt. J.R. van Angeren.

2 ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, *AB* 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy (*De Alk*).

3 ECLI:NL:RVS:2016:1421

4 ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel

5 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, *AB* 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*), annotatie punt 2.

rest volgens haar slechts waardering voor de bestuursrechter die aan rechtsvorming doet om de leemten in het verdelings(proces)recht in te vullen, ook al omdat dit reflexwerking kan hebben op de verdeelprocedures bij bestuursorganen. Voor Den Ouden was er alle reden om in 2021 nogmaals te kijken naar de stand van de rechtsbescherming tegen besluiten over schaarse publieke rechten.⁶

De balans die in 2021 naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland kon worden opgemaakt, stemde tevreden.⁷ Niet alle door Den Ouden gesignaleerde nadelen waren ondervangen, maar deze uitspraak laat zien dat ook de bestuursrechter in eerste aanleg niet aarzelt om effectieve rechtsbescherming te bieden en het handelen van de subsidieverstrekker indringend te toetsen aan de vergewisplicht. Dat is positief. In dit kader kan ook nog worden gewezen op de uitspraak van het CBB van 7 december 2021⁸ inzake effectieve rechtsbescherming en de uitspraak van het CBB van 25 oktober 2022⁹ over belanghebbendheid.

Deelthema 2 vormt tevens de opmaat voor de deelthema's 3 en 4, zodat effectieve rechtsbescherming in tenderverdeelprocedures ook in de volgende hoofdstukken nog aan de orde zal komen.

6 *Ibidem*, annotatie punt 8.

7 ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy (*De Alk*).

8 ECLI:NL:CBB:2021:1048.

9 ECLI:NL:CBB:2022:723.

DEELTHEMA 3

NORMERING VAN TENDER- VERDEELPROCEDURES VOOR SCHAARSE (CULTUUR)SUBSIDIES

DE KUNST VAN HET VERDELEN (I):
OVER MEDEDINGING EN TRANSPARANTIE
BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE
(TENDER)SUBSIDIES*

1 INLEIDING

1.1 *Aanleiding*

In 2020 werd de Nobelprijs voor Economie¹ toegekend aan twee Amerikaanse wetenschappers die veilingmodellen ontwikkelden voor de verkoop van goederen en diensten die moeilijk te veilen zijn, zoals radiofrequenties. Het onderzoek van Milgrom en Wilson richt zich op de uitwerking van verschillende regels voor veilingen.² Verdelingsvraagstukken staan echter niet alleen bij economen in de belangstelling. In het rechtswetenschappelijke discours hebben vragen rondom de verdeling van schaarse publieke rechten inmiddels geleid tot de ontwikkeling van een zelfstandig rechtsgebied.³ Aan dit proces heeft de bestuursrechter een belangrijke bijdrage geleverd.

In 2016 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak, na daarover een Conclusie⁴ te hebben gevraagd, dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze ruimte moet worden geboden aan (potentiële) gegadigden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.⁵ Daarmee was de toepasselijkheid van een mededingingsnorm, met in haar kielzog een transparantienorm,

* Hoofdstuk 5 is gepubliceerd in 2022 (*NTB* 2022/3, p. 136-147).

1 De Nobelprijs voor Economie is geen 'klassieke' Nobelprijs, maar in het leven geroepen door de Zweedse centrale bank ter nagedachtenis aan Alfred Nobel.

2 <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/10/12/veilingexperts-milgrom-en-wilson-winnen-de-nobelprijs-voor-economie-a4015607>

3 De oratie van Van Ommeren wordt wel gezien als het startpunt voor deze belangstelling (Van Ommeren 2004). Daarna volgden o.a. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011a; Wolswinkel 2013; Buijze 2013; Drahmman 2015; Van Rijn van Alkemade 2016; Wolswinkel 2019.

4 Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (Conclusie inzake hoger beroep *Speelautomatenhal Vlaardingen*).

5 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

in het nationale publiekrechtelijke⁶ verdelingsrecht een feit. De werkingssfeer van deze normen werd stapsgewijs verruimd en in 2018 werden zij ook van toepassing verklaard op verdelingskaders voor schaarse subsidies.⁷ Nu vrijwel alle subsidies schaars zijn, is de vraag wat dit betekent voor de subsidiepraktijk, uiterst relevant.

1.2 Afbakening en onderzoeksvragen

Ofschoon de vraag naar de betekenis van de mededingings- en de transparantienorm voor alle subsidieverdeelsystemen van belang is, ligt in dit hoofdstuk de focus op de *tender*procedure.⁸ Dat is de verdeelmethode waarbij de ingediende subsidieaanvragen op basis van kwalitatieve criteria onderling worden vergeleken en vervolgens gerangschikt.⁹ Tenderprocedures gaan doorgaans gepaard met *subsidieplafonds*. Deze limitering van het budget veroorzaakt schaarste zodra de som van de gevraagde subsidies het budget overstijgt: dan is er sprake van schaarse subsidies, waarop sinds 2018 de mededingings- en de transparantienorm van toepassing zijn.¹⁰ Wat zijn de consequenties van de toepasselijkheid van deze normen voor het nationale subsidierecht? Kan het tenderverdeelsysteem de toets aan de mededingings- en de transparantienorm al doorstaan?

1.3 Leeswijzer

De eerstvolgende paragraaf (§ 2) belicht de ontwikkeling en de inhoud van de mededingings- en de transparantienorm in het nationale subsidierecht. Het realiseren van reële mededinging blijkt niet mogelijk zonder transparantie *ex ante* en dat leidt in het subsidierecht tot een aantal vereisten. Ook wordt bezien in hoeverre het Awb-subsidiekader daaraan tegemoetkomt en waar de bestuursrechter dat kader heeft aangevuld.

Vervolgens wordt nader ingezoomd op de tenderverdeelpcedure (§ 3). Deze focus blijkt te resulteren in een verbreding van het normenkader. Het nationale tendersubsidierecht omvat namelijk niet alleen diverse waarborgen voor transparantie *ex ante*, maar ook tal van transparantieverplichtingen *ex post*, die verband houden

6 De vraag naar de toepasselijkheid van deze norm op *privaatrechtelijk* overheidshandelen – specifiek: de verkoop van een onroerende zaak door de overheid – werd door de Hoge Raad bevestigend beantwoord op 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommen, «JB» 2022/21, m.nt. J.A.F. Peters, BR 2022/7, m.nt. S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries (*Didam*)).

7 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

8 Deze keuze houdt verband met het feit dat ik de resultaten van dit onderzoek heb toegepast op het verdelingskader voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024, dat bestaat uit zeven (tender)subsidieregelingen. De resultaten daarvan zijn uitgeschreven in hoofdstuk 6.

9 Vgl. Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, § 11.4.4.

10 *Ibidem*, § 11.4.2.

met het verwezenlijken van *effectieve rechtsbescherming* voor tendersubsidieaanvragers.

Is daarmee de conclusie gerechtvaardigd dat het tendersubsidieregime voldoende waarborgen bevat om mededinging en transparantie te verzekeren? Om deze vraag te beantwoorden wordt de tenderverdeelsystematiek onder een vergrootglas gelegd (§ 4). De mate waarin de mededingings- en transparantienorm zijn geborgd, wordt onderzocht langs de tijdlijn van de tenderprocedure, opgesplitst in de vijf fasen van het besluitvormingstraject (§ 4.1-§ 4.5). Daarna wordt de balans opgemaakt (§ 5) en volgt een reeks aanbevelingen (§ 6).

2 MEDEDINGING & TRANSPARANTIE IN VERDEELPROCEDURES VOOR SCHAARSE SUBSIDIES

2.1 *Opmars van de mededingingsnorm in het nationale subsidierecht*

De Afdelingsuitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* bezegelde de toepasselijkheid van een mededingingsnorm in het nationale publiekrechtelijke verdelingsrecht.¹¹ In het geschil in kwestie waren twee potentiële gegadigden in beeld voor één beschikbare speelautomatenhalvergunning. De aanvraag die het eerst was ingediend, voldeed aan de voorwaarden en werd gehonoreerd. De Afdeling concludeerde dat het verleningsbesluit voor vernietiging in aanmerking kwam, onder meer wegens strijd van de onderliggende Verordening *Speelautomaten Vlaardingen* 2008 met het gelijkheidsbeginsel en de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichting tot transparantie.¹²

De mededingingsnorm blijkt geworteld in het (formele) gelijkheidsbeginsel, dat in de context van het verdelingsrecht strekt tot het bieden van gelijke kansen.¹³ Zodra er ruimte ontstaat om een schaars recht te verlenen, moet het bestuur aan potentiële gegadigden de kans bieden om mee te dingen naar dat recht. Daaruit vloeit een tweede rechtsnorm voort: een schaars publiek recht kan in beginsel slechts tijdelijk worden verleend, opdat ook nieuwkomers de kans krijgen mee te dingen. Om de vereiste kansgelijkheid te realiseren, noopt de mededingingsnorm bovendien tot een derde rechtsnorm: het bestuur moet een *passende mate van openbaarheid* verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van schaarse rechten, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria, onder meer door een tijdige en adequate bekendmaking via een zodanig medium dat potentiële

11 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie ook Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, § 11.4.1.

12 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 14-15, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

13 *Ibidem*, r.o. 8.

gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Met deze transparantienorm *ex ante* wordt het bieden van gelijke kansen op mededingingsruimte verwezenlijkt.

Het lag in de lijn der verwachting dat de mededingingsnorm, met in haar spoor de normen inzake looptijd en transparantie, uiteindelijk ook van toepassing zou worden verklaard op verdelingskaders voor schaarse subsidies.¹⁴ Transparantieverplichtingen maken echter al veel langer deel uit van het nationale subsidierecht. Meteen na de inwerkingtreding van de subsidietitel in de Awb¹⁵ wordt in uitspraken over tendersubsidiegeschillen al gewezen op de verplichting om transparant te zijn over het subsidieproces, de subsidievoorwaarden en de werkwijze van deskundigenadviseurs.¹⁶ Niettemin zoekt de bestuursrechter aanvankelijk geen aansluiting bij de ontwikkeling die de verdeelprocedures voor andere schaarse publieke rechten doormaken.¹⁷ De subsidierechtspraak ziet in die periode voornamelijk op transparantie *ex post*: de verplichting om achteraf verantwoording te kunnen afleggen over de besluitvorming.¹⁸

Het *Betfair*-arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2010 blijkt een belangrijk kantelpunt te vormen in de nationale schaarse rechtendiscussie.¹⁹ In dit arrest wordt de voor overheidsopdrachten geldende (Unierechtelijke) transparantieverplichting ook van toepassing verklaard op de verlening of verlenging van exclusieve kansspelvergunningen.²⁰ De werking van deze verplichting strekt echter nog niet zo ver dat aan elke verlening een oproep tot mededinging vooraf zou moeten gaan.²¹ De Afdeling ziet in dat jaar dan ook geen reden om een transparantieverplichting op te leggen voor de verdeling van schaarse financiële aanspraken, hoewel de parallel met een schaars publiek recht door de desbetreffende appellanten expliciet

14 Vgl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, § 4 (Conclusie inzake hoger beroep *Speelautomatenhal Vlaardingen*); voorts Drahmman 2015, § 12.4.4. Voorts bijv. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011b; Wolswinkel 2017b.

15 Titel 4.2 (art. 4:21-4:80) Awb, inwerkingtreding 1 januari 1998 (*Stb.* 1996, 333).

16 Vgl. ABRvS 4 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6169, *AB* 1999/479, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; ABRvS 3 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6327, *AB* 2000/203, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD8180, *AB* 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren (*Hanseland*).

17 Vgl. CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BI6466, *AB* 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*); CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BL3125, r.o. 6.2.2, *AB* 2010/73, m.nt. I. Sewandono, «JB» 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Albert Heijn*).

18 CBb 21 december 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BU9728 en ECLI:NL:CBb:2011:BU9729, r.o. 5.4, *AB* 2012/63, m.nt. A. Drahmman & J.M.J. van Rijn van Alkemade. Identiek in CBb 24 december 2014, ECLI:NL:CBb:2014:495, r.o. 4.2 en CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBb:2016:299, r.o. 4.2. Voorts: Drahmman 2011.

19 Uitspraak inzake de uitleg van art. 49 EG-Verdrag; HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307, nr. C-20 3/08, *AB* 2011/17, m.nt. A.W.G.J. Buijze, «JB» 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *NJ* 2010/490, m.nt. M.R. Mok onder *NJ* 2010/491 en *SEW* 2011/33, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (*Betfair/Nederland*). Voorts bijv. Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2010; Drahmman 2012.

20 Transparantie werd als Unierechtelijk beginsel voor het eerst erkend in HvJ EU 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:508, nr. C-260/04 (*Commissie/Italië*).

21 Transparantieverplichting voor overheidsopdrachten: punt 2 in de Considerans van Richtlijn 2004/18/EG, thans punt 1 in de Considerans van Richtlijn 2014/24/EU; voorts in art. 1.9 Aanbestedingswet 2012.

wordt getrokken.²² In 2011 concludeert het CBb dat bij tenderverdeelpcedures “ter bevordering van een voldoende mate van transparantie” wel eisen moeten worden gesteld aan “de wijze waarop achteraf van de weggingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd”.²³ In 2014 oordeelt de Afdeling dat, wanneer een deskundigenadvies wordt gebruikt ter motivering van een besluit, uit het advies moet kunnen worden afgeleid op welke wijze de adviseur de beoordelingscriteria heeft beoordeeld en gewogen.²⁴ Een jaar later verfijnt zij deze lijn voor een specifieke groep: de aanvragers met een subsidieplafond geachte aanvraag die toch moest worden afgewezen vanwege het bereiken van het subsidieplafond en de plaats van de aanvraag in de rangschikking. Voor deze groep aanvragers moet het afwijzingsbesluit zodanig zijn gemotiveerd dat in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde kan worden gesteld.²⁵ Het afwijzingsbesluit moet deze aanvragers in staat stellen *effectieve rechtsbescherming* te verzilveren. Ook in deze jurisprudentie ligt het accent telkens op transparantie *ex post*.

Pas na de *Vlaardingen*-uitspraak neemt in de context van financieringsbesluiten de aandacht voor transparantie *ex ante* geleidelijk toe. In 2017 bepaalt de Afdeling dat de mededingingsnorm ook geldt voor onderwijsbekostiging ingevolge de Wet op het voortgezet onderwijs.²⁶ Toch ziet zij begin 2018 nog geen reden voor het leggen van een dwarsverband tussen deze norm en tenderverdeelpcedures met een subsidieplafond.²⁷ Dat verband wordt pas gelegd in de *Geobox*-uitspraak van 11 juli 2018, waarin de Afdeling de werking van de mededingingsnorm integraal uitbreidt naar de verdeling van schaarse subsidiemiddelen.²⁸ Het *Geobox*-geschil draait om de rechtmatigheid van het vervangen van de voorgeschreven verdeelmethode (volgorde van binnenkomst) door een andere methode (loting) na het optreden van *computer bugs*. Dat vervangen gebeurde tijdens de verdeelpcedure, waarbij de subsidieverstrekker de wijziging pas achteraf – met terugwerkende kracht – voorzag van een basis in een wettelijk voorschrift.²⁹ Desondanks acht de Afdeling deze wijziging in overeenstemming met de mededingingsnorm, omdat het vasthouden aan de voorgeschreven verdeelmethode – “onverkorte toepassing van het rechts-

22 ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, r.o. 2.4.1, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden (*Coach4Kids*).

23 CBb 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9728 en ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, r.o. 5.4, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman & J.M.J. van Rijn van Alkemade.

24 ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:794 (*Kwatta*).

25 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

26 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, r.o. 7.5-7.7, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen (*Tjalling Koopmans College*); voorts ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, AB 2018/319, m.nt. C.J. Wolswinkel & P.J.J. Zoontjens.

27 Bijv. ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

28 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

29 *Provinciaal Blad* 22 juli 2016, 4245.

zekerheidsbeginsel” – in casu zou hebben geleid tot een inbreuk op het beginsel van gelijke kansen.³⁰

Sinds de *Geobox*-uitspraak vallen de verdeelpcedures voor schaarse subsidies dus ook onder de reikwijdte van de mededingingsnorm.³¹ Het nationale subsidie-recht is bovendien een transparantienorm *ex ante* rijker. Wat is hiervan de praktische betekenis?

2.2 Mededinging & transparantie in het subsidierecht: wat is vereist?

Vooropgesteld moet worden dat de mededingingsnorm enkel geldt in verdeelpcedures voor *schaarse* rechten. Een verdeelpcedure met een subsidieplafond valt onder de reikwijdte van deze norm, omdat publieke rechten schaars zijn zodra een plafond is vastgesteld.³² Doorslaggevend is de vraag naar *mogelijke* schaarste, niet of de beschikbare rechten daadwerkelijk schaars zijn.³³

De begrippen (reële) *mededingingsruimte*, (bepaalde) *looptijd* en (passende) *openbaarheid* vormen het trio waarmee de mededingingsnorm haar beslag krijgt. Daarbij ziet de transparantienorm expliciet op transparantie *ex ante*: reeds voor de start van de verdeelpcedure moet een ‘passende mate van openbaarheid’ zijn verzekerd. Wat betekent dit concreet?

Aanvragers moeten hun aanvraag kunnen afstemmen op de verdelingscriteria en deze zo nodig kunnen wijzigen of aanvullen. Het niet tijdig en adequaat bekendmaken van deze criteria leidt tot strijd met de transparantieverplichting, omdat dan niet kan worden uitgesloten dat een aanvrager is benadeeld door de handelwijze van de subsidieverstrekker. Met volledige kennis zou de aanvrager zijn aanvraag mogelijk anders hebben ingericht.³⁴ Het nalaten om informatie te geven resulteert echter niet in een schending van de transparantienorm indien alle potentiële gegadigden verstoken waren van de desbetreffende informatie.³⁵ Voorts zijn verdelingscriteria ook ‘passend openbaar’ indien zij niet vooraf in detail zijn beschreven, maar

30 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, r.o. 7.2, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

31 Hetgeen overigens niet altijd wordt opgemerkt: zie ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2091:95, AB 2021/332, m.nt. D.K. Jongkind & A. Drahmman.

32 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rederij Lovers*).

33 *Ibidem*. In de bewoordingen van de annotator: de Afdeling kiest voor een ‘absoluut’ schaarste-begrip (punt 3). Schaarse rechten kunnen ook voortkomen uit een combinatie van fysieke en beleidsmatige schaarste. Zie ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, AB 2021/54, m.nt. C.J. Wolswinkel (*New Orange*).

34 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, r.o. 12.1, AB 2017/389 m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/183 m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Helmond*).

35 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, r.o. 5.3-5.4, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Standplaats Doorn*).

wel voldoende richting geven.³⁶ Het laatste is aannemelijk als er vooraf geen vragen zijn gesteld over de uitleg van de criteria. Blijkt niettemin dat geen van de aanvragen voldoet aan de indieningseisen, dan kan het bestuursorgaan ter verduidelijking van het verdelingskader ervoor kiezen om alle aanvragers de gelegenheid te bieden tot aanvulling van hun aanvraag.³⁷ Daarnaast kunnen de verdelingscriteria tijdens de verdeelprocedure nog nader worden verfijnd, maar de rechterlijke toetsing van de 'kenbaarheid' van die verfijning is streng³⁸ en de bovengrens van verfijning is nog niet uitgekristalliseerd.³⁹ Ook vraagt de 'passende mate van openbaarheid' nog om nadere concretisering door de bestuursrechter met betrekking tot de betekenis van onderdelen die inherent zijn aan verdelingsprocedures, zoals de beoordelingsmethodiek en de wegingsfactoren.⁴⁰

Wanneer een verdeelprocedure door technische perikelen hapert en wordt vervangen door een andere, waardoor alsnog aan alle potentiële gegadigden dezelfde kansen worden geboden, staat de wijziging ten dienste van de mededingingsnorm.⁴¹ Het gewicht van deze norm is in die situatie van dien aard, dat zowel het rechtszekerheidsbeginsel als de transparantienorm ervoor moet wijken.

De mededingingsnorm verliest haar werking niet nadat de verdeelbesluiten zijn genomen.⁴² Een wezenlijke wijziging in de uitvoering van een reeds toegekend schaars publiek recht blijkt de vraag naar mededingingsruimte te activeren, omdat dit een nieuwe verlening kan impliceren waarvoor (opnieuw) mededingingsruimte moet worden gecreëerd.⁴³ Een wezenlijke wijziging kan er verder toe leiden dat de ontvanger niet langer aanspraak kan maken op het verleende subsidiebedrag en dat de subsidie lager of op nihil wordt vastgesteld.⁴⁴

Overigens kan de mededingingsnorm worden beperkt bij wettelijk voorschrift, mits dat er niet toe leidt dat mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Uit de

36 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, AB 2017/390 en ECLI:NL:RVS:2017:2337, AB 2017/391, m.nt. G.J. Stoepker & C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Emmen*); ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918, AB 2020/397, m.nt. C.J. Wolswinkel (*JVH*).

37 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, r.o. 5.1, AB 2017/390, m.nt. G.J. Stoepker & C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Emmen*).

38 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, AB 2018/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Fietstaxi Amsterdam*).

39 Vgl. ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918, AB 2020/397, m.nt. C.J. Wolswinkel (*JVH*); CBb 3 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:655, AB 2020/413, m.nt. J.E. van den Brink & V.A. van Waarde.

40 Vgl. annotator C.J. Wolswinkel, ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918, AB 2020/397, punt 8.

41 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

42 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, r.o. 7.1, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/183, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Helmond*). De wijziging betrof een verplaatsing naar een andere locatie.

43 Vgl. ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2924, r.o. 7.1, AB 2021/106, m.nt. C.J. Wolswinkel.

44 Ingevolge art. 4:46 lid 2 of 4:48 lid 1 Awb. Bijv. CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:101, AB 2020/11, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 19 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:39, AB 2021/285, m.nt. E.M.J. Hardy en D.K. Jongkind. Voorts Toet & Drahmman 2019, § 5.2.

totstandkoming van de beperking moet bovendien blijken dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.⁴⁵

2.3 Is het Awb-subsidiekader mededingings- & transparantieproof?

Drie jaar nadat de Afdeling de mededingingsnorm ook van toepassing verklaarde op verdeelprocedures voor schaarse subsidies, is de vraag gerechtvaardigd of het begrippentrio *mededingingsruimte*, *looptijd* en *openbaarheid* in het Awb-subsidiekader⁴⁶ voldoende is geborgd. Een decennium geleden heeft Drahm⁴⁷ een vergelijkbare vraag al eens beantwoord in het licht van het Unierecht, ingegeven door de onmiskenbare verwantschap tussen de procedures voor het aanbesteden van overheidsopdrachten en het verdelen van schaarse subsidies in een tender.⁴⁸ Des tijds was bij tendersubsidiëring al een silhouet van de mededingingsnorm zichtbaar, maar die was nog verre van afgebakend. Kan het Awb-subsidiekader inmiddels de mededingingstoets doorstaan?

Wanneer *sec* wordt gekeken naar de mededingingsnorm, de looptijd en de transparantienorm, luidt de conclusie dat het algemene subsidiekader daaraan op het eerste oog voldoet. Openbaarheid ten aanzien van de beschikbaarheid van schaarse subsidies, de verdeelprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen verdeelcriteria wordt namelijk verwezenlijkt door de vereisten uit afdeling 4.2.1 en 4.2.2 van de Awb. Artikel 4:23 verplicht immers tot een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking, hetgeen betekent dat er in beginsel⁴⁹ een algemeen verbindend voorschrift moet zijn dat de kernpunten van de verstrekking bevat, zoals de omschrijving van de te subsidiëren activiteiten en de aanwijzing van de subsidieverstrekker.⁵⁰ Daarnaast vraagt de subsidietitel ook voor andere subsidieaspecten een wettelijk voorschrift: de wijze van verdeling, de verdelingsregels (artikel 4:26) alsmede het subsidieplafond (artikel 4:25). Bekendmaking van het subsidieplafond moet bovendien plaatsvinden voor aanvang van de verdeelprocedure (artikel 4:27). Voor al deze besluiten geldt dat zij pas in werking treden nadat zij zijn bekend gemaakt (artikel 3:40), waarmee openbaarheid in beginsel is verzekerd.

Ofschoon het Awb-subsidiekader een gelaagde structuur kent – naast de Awb is specifieke subsidieregelgeving vereist – lijkt het formeel te voldoen aan de mededingings- en de transparantienorm die in 2018 in de Afdelingsuitspraak *Geobox* aan

45 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

46 Waartoe ik niet alleen (subsidie)titel 4.2 Awb reken, maar ook de op subsidiëring toepasselijke bepalingen uit hoofdstuk 1 t/m 3 Awb.

47 Drahm 2011a. Zie ook Van Ommeren 2004, m.n. p. 38-45.

48 Vgl. Prenen 2009; recenter: Hardy & Verboeket 2021.

49 Art. 4:23 lid 3 Awb bevat een aantal uitzonderingen op het vereiste van een wettelijke grondslag: bijv. begrotingssubsidies (sub c) en incidentele subsidies (sub d).

50 Vgl. ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, AB 2010/2014, m.nt. W. den Ouden, «JB» 2010/80, m.nt. A.J. Bok (*Flevo Herb II*); ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink (*Gymnasion*).

subsidieverdeelprocedures werden opgelegd. De vervolgvraag is of deze conclusie ook geldt voor de eisen die zijn geformuleerd voor tenderverdeelprocedures?

3 MEDEDINGING & TRANSPARANTIE IN VERDEELPROCEDURES VOOR TENDERSUBSIDIES

Drahmann signaleerde in 2011 dat, ten aanzien van de gewenste mate van transparantie, een aantal Awb-bepalingen fricties kan veroorzaken met de tenderverdeel-systematiek.⁵¹ Zij wees met name op artikel 4:23 (dat niet verbiedt dat een wettelijke grondslag voor subsidieverlening met terugwerkende kracht wordt vastgesteld), artikel 4:84 (dat een inherente afwijkingsbevoegdheid bevat voor beleidsregels), artikel 4:5 (dat een herstelmogelijkheid bevat voor een onvolledige aanvraag), artikel 3:8 (dat slechts verplicht tot het bekendmaken van 'de' bij de besluitvorming betrokken adviseur) en artikel 7:11 Awb (dat verplicht tot een volledige heroverweging na bezwaar). Wat is anno 2022 de stand van zaken? Zijn deze fricties inmiddels verdwenen? Of heeft de toepasselijkheid van de mededingings- en de transparantienorm weer nieuwe knelpunten aan het licht gebracht?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk eerst het geldende normenkader voor tenderverdeelprocedures in kaart te brengen. Bij tendersubsidiëring is namelijk sprake van een suppletie: hier gaat het Awb-subsidiekader⁵² aanmerkelijk verder dan de mededingingsnorm vraagt. Daarbij blijkt de bestuursrechter als katalysator te hebben gefunctioneerd.

3.1 *Bonus in het nationale tenderverdelingskader: transparantieverplichting ex post*

Vrijwel parallel aan de opmars van de mededingingsnorm bij schaarse publieke rechten voltrok zich in het tendersubsidierecht de ontwikkeling van een transparantieverplichting *ex post*. Paragraaf 2.1 gaf al een beknopte schets van de jurisprudentie over de mate van transparantie die van een subsidieverstrekker wordt verwacht zodat diens handelen en de totstandkoming van de verdeelbesluiten kunnen worden gecontroleerd. Dit 'openbaarheidsvereiste' ziet op de verplichting om nadien verantwoording te kunnen afleggen over de besluitvorming en dient dus een ander doel dan de uit de mededingingsnorm afgeleide transparantienorm *ex ante*. De laatstgenoemde norm is volledig gericht op het realiseren van 'reële mededinging' teneinde gelijke kansen te verzekeren op het verkrijgen van schaarse publieke rechten; haar pendant *ex post* ziet daarentegen op het realiseren van 'effectieve rechts-

51 Drahmann 2011b.

52 Opnieuw in de brede zin des woords: niet alleen (subsidie)titel 4.2 Awb omvattend, maar ook de op subsidiëring toepasselijke bepalingen uit hoofdstuk 1 t/m 3 Awb en de tendersubsidië-jurisprudentie (die volop nuanceringsruimte bevat).

bescherming' voor alle adressaten van tenderverdeelpbesluiten.⁵³ Ook hierin kan een recht op gelijke kansen worden gelezen, maar dan betreft het kansgelijkheid in de bestuursrechtelijke procedure: teleurgestelde aanvragers die willen opkomen tegen een tenderverdeelpbesluit moeten zodanig zijn voorzien van processuele informatie dat sprake is van *equality of arms* en een eerlijk proces.⁵⁴

De bestuursrechter heeft aan de wieg gestaan van de transparantieverplichting *ex post* bij schaarse subsidiebesluiten. Deze verplichting geldt in het nationale tendersubsidierecht als een rechtsbeschermingsbonus, omdat zij transparantie verlangt ter zake van onderwerpen die buiten de actieradius van de mededingingsnorm vallen: effectieve rechtsbescherming, deskundigenadvisering en de vergewisplicht. Zij worden hierna belicht.

3.2 *Transparantieverplichting ex post vanwege effectieve rechtsbescherming*

In tenderprocedures met een subsidieplafond kan het vereiste van effectieve rechtsbescherming gemakkelijk in het gedrang komen, omdat verdeling via een tenderprocedure niet alleen resulteert in positieve en negatieve besluiten, maar ook in *relatieve* afwijzingsbesluiten. In dat laatste geval is de aanvraag weliswaar subsidiabel geacht, maar moet zij toch worden geweigerd vanwege haar plaats in de rangorde en het voortijdig bereiken van het subsidieplafond.⁵⁵ Dat is voor de betrokken aanvragers natuurlijk wrang en nodigt uit tot procederen. Doorgaans hebben zij geen bezwaar tegen de subsidietoekenning aan hun medeaanvragers, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus tegen de positie die deze medeaanvragers innemen in de rangorde. Het bestuursprocesrecht biedt deze groep aanvragers echter nauwelijks bescherming. Wanneer een aanvrager zich niet in een concurrentpositie⁵⁶ bevindt ten opzichte van zijn medeaanvragers, is zijn belang niet rechtstreeks betrokken bij hun verleningsbesluiten en kan hij niet als belanghebbende bij deze besluiten worden aangemerkt.⁵⁷ Het gevolg is dat hij zich niet zal kunnen verweren tegen de plaats van zijn aanvraag in de rangorde. In de uitspraak *Holland Opera* heeft de Afdeling de vraag beantwoord hoe aan deze aanvragers op effectieve en voor het

53 Deze invulling van 'effectieve rechtsbescherming' is overigens beperkter dan het HvJ EU in zijn jurisprudentie voorstaat. Gaat het om een competitieve verdeling van schaarse publieke rechten waarin de effectuering van Unierecht aan de orde is, dan moet de nationale rechtsbescherming niet alleen voldoen aan de Europese beginselen van effectieve rechtsbescherming, doeltreffendheid en gelijkwaardigheid, maar ook aan rechtsbeschermingsrichtlijnen (bijv. 2007/66/EG). Vgl. Buijze & Widdershoven 2011.

54 Vgl. Van Rijn van Alkemade 2011.

55 Ingevolge art. 4:25 lid 2 Awb.

56 Dat wil zeggen: werkzaam is in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied (bijv. ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3688, AB 2009/206, m.nt. R. Ortlep).

57 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*); ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, AB 2020/411, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2020/138, m.nt. A. Drahmman; BR 2020/76, m.nt. S. Elbertsen & S.G. ten Hertog (*Amsterdam Boat Events*).

bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze toch rechtsbescherming kan worden geboden.⁵⁸

Appellante Holland Opera Xpress had op haar aanvraag voor een vierjarige cultuursubsidie een relatieve afwijzing ontvangen, die zij betwistte. De tenderronde waar haar aanvraag onder viel, was multidisciplinair en omvatte alle professionele podiumkunsten. Appellante had volgens de Afdeling geen rechtstreeks belang bij de toewijzingsbesluiten van de hoger geplaatste aanvragers, omdat zij onder een ander marktsegment viel en ook niet hetzelfde verzorgingsgebied bestreek. Dat alle aanvragen waren gericht op één gemeenschappelijk subsidiebudget, leidde er volgens de Afdeling – anders dan de rechtbank had geoordeeld⁵⁹ – evenmin toe dat appellante zich in een concurrentpositie bevond.

De Afdeling tornt dus niet aan de reikwijdte van het belanghebbendebegrip, want acht een andere opvatting hieromtrent uit een oogpunt van rechtszekerheid niet wenselijk.⁶⁰ Zij betreft echter wel de stelling dat een aanvrager met een relatieve afwijzing zich moet kunnen verdedigen tegen zowel de beoordeling van zijn eigen aanvraag als tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dat kan volgens de Afdeling alleen indien het afwijzingsbesluit berust op een deugdelijke motivering. Deugdelijk betekent in dit verband dat het afwijzingsbesluit niet slechts inzicht verschaft in de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en dus in de beoordeling van de concurrerende aanvragen.⁶¹ De uitspraak geeft hiervoor gedetailleerde instructies.⁶² Er moet zoveel mogelijk inzage worden verschaft in de stukken die betrekking hebben op de hoger geëindigde aanvragen, voor zover nodig om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken worden aangemerkt als ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ in de zin van art. 7:4 Awb, die ter inzage moeten worden gelegd. Inzage in de deskundigenadviezen en de hoger geëindigde verdeelbesluiten volstaat niet; in ieder geval moet ook inzage worden geboden in de desbetreffende aanvragen. Mocht het laatste om concurrentieredenen niet wenselijk zijn, dan moet worden bezien of sprake is van bedrijfsgevoelige

58 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

59 Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 7 (tussenuitspraak): “Omdat vernietiging van de besluiten waarbij subsidie is toegekend aan (...) juridisch gesproken direct verband houdt met de onderlinge rangorde van concurrerende aanvragen op basis waarvan de beschikbare gelden worden verdeeld (en daarmee dus rechtstreeks van invloed is op de positie van eiseres in die rangorde), wordt haar belang rechtstreeks geraakt door deze besluiten. Omdat de positie van eiseres in de rangorde bepaalbaar is voor het al dan niet in aanmerking komen voor subsidie, is ook sprake van een voldoende objectief bepaalbaar persoonlijk belang.” Einduitspraak: Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679, AB 2015/167, m.nt. J.R. van Angeren.

60 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.6, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

61 *Ibidem*, r.o. 5.5.

62 *Ibidem*, r.o. 6.1 en 6.2.

gegevens, waarvan inzage achterwege blijft als geheimhouding om gewichtige redenen geboden is.⁶³

De uitspraak *Holland Opera* heeft voor tendersubsidiebesluiten een nieuw licht geworpen op de motiveringsplicht uit de artikelen 3:46 en 4:25 Awb.⁶⁴ Voor de subsidieverstrekker is een *vergelijkende* motiveringsplicht ontstaan, die verband houdt met de transparantieverplichting *ex post*: het controleerbaar maken van het subsidieverdelingsproces. Aan teleurgestelde aanvragers geeft *Holland Opera* aanknopingspunten om een onwelgevallig subsidiebesluit gefundeerd te betwisten en aldus effectieve rechtsbescherming af te dwingen.⁶⁵

3.3 *Transparantieverplichting ex post bij deskundigenadvisering en vergewisplicht*

Een tweede rechtsbeschermingsbonus in het nationale tendersubsidierecht is de transparantieverplichting *ex post* bij deskundigenadvisering en de vergewisplicht. In tenderprocedures wordt de kwalitatieve beoordeling van de subsidieaanvragen vaak in handen van externe deskundigenadviescommissies gelegd.⁶⁶ Het gevolg daarvan is dat de adviezen een zware stempel drukken op het besluitvormingsproces. Het bestuursorgaan kan ter motivering van een subsidiebesluit namelijk volstaan met een verwijzing naar een met het oog daarop uitgebracht advies, mits dat advies de motivering bevat en bij het besluit wordt gevoegd.⁶⁷ De subsidieverstrekker behoudt daarbij wel een *vergewisplicht*: hij is en blijft verantwoordelijk voor de zorgvuldigheid van het deskundigenonderzoek.⁶⁸ Deze zorgvuldigheid omvat zowel de hoedanigheid en werkwijze van de adviseurs als de totstandkoming en inhoud van de adviezen.⁶⁹ Aldus zijn deskundigenadvisering en de vergewisplicht onlosmakelijk met elkaar verbonden.

Aan welke eisen moet deskundigenadvisering voldoen en wat betekent dit voor de vergewisplicht? De subsidieverstrekker is ervoor verantwoordelijk dat deskundigenadviseurs beschikken over de voor hun taak vereiste kwalificaties.⁷⁰ Ingevolge artikel 2:4 Awb worden zij geacht hun taak zonder vooringenomenheid te vervullen, dus objectief en zonder aanzien des persoons te werk te gaan. De subsidieverstrekker moet ertegen waken dat adviseurs die een persoonlijk belang hebben bij een subsidie, de besluitvorming daarover kunnen beïnvloeden. Voor de omvang

63 Art. 7:4 lid 6 (geheimhouding in bezwaar) en art. 8:29 Awb (geheimhouding in beroep).

64 Vgl. Hardy 2016.

65 Ook gevolgd door het CbB (CbB 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*)) en inmiddels tevens toepasselijk geacht bij andere schaarse rechten dan subsidies (ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, AB 2020/411, m.nt. C.J. Wolswinkel; *Gst.* 2020/138, m.nt. A. Drahmman; *BR* 2020/76, m.nt. S. Elbertsen & S.G. ten Hertog (*Amsterdam Boat Events*)).

66 Afd. 3.3 (art. 3:5-3:9a) Awb.

67 Art. 3:46 jo. 3:49 Awb. Afwijken van het advies verplicht tot een nadere motivering (art. 3:50 Awb).

68 Gebaseerd op art. 3:9 Awb bij wettelijke advisering en op art. 3:2 Awb bij buitenwettelijke adviseurs.

69 Art. 2:4 lid 2 en 3:2 Awb.

70 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 74.

van deze verplichting is de Afdelingsuitspraak *De Theatercompagnie* onverminderd van belang.⁷¹ Blijkt een adviseur betrokken bij een concurrerende aanvraag én is er onvoldoende geld beschikbaar om alle aanvragen binnen de desbetreffende tenderprocedure te kunnen honoreren, dan is er sprake van een persoonlijk belang. De adviseur heeft dan de mogelijkheid om de besluitvorming te beïnvloeden, waarmee de schijn van belangenverstrengeling is gewekt.⁷² Deze maatstaf ligt onder een rechterlijk vergrootglas op terreinen waar subjectieve elementen onvermijdelijk zijn, zoals bij innovatie-, kunst- en wetenschapssubsidies.⁷³

De omvang van de vergewisplicht bij tendersubsidiebesluiten is de laatste jaren door de bestuursrechter nader gepreciseerd, waarbij veel aandacht uitging naar transparantie *ex post*.⁷⁴ Deze tendens wekt geen verbazing, omdat effectieve rechtsbescherming mede gestalte krijgt door de vergelijkende motiveringsplicht. Nu de motivering van relatieve afwijzingsbesluiten zich niet langer mag beperken tot de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook inzicht moet verschaffen in de totstandkoming van de rangschikking als geheel, staat het verdeelproces extra in de belangstelling. Kort samengevat blijkt de vergewisplicht tweeledig: de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.⁷⁵ Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens en welke procedure het tot stand is gekomen.⁷⁶ Ook moet het inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking en een ‘passende verantwoording’ bevatten over het verband tussen de beoordelingscriteria en de deskundigenoordelen. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten bijvoorbeeld zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen

71 ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*). Recent bevestigd in ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

72 Het CBb rekent daartoe ook betrokkenheid bij de persoon van de aanvrager: zie CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy, *Gst.* 2016/169, m.nt. C.N. van der Sluis en H. Pennarts (*Energie Cirkel*). Voorts: ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*).

73 Bijv. innovatiesubsidie: ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*); bijv. kunstsubsidie: Rb. Amsterdam 10 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9859 (*Proma*).

74 Bijv. ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel; CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy, *Gst.* 2016/169, m.nt. C.N. van der Sluis & H. Pennarts (*Energie Cirkel*); CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy; ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/373, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 16 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:344, AB 2018/280, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy.

75 Bijv. ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2882; ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1328; CBb 20 april 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY4188; CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy.

76 Bijv. CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, AB 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny; CBb 29 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:49, «JB» 2016/113, m.nt. W.E.M. Klostermann.

daarover moet beschikbaar zijn.⁷⁷ De subsidieverstrekker moet alle relevante stukken kunnen overleggen, waaronder ten minste een nauwkeurige verslaglegging van de adviescommissievergaderingen.⁷⁸ Hij moet waarborgen dat subsidieaanvragers zelf kunnen controleren of bij adviescommissieleden sprake is van (de schijn van) belangenverstrengeling, bijvoorbeeld door de namen van de adviescommissieleden bekend te maken.⁷⁹

De vergewisplicht verlangt inmiddels een grote alertheid van subsidieverstrekkers: zij zullen het adviesproces grondig moeten documenteren en nadrukkelijk de vinger aan de pols van de adviseurs moeten houden. Een geslaagd beroep op schending van de vergewisplicht leidt ertoe dat het advies niet aan het bestreden besluit ten grondslag had mogen worden gelegd en dat de motivering van dat besluit ondeugdelijk is. Wordt bijvoorbeeld in de bezwaarprocedure tegen een verdeelbesluit belangenverstrengeling bij een adviescommissielid ontdekt, dan heeft de subsidieverstrekker niet voldaan aan zijn vergewisplicht. Het afwijzingsbesluit is dan onrechtmatig. Deze conclusie kan stevige consequenties hebben. Vanwege de samenhang tussen de toe- en afwijzingsbesluiten staat een dergelijk gebrek doorgaans niet op zichzelf. Een niet onpartijdige adviseur kan de gehele verdeelprocedure hebben ‘besmet’, waardoor deze opnieuw moet worden georganiseerd.⁸⁰ Omdat dan met andere adviseurs zal worden gewerkt, is het niet ondenkbaar dat de nieuwe verdeelprocedure uitmondt in een gewijzigde rangschikking. Dat de eerdere verdeelbesluiten dan inmiddels in rechte onaantastbaar zijn, doet daaraan niet af. Een situatie als deze kostte de provincie Noord-Brabant in 2021 maar liefst 3,6 miljoen euro extra.

4 IS DE TENDERVERDEELPROCEDURE MEDEDINGINGS- & TRANSPARANTIEPROOF?

Nu het toepasselijke normenkader voor tenderverdeelpcedures is geschetst, kan de vraag worden opgepakt die in de aanhef van paragraaf 3 werd opgeworpen met betrekking tot de door Drahmman gesignaleerde fricties tussen de Awb en de tendersystematiek. Wat is de actuele stand van zaken in het tendersubsidierecht en welke aandachtspunten resteren nog na de uitspraak *Geobox*?

77 Bijv. Rb. Midden-Nederland 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy.

78 CBB 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy; bevestigd in CBB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-II*).

79 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

80 Bijv. de tenderverdeelpcedure Professionele Kunsten 2021-2024 Provincie Noord-Brabant. Vgl. Embrechts, *de Volkskrant* 29 januari 2021; voorts <https://www.brabantcultureel.nl/2021/01/28/procedure-subsidies-was-onzorgvuldig-en-moet-helemaal-over-een-grote-blamage/>. De nieuwe adviescommissie kwam tot een andere rangschikking. Zie *Brabants Dagblad* 27 mei 2021: “Subsidielunder levert 14 culturele instellingen alsnog miljoenen op in Brabant.”

Om de beantwoording van deze vraag te structureren, zal worden aangesloten bij het stramien van de tendersubsidieprocedure. Deze procedure wordt opgeknipt in vijf fasen: i) de vaststelling en publicatie van de subsidieregeling, ii) de behandeling van de aanvragen, iii) de beoordeling en besluitvorming daarover, iv) de bekendmaking van de verdeelbesluiten, alsmede bezwaar en heroverweging, en v) de subsidie looptijd en subsidie vaststelling. Vanzelfsprekend komen daarbij ook de eerder gesignaleerde Awb-bepalingen – artikel 3:8, 4:5, 4:23, 4:84 en 7:11 Awb – aan de orde.

4.1 Fase I: vaststelling en publicatie van de subsidieregeling

Een punt van aandacht bij het vaststellen van een tendersubsidieregeling is het feit dat het in artikel 4:23 lid 1 Awb neergelegde vereiste van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking niet spijkerhard is.⁸¹ Constaceert de bestuursrechter dat een subsidiegrondslag ten onrechte ontbreekt, dan kan dat gebrek met terugwerkende kracht worden gerepareerd.⁸² Dit voorkomt voor de eiser een *reformatio in peius*, maar veroorzaakt wel dat, achteraf bezien, de kring van potentiële subsidiegegadigden een andere samenstelling zou kunnen hebben gehad. Voor potentiële gegadigden was de beschikbaarheid van deze subsidies immers moeilijk te traceren. Deze consequentie strookt niet met het realiseren van voldoende transparantie *ex ante*.

Een tweede aandachtspunt in deze fase is artikel 4:84 Awb. Omdat een subsidieverstrekker zelf mag bepalen hoe de gekozen verdeelprocedure wordt ingevuld, is niet uitgesloten dat hij de subsidiecriteria uitwerkt in beleidsregels. Artikel 4:84 verwoordt dat het bestuursorgaan moet handelen overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. In dat geval moet van de beleidsregel worden afgeweken.⁸³ Deze verplichting geldt zelfs als de gestelde omstandigheden bij de totstandkoming van het beleid zijn verdisconteerd, waarmee de jurisprudentie over de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels erop aan stuurt dat afwijken *altijd* mogelijk blijft.⁸⁴ Tot nu toe lijkt bij tendersubsidiëring de soep niet zo heet te worden gegeten, omdat dan in beginsel geen ruimte bestaat voor uitzonderingen in individuele

81 Art. 4:23 lid 3 Awb zondert bijvoorbeeld begrotings- en incidentele subsidies uit van deze verplichting. Zij blijven in deze bijdrage echter buiten beschouwing omdat zij zelden via tenderprocedures worden verstrekt.

82 Bijv. ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, r.o. 10, AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden (SCE-I); ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, r.o. 10, AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink, *Gst.* 2019/78, m.nt. A. Drahmman (*Gymnasion*).

83 Waarmee een beleidsregel zich onderscheidt van een algemeen verbindend voorschrift; vgl. art. 1:3 lid 4 Awb.

84 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring; ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, AB 2019/101, m.nt. V.M. Bex-Reimert.

gevallen.⁸⁵ Toch blijft waakzaamheid geboden. Het rechtsgevolg van een geslaagd beroep op artikel 4:84 Awb is immers niet te combineren met de vereiste transparantie *ex ante* over de interpretatie van de subsidiecriteria. Tegen deze achtergrond moet uitwerking van verdeelcriteria in beleidsregels dan ook worden ontraden.

Een derde aandachtspunt is de bekendmaking van de subsidieregeling en van de besluiten inzake de verdeelmethode, de verdeelcriteria en het subsidieplafond. Omdat de subsidietitel geen *lex specialis* bevat voor de publicatie van deze samenhangende besluiten, worden zij vaak afzonderlijk gepubliceerd.⁸⁶ Drahmans wees in 2011 al op het bestaan van *TenderNed*: het wettelijk verplichte online marktplein voor aanbestedingen van de Nederlandse overheid.⁸⁷ Hoewel de Wet elektronische publicaties⁸⁸ enige verbetering heeft gebracht, is het merkwaardig dat er anno 2022 nog geen nationaal *SubsidieNed* voorhanden is met een verplicht karakter. Het ontbreken van een algemene informatievoorziening kan worden geïnterpreteerd als een transparantiegebrek: voor potentiële gegadigden is de beschikbaarheid van schaarse tendersubsidies nog steeds niet op eenvoudige wijze te achterhalen.

4.2 Fase II: behandeling van de aanvragen

In het aanvraagstijdvak is de balans tussen de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb van belang. De subsidieverstrekker moet de nodige kennis vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen; van de aanvrager wordt verwacht de informatie te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig is en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Is de aanvraag onvolledig, dan biedt het bestuursorgaan ingevolge artikel 4:5 Awb een herstelkans, waarna het moet afweten of de aanvraag kan worden behandeld. Deze systematiek verdraagt zich echter niet met tenderverdeelprocedures.⁸⁹ Voor competitieve verdeelsystemen bepaalt de standaardjurisprudentie dat informatie van ná de sluitingsdatum niet meer mag worden meegenomen,⁹⁰ behalve als het evidente schrijffouten betreft.⁹¹ Hoewel de Afdeling heeft genuanceerd dat deze hoofdregel slechts geldt voor *materiële* aanvullingen van een subsidieaanvraag, wordt de aanvrager van een tendersubsidie de extra waarborg die artikel 4:5 Awb biedt, *de facto* ontnomen.⁹² Dit effect komt

85 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel; CbB 7 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:436, AB 2017/273, m.nt. H.E. Bröring.

86 Art. 3:42 Awb.

87 Drahmans 2011b.

88 Inwerkingtreding per 1 juli 2021 (*Stb.* 2020, 262). Deze wet verplicht bestuursorganen alle officiële publicaties online te zetten via de website officiëlebekendmakingen.nl.

89 Bijv. Jacobs & Den Ouden 2011b, p. 211-213; Wolswinkel 2013, p. 500-507.

90 Bijv. CbB 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115; ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654; ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmans; CbB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmans.

91 Bijv. CbB 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050, AB 2012/111, m.nt. W. den Ouden; CbB 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467, AB 2012/109, m.nt. W. den Ouden; Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3651.

92 Zie ook Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, § 5.2.5 en 5.2.6.

echter geheel ten goede aan de mededingingsnorm, omdat alleen op deze wijze een gelijk speelveld voor alle aanvragers kan worden gerealiseerd. Tot op heden heeft de frictie tussen voornoemde jurisprudentie en artikel 4:5 Awb nog niet tot een wettelijke correctie geleid, ofschoon in wezen van de tendersubsidieverstrekker wordt verlangd *contra legem* te handelen. Om die reden is het pleidooi van Jacobs en Den Ouden om deze jurisprudentie tot uitdrukking te brengen in de Awb, nog steeds relevant.⁹³ Zij bepleiten overigens een middenweg: toepassing van artikel 4:5 Awb bij tendersubsidieaanvragen voor zover het procedurele of formele aanvullingen betreft. Daarmee zou zowel jurisprudentielijn als de mededingings- en de transparantienorm zijn gediend.

4.3 Fase III: beoordeling en besluitvorming

In de fase van beoordeling en besluitvorming zijn alle ogen gericht op het proces van advisering en de daaraan gekoppelde vergewisplicht. De eisen die de bestuursrechter inmiddels hieraan stelt, komen niet voort uit de mededingingsnorm, maar belichamen de transparantieverplichting *ex post*: als een advies wordt gebruikt ter motivering van een tenderverdeelbesluit, moeten de totstandkoming en de inhoud van het advies controleerbaar zijn. Het is te danken aan de wijze waarop de bestuursrechter de tandembegrippen advisering & vergewisplicht tegen het licht houdt, dat het toepasselijke Awb-regime materieel beschouwd meer transparantie waarborgen biedt dan de mededingingsnorm formeel voorschrijft.⁹⁴ Ofschoon dit als een bonus kan worden beschouwd, blijft het noodzakelijk er aandacht voor te vragen. De tendersubsidiepraktijk toont namelijk dat subsidieverstrekking hiervan nog onvoldoende doordrongen zijn.⁹⁵

4.4 Fase IV: bekendmaking verdeelbesluiten; bezwaar en heroverweging

Zijn de verdeelbesluiten gepubliceerd en wordt een subsidieaanvrager geconfronteerd met een afwijzing, dan staat daartegen rechtsbescherming open. Op dat moment rijst een aandachtspunt dat verband houdt met transparantie *ex post*. Artikel 3:8 Awb bepaalt dat het subsidiebesluit 'de adviseur' vermeldt, maar die verplichting wordt beperkt opgevat en strekt zich niet uit tot andere betrokkenen bij het voorbereiden en opstellen van het advies.⁹⁶ In de tendersubsidiepraktijk maken adviseurs op hun beurt echter vaak gebruik van subcommissies. Omdat van deze

93 Jacobs & Den Ouden 2011a, p. 46.

94 Zie § 3.3 van dit hoofdstuk.

95 Bijv. CBB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy; ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*). Voorts: Hardy 2022a.

96 De wetsgeschiedenis sluit een andere lezing daarentegen niet uit. Vgl. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 74. Voorts: De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 38 en p. 78-79; Van den Brink 2012, p. 701; alsmede bijv. ABRvS 1 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR6776, AB 2005/240, m.nt. N. Verheij; ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984, AB 2008/86, m.nt. N. Verheij.

commissies de samenstelling niet hoeft te worden onthuld, is in die verdeelprocedures voor belanghebbenden een deskundigheidscheck praktisch onmogelijk en de controle op belangenverstrengeling nagenoeg illusoir.⁹⁷ Op dit punt mankeert er dus iets aan effectieve rechtsbescherming.⁹⁸ Daarin lijkt overigens een kentering op handen, aangezien de Afdeling inmiddels heeft geoordeeld dat niet kan worden volstaan met het noemen van één of enkele adviseurs, behalve wanneer de zorgvuldigheid van de adviesprocedure anderszins is gewaarborgd.⁹⁹

De vergelijkende motiveringsplicht creëert in de bezwaarfase bovendien een nieuw aandachtspunt. Artikel 7:11 Awb schrijft voor dat een subsidieverstrekker na bezwaar het primaire verdeelbesluit volledig heroverweegt op grondslag van het ingediende bezwaar en vervolgens een nieuw besluit neemt. Bij deze heroverweging mag het bestuursorgaan eventuele gebreken aan eigen zijde herstellen. De herstelkans die het bestuursorgaan daarmee verkrijgt, bevat een negatieve prikkel. Zij verleidt namelijk subsidieverstrekkers ertoe pas werk te maken van de vergelijkende motiveringsplicht als een bezwaarschrift aan de horizon verschijnt. Waarom zouden zij bij het primaire besluit al veel (motiverings)werk verrichten als dat nadien ook nog kan, en dan alleen maar hoeft binnen de bandbreedte van de bezwaren? Artikel 7:11 Awb veroorzaakt aldus dat bij tendersubsidiebesluiten vaak pas in het heroverwegingsbesluit aan de vergelijkende motiveringsplicht wordt voldaan, hetgeen tot extra bezwaarprocedures leidt.

Bij het voorgaande doet zich een extra complicatie voor. Doorgaans richten de bezwaren van teleurgestelde aanvragers zich op de motivering van het afwijzingsbesluit, te weten op het deskundigenadvies. Blijkt het advies onvoldoende inzichtelijk, dan moet de adviescommissie een aanvullend advies uitbrengen ter weerlegging van de bezwaren. Een complicerende factor is dat de heroverweging van een tendersubsidiebesluit niet – zoals regulier – *ex nunc* plaatsvindt, maar *ex tunc* geschiedt.¹⁰⁰ Dit betekent dat de subsidieverstrekker moet heroverwegen met inachtneming van de feiten en omstandigheden zoals die luidden ten tijde van het primaire besluit.¹⁰¹ Dat impliceert tevens dat er in de bezwaarfase geen nieuwe informatie meer mag worden overgelegd.¹⁰² En daar wringt voor bezwaarmakers nu juist de schoen: voor hen geldt een verbod op het aanleveren van additionele informatie over de afgewezen aanvraag, maar de subsidieverstrekker kan in primo volstaan met een gebrekkig besluit dat in de bezwaarfase (wel) mag worden vervol-

97 Een praktijkvoorbeeld: Rb. Gelderland 8 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1970, r.o. 7.1. Voorts ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2279, AB 2012/7, m.nt. A. Tollenaar; CBb 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8515, AB 2013/41, m.nt. M.F.H. Hirsch Ballin & R.W. Veldhuis.

98 Vgl. Van Rijn van Alkemade 2016, m.n. § 3.5.5 en § 7.3.3.

99 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, r.o. 7.3, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

100 ABRvS 13 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0298, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij.

101 Vgl. Verheij 2003. Voorts bijv. ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:687, AB 2018/69, m.nt. L.M. Koenraad.

102 Bijv. ABRvS 25 juli 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6780, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij (*BEVAR*); ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815; CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4727.

maakt.¹⁰³ Dat is aan bezwaarmakers moeilijk uit te leggen. Weliswaar krijgen zij nog de gelegenheid om te reageren op de aanvulling van het advies en volgt er nog een hoorzitting ten overstaan van een bezwaaradviescommissie voordat het heroverwegingsbesluit wordt genomen, maar daarmee is niet verzekerd dat hun bezwaren identiek waren geweest als de primaire besluiten hadden voldaan aan de vergelijkende motiveringsplicht.¹⁰⁴ Het effect van deze plicht op artikel 7:11 Awb is dat subsidieaanvragers op (informatie)achterstand worden gezet en de bezwaarfase moeten benutten om die achterstand in te halen. Vanuit subsidieverstrekkersperspectief is deze handelwijze te begrijpen, omdat de vergelijkende motiveringsplicht leidt tot een forse verhoging van de werklast. De subsidieaanvrager komt echter in de knel, omdat hij rechtsbescherming moet inroepen om de informatie te verkrijgen waarop hij in primo al recht had. Dat is natuurlijk een onwenselijk mechanisme.

Leidt de heroverweging van het verdeelbesluit alsnog tot een positief oordeel, dan doemt een nieuw aandachtspunt op. Artikel 4:25 lid 3 Awb regelt dat het subsidieplafond (toch) moet worden doorbroken indien achteraf blijkt dat een subsidieaanvraag onterecht is afgewezen. Ofschoon de wetgever hierbij een limitatief¹⁰⁵ aantal situaties voor ogen had, is de interpretatie voor tendersubsidies opgerekt.¹⁰⁶ Rechtsherstel *moet*, ondanks de juridische onaantastbaarheid van de toewijzingsbesluiten van andere aanvragers in de rangschikking.¹⁰⁷

Rechtsherstel kan echter een transparantieprobleem veroorzaken. De herziening van een oordeel over een aanvraag heeft soms gevolgen voor de rangorde van de verdeelbesluiten, bijvoorbeeld wanneer aanvragen ten onrechte zijn ingewilligd. Dan worden de verleningsbeschikkingen ingetrokken en de subsidievoorschotten teruggevorderd.¹⁰⁸ Daarmee treedt in de rangorde een herschikking op, die consequenties heeft voor de plaatsing van andere aanvragen. Wat is alsdan het domino-effect en hoe transparant moet een subsidieverstrekker daarover zijn? Wordt van hem verlangd een afgewezen aanvrager proactief te benaderen, als blijkt dat deze door de herschikking naar een subsidiabele plaats is opgeschoven? Of steekt de

103 Overigens lijkt er in de fase van bezwaar tegen een tenderverdeelbesluit wel ruimte te bestaan voor het leveren van aanvullend *bewijs*. De Afdeling oordeelde op 15 september 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:2081, r.o. 8, AB 2022/64, m.nt. D.K. Jongkind) dat, wanneer “het niet gaat om een materiële wijziging of aanvulling van de aanvraag, maar om een bevestiging van wat bij de aanvraag al was toegelicht”, het tendersysteem zich er niet tegen verzet dat daaraan betekenis toekomt.

104 Waarmee zij zich tevens in een *bewijsfuik* bevinden: hoe kan de bezwaarmaker weten wat hij volgens de subsidieverstrekker nader moet bewijzen als de motivering van het primaire besluit niet deugdelijk was? Vgl. Damen 2000.

105 Rechtsherstel is ingevolge art. 4:25 lid 3 Awb slechts verplicht indien niet tijdig, dan wel in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak over verstrekking wordt beslist.

106 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.5, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

107 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48: “Het [...] lid stelt buiten twijfel, dat de aanvrager dan niet de dupe kan worden van het feit, dat de definitieve beslissing door toedoen van het bestuur verschoven is naar een later tijdvak, waarin wellicht minder geld beschikbaar is”. Subsidieverstrekkers doen er dan ook goed aan budget te reserveren voor rechtsherstel.

108 Zie CBB 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:529, AB 2019/206, m.nt. E.M.J. Hardy.

formele rechtskracht van het aan deze aanvrager gezonden afwijzingsbesluit daar een stokje voor?

Rechtspraak over de gevolgen van een herschikking wordt nog afgewacht, maar ik pleit ervoor om alle wijzigingen in de rangschikking te schuiven onder de transparantieplichting *ex post*, ongeacht of zij het gevolg zijn van een gegrond bezwaar tegen een afwijzingsbesluit of van een (ambtshalve) intrekking van een toewijzingsbesluit. Vanwege de onverbrekelijke samenhang tussen de verdeelbesluiten in een tenderronde, valt niet in te zien waarom een herschikking niet zou moeten worden gepubliceerd. Een herschikking doet uiteraard niet af aan de formele onaantastbaarheid van de primaire verdeelbesluiten, maar de onterecht afgewezen aanvragen zouden ambtshalve moeten worden gehonoreerd, ook als de aanvrager niet is opgekomen tegen zijn afwijzingsbesluit.¹⁰⁹ Het verband tussen de verdeelbesluiten leidt er mijns inziens toe dat de rangschikking pas in rechte vaststaat nadat het laatste bezwaar tegen een verdeelbesluit is afgehandeld. Pas dan is de verdeelprocedure materieel afgerond.

4.5 Fase V: subsidielooptijd en subsidievaststelling

De fase waarin de subsidieontvangers de beoogde activiteiten verrichten en de subsidieverstrekker vervolgens het eindresultaat beoordeelt, bevat een laatste aandachtspunt. Uit de artikelen 4:46 en 4:48 Awb wordt afgeleid dat het projectplan waarop een subsidieverlening is gebaseerd, volledig en naar de letter moet worden uitgevoerd. Deze verplichting leidt in de praktijk regelmatig tot problemen bij langlopende subsidieprojecten met verschillende uitvoerenden, waar aanpassingen in de uitvoering of uitvoerders dikwijls onontkoombaar zijn. Subsidieverstrekkers kwalificeren aanpassingen al snel als 'essentiële' of 'wezenlijke' wijzigingen van het projectplan, hetgeen slechts is toegestaan indien daarin bij wettelijk voorschrift is voorzien of na een tijdige melding bij en expliciete toestemming van de subsidieverstrekker.¹¹⁰ Ontbreken die, dan hangt de subsidie aan een zijden draad, omdat dit kan leiden tot een lagere subsidievaststelling of een negatieve bijstelling van de verleningsbeschikking.¹¹¹

De kwalificatie tot 'essentiële wijziging' wordt door de bestuursrechter bovendien relatief terughoudend getoetst.¹¹² Zelfs wanneer het projectplan materieel volledig is gerealiseerd, maar bijvoorbeeld door een andere projectdeelnemer op een andere locatie is uitgevoerd, acht de rechter intrekking en terugvordering van de gehele subsidie in beginsel niet onevenredig als de wijzigingen niet tijdig zijn

109 Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat afgewezen aanvragers na een tenderverdeelprocedure *altijd* zouden moeten opkomen tegen hun verdeelbesluit teneinde hun processuele belangen veilig te stellen. Dat lijkt mij niet wenselijk.

110 Bijv. 'meldingsplicht' in art. 2.14 lid 2 Regeling op het specifiek cultuurbeleid. Melding kan ook resulteren in een wijzigingsbeschikking, vgl. art. 37 lid 3 Kaderbesluit EZ-subsidies.

111 Ingevolge art. 4:46 lid 2 sub a of b en art. 4:48 lid 1 sub a of b Awb.

112 Bijv. ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2924, AB 2021/106, m.nt. C.J. Wolswinkel.

gemeld,¹¹³ maar dat kan anders liggen als de subsidieverstrekker qua opstelling of procedure ook iets te verwijten valt.¹¹⁴ Uit mededingingsperspectief wekt deze jurisprudentielijn geen verbazing, omdat voor elke wijziging geldt dat, als zij bij de start van de verdeelprocedure bekend zou zijn geweest, de kring van potentiële aanvragers een andere samenstelling kon hebben gehad. Souplesse ten aanzien van projectwijzigingen is dan ook onverenigbaar met het karakter van de tenderverdeelprocedure.¹¹⁵ Bezien vanuit het doel waarvoor is gesubsidieerd, kan het in concrete situaties echter wringen wanneer het subsidiedoel volledig is bereikt, maar de subsidie desondanks op nihil wordt vastgesteld omdat het projectplan op andere punten niet naar de letter is uitgevoerd. Aangezien de artikelen 4:46 en 4:48 Awb discretionaire bevoegdheden bevatten met maximale beleidsruimte¹¹⁶, kan in die situaties voor meer differentiatie worden gepleit in de afweging tussen de beweerdelijke schending van de mededingingsnorm en het belang dat met de subsidieactiviteiten werd gediend.¹¹⁷

5 SLOTSOM (I): MEDEDINGING & TRANSPARANTIE IN TENDERVERDEELPROCEDURES

De toepasselijkheid van de mededingingsnorm en de transparantienorm *ex ante* op de nationale verdelingskaders voor schaarse subsidies heeft op het eerste gezicht geen serieuze schok veroorzaakt. Het Awb-subsidieregime komt formeel tegemoet aan de eisen die voortvloeien uit beide normen en gaat voor tenderverdeelprocedures – met name in de besluitvormings- en uitvoeringsfase – zelfs verder dan de Afdelingsuitspraak *Geobox* vraagt. Niet alleen moet aan potentiële gegadigden reële mededingingsruimte worden geboden bij de verdeling van schaarse subsidies, maar aan aanvragers komt ook effectieve rechtsbescherming toe als die verdeling ongunstig uitpakt. De parallelle ontwikkeling van de transparantieverplichting *ex post* mag op het conto van de bestuursrechter worden geschreven.

113 Vgl. CbB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:101, AB 2020/11, m.nt. E.M.J. Hardy.

114 Bijv. CbB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048, voorafgegaan door CbB 17 september 2019, ECLI:NL:CBB:2019:419 en CbB 26 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:183, AB 2018/199, m.nt. M.A.M. Dieperink.

115 Vgl. CbB 12 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0655, AB 2012/393, m.nt. M.A.M. Dieperink; ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1799, AB 2014/387, m.nt. A. Drahmman.

116 Art. 4:46 lid 2 en art. 4:48 lid 1 Awb zijn zogenoemde 'kan'-bepalingen.

117 Deze opvatting sluit aan bij de Conclusie van staatsraden A-G P.J. Wattel en R.J.G.M. Widdershoven over hoe indringend de bestuursrechter bestuurlijke maatregelen moet toetsen en wat daarbij de betekenis is van het evenredigheidsbeginsel. Zij schenken ook aandacht aan subsidiesancties (7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, i.h.b. § 3.4, § 5.6 en § 8.4.2). De rechter lijkt bij subsidiesancties dit beginsel nadrukkelijker in zijn beoordeling te betrekken (bijv. CbB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048; CbB 15 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:984, AB 2021/300, m.nt. J.E. van den Brink & T.C. Lensen; voorts Wagemans 2020. Maar niet altijd: bijv. CbB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:101, AB 2020/11, m.nt. E.M.J. Hardy; CbB 19 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:39, AB 2021/285, m.nt. E.M.J. Hardy en D.K. Jongkind.

Dit neemt echter niet weg dat er voor tenderverdeelpcedures een reeks Awb-aandachtspunten rest, die zich uitstrekt over de gehele verdeelprocedure. Het gaat daarbij om de mogelijkheid om het ontbreken van een wettelijke grondslag met terugwerkende kracht te repareren (artikel 4:23), de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels (artikel 4:84), het ontbreken van een herstelkans bij een onvolledige aanvraag (artikel 4:5), de beperkte kennis omtrent de persoon van de adviseurs (artikel 3:8), de extra motiveringsmogelijkheid voor de subsidieverstrekker na bezwaar tegen een verdeelbesluit (artikel 7:11 Awb), het gebrek aan transparantie over wijzigingen in de rangschikking na rechtsherstel (artikel 4:25) en de consequenties voor de subsidievestiging van niet voorziene wijzigingen in de uitvoering van een project (artikel 4:46 en 4:48 Awb).

6 AANBEVELINGEN

Al met al is de balans dus positief. In beginsel voldoet het Awb-subsidiekader aan de mededingings- en de transparantienorm, maar bezien vanuit de tenderverdeelsystematiek resteren er nog enkele pijnpunten die om een oplossing vragen. Daarvoor zijn niet alleen de wetgever en de bestuursrechter aan zet, want er liggen ook taken voor andere actoren.

De belangrijkste aanbeveling aan de wetgever is het wegnemen van de contra legem-situatie rondom artikel 4:5 Awb. Jacobs en Den Ouden hebben daartoe in 2011 al een voorzet gedaan en een decennium later is dit knelpunt nog onverminderd actueel. Was het aanvankelijk de aard van de tenderprocedure die aan het artikel zijn toepassing ontnam; nu dwingt ook de mededingingsnorm om het terzijde te schuiven. De contra legem-situatie omvat nu *alle* schaarse subsidies en dat maakt dit knelpunt alleen maar urgenter.

De bestuursrechter zou ik willen herinneren aan de wetgeschiedenis van artikel 3:8 Awb, die een minder letterlijke lezing geenszins uitsluit. De courante interpretatie maakt in sommige subsidieprocedures het betwisten van de persoon of de deskundigheid van de adviseurs uiterst moeilijk. Voor aanvragers in die procedures wordt effectieve rechtsbescherming pas realiteit wanneer de toepassing van artikel 3:8 Awb wordt verruimd tot *alle* adviseurs.

Subsidieregelgevers – ministers, fondsbesturen – zijn zich doorgaans bewust van het vereiste van een wettelijke subsidiegrondslag, maar moeten ook alert zijn op de Awb-verplichtingen inzake wettelijke voorschriften voor subsidieverstrekking, -plafonds, -tijdvakken, -verdeelmethodes, -criteria en de weigeringsgronden. Deze verplichtingen moeten worden nageleefd. Voorts is het wijs om de taakopdracht en werkwijze van deskundigenadviescommissies te reguleren. Niettemin moet het nader uitwerken van subsidiecriteria in beleidsregels, in verband met de uitleg van artikel 4:84 Awb, juist worden ontraden. Daarnaast is het aan te raden inhoudelijke eisen te stellen aan de vergelijkende motiveringsplicht. De jurisprudentie daarentoest illustreert dat de motivering van verdeelbesluiten niet zelden onder een

bestuursrechterlijke loop ligt. Verder is het openen van een online publicatieplatform voor tendersubsidies dringend gewenst.

Ook deskundigenadviescommissies moeten zich bewust zijn van de juridische kaders. Na de start van de procedure mogen spelregels niet meer worden bijgesteld. De kwaliteit van de deskundigen moet worden gewaarborgd en de totstandkoming en inhoud van de adviezen moet voldoen aan de transparantieplichting *ex post*, opdat de vergewisplicht door subsidieverstrekkers naar behoren kan worden vervuld.

Een laatste suggestie betreft de bezwaaradviescommissies. Subsidieverstrekkers zouden moeten worden ontmoedigd om primaire verdeelbesluiten uit te vaardigen met evidente motiveringsgebreken. Wanneer de bezwarencommissie haar wettelijke opdracht serieus vervult en stelselmatig de bestreden tendersubsidiebesluiten contextueel – dus in het licht van de gehele rangschikking – beziet, zou dat subsidieverstrekkers ertoe kunnen bewegen reeds in primo te voldoen aan de vergelijkende motiveringsplicht. Signaleert de bezwarencommissie namelijk dezelfde motiveringsgebreken bij meerdere verdeelbesluiten, dan brengt dat de gehele verdeelprocedure aan het wankelen. Dan heeft de subsidieverstrekker zijn vergewisplicht verzaakt en is niet ondenkbaar dat de verdeelprocedure nogmaals moet worden georganiseerd, met alle gevolgen van dien.

Ten slotte. Dit onderzoek leert dat het ook na publicatie van de verdeelbesluiten nog schort aan effectieve rechtsbescherming. Hiervoor biedt het formele gelijkheidsbeginsel tevens een oplossing. Het speelveld voor schaarse subsidies moet immers niet alleen voorafgaand aan de verdeelcompetitie voorzien in gelijke kansen, maar ook nadien, als deelnemers constateren dat de verdeling niet rechtmatig is geschied en daarover de strijd aangaan. Het uitgangspunt zou moeten zijn dat een verdeelprocedure pas is afgerond wanneer *alle* bezwaren tegen de verdeelbesluiten zijn afgehandeld. Pas dan staat de rangschikking (ook) materieel vast en is het risico op kansongelijkheid uitgedoofd.

DE KUNST VAN HET VERDELEN (II):
OVER MEDEDINGING EN TRANSPARANTIE
IN DE SUBSIDIEVERDEELPROCEDURES
VOOR DE LANDELIJKE CULTURELE
BASISINFRASTRUCTUUR 2021-2024*

1 SUBSIDIEVERDEELPROCEDURES VOOR DE LANDELIJKE CULTURELE
BASISINFRASTRUCTUUR

1.1 *Introductie en leeswijzer Deel II*

Na de theoretische inventarisatie uit Deel I van dit onderzoek wordt het vizier verplaatst naar de cultuursubsidiepraktijk. De centrale onderzoeksvraag in Deel II luidt:

Voldoet het tendersubsidieverdeelsysteem voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 aan de mededingings- en de transparantienorm?

Voor deze ‘proef op de som’ worden de inzichten uit hoofdstuk 5, paragrafen 4 en 5 vergeleken met het subsidieverdelingskader voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur. Dit tenderverdeelsysteem ziet op vierjarige Rijkscultuursubsidies aan culturele instellingen. Om de vraag naar de implementatie van de actuele mededingings- en transparantie-eisen in deze specifieke verdeelsystematiek te beantwoorden, zijn de zeven verdeelprocedures voor het subsidietijdvak 2021-2024 nader onderzocht. Vermeldenswaard is dat de tweede rechtsnorm uit de *Vlaardingen*-uitspraak – ‘een schaars publiek recht kent een beperkte looptijd’ – hierbij wordt genegeerd, omdat het sinds 2012 is uitgesloten om Rijkscultuursubsidies te verstrekken voor onbepaalde tijd.¹

Hierna volgt eerst een korte verantwoording van de selectie (§ 1.2) en een beschrijving van de karakteristieken van de subsidiesystematiek voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur (§ 1.3). Vervolgens bevat paragraaf 2 de daadwerkelijke proef op de som: zijn mededinging & transparantie voldoende geborgd in de procedures voor de verdeling van de subsidiebudgetten voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024?

* Hoofdstuk 6 is niet eerder gepubliceerd.

1 *Stb.* 2012, 171. Die mogelijkheid – art. 4b Wsc, ingevoerd voor subsidietijdvak 2009-2012 – bood geselecteerde instellingen een ‘langjarig subsidieperspectief’ (*Kamerstukken II 2006/07*, 30 847, nr. 3, punt 4).

1.2 Verantwoording van de ‘proef op de som’-selectie

De Rijksoverheid verstrekt haar meerjarige cultuursubsidies in een landelijk stelsel: de zogenoemde *culturele Basisinfrastructuur* (hierna: culturele BIS). Dit subsidiestelsel omvat 11 disciplines.² De financiële middelen voor de culturele BIS zijn volledig afkomstig uit de begroting van het Ministerie van OCW en worden vierjaarlijks via tenderprocedures verdeeld.³ Deze subsidies zijn uitermate schaars en voor de aanvragers staan grote belangen op het spel.⁴ De subsidieverdeling voor het tijdvak 2021-2024 werd in 2020 afgerond en verliep zoals gewoonlijk niet geruisloos.⁵ Dit vormde de aanleiding om deze verdeelpcedures aan een nader onderzoek te onderwerpen.

Frappant is dat de wetgever de wens tot ‘meedingen’ naar cultuursubsidies al in 2012 op het netvlies had. De door VVD-staatssecretaris Zijlstra georkestreerde rigoureuze bezuinigingen op de cultuursector leidden tot wijzigingen van de *Wet op het specifiek cultuurbeleid* (hierna: Wsc).⁶ De toelichting daarbij vermeldt: “Door alle instellingen [...] te laten meedingen naar een plaats in de culturele basisinfrastructuur, kunnen gerichte keuzes worden gemaakt op basis van de criteria in de ministeriële regeling [...]”.⁷ Dat beleid blijkt zes jaar later te zijn verankerd in een heuse rechtsnorm.⁸

1.3 Karakteristieken van de subsidieverdeelpcedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur

1.3.1 Verstreckers & ontvangers, categorieën & frequentie

De culturele BIS wordt gefinancierd door het Ministerie van OCW, maar kent twee categorieën subsidieverstreckers. De eerste is de Minister van OCW, die een dubbelrol heeft. Hij⁹ verleent enerzijds individuele subsidies aan culturele instellingen, de zogenoemde *BIS-subsidies* aan *BIS-instellingen*, en anderzijds subsidiebudgetten aan zes sectoraal georganiseerde Rijkscultuurfondsen. Deze cultuurfondsen vormen de tweede categorie subsidieverstreckers: zij verlenen op hun beurt individuele subsi-

2 Voor een overzicht: *Kamerstukken II* 2018/19, 32 820, nr. 290, blg-887200. Voorts bijv. Van der Leden 2021.

3 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 570 VIII, nr. 2, p. 101-104.

4 Voor BIS-subsidies zijn er altijd meer aanvragen dan beschikbaar budget.

5 Bijv. Kruijt & Embrechts, *de Volkskrant* 25 juni 2020.

6 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 100.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 100, nr. 3, p. 2.

8 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

9 Ofschoon zowel ten tijde van de subsidieprocedures als tijdens het finaliseren van dit onderzoek vrouwelijke bewindspersonen verantwoordelijk waren voor Cultuur (achtereenvolgens (demissionair) Minister voor Cultuur Ingrid van Engelshoven en Staatssecretaris Cultuur en Media Gunay Uslu), prefereer ik het gebruik van ‘hij’ wanneer het de minister/staatssecretaris als ambtsdrager betreft.

dies aan culturele instellingen, de zogenoemde *fondssubsidies* aan *fondsinstellingen*. De toelichting bij de Wsc verheldert het verschil tussen beide categorieën:

“In het cultuurbeleid bestaat een onderscheid tussen een domein waarin vooral artistieke en professionele overwegingen bepalend zijn voor de beoordeling van een subsidieaanvraag en een domein waarbij de overheid naast artistieke ook beleidsmatige en politieke overwegingen in acht neemt”.¹⁰

Omdat in het eerstgenoemde domein voor de minister geen beleidsmatige of politieke afwegingen spelen, kan hij dat zonder bezwaar overlaten aan de zes cultuurfondsen. Het tweede domein beheert hij zelf. Voor de uiteindelijke verdeling van de culturele BIS-financiën komen dus zeven verschillende subsidieverstrekkers in beeld. Dat zijn, naast de Minister van OCW, de besturen van (1) het Fonds Podiumkunsten, (2) het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie, (3) het Mondriaan Fonds, (4) het Nederlands Fonds voor de Film, (5) het Nederlands Letterenfonds en (6) het Fonds voor Cultuurparticipatie.

Deze tweeledige structuur blijkt een tweedeling te veroorzaken bij de subsidieontvangers. Zij leidt namelijk tot ‘BIS-instellingen’ en ‘fondsinstellingen’. Hoewel het budget voor beide subsidiestromen een identieke herkomst heeft, ervaren de subsidieontvangers dat anders. Het is voor culturele instellingen erg belangrijk wie de subsidie verstrekt, dus of het verleende budget rechtstreeks uit de Rijkskas rolt of met tussenkomst van een cultuurfonds wordt toebedeeld. De BIS-instellingen vormen namelijk de culturele eredivisie. Het bereiken van deze categorie betekent plaatsing in het nationale topsegment en verschaft impliciet het keurmerk ‘excellent’. Daarmee gaan ook in de internationale cultuurwereld de deuren veel gemakkelijker van het slot. De fondsinstellingen vormen daarentegen een andere categorie. Ofschoon een gehonoreerde aanvraag dan evenzeer een uitstekend niveau onderstreept, geldt die kwalificatie in de kunstwereld als lager dan een BIS-positie. Het verlies van de BIS-status wordt als degradatie beschouwd, de overgang van een fondsstatus naar rechtstreekse OCW-financiering juist als promotie.¹¹

De vierjaarlijkse verstrekking van BIS- en fondssubsidies loopt synchroon. Het actuele tijdvak ziet op 2021-2024 en de verdeelprocedures werden in 2020 afgerond. Wederom overtrof de som van de subsidieaanvragen de beschikbare budgetten.¹² Deze subsidies zijn zeer gewild vanwege hun duur en status. Aanvragers die in een voorafgaand tijdvak als BIS- of fondsinstelling zijn gekwalificeerd, streven minimaal naar het behoud van die status, dus dingen altijd mee. Nieuwkomers willen het glazen plafond doorbreken en een plaats veroveren tussen de culturele elite. Maar voor hen is het uitermate lastig een rangordeplaats te verwerven die hoog

10 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 847, nr. 3, punt 8.

11 Bijv. Rb. Leeuwarden 15 april 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BM1693 (*Oerol*).

12 Subsidies binnen de landelijke culturele BIS gelden als (absoluut) schaars na de bezuinigingen door OCW-staatssecretaris Zijlstra (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 820, nr. 1).

genoeg is om voor subsidie in aanmerking te komen.¹³ Culturele instellingen mogen weliswaar op twee paarden wedden, dus voor beide subsidiestromen een aanvraag indienen, maar het spreekt voor zich dat dezelfde activiteiten slechts éénmaal zullen worden gesubsidieerd.¹⁴

1.3.2 *Overheid op gepaste afstand, dus adviescommissies*

Voor de inhoudelijke beoordeling van aanvragen voor cultuursubsidies maakt de overheid al sinds de 19^e eeuw gebruik van een ‘verlengde arm’. Het ongeschreven staatsrecht noopt haar daartoe: vanwege het zogenoemde *Thorbecke-principe* wordt de overheid geacht zich afzijdig te houden van de beoordeling van de kwaliteit van kunsten en wetenschappen.¹⁵ De kwalitatieve beoordeling van deze subsidieaanvragen ligt daarom in handen van wettelijke adviescommissies, samengesteld uit deskundigen uit de cultuursector. Voor de BIS-subsidies is dat de Raad voor Cultuur¹⁶, die de Minister van OCW adviseert over subsidieverstrekking.¹⁷ Naast deze adviesfunctie vervult de Raad ook de rol van adviseur voor cultuurbeleid.¹⁸ De fondsen hebben eigen adviescommissies.¹⁹ Dankzij deze adviesconstructie kan een subsidieverstrekker ter motivering van een subsidiebesluit volstaan met een verwijzing naar het advies, dat daarmee de kern van de motivering vormt.²⁰ De staatsrechtelijke opdracht tot het ‘verleggen’ van de materiële beoordeling resulteert echter niet in een bevoegdheidsverschuiving. Om die reden rust op de subsidieverstrekker een vergewisplicht ten aanzien van het adviesproces.²¹

1.3.3 *BIS- en fondsregelingen: gelaagd en complex*

Het juridische regime dat op de culturele BIS van toepassing is, blijkt sterk gelaagd en complex. Aan de basis van de Rijkscultuurfinanciering ligt de Wsc.²² Deze wet belast de Minister van OCW met “het scheppen van voorwaarden voor het in stand houden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen”, waarbij “hij zich [laat] leiden door overwegingen van kwaliteit en verscheidenheid”.²³ De Wsc bepaalt tevens het beleidstempo: de minister moet ten minste eens per vier jaar de beide kamers der Staten-Generaal berichten over de

13 De schaarste is af te leiden uit de tabellen 2 en 3.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 32 820, nr. 317. Deze dubbele kans geldt niet voor het Mondriaan Fonds.

15 *Handelingen II* 1862/63, 36 en 172. Voorts bijv. Boekman 1939, p. 39-47; Oosterbaan Martinus 1990, p. 33-62.

16 Art. 2a lid 2 Wsc: *De Raad voor cultuur heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over algemeen verbindende voorschriften of te voeren beleid van het Rijk op het terrein van de cultuur.*

17 En daarnaast regering en parlement (gevraagd of ongevraagd) adviseert over beleidskwesties op het terrein van kunst, cultuur en media (<https://www.raadvoorcultuur.nl/over-ons>).

18 Zie art. 2a lid 2 Wsc.

19 Zie de Huishoudelijke resp. Algemene Reglementen van de Fondsen.

20 Art. 3:49 Awb.

21 Art. 2:4, art. 3:2 en art. 3:5-3:9a Awb.

22 Wet op het specifiek cultuurbeleid, *Stb.* 1993, 193.

23 Art. 2 Wsc.

hoofdpijnen van het cultuurbeleid, waarin hij wordt bijgestaan door de Raad voor Cultuur.²⁴

Artikel 4 Wsc geeft de algemene bevoegdheidsgrondslag voor cultuursubsidiëring: *Onze Minister kan ten behoeve van cultuuruitingen subsidies verstrekken*. Aan deze bevoegdheid verbindt artikel 4a Wsc de verplichting om bij ministeriële regeling – de *Regeling op het specifiek cultuurbeleid* (hierna: Rsc)²⁵ – vierjaarlijks regels vast te stellen voor subsidieverstrekking. De artikelen 4 en 4a Wsc bevatten niet alleen een algemene subsidiebevoegdheid, maar vormen ook de impliciete basis voor het subsidiëren van de BIS-instellingen.

Artikel 4c Wsc geeft de grondslag voor de financiering van de cultuurfondsen, waarbij de minister geen enkele beslissingsruimte heeft.²⁶ Artikel 9 lid 1 Wsc machtigt de minister om namens de Staat over te gaan tot (mede-)oprichting van fondsen die tot doel hebben het instandhouden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van één of meer cultuuruitingen te bevorderen door daartoe subsidies te verstrekken. De feitelijke subsidiebevoegdheid ligt bij het fonds(bestuur): dat stelt reglementen vast met de werkwijze, procedures, subsidiecriteria en verplichtingen die aan de subsidieontvanger worden opgelegd.²⁷ Ook kunnen daarin regels worden geformuleerd over de vaststelling en verdeling van een subsidieplafond, de betaling en terugvordering van de subsidie, alsmede de verlening van subsidievoorschotten. De zes door de minister aangewezen cultuurfondsen worden dan ook gekwalificeerd als zelfstandige bestuursorganen.²⁸

De Wsc vervult slechts een kaderfunctie, wat ertoe leidt dat voor de specifieke subsidieregimes de Rsc moet worden geraadpleegd.²⁹ De Rsc wijzigt bij elke nieuwe BIS-periode en werd op 11 november 2019 definitief.³⁰ Tabel 2 maakt de financiering door de Minister van OCW inzichtelijk.³¹

24 Resp. art. 3 lid 1 en art. 2a lid 2 Wsc.

25 Regeling op het specifiek cultuurbeleid, *Stcrt.* 2010, 6444.

26 Art. 4c Wsc. Dat komt omdat de fondsen als uitvoeringsorganisaties ‘een bestendige factor’ vormen binnen het subsidiebeleid van de minister (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 847, nr. 3, punt 7).

27 Art. 10 lid 4 Wsc.

28 Art. 9a Wsc.

29 Art. 4a lid 1 Wsc.

30 Wijziging Regeling op het specifiek cultuurbeleid en de Regeling beheer rijkscollectie en subsidiëring museale instellingen in verband met het vaststellen van de criteria voor vierjaarlijkse subsidiëring in de periode 2021-2024 alsmede met enkele aanpassingen van technische aard (*Stcrt.* 2019, 61036).

31 Cijfermateriaal: *Kamerstukken II* 2018/19, 32 820, nr. 290, blg-887200.

Tabel 2 Landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024: vierjaarlijkse subsidieverstrekking door de Minister van OCW

Subsidie-verstrekker	Wettelijke grondslag en toepasselijke regelgeving	Subsidieontvanger	Subsidie-budget (miljoen € p/jr)	Plekken ³²
OCW	Wsc: art. 4 en 4a	BIS-instellingen (per categorie):		
		Podiumkunsten	149,94	56
	Rsc: art. 1.1 art. 2.1 – 2.29 art. 3.1 – 3.54 art. 6.1, 6.11 en 6.12	Beeldende kunst	8,83	11
		Film	6,74	5
		Letteren	4,09	5
		Ontwerp	5,03	6
		Cultuureducatie	5,10	1
		Musea	11,69	27
		Bovensectorale instellingen	5,04	5
		196,46	116	
		<i>Aangevraagd:</i> 255,00	<i>Aanvragen:</i> 220	
OCW	Wsc: art. 4, 4c en 9 lid 1	Fondsen:		
		Fonds Podiumkunsten	47,27	
	Rsc: art. 1.1 art. 2.1 – 2.29 art. 4.1 – 4.3 art. 6.1, 6.11 en 6.12	Stimuleringsfonds Creatieve Industrie	14,47	
		Mondriaan Fonds	29,99	
		Nederlands Filmfonds	56,80	
		Nederlands Letterenfonds	11,92	
		Fonds voor Cultuurparticipatie	18,55	
	179,00			

Hiervoor werden de verdeelregels voor subsidiëring van de BIS-instellingen en de fondsen beschreven. De subsidieregels voor BIS-instellingen zijn overzichtelijk: de Rsc is maatgevend. De Rsc formaliseert echter niet welke verdeelregels de fondsen hanteren in hun rol als subsidieverstrekker. Zij hebben een zelfstandige regelgevende bevoegdheid en die veroorzaakt dat het culturele BIS-regime nóg een laag bevat.

Tabel 3 toont de complexiteit van die laag.³³ Ofschoon de zes fondsen voor hetzelfde tijdvak gelijksoortige subsidies verstrekken via dezelfde verdeelmethode, bestaat er geen onderlinge afstemming. Dat is best opmerkelijk. Het ontbreken van

32 Alleen voor BIS-instellingen is vooraf het aantal beschikbare plekken vastgelegd. Bij de fondsen is het aantal ontvangers afhankelijk van het subsidiebudget: de rangschikking van de gehonoreerde aanvragen en de gevraagde subsidiebedragen bepalen in welke volgorde het budget moet worden verdeeld. Het budget is doorgaans ontoereikend.

33 Cijfermateriaal: websites fondsen.

een gemeenschappelijk verdelingskader op cultuurfondsniveau heeft tot gevolg dat de toepasselijke subsidieverdeelregels zeer gefragmenteerd zijn vastgelegd. Doorgaans bevatten het Algemeen en het Huishoudelijk Reglement van elk fonds de algemene subsidieregels en is er daarnaast een (Deel)regeling met ‘tijdgebonden’ subsidiebepalingen voor de periode 2021-2024. Hoewel deze bestuursbesluiten veelal in de Staatscourant worden gepubliceerd, maakt dat het leggen van de puzzel er niet gemakkelijker op. De zes fondsen hanteren verschillende werkwijzen.

**Tabel 3 Landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024:
vierjaarlijkse subsidieverstrekking door sectorale cultuurfondsen**

Subsidie-Verstrekker	Wettelijke grondslag en toepasselijke regelgeving	Aantal aanvragen	Aantal toekenningen
Fonds Podium-kunsten	Wsc art. 10 lid 4 en art. 11 Algemeen Reglement (BWBR0030539) Huishoudelijk Reglement (<i>Stcrt.</i> 2012, 3261)		
	Deelregeling meerjarige productiesubsidies (<i>Stcrt.</i> 2019, 62770)	202	78
	Deelregeling meerjarige festivalsubsidies (<i>Stcrt.</i> 2019, 62771)	+91	+58
Stimulerings-fonds Creatieve Industrie	Wsc art. 10 lid 4 en art. 11 Subsidiereglement (<i>Stcrt.</i> 2017, 70337)		
	Regeling vierjarige instellingssubsidie (<i>Stcrt.</i> 2020, 8025)	35	6
Mondriaan Fonds	Wsc art. 10 lid 4 en art. 11 Algemeen Reglement (<i>Stcrt.</i> 2016, 65475) Statuten (<i>Stcrt.</i> 2012, 3455) Huishoudelijk Reglement (website)		
	Deelregeling Kunstpodia Breed (<i>Stcrt.</i> 2020, 24800)	??	1
	Toelichting op Deelregeling (website)		
Nederlands Filmfonds	Wsc art. 10 lid 4 en art. 11 Algemeen Reglement (<i>Stcrt.</i> 2018, 72926) Huishoudelijk Reglement (<i>Stcrt.</i> 2020, 43223)		
	Deelreglement Filmactiviteiten (<i>Stcrt.</i> 2019, 61484) Subsidieplafonds (<i>Stcrt.</i> 2019, 71113)	??	2
Nederlands Letterenfonds	Wsc art. 10 lid 4 en art. 11 Algemeen Reglement (<i>Stcrt.</i> 2013, 683) Statuten (<i>Stcrt.</i> 2014, 10576) Huishoudelijk Reglement (website)		
	Regeling vierjarige subsidies (<i>Stcrt.</i> 2019, 69397)	10	9
Fonds voor Cultuurparticipatie	Wsc art. 10 lid 4 en art. 11 Huishoudelijk Reglement (<i>Stcrt.</i> 2019, 57369)		
	Algemeen Subsidiereglement (<i>Stcrt.</i> 2017, 3714) Regeling meerjarige subsidies (<i>Stcrt.</i> 2019, 62162)	54	34
		≥ 396	188

Bovenstaande tabellen illustreren niet alleen de regelcomplexiteit van de culturele BIS. De uiteenlopende cijfers inzake aanvragen en toekenningen bevestigen ook dat met de verdeling van deze Rijkscultuursubsidies grote belangen zijn gemoeid. Dat maakt de beantwoording van de vraag of het actuele normenkader bij de verdeling van deze zeer geliefde ‘tickets’ voldoende in acht is genomen, uiterst relevant. Daarover meer in de volgende paragraaf.

2 PROEF OP DE SOM: ZIJN DE SUBSIDIEVERDEELPROCEDURES VOOR DE LANDELIJKE CULTURELE BASISINFRASTRUCTUUR MEDEDINGINGS- & TRANSPARANTIEPROOF?

Deze paragraaf behandelt de vraag of, en zo ja: op welke wijze, de mededingingsnorm en de transparantievereisten *ex ante* en *ex post* zijn geïmplementeerd in de verdelingskaders voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024. Bij de beantwoording van deze vraag vormt de reeks Awb-aandachtspunten die in hoofdstuk 5, paragraaf 5 is samengevat, het richtsnoer. Ook nu wordt de tijdlijn van subsidieverstrekking gevolgd en is de verdeelprocedure opgeknipt in vijf opeenvolgende fasen. Daarbij worden de BIS- en de fondssubsidies telkens afzonderlijk besproken.

2.1 *Fase I: vaststelling en publicatie van de subsidieregeling*

De transparantienorm vereist voorafgaand aan de start van een tenderprocedure ‘passende openbaarheid’ ten aanzien van de beschikbaarheid van de subsidies, de verdeelprocedure en de daarin toe te passen criteria. Hoofdstuk 5, paragraaf 3 maakte inzichtelijk dat de Awb formeel tegemoetkomt aan dit transparantieniveau, maar dat voor de materiële uitwerking nadere subsidieregelingen moeten worden geraadpleegd. Toch bevat het Awb-subsidieregime in deze fase een aantal aandachtspunten. Dat zijn i) de ‘zachte’ eis van een wettelijke subsidiegrondslag, ii) de afwijkingsbevoegdheid bij het gebruik van beleidsregels en iii) de bekendmaking van de beschikbaarheid, verdeelprocedure en verdeelcriteria voor tendersubsidies. Zijn deze punten ook van invloed op de geselecteerde subsidieregelingen?

2.1.1 *Wettelijke grondslag voor subsidiëring en inherente afwijkingsbevoegdheid*

De subsidiebevoegdheid van de minister en van de fondsbesturen is neergelegd in de Wsc³⁴, waarmee is voldaan aan de in artikel 4:23 lid 1 Awb vereiste wettelijke grondslag.

Het aandachtspunt ter zake van de afwijkingsbevoegdheid uit artikel 4:84 Awb in de situatie dat subsidievereisten in beleidsregels zijn uitgewerkt, speelt alleen voor de BIS-verdeelprocedure. Artikel 4:84 Awb ziet immers niet op de Rsc en de Deelregelingen, maar wel op het *Beoordelingskader basisinfrastructuur 2021-2024* (hierna:

34 Resp. art. 4 en 4a, alsmede art. 10 lid 4 Wsc.

Beoordelingskader RvC)³⁵ van de Raad voor Cultuur. Afwijkingen van deze beleidsregels zijn getraceerd, waarover meer in paragraaf 2.2.2.

2.1.2 *Passende openbaarheid van subsidiebeschikbaarheid, verdeelprocedure en verdeelcriteria*

Voor de elementen ten aanzien waarvan openbaarheid wordt verlangd, is voor de BIS-subsidies de Rsc relevant. De Rsc bevat bepalingen over het aantal gesubsidieerde BIS-plekken, de subsidieverdeelmethode, de weigeringsgronden en de algemene en specifieke beoordelingscriteria.³⁶ Over de algemene beoordelingscriteria vermeldt de Toelichting:

“Er is een grote verscheidenheid aan typen culturele instellingen die op grond van de Rsc in aanmerking kunnen komen voor subsidie. Dat maakt dat ruimte moet bestaan om bij de beoordeling van aanvragen per categorie van instellingen te komen tot een voor die instellingen passende interpretatie van de algemene beoordelingscriteria (...). Die criteria zijn dus geen ‘statisch’ gegeven.”³⁷

Hoewel deze flexibiliteit beleidsmatig te verdedigen is, wringt zij met de transparantienorm *ex ante*. Deze frictie is echter ondervangen omdat de Raad voor Cultuur voorafgaand aan de verdeelprocedure een Beoordelingskader RvC heeft vastgesteld met een nadere operationalisering van deze criteria.

De fondssubsidies worden verdeeld via de regelingen die Tabel 3 weergeeft. Aangezien vijf van de zes cultuurfondsen niet werken met vooraf gefixeerde plekken, maar met gemaximaliseerde budgetten, is de subsidiebeschikbaarheid af te leiden uit de subsidieplafonds. Die zijn door vijf fondsen tijdig bekendgemaakt in hun Deelregeling of bij afzonderlijk besluit in de Staatscourant.³⁸ Bij het Mondriaan Fonds stelt het bestuur subsidieplafonds vast voor vier categorieën met daarin gefixeerde aantallen te subsidiëren projecten. Het Fonds publiceert deze informatie echter enkel op zijn website en voldoet dus niet aan het Awb-vereiste van een wettelijk voorschrift voor subsidieplafonds.³⁹ Voor het overige bevatten alle Deelregelingen bepalingen over de verdeelmethode, de weigeringsgronden en de subsidiecriteria.

35 <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basis-infrastructuur-2021-2024>.

36 Weigeringsgronden: art. 2.9 en 3.6 Rsc; algemene beoordelingscriteria: art. 3.7 Rsc; specifieke beoordelingscriteria: art. 3.9-3.51 Rsc.

37 *Stcrt.* 2019, 61036, p. 23.

38 Nederlands Filmfonds: *Stcrt.* 2019, 71113.

39 Conform art. 4:25 lid 1 jo. art. 4:27 lid 1 Awb.

2.1.3 Kanttekening bij openbaarheid van subsidiebeschikbaarheid

Het is de vraag of de onderzochte BIS- en fondsregelingen ten aanzien van de beschikbaarheid van de subsidies volledig voldoen aan de transparantienorm *ex ante*. Het in hoofdstuk 5, paragraaf 4 genoteerde pleidooi voor een online *Subsidie-Ned* waarop de 'grote' (tender)subsidieverdeelprocedures worden aangekondigd, zal door de cultuursector ongetwijfeld worden onderschreven. Illustratief is het feit dat voor de nationale culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 uiteindelijk 13 publicaties in de Staatscourant nodig waren om alle tussentijdse wijzigingen kenbaar te maken. Dat zou aanzienlijk efficiënter kunnen, bijvoorbeeld door naar synchronie te zoeken. Hoewel de sectorale verdeling van de cultuurfondsen hun zelfstandigheid onderstreept, zijn er namelijk dwarsverbanden te traceren tussen de fondsen onderling en tevens met het Ministerie van OCW.⁴⁰ Eén daarvan is het gegeven dat potentiële gegadigden eenzelfde aanvraag bij zowel een fonds als het ministerie kunnen indienen. Dat wijst erop dat de subsidievoorwaarden vergelijkbaar zijn en dat de verdeelprocedures organisatorisch en inhoudelijk parallellen vertonen. Ligt enige stroomlijning tussen het ministerie en de cultuurfondsen dan (toch) niet voor de hand?

Een tweede dwarsverband zie ik op horizontaal niveau. Ofschoon de zes fondsen elk een eigen sector bedienen, zijn hun activiteiten voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur gericht op een simultane verdeling van vierjarige cultuursubsidies. Voor die verdeling vormt het Awb-subsidieregime het fundament, waarop per sector nadere subsidieregels zijn gestapeld. De sectorale verschillen zitten dus louter in de *materiële* beoordeling van de aanvragen. Formeel-juridisch bezien is de structuur van deze verdeelprocedures immers identiek, waardoor de vraag rijst waarom er niet meer onderlinge afstemming plaatsvindt over de Deelregelingen. Ook om die reden zou een digitaal platform voor schaarse subsidies meer dan welkom zijn.⁴¹ Dat zou de mededingings- en de transparantienorm dienen én efficiënter zijn.

2.2 Fase II: behandeling van de aanvragen

De transparantienorm *ex ante* gebiedt dat de aanvraagtermijn glashelder is. Daarnaast wordt artikel 4:5 Awb in tenderverdeelprocedures materieel buiten toepassing gelaten omdat het speelveld voor alle potentiële aanvragers gelijk moet zijn. Behoren beide punten in de onderzochte verdeelprocedures al tot de gangbare praktijk?

2.2.1 Passende openbaarheid van de aanvraagtermijn

Voor de BIS-instellingssubsidies bevat de Rsc de aanvraagtermijn.⁴² Dat tijdvak liep van 1 december 2019 tot en met 31 januari 2020 om 17:00, waarbij het sluitingsmoment

40 Treffend geïllustreerd in de *Infographic* van de Culturele basisinfrastructuur 2021-2024 (*Kamerstukken II* 2018/19, 32 820, nr. 290, blg-887200).

41 Vgl. het Raad voor Cultuur-advies 'Financiering van cultuur', www.cultuur.nl, 28 februari 2019, p. 21-22.

42 Art. 3.3.1 Rsc.

weloverwogen was gekozen.⁴³ Op de slotdag publiceerde de Staatscourant echter een Rsc-wijziging: de aanvraagtermijn bleek verlengd tot en met 3 februari 2020 om 17:00.⁴⁴ Dat is opmerkelijk: veel aanvragers zullen zich moeite hebben getroost om de deadline te halen of wellicht hun aanvraag – ter voorkoming van digitale verzendperikelen – al eerder hebben ingediend. Voor hen is de aanvraagtermijn ten minste drie dagen korter geweest dan voor de aanvragers die tot de initiële deadline hebben gewacht en op de valreep vernamen dat deze termijn werd verlengd. Deze handelwijze conflicteert met de mededingingsnorm.

De aanvraagtiidvakken voor de fondssubsidies zijn in de toepasselijke Deelregelingen opgenomen. Het Mondriaan Fonds tartte de transparantienorm: volgens de Toelichting bij zijn Deelregeling verliep de termijn op 1 juli 2020, terwijl de FAQ-lijst op de website 6 juli 2020 om 17:00 als deadline vermeldde.⁴⁵ Dat wekt verwarring en bevordert de kanselijkheid voor potentiële aanvragers bepaald niet.

2.2.2 Benadering artikel 4:5 Awb in de BIS-verdeelprocedure

De jurisprudentiestandaard inzake artikel 4:5 Awb blijkt een knelpunt in de BIS- en fondsregelingen. De Rsc oogt in lijn met de rechtspraak, aangezien zij zwijgt over aanvullingsmogelijkheden voor aanvragen. Uit het Beoordelingskader RvC blijkt echter dat het achteraf aanvullen door BIS-subsidieaanvragers niet van de baan is.⁴⁶ Het vermeldt:

“Aanvragen die te laat worden ingediend, neemt het ministerie niet in behandeling. Als een aanvraag niet volledig is, dan verzoekt het ministerie de instellingen de noodzakelijke aanvullingen te geven”.⁴⁷

Aldus geformuleerd, negeert het Beoordelingskader RvC het karakter van de tenderprocedure, waardoor het beginsel van gelijke kansen in de knel komt. Die consequentie kan alleen worden omzeild indien *alle* potentiële gegadigden een aanvullingsmogelijkheid wordt geboden.⁴⁸ Omdat het laatste niet valt op te maken uit het Beoordelingskader RvC, is een frictie met de mededingingsnorm niet uitgesloten.

Overigens heeft de minister in de aanvraagronde voor de BIS-subsidies 2021-2024 analoog aan de jurisprudentielijn gehandeld. Na sluiting van de aanvraagtermijn bleek dat tal van aanvragers zich niet hadden gehouden aan de vooraf gestelde woordlimieten voor het Actieplan en de Toelichting op de drie Codes.⁴⁹ De minister bood vervolgens alle aanvragers een herstelmogelijkheid, waarbij de eerstgenoemde limiet werd verhoogd. Dat lijkt een redelijk gebaar, maar gaf aan deze verdeelpro-

43 Toelichting bij art. 3.3 en 3.4 Rsc (*Stcrt.* 2019, 61036, p. 32).

44 *Stcrt.* 2020, 7463.

45 *Stcrt.* 2020, 24800, p. 10.

46 <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basis-infrastructuur-2021-2024>.

47 *Ibidem*, p. 4.

48 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Standplaats Doorn*).

49 De Fair Practice Code, de Governance Code Cultuur en de Code Diversiteit & Inclusie.

cedure een nieuw startmoment. Wanneer hierbij de op de valreep verlengde aanvraagtermijn wordt betrokken, ontstaat het beeld van een subsidieverstrekker die de spelregels wijzigt tijdens de wedstrijd. Dat dient de mededingings- en de transparantienorm natuurlijk niet.

2.2.3 *Benadering artikel 4:5 Awb in de fondsverdeelprocedures*

De cultuurfondsen lijken beter op de hoogte van de stand van zaken omtrent artikel 4:5 Awb. De Toelichting bij de Deelregeling van het Fonds Podiumkunsten expliciteert:

“Om alle aanvragers gelijke kansen te geven, wordt de uiterste indiendatum strikt gehanteerd. Nagezonden informatie wordt om die reden niet meegenomen in de beoordeling. Verder vraagt het FPK geen informatie op als de aanvraag onvoldoende helder is. Hierop worden geen uitzonderingen gemaakt.”⁵⁰

De regelingen van de andere fondsen tonen een vergelijkbare stelligheid, met twee uitzonderingen. Het Algemeen Reglement van het Filmfonds vermeldt dat, indien een aanvraag onvolledig is ingediend, de aanvrager deze binnen vijf werkdagen mag aanvullen. Slaagt hij daar niet in, dan wordt de aanvraag niet in behandeling genomen; slaagt hij wel, dan geldt de initiële datum van indiening.⁵¹ Het Algemeen Reglement van het Letterenfonds is gelijklozend, maar hanteert een hersteltermijn van twee weken. Aangezien de Deelregelingen van beide fondsen deze opties niet blokkeren voor tendersubsidies, wordt voor onzorgvuldige aanvragers een verlenging van de aanvraagtermijn gecreëerd.⁵² Dat is niet toelaatbaar bij tenderverdeelprocedures en correspondeert niet met de mededingingsnorm.

2.3 *Fase III: beoordeling en besluitvorming*

In de fase van beoordeling en besluitvorming ligt het accent op deskundigenadviesering en de vergewisplicht. Deze begrippen zijn aan elkaar geklonken: de vergewisplicht ontstaat zodra de subsidieverstrekker de aanvragen inhoudelijk laat beoordelen door een adviescommissie. De transparantieverplichting *ex post* kleurt beide begrippen mede in. Zij worden hierna contextueel belicht, met inbegrip van de vraag naar de mate waarin recht wordt gedaan aan de transparantieverplichting. Voor de BIS-subsidies geldt dat deskundigenadviesering en vergewisplicht zijn verbonden met de Raad voor Cultuur en de minister; bij de fondssubsidies sporen deze termen met de fondsadviescommissie en het fondsbestuur.⁵³

50 *Stcrt.* 2019, 62770, p. 13.

51 Algemeen Reglement Stichting Nederlands Fonds voor de Film, art. 11 lid 5 (*Stcrt.* 2020, 64735).

52 De considerans van het Deelreglement NFF (*Stcrt.* 2019, 614840) verwijst naar artikel 2 van het Algemeen Reglement, dat de toepasselijkheid van het AR ‘naast en in aanvulling op’ de Deelreglementen verwoordt.

53 Zie voorts: Hardy 2022a.

2.3.1 Deskundigenadvisering en vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure

2.3.1.1 Normering van advisering en vergewisplicht in de BIS-subsidieregeling

De Raad voor Cultuur is het wettelijke adviesorgaan van de Minister van OCW voor de verdeling van de BIS-instellingssubsidies. Zijn tweede (wettelijke) functie is die van beleidsadviseur.⁵⁴ De functies zijn bewust gekoppeld⁵⁵, maar een dubbel functie kan conflicteren met de vereiste onafhankelijkheid van wettelijke adviseurs, die ingevolge artikel 3:5 Awb niet werkzaam mogen zijn onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor wie zij zijn belast “met het adviseren inzake door een bestuursorgaan te nemen besluiten”.⁵⁶ In het geval van bij wet ingestelde (vaste) adviescolleges slaagt een beroep op een gebrek aan onafhankelijkheid jegens de subsidieverstrekker echter niet snel, zeker niet wanneer de rechter reeds heeft vastgesteld dat de adviseur deskundig en onafhankelijk is.⁵⁷

De Raad bestaat uit zeven leden en een voorzitter.⁵⁸ Daarnaast kent hij een royale kring van *sectordeskundige adviseurs*, waarop hij een beroep doet voor specifieke adviestrajecten en voor de monitoring van instellingen uit de landelijke culturele Basisinfrastructuur.⁵⁹ Ten behoeve daarvan worden *Tijdelijke Commissies* samengesteld. Deze Commissies maken voor het beoordelen van podiumkunstinstanties gebruik van *voorstellingsbezoekers*, die aan de Commissies verslag uitbrengen. De kwalitatieve beoordeling van subsidieaanvragen geschiedt dus primair door de Tijdelijke Commissies: zij doen het cruciale (voor)werk en hun preadviezen vormen de

54 Art. 2a lid 2 Wsc: *De Raad voor cultuur heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over algemeen verbindende voorschriften of te voeren beleid van het Rijk op het terrein van de cultuur.*

55 *Kamerstukken II 2006/07, 30 847, nr. 3, p. 9:* “Het onderbrengen van beide functies in afzonderlijke organisaties heeft als nadeel dat dit gepaard gaat met verlies aan samenhang. De kwaliteitsbeoordeling op instellingsniveau levert namelijk informatie en inzichten op die onontbeerlijk zijn voor de beleidsadvisering en voorkomt dat beleidsadviezen los komen te staan van de culturele praktijk. Omgekeerd kan een oordeel over individuele instellingen niet los worden gezien van een algemene visie op het cultuurbeleid.”

56 Uit de Toelichting bij de Wsc blijkt dat daarom een functiescheiding werd doorgevoerd: “Om beide rollen wel duidelijker te scheiden wordt de Raad gelaagd samengesteld. Er komt een scherpere functionele scheiding in de organisatie en werkwijze van de Raad voor cultuur tussen beleidsadvisering en instellingsadvisering. De beleidsadviesfunctie wordt uitgeoefend door de Raad zelf die niet langer naar sector wordt ingericht, maar bestaat uit ten hoogste 9 generalisten die in staat zijn het cultuurbeleid te bezien in relatie tot bredere maatschappelijke ontwikkelingen. (...) De beoordeling van de kwaliteit van beleidsplannen van culturele instellingen en hun functioneren geschiedt primair door de onder de Raad ressorterende commissies bestaande uit sectordeskundigen. De Raad adviseert vervolgens over de culturele instellingen op basis van preadviezen van de commissies.” (*Kamerstukken II 2006/07, 30 847, nr. 3, p. 9*).

57 Zie Schreuder-Vlasblom 2017, p. 713.

58 <https://www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/raad>.

59 Op 31 januari 2022 bevatte de lijst 148 adviseurs (www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/adviseurs), waaronder Sybrand van Haersma Buma, Alexander Klöpping en Alexander Rinnooy Kan. De keuze voor deze adviseurs doet de vraag rijzen hoe ‘sectordeskundigheid’ is gedefinieerd en wordt getoetst.

basis voor de Raad voor Cultuur-adviezen.⁶⁰ Na ontvangst van de preadviezen van de Commissies maakt de Raad een afweging tussen de verschillende aanvragende instellingen op basis van een integrale visie op het cultuurbeleid. Vervolgens adviseert hij de minister. De toelichting bij de Wsc verwoordt deze rolverdeling aldus:

“Doordat Raadsleden niet betrokken zijn bij de kwaliteitsbeoordeling van de instellingen en bovendien generalisten in plaats van sectordeskundigen zijn, kan de Raad objectiever oordelen over de preadviezen van de commissies.”⁶¹

Uit het Beoordelingskader RvC is op te maken dat de Raad de aanvragen voor BIS-instellingssubsidies onderbrengt in vier adviescategorieën. Dat zijn: i) “subsidiabel”; ii) “ja, mits” (positief advies, maar met aanvullende voorwaarden⁶²); iii) “nee, tenzij” (negatief advies, maar met een herkansingsmogelijkheid⁶³); en iv) “niet subsidiabel”.⁶⁴

De werkwijze van de Raad voor Cultuur en het toepasselijke normenkader zijn niet gepubliceerd in de Staatscourant, maar de website vermeldt dat de Raad een *Reglement van Orde (2018)* en een *Richtlijn belangenverstrengeling Raad voor Cultuur (2018)*⁶⁵ hanteert. Voorts handelt hij “in de geest van de principes van de *Governance Code Cultuur*”.⁶⁶

De Richtlijn belangenverstrengeling blijkt een nadere uitwerking van het verbod van vooringenomenheid uit artikel 2:4 Awb en tevens van de feitelijke verhouding tussen de Raad voor Cultuur en de Tijdelijke Commissies.⁶⁷ Opmerkelijk is dat de Richtlijn nauwkeurig verwoordt hoe de Commissieleden hun taak zonder vooringenomenheid moeten vervullen, maar deze verplichting niet formuleert voor de Raad(-leden) zelf.⁶⁸

Ook noemenswaardig is dat de verhouding tussen de minister en de Raad voor Cultuur met betrekking tot de adviezen niet nader is uitgewerkt in de Wsc of de

60 *Kamerstukken I 2006/07, 30 847, C, p. 2-3 (MvA):* “De kwaliteitsbeoordeling ligt primair in handen van een aantal vakspecialistische commissies, die de gesubsidieerde instellingen volgen in hun werk en prestaties, middels gesprekken en bezoeken.”

61 *Kamerstukken II 2006/07, 30 847, nr. 3, punt 9.*

62 Aanvullende subsidievoorwaarden of aanvullingen op het Activiteitenplan.

63 De Raad adviseert dan om een instelling een herkansing te geven en welk bedrag te reserveren voor haar BIS-positie.

64 <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basis-infrastructuur-2021-2024>; p. 18.

65 Inmiddels vervangen door de *Richtlijn Belangenverstrengeling 2021* (<https://www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/documenten/richtlijnen/2021/07/01/richtlijn-belangenverstrengeling>). Op de onderzochte verdelprocedure was echter de versie 2018 van toepassing.

66 Art. 14 RvO RvC. Subsidieaanvragers zullen deze gedragscode ongetwijfeld minder diffuus moeten onderschrijven.

67 www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/wat-doet-de-raad.

68 www.raadvoorcultuur.nl, *Richtlijn Belangenverstrengeling* (24 mei 2018), considerans en richtlijn 4.

Rsc.⁶⁹ De vergewisplicht krijgt in deze regelgeving dus geen enkele aandacht en het Thorbecke-principe treft hetzelfde lot. Daarmee geldt zowel voor de advisering door de Raad voor Cultuur als de vergewisplicht van de minister enkel het Awb-regime.

2.3.1.2 Advisering in de BIS-verdeelprocedure

De preadvisering over de BIS-subsidieaanvragen 2021-2024 was opgedragen aan 17 Tijdelijke Commissies.⁷⁰ De samenstelling van deze Commissies zou eigenlijk op 1 februari 2020⁷¹ – daags na sluiting van de aanvraagtermijn – worden onthuld, maar geschiedde al 10 dagen eerder.⁷² De Commissies formuleerden hun preadviezen en legden deze voor aan de Raad voor Cultuur. Opvallend is dat de minister op 3 juni 2020 nog een ‘technische aanpassing’ van de Rsc in de Staatscourant publiceerde, waarbij het maximum van zeven Festivalsubsidies werd losgelaten.⁷³ Op 4 juni 2020 overhandigde de Raad zijn eindadviezen aan de minister.⁷⁴ Hierna kregen de aanvragers de gelegenheid om de Raad te wijzen op feitelijke onjuistheden, hetgeen uitmondde in aanvullende Raad-adviezen.⁷⁵ De door 95 instellingen aangedragen correcties leidden alleen voor Nationale Opera & Ballet tot een wijziging van het eendoordeel.⁷⁶ Het besluitvormingsproces werd voltooid op Prinsjesdag 2020, met de bekendmaking van de subsidietoekenningen voor de BIS-instellingen 2021-2024.⁷⁷ Van de 220 aanvragen zijn er uiteindelijk 116 gehonoreerd. Bij 50 daarvan zijn er voorwaarden verbonden aan de toekenning.

De publicatie van de definitieve adviezen in juni 2020 leidde tot flinke ophef over vermeende belangenverstrengeling tussen Raad voor Cultuur-leden en subsidieaanvragers.⁷⁸ Het tumult was zodanig dat de Raad zich genoodzaakt voelde tot het publiceren van aanvullende explicaties.⁷⁹ Deze commotie wekt geen verbazing, omdat het voorkómen van (de schijn van) belangenverstrengeling voor Raad voor

69 De Toelichting bij de Wsc gaat slechts in op de gewenste functiescheiding vanwege de dubbelfunctie van de Raad voor Cultuur: “De Raad voor cultuur is beleidsadviseur en kwaliteitsbeoordelaar. In verband met de functie van kwaliteitsbeoordelaar heeft de Raad tot taak het volgen en beoordelen van instellingen. Dat is een heel andere activiteit dan beleidsadvisering. Hoewel zeer van elkaar verschillend worden beide adviesfuncties bewust bij elkaar gehouden.” (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 847, nr. 3, p. 8-10).

70 De 17 TC bevatten 115 sectordeskundige adviseurs (*Stcrt.* 2020, 3573-n1).

71 <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basis-infrastructuur-2021-2024>, p. 8.

72 *Stcrt.* 2020, 3573-n1, 21 januari 2020.

73 *Stcrt.* 2020, 29346, waarin (o.a.) het tweede lid van art. 3.22 Rsc wordt geschrapt.

74 *Kamerstukken II* 2019/20, 32 820, nr. 354, blg-938877.

75 *Kamerstukken II* 2019/20, 32 820, nr. 378, blg-946308.

76 “Nee, tenzij” werd “ja, mits” (*Kamerstukken II* 2019/20, 32 820, nr. 378, blg-946308, p. 2).

77 *Kamerstukken II* 2020/21, 32 820, nr. 383.

78 O.a. over dubbele posities van Raad-leden Liesbet van Zoonen (ook voorzitter Raad van Toezicht aan subsidieontvanger Waag), Erwin van Lambaart (voormalig VandenEnde Foundation, gelieerd aan subsidieontvanger MusicalMakers), Cees Langeveld (leerstoel EUR gefinancierd door Vanden Ende Foundation, voorzitter stichting Theateralliantie, een van de partners van MusicalMakers).

79 www.raadvoorcultuur.nl/bis-2021-2024/onafhankelijkheid (ongedateerd); *ibidem*: ‘Update 11 juni 2020’.

Cultuur-leden niet expliciet is uitgeschreven en omdat de Raad niet altijd transparant acteert. Het moment waarop de samenstelling van de Tijdelijke Commissies werd bekendgemaakt, week bijvoorbeeld af van de beleidsregels. Deze kennis kan echter van belang zijn geweest voor (sommige) aanvragers, in combinatie met het feit dat de aanvraagtermijn op de sluitingsdag met drie dagen werd verlengd. Verder volgde de Raad in zijn Festivaladviezen niet het preadvies van de Tijdelijke Commissies, waardoor acht in plaats van de beoogde zeven aanvragen werden gehonoreerd. Omdat het subsidiebudget voor Festivals daarvoor geen ruimte bood, adviseerde de Raad tot herverdeling van de financiën. Het gevolg daarvan is dat één festival nu meer subsidie ontvangt dan in het vorige tijdvak, maar Oerol 10% wordt gekort en Holland Festival 10% moet inleveren.⁸⁰ De Raad leek te hebben gezocht naar oplossingen voor een evident gebrek aan financiële middelen, maar de gekozen route is niet in overeenstemming met de transparantienorm.

2.3.1.3 Vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure

De verhouding tussen de minister en de Raad is niet in nadere regelgeving vervat. Dat betekent dat de vergewisplicht wordt ingevuld langs de maatstaf die is beschreven in paragraaf 2.3.1.1. De vraag naar de reikwijdte en de invulling van de vergewisplicht in een specifieke tenderverdeelprocedure komt echter pas aan de oppervlakte als er geschillen ontstaan over de verdeelbesluiten en teleurgestelde aanvragers de adviezen of de adviseurs betwisten. Op dit moment⁸¹ is er nog geen zicht op eventuele beroepsprocedures tegen een of meer verdeelbesluiten uit de tenderronde voor BIS-instellingssubsidies 2021-2024.

2.3.1.4 Kanttekeningen bij advisering en vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure

Bij deskundigenadvisering en vergewisplicht in de BIS-verdeelprocedure is een aantal kanttekeningen te plaatsen. De eerste kanttekening ziet op de gewenste afstand tussen de adviseurs en de subsidieverstrekker. De kwalitatieve beoordeling van de BIS-aanvragen is welbewust bij de Raad voor Cultuur neergelegd om die taak op afstand van de Minister van OCW te plaatsen. Toch laat een evaluatie door Berenschot iets anders doorschemeren.⁸² Om te bewerkstelligen dat de minister de adviezen overneemt, wordt voorafgaand en tijdens het opstellen van de adviezen frequent met het ministerie overlegd. Die werkwijze mag een nobel doel dienen, maar zij staat zowel haaks op de verplichting om transparant te zijn over de totstandkoming van deskundigenadviezen als op het Thorbecke-uitgangspunt om als deskundige afstand te houden tot het financierende overheidsorgaan.

Het tweede aandachtspunt houdt verband met de vergewisplicht. Het is juridisch *usance* dat de subsidieverstrekker de deskundigenadviezen volgt, tenzij er goede argumenten zijn om dat niet te doen.⁸³ Dat is immers de ratio van het inscha-

80 Kamerstukken II 2019/20, 32 820, nr. 354, blg-938877, p. 56.

81 Peildatum 1 februari 2022.

82 Berenschot 2019, p. 6.

83 Art. 3:50 Awb.

kelen van deskundigen. Toch blijken de Raad-adviezen niet zo stevig als verwacht. Wanneer Tweede Kamerleden onder lobbydruk worden verleid tot het indienen van moties om negatieve adviezen om te buigen, gaat de minister daarin vaak mee. In de verdeelprocedure 2021-2024 leidde dat ertoe dat Eurosonic Noorderslag en Scapino Ballet alsnog subsidie ontvingen.⁸⁴ Dat oogst misschien applaus, maar is een dode mus als daarvoor geen extra geld wordt vrijgemaakt. De moties die tijdens deze verdeelprocedure werden aangenomen, hebben netto slechts geleid tot verschuivingen *binnen* het Rijkscultuurbudget.⁸⁵ Deze ‘sigaar uit eigen doos’-tactiek verdient natuurlijk geen schoonheidsprijs en dient de transparantienorm evenmin.

Het derde aandachtspunt belicht de consequenties van het afwijken van Raad-adviezen door de minister. Afwijken schaadt de staatsrechtelijke positie van de Raad. Dit adviesorgaan is bij wet ingesteld om politieke bemoeienis van de minister met kwalitatieve keuzes te vermijden. Het afwijken van cultuursubsidieadviezen onder politieke druk is mijns inziens dan ook onverenigbaar met het Thorbecke-principe. Daarnaast is het de vraag of een motie voldoende gewicht kan hebben om een weloverwogen deskundigenadvies terzijde te schuiven. Moties betreffen doorgaans een of enkele negatieve adviezen, terwijl de Raad-adviezen worden opgesteld vanuit een integrale kwaliteitsvisie en een gelijktijdige beoordeling van *alle* aanvragen. Het aanvaarden van moties gericht op individuele subsidieaanvragers ontwricht mijns inziens het initiële tenderspeelveld met terugwerkende kracht. Het alsnog honoreren van een afgewezen aanvraag werkt immers door in de rangschikking en zet wellicht ook de positie van andere aanvragers op losse schroeven. Het voorgaande leert dat het vanuit zowel staats- als bestuursrechtelijk perspectief te verdedigen zou zijn om de politieke speelruimte die de minister nog rest na ontvangst van de Raad-adviezen, tot een minimum te beperken.⁸⁶

Een vierde kanttekening is dat de adviesprocedure van de Raad voor Cultuur een onderscheid creëert tussen de BIS- en fondsaanvragers. Zoals beschreven in paragraaf 2.3.1.2 resulteren de Raad-adviezen in vier categorieën.⁸⁷ Ofschoon de Rsc daarover niets vermeldt, krijgen subsidieaanvragers met een “nee, tenzij”-advies *standaard* een herstelkans, inclusief gerichte aanwijzingen om hun aanvraag in overeenstemming te brengen met de verdeelregels. Daardoor verkrijgen of behouden deze instellingen toch een plaats in de nationale culturele Basisinfrastructuur. Voor aanvragers van fondssubsidies is die mogelijkheid er niet, omdat de fondsadvisiescommissies de kwalificatie “nee, tenzij” niet gebruiken. Deze commissies hantieren “honoreren” of “niet honoreren”, al dan niet met de tussencategorie “honoreren voor zover het budget dat toelaat” die een ‘zaaglijn’ veroorzaakt in de rangorde van positief beoordeelde aanvragen.⁸⁸ Bij de fondsen is een negatief advies dus defini-

84 *Kamerstukken II 2019/20, 32 820, nr. 359 en 360. Zie voorts: A. Burghoorn, ‘Tweede Kamer wil alsnog subsidie voor Scapino Ballet en Noorderslag’, de Volkskrant 29 juni 2020.*

85 Ten koste van het Nationaal Museaal Aankoopfonds, op uitdrukkelijk verzoek van de Tweede Kamer.

86 De subsidiebevoegdheid van de minister impliceert beleidsruimte (art. 4 Wsc).

87 Positief || Ja, mits || Nee, tenzij || Negatief.

88 Bijv. art. 2.3 Deelregeling meerjarige productiesubsidies Fonds Podiumkunsten.

tief. Deze herstelkans voor BIS-aanvragers is echter moeilijk te verdedigen tegen de achtergrond van de jurisprudentielijn inzake artikel 4:5 Awb. De Raad-adviezen 2021-2024 tonen bovendien dat de herstelkans niet alleen eenvoudige gebreken betreft, maar dat de Raad ook vraagt om essentiële aanvraagcomponenten bij te stellen, zoals het Activiteitenplan of de begroting. Soms gaat het zelfs om meervoudige gebreken, in verschillende onderdelen van een aanvraag.⁸⁹ Naast deze discrepantie rijst nog de vraag wat een herstelbare aanvraag onderscheidt van aanvragen met een definitief “nee”-advies. Hoe objectieverbaar is de grens tussen “nee, tenzij” en “nee”? Helaas onthullen de toepasselijke regelingen dit niet.

2.3.2 Deskundigenadvisering en vergewisplicht in de fondsverdeelprocedures

2.3.2.1 Normering van advisering en vergewisplicht in de cultuurfondsregelingen

De cultuurfondsen leggen de kwalitatieve beoordeling van subsidieaanvragen in handen van eigen adviescommissies. Het Filmfonds is een uitzondering; daar *kan* het bestuur een aanvraag ter advisering voorleggen.⁹⁰ Voorts kan het bestuur van het Fonds voor Cultuurparticipatie “in het kader van een integrale afweging met het oog op de gestelde prioriteiten” ook direct voorzien in de afhandeling van de aanvragen.⁹¹ Algemene regels over selectie en benoeming van adviseurs en de werkwijze van adviescommissies zijn (verspreid) te vinden in het Algemeen reglement, Huishoudelijk reglement of zelfstandige beleidsregelingen. Soms werkt men met een kring van adviseurs (‘raad van advies’). De adviseurs worden geacht de – veelal interne – richtlijnen voor advisering te onderschrijven. De samenstelling van (sub) adviescommissies wordt doorgaans niet onthuld. In het adviesproces bij het Filmfonds treden naast adviseurs ook filmconsulenten op, waarbij de adviseurs advies uitbrengen over de voorgelegde aanvragen en de filmconsulenten adviseren over aanvragen, contact onderhouden met de aanvragers en de voortgang volgen van geselecteerde filmplannen.⁹² Laatstgenoemde taakopdracht maakt de scheiding tussen beide functies enigszins diffuus.

De vergewisplicht krijgt expliciet aandacht in het Huishoudelijk Reglement van vier fondsen.⁹³

2.3.2.2 Advisering in de fondsverdeelprocedures

Advisering over cultuurfondssubsidies was in 2010 voorwerp van geschil in de in hoofdstuk 5, paragraaf 3.3 beschreven Afdelingsuitspraak *De Theatercompagnie*.⁹⁴ De onderliggende rechtbankuitspraak genereerde destijds veel ophef en zelfs Kamer-

89 Bijv. aanvraag Nationale Opera & Ballet (*Kamerstukken II* 2019/20, 32 820, nr. 378, blg-946308, p. 87-88).

90 Algemeen Reglement art. 13 lid 1 (*Stcrt.* 2018, 72926).

91 Art. 8 lid 9 HR (*Stcrt.* 2019, 57369).

92 Art. 6 en 7 Huishoudelijk Reglement NFf.

93 Fonds Podiumkunsten (art. 8 lid 3), Mondriaan Fonds (art. 18 lid 3), Filmfonds (art. 9 lid 3) en Fonds voor Cultuurparticipatie (art. 9 lid 4).

94 ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden.

vragen.⁹⁵ Daaraan zou de verwachting kunnen worden ontleend dat regels ter voorkoming van (de schijn van) belangenverstremgeling bij adviseurs intussen door alle cultuurfondsen in hun regelingen zijn verwerkt. Die veronderstelling blijkt te optimistisch.

Dat heeft allereerst te maken met de restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb, waardoor een gebrek aan transparantie over de deskundigen ontstaat. Hun namen zijn te vinden op de fondsenwebsites, maar de adviescommissiesamenstelling is niet altijd openbaar.⁹⁶ Voorts formuleren alle fondsen beleidsregels ter voorkoming van belangenverstremgeling, maar deze zien slechts op waarborgen voor de aanvragen opzichte waarvan betrokkenheid met een adviseur bestaat. De adviseur is dan niet verplicht zich te onttrekken aan de advisering over *alle* aanvragen in de desbetreffende ronde of categorie. Het Fonds voor Cultuurparticipatie houdt adviescommissieleden individueel en gezamenlijk verantwoordelijk voor het voorkomen van belangenverstremgeling.⁹⁷ Bij het Letterenfonds mag een adviseur een subsidieaanvraag indienen, maar dan neemt hij geen zitting in de adviescommissie die deze aanvraag of die van zijn levenspartner beoordeelt.⁹⁸ Deze normstellingen zijn zonder meer onvoldoende in het licht van artikel 2:4 Awb en de actuele jurisprudentie.

2.3.2.3 Vergewisplicht in de fondsverdeelpcedures

Bij vier fondsen is de vergewisplicht omschreven in het Huishoudelijk Reglement.⁹⁹ Het fondsbestuur beoordeelt de zorgvuldigheid van de totstandkoming van de adviezen door die integraal te toetsen aan de subsidiereglementen en aan beleidsmatige richtlijnen en financiële uitgangspunten. De website van het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie suggereert dat het bestuur pas na bezwaar nagaat of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen.¹⁰⁰ Dat komt uiteraard niet overeen met de ratio van de vergewisplicht.

2.3.2.4 Kanttekeningen bij advisering en vergewisplicht in de fondsverdeelpcedures

Omdat uit de onderzochte fondsregelingen niet blijkt dat de jurisprudentielijnen inzake advisering, belangenverstremgeling en de vergewisplicht toereikend zijn geïmplementeerd, is de transparantieverplichting *ex post* hierin formeel gezien onvoldoende geborgd. Niettemin is nog niet duidelijk of dat in de subsidieverdeelpcedures 2021-2024 tot juridische procedures heeft geleid waarin de advisering of de vergewisplicht bij een verdeelbesluit wordt betwist.

95 Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1302; *Kamerstukken II* 2009/10, Aanhangel van de Handelingen, nr. 511 (2009D52807).

96 Dat zou kunnen knellen met jurisprudentie (ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, r.o. 7.3, *AB* 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*)). Zie ook hoofdstuk 5, § 3.3.

97 Art. 8 lid 10 HR.

98 Art. 5:4 lid 4 HR.

99 Niet bij het Letterenfonds en het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie.

100 <https://www.stimuleringsfonds.nl/>, pagina 'Bezwaren'.

Wel heeft het Fonds Podiumkunsten het bezwaar van aanvrager Studio Peer gegrond verklaard, omdat er geen voorstellingen waren bezocht in de periode voorafgaand aan de aanvraag en de adviescommissie haar beoordeling had gebaseerd op indirecte bronnen, zoals beeldmateriaal dat online beschikbaar was.¹⁰¹ Die werkwijze bleek “niet in lijn met zijn formele kaders” en het Fonds heeft inmiddels maatregelen getroffen om herhaling in de toekomst te voorkomen. Daarnaast heeft rechtbank Midden-Nederland uitspraak gedaan in het beroep van aanvrager Apollo Ensemble tegen het afwijzingsbesluit van het Fonds Podiumkunsten.¹⁰² Het beroep werd ongegrond verklaard, onder meer omdat Apollo Ensemble geen gekwalificeerd tegenadvies had overgelegd. Dat was volgens de rechtbank vereist om het deskundigenadvies dat ten grondslag lag aan het verdeelbesluit, in twijfel te kunnen trekken.¹⁰³

2.4 *Fase IV: bekendmaking verdeelbesluiten; bezwaar en heroverweging*

Ook de fase waarin de verdeelbesluiten worden bekendgemaakt, de aanvragers daarop reageren, de subsidieverstrekker besluiten heroverweegt en zo nodig overgaat tot rechtsherstel, bevat een voetafdruk van de transparantieverplichting. Die voetafdruk houdt verband met het waarborgen van effectieve rechtsbescherming. In dat kader rust op de subsidieverstrekker een vergelijkende motiveringsplicht met betrekking tot de verdeelbesluiten. Deze plicht wordt mede ingevuld door de transparantieverplichting *ex post*.¹⁰⁴ Voor teleurgestelde aanvragers in tenderprocedures blijkt het verzilveren van effectieve rechtsbescherming echter niet eenvoudig. Dat is terug te voeren op fricties tussen de vergelijkende motiveringsplicht en de Awb-systematiek, in het bijzonder de artikelen 3:8, 7:11 en 4:25 Awb. Hoe is effectieve rechtsbescherming voor de BIS- en fondsaanvragers verzekerd en ondervinden zij ook hinder van de Awb-systematiek? Wederom zal eerst de verdeelprocedure voor de BIS-instellingssubsidies worden belicht.

2.4.1 *Effectieve rechtsbescherming in de BIS-verdeelprocedure*

De Wsc noch de Rsc bevat nadere regels voor de vergelijkende motiveringsplicht. Teleurgestelde aanvragers in de BIS-verdeelprocedure zullen hun twijfels over de motivering van het verdeelbesluit dus moeten uiten in een bezwaarprocedure tegen dat besluit. Daarbij wekt de eerste stap in de procedure al verwarring. De OCW-website vermeldt namelijk dat tegen het subsidieverdelingsbesluit bij de Dienst uitvoering onderwijs (Duo) “zakelijk” bezwaar kan worden gemaakt, maar “het is niet mogelijk om tegen het advies van de Raad voor Cultuur in bezwaar en beroep te

101 https://fondspodiumkunsten.nl/nl/actueel/nieuws/studio_peer_krijgt_alsnog_subsidie_van_fonds_podiumkunsten/4/

102 Rb. Midden-Nederland 27 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:237 (*Apollo Ensemble*).

103 *Ibidem*, r.o. 16.2.

104 Zie § 3.2.

gaan.¹⁰⁵ Dat is naar de letter correct, maar het advies vormt het hart van de motivering van het verdeelbesluit en kan in de procedure tegen dat besluit uiteraard worden betwist. Deze informatie is voor potentiële bezwaarmakers dan ook weinig verhelderend.

2.4.1.1 Artikel 3:8 Awb in de BIS-verdeelprocedure

Constaateert een afgewezen aanvrager een schending van de vergelijkende motiveeringsplicht, dan zal hij vastlopen in de restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb, zo blijkt. De Raad-adviezen voor subsidietijdvak 2021-2024, aan de minister overhandigd op 4 juni 2020, genereerden opwinding in de gehele cultuursector omdat de subsidieplafonds van alle categorieën sterk waren overvraagd. Toen in de daaropvolgende “reactieronde” slechts één van de 95 reacties¹⁰⁶ leidde tot een herziening van het eindoordeel, luwde de onrust vanzelfsprekend niet. Dat ontging ook de Tweede Kamer niet. De Commissie OCW verzocht de minister op 3 september 2020 om de Kamer “de preadviezen van de Raad voor Cultuur voor de culturele basisinfrastructuur te doen toekomen”.¹⁰⁷ Het antwoord van de minister luidde: “Ik kan helaas niet aan dit verzoek voldoen vanwege het feit dat er geen vastgestelde preadviezen zijn”.¹⁰⁸ De angel zit in het woord *vastgesteld*: “Alleen de finaal door de Raad vastgestelde adviezen hebben een formele status in dit proces. Eerdere concepten hebben louter ter ondersteuning van de interne beraadslaging gediend”.¹⁰⁹ Dat betekent dat alleen de eindadviezen van de Raad voor Cultuur worden gepubliceerd, en dat de preadviezen van de Tijdelijke Commissies – nota bene maatgevend voor het kwaliteitsoordeel over een aanvraag – het daglicht nooit zullen zien.¹¹⁰ Dat is overigens al decennia het geval.¹¹¹

Tegen de achtergrond van de standaardjurisprudentie kunnen bij het antwoord van de minister echter serieuze vraagtekens worden geplaatst.¹¹² Omdat niet de Raad, maar de Tijdelijke Commissies de kwalitatieve beoordeling van de aanvragen verrichten, kan de vraag worden opgeworpen of het geheimhouden van deze preadviezen valt te rijmen met de sinds *Holland Opera* vereiste inzagemoogelijkheid

105 www.cultuursubsidie.nl, vraag-en-antwoord.

106 Het advies over de aanvraag van Nationale Opera & Ballet werd bijgesteld (*Kamerstukken II* 2019/20, 32 820, nr. 378, blg-946308, p. 2).

107 Brief Tweede Kamercommissie OCW, 3 september 2020, kenmerk 2020D33505 (www.tweedekamer.nl).

108 *Kamerstukken II* 2020/21, 32 820, nr. 398.

109 *Ibidem*.

110 Ook niet via een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur, vgl. art. 11 Wob.

111 Zo blijkt uit het promotieonderzoek van Boekman uit 1939. Zie ook Lelieveldt 2019, p. 9.

112 Bijv. CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 16 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:344, AB 2018/280, m.nt. E.M.J. Hardy; ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/373, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy; CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy; ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

in de totstandkoming van de rangschikking.¹¹³ Het is dan ook teleurstellend dat de Commissie OCW zich tandeloos toonde en de reactie van de minister voor kennisgeving aannam.¹¹⁴ Hier waren aanvullende vragen beslist gepast geweest, zoals de vraag of geheime preadvisering over de kwaliteit van subsidieaanvragen door (sub)commissies zich wel verdraagt met de jurisprudentielijn waarin vergaderverslagen van deskundigencommissies inclusief inzicht in hun uiteenlopende opvattingen behoren tot de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. Er is in deze context bovendien sprake van een *pastiche* wanneer de Raad zich op het standpunt stelt ‘de’ adviescommissie te zijn voor de BIS-instellingssubsidies. Het criterium ‘artistieke/inhoudelijke kwaliteit’ is een *condicio sine qua non* en dát criterium wordt nu juist door de Tijdelijke Commissies beoordeeld.¹¹⁵ Het staat haaks op de transparantieplichting *ex post* wanneer een controle op de totstandkoming van dat oordeel uitgesloten is. De Afdeling heeft in november 2021 bovendien geoordeeld dat de aanvrager zelf moet kunnen controleren of bij de adviescommissie sprake is van (de schijn van) belangenverstrengeling. Het bekendmaken van de namen van de adviseurs is één van de wijzen waarop dit zou kunnen worden geborgd.¹¹⁶

2.4.1.2 Artikel 7:11 Awb in de BIS-verdeelprocedure

In de BIS-verdeelprocedure krijgt artikel 7:11 Awb een eigenaardige inkleuring. Nog voordat de verdeelbesluiten zijn genomen, krijgen de aanvragers namelijk de kans om te reageren op de Raad-adviezen.¹¹⁷ Deze werkwijze is uit praktisch oogpunt te volgen, maar niet als de daarop volgende ‘aanvullende motiveringen’ worden gezien als vervanging voor de heroverweging na bezwaar. Het Raad-advies verwoordt immers de motivering van het primaire verdeelbesluit en juist die moet in de bezwaarfase volledig aan de orde kunnen worden gesteld.¹¹⁸ De in de voorprocedure aan de aanvragers geboden gelegenheid om de Raad te wijzen op “feitelijke onjuistheden” in zijn adviezen, is veel beperkter dan de (volledige) heroverweging van het primaire besluit waarvoor artikel 7:11 Awb garant staat. Daarnaast is er nog een argument: de

113 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.5, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

114 Tweede Kamer, Besluitenlijst OCW-procedurevergadering 3 december 2020, 2020D50203.

115 <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basisinfrastructuur-2021-2024>, p. 13.

116 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

117 <https://www.raadvoorcultuur.nl/binaries/raadvoorcultuur/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basisinfrastructuur-2021-2024/Beoordelingskader-BIS-2021-2024.pdf>, p. 7.

118 Vgl. Rb. Den Haag (pres.) 20 juli 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB2826, r.o. 10 (*De Appel*): “Verweerders benadering houdt (...) in dat een op het primaire criterium kwaliteit negatief beoordeelde aanvrager (...) geen argumenten meer kan aanvoeren die er in de bezwaarfase nog toe doen. Het kwaliteitsoordeel wordt door verweerder marginaal getoetst en argumenten in de bezwaarfase in de sfeer van de aanvullende criteria kunnen aan een negatief kwaliteitsoordeel niet afdoen. Deze benadering doet in zodanige mate afbreuk aan het wezen van de bezwaarfase – een volledige bestuurlijke heroverweging *ex nunc* – dat zij in rechte niet kan worden aanvaard.”

wettelijke heroverweging vindt plaats op grondslag van het bezwaar, maar bezwaren kunnen pas worden geformuleerd als het besluit in primo is bekendgemaakt.

Een deel van de subsidieaanvragers ondervindt gelukkig weinig hinder van de werkwijze van de Raad: de ontvangers van een “nee, tenzij”-advies krijgen namelijk een herstelkans met gerichte aanwijzingen, waardoor het ontstaan van geschillen over deze verdeelbesluiten minder voor de hand ligt.¹¹⁹ Dit geldt echter niet voor de “nee-adviezen”, waarvan de ontvangers niets anders rest dan het afwijzingsbesluit na bezwaar voor te leggen aan de bestuursrechter. Maar dat blijkt geen eenvoudige route. De OCW-website suggereert bijvoorbeeld dat een hoorzitting in bezwaar niet vanzelfsprekend is: “De behandelaar kan contact met u opnemen. Leidt dit niet tot een oplossing? Dan kan de behandelaar met u een afspraak maken voor een hoorzitting”.¹²⁰ Het lijkt mij voor discussie vatbaar of de hoorplicht uit artikel 7:2 Awb aldus – als facultatieve optie – aan bezwaarmakers mag worden gepresenteerd. Verder is het ongewis of de minister voor het horen een onafhankelijke bezwarencommissie inschakelt.

Voorts blijft ook bij de heroverweging een complicerende factor dat de BIS-verdeelbesluiten volledig worden gedragen door de Raad-adviezen. Deze zijn weliswaar integraal te raadplegen,¹²¹ maar zij geven onvoldoende details om de deskundigheid en onpartijdigheid van de betrokken adviseurs of het kwalitatieve oordeel over een aanvraag te kunnen betwisten. Zo lang afgewezen aanvragers voor het verkrijgen van deze informatie ook bij de bestuursrechter bot vangen, blijft effectieve rechtsbescherming bij deze subsidiebesluiten moeilijk te verzilveren.¹²² Dat neemt niet weg dat een enkele bezwaarmaker er toch in slaagt een afwijzingsbesluit te laten ombuigen.¹²³

2.4.1.3 Artikel 4:25 lid 3 Awb in de BIS-verdeelprocedure

Het aandachtspunt dat artikel 4:25 lid 3 Awb oproept, houdt in dat een na bezwaar of beroep alsnog positief beoordeelde aanvraag niet mag lijden onder het feit dat de subsidieverdeling reeds heeft plaatsgevonden. Ook als het subsidieplafond is

119 Maar natuurlijk niet uitgesloten is: het advies kan als onderdeel van de motivering voorwerp van een juridische procedure tegen het verdeelbesluit zijn.

120 www.cultuursubsidie.nl, vraag-en-antwoord.

121 www.raadvoorcultuur.nl/bis-2021-2024/adviezen.

122 Vanwege de beperkte uitleg van art. 3:8 Awb en het gegeven dat de bestuursrechter zich al decennia (zeer) terughoudend opstelt bij de toetsing van besluiten en adviezen die steunen op een oordeel van de Raad voor Cultuur. Vgl. ABRvS 5 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD6512, AB 2002/110, m.nt. N. Verheij (onder AB 2002/111; *De Appel*). Voorts Hardy 2022a.

123 Zie NRC 8 december 2021, ‘Toch structurele rijkssubsidie voor West’. Kunstruimte West ontving een positieve beoordeling, maar “om (nieuwkomer, EMJH) Vleeshal te kunnen toelaten tot de BIS, moet een collega-instelling met een positieve beoordeling plaatsmaken. Dat is de harde realiteit.” (<https://www.raadvoorcultuur.nl/binaries/raadvoorcultuur/documenten/adviezen/2020/06/04/advies-basisinfrastructuur-2021-2024/Culturele+basisinfrastructuur+2021-2024.pdf>, p. 80). Na bezwaar werd dat oordeel toch gewijzigd. West ontvangt een (over vier jaren uitgesmeerde) ‘projectsubsidie’, die een begrotingssubsidie blijkt te zijn. Daartoe is een vaststellingsovereenkomst gesloten.

bereikt, komt deze aanvrager rechtsherstel toe. Het bestuursorgaan zal dus in de buidel zal moeten tasten. Dit uitgangspunt had mijns inziens analoog moeten worden gevolgd toen de minister onder politieke druk besloot de Rsc aan te passen ter zake van het maximale aantal Festivalplekken, maar het sectorale budget daarvoor ontoereikend bleek.¹²⁴ De minister financierde die wijziging niet (alsnog) zelf, maar hanteerde de kaasschaaf op de subsidiebedragen van enkele medeaanvragers in dezelfde ronde. Deze keuze ondermijnt niet alleen de spelregels in de Rsc, maar ook de ratio van artikel 4:25 lid 3 Awb.

2.4.2 *Effectieve rechtsbescherming in de fondsverdeelpcedures*

Ook de verdeelpcedures bij de cultuurfondsen geven blijk van fricties tussen de vergelijkende motiveringsplicht uit *Holland Opera* en de Awb-systematiek, dus van belemmeringen bij het verzilveren van effectieve rechtsbescherming. De vergelijkende motiveringsplicht blijkt nog niet geoperationaliseerd: geen enkele fondsregeling verzekert de mogelijkheid tot inzage in de dossiers van hoger geprioriteerde aanvragen. De adviezen worden doorgaans met de verdeelbesluiten meegezonden, maar niet altijd. Het is dan ook niet uitgesloten dat afgewezen aanvragers na de verdeelpcedures 2021-2024 een bezwaarschrift hebben moeten indienen om de processuele inzichtelijkheid te verkrijgen die nodig was om effectieve rechtsbescherming te realiseren tegen hun eigen afwijzingsbesluit. Dat is in strijd met de vergelijkende motiveringsplicht.

2.4.2.1 *Artikel 3:8 Awb in de fondsverdeelpcedures*

Aan de verdeelbesluiten van het Filmfonds worden de zwaarste motiveringseisen gesteld: zij bevatten de namen van de adviseurs, hun gemotiveerde overwegingen en de gemotiveerde overwegingen van het bestuur.¹²⁵ Bij de andere fondsen staan de namen van de adviseurs op de website, maar daarmee is niet inzichtelijk welke adviseurs verantwoordelijk waren voor welke aanvragen. Dat bemoeilijkt voor aanvragers de controle op (de schijn van) belangenverstrengeling en op de totstandkoming van het advies.

2.4.2.2 *Artikel 7:11 Awb in de fondsverdeelpcedures*

Voor het maken van bezwaar hebben alle fondsen een webpagina ingericht, maar bezwaarmakers worden niet standaard gehoord.¹²⁶ Dat veroorzaakt een frictie met artikel 7:2 Awb. Vier fondsen schakelen voor het horen externe bezwaaradviescommissies in, conform artikel 7:13 Awb. Het Letterenfonds gebruikt een interne hoorcommissie¹²⁷ en bij het Mondriaan Fonds wordt gehoord door personen die niet bij

124 *Stcrt.* 2020, 29346 (3 juni 2020).

125 Art. 9 lid 4 Huishoudelijk Reglement NFF.

126 Bijv. art. 9 lid 2 HR Fonds PK: 'In bijzondere gevallen kan het bestuur bepalen dat een bezwaarschrift ter advies aan een bezwaaranadviescommissie wordt voorgelegd'.

127 Art. 8:1 Huishoudelijk Reglement NLF.

de voorbereiding van het bestreden besluit waren betrokken.¹²⁸ Ten aanzien van de taakinvulling van deze commissies stroken enkele fondsregels niet met artikel 7:11 Awb. Het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie schrijft voor dat de bezwarencommissie de beslissing beoordeelt op formele en procedurele gronden. “Voor de goede orde: het gaat dus niet om een inhoudelijke herbeoordeling”.¹²⁹ Het Letterenfonds meldt: “De bezwaarcommissie beoordeelt de aanvraag niet op inhoudelijk literair of artistiek-inhoudelijk vlak. Beoordeeld wordt slechts of de procedure zorgvuldig is geweest en of het besluit deugdelijk is gemotiveerd”.¹³⁰

Deze toepassing van artikel 7:11 Awb is beslist te restrictief. Een bezwaaradviescommissie wordt ingesteld ten behoeve van een *volledige* heroverweging van het bestreden besluit. Deze heroverweging betreft, naast rechtmatigheidsaspecten, nadrukkelijk *ook* de beleidsmatige houdbaarheid van het bestreden besluit.¹³¹ De deskundigenadviezen mogen dus niet bij voorbaat buiten schot blijven. Hier zie ik een taak voor de bezwaaradviescommissies: zij moeten hun adviestaak opvatten in overeenstemming met artikel 7:11 Awb en dat betekent dat zij óók moeten oordelen over de motivering – *lees*: het deskundigenadvies en de invulling van de vergewisplicht – van het bestreden besluit.¹³²

Voorts lijkt het Mondriaan Fonds de heroverweging op te vatten als een wederzijdse herkansingsmogelijkheid: “Bij de beoordeling van een bezwaarschrift speelt een belangrijke rol of de belanghebbende informatie kan verschaffen, die een nieuw licht op de aanvraag zou kunnen werpen. Deze informatie wordt bij het nemen van het besluit op het bezwaar meegewogen”.¹³³ Bij dit fonds wordt de deur geopend voor aanvullende informatie op een moment dat het eindsignaal al heeft geklonken. Dat schuurt met de wijze waarop artikel 4:5 Awb in tenderprocedures moet worden opgevat en met het uitgangspunt van gelijke kansen voor alle aanvragers. Hier komt de mededingingsnorm dus in de knel.

Het Letterenfonds gebruikt een identieke formulering, maar voegt daar aan toe: “De bezwaarprocedure is er niet voor bedoeld om een aanvraag te wijzigen of aan te vullen. Informatie van die aard zal bij de beoordeling buiten beschouwing worden gelaten”.¹³⁴ Wanneer daarmee wordt bedoeld dat informatie die neerkomt op een *materiële* wijziging van de aanvraag niet toelaatbaar is, is dat in overeenstemming met de Afdelingsjurisprudentie.¹³⁵

128 FAQ, website MF.

129 Website SCI.

130 Website NLF.

131 Vgl. bijv. Koenraad 2021; Wever 2020, i.h.b. hoofdstuk 8; Wenders 2010, p. 208-209.

132 Bijv. Bitter & Besselink 2019, Koenraad 2012; Koenraad & Van Schijndel 2005, § 4.1 en § 4.2.

133 FAQ, website MF.

134 Website NLF.

135 ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2081, r.o. 8, AB 2022/64, m.nt. D.K. Jongkind.

2.4.2.3 *Artikel 4:25 lid 3 Awb in de fondsverdeelprocedures*

Een aantal aanvragers van fondssubsidies kreeg na de verdeelprocedure te maken met het aspect ‘rechtsherstel’ uit artikel 4:25 lid 3 Awb.¹³⁶ Op 20 september 2020 – na publicatie van de verdeelbesluiten – kende de minister een extra budget toe aan het Fonds Podiumkunsten, bestemd voor de Deelregeling productiesubsidies 2021-2024.¹³⁷ Feitelijk werd daarmee het subsidieplafond verhoogd. Toch had deze wijziging geen consequenties voor potentiële aanvragers, omdat de geldsom was geormerkt voor de relatief afgewezen aanvragen. De transparantie- en de mededingingsnorm kwamen daardoor dus niet in het geding. Ofschoon deze ambtshalve geste natuurlijk gunstig was voor het betrokken fonds en de betrokken aanvragers, rijst ogenblikkelijk de vraag: waarom verstrekte de minister alleen aan dit cultuurfonds een extra budget? Ook het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie, het Mondriaan Fonds en het Fonds voor Cultuurparticipatie hadden positief beoordeelde aanvragen moeten afwijzen wegens geldgebrek. Hield dit gebaar verband met de commotie over de publiekslievelingen die door het Fonds Podiumkunsten onder de zaaglijn waren geplaatst?¹³⁸ Dat blijft ongewis.

In december 2020 gebeurde er iets vergelijkbaars. Na druk uit de Tweede Kamer vond de minister “met een gebaksvorkje in de begroting”¹³⁹ financiële ruimte voor de relatief afgewezen aanvragen bij het Fonds voor Cultuurparticipatie.¹⁴⁰ Ditmaal werden de financiën weggehaald uit het “brede onderzoeksbudget voor cultuur”, waardoor er nu geen financiële dekking meer is voor aanvullende onderzoeksvragen vanuit de Tweede Kamer. Ook deze beleidswijziging is weinig transparant en ook hier schemert Thorbecke’s silhouet op de achtergrond. Vanwaar deze selectieve acties?

2.4.3 *Kanttekening bij rechtsherstel in BIS- en fondsverdeelprocedures*

Ten slotte nog een laatste kanttekening bij artikel 4:25 lid 3 Awb. Hoe transparant zijn de minister en de fondsbesturen over het uiteindelijke verloop van juridische procedures tegen tenderverdeelbesluiten? Wanneer het oordeel over een aanvraag na een bezwaarprocedure positief wordt bijgesteld, beïnvloedt dat vermoedelijk tevens de plaats van die aanvraag in de rangorde. Daarin treedt dan een verschuiving op, die mogelijk tevens gevolgen heeft voor de subsidiekans van de medeaanvragers. Wat is dan het devies, tegen de achtergrond van het zorgvuldigheidsbeginsel? Deze vraag is prangend, maar helaas door de bestuursrechter nog niet beantwoord.¹⁴¹ In hoofdstuk 5, paragraaf 4.4 gaf ik een aanzet tot een eventuele oplossing.

136 Zie ook hoofdstuk 5, § 4.4.

137 *Stcrt.* 2020, 57394.

138 Waaronder Wende Snijders, Orkater en Concertgebouw Jazz Orchestra.

139 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 570 VIII, nr. 147, p. 60.

140 *Kamerstukken II* 2020/21, 32 820, nr. 401.

141 Vgl. CBB 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:529, AB 2019/206, m.nt. E.M.J. Hardy.

2.5 Fase V: subsidielooptijd en subsidievaststelling

In de slotfase van een tenderprocedure kunnen de artikelen 4:46 en 4:48 Awb knellen wanneer de gesubsidieerde activiteiten niet zijn uitgevoerd zoals in de verleningsbeschikking stond vermeld. Dan is de subsidieverstrekker bevoegd de subsidie lager of “op nihil” vast te stellen. In hoofdstuk 5, paragraaf 4.5 werd reeds toegelicht dat een strikte interpretatie van deze artikelen weliswaar de mededingingsnorm dient, maar dat een lagere of “op nihil” subsidievaststelling moeilijk te accepteren is als de activiteiten materieel volledig zijn uitgevoerd.

Zowel de Rsc als de Deelregelingen bevatten bepalingen over subsidieverplichtingen, verantwoordingseisen en de subsidievaststelling. Alle regelingen hanteren een meldplicht. Dat betekent dat wezenlijke wijzigingen in de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten, artistieke of zakelijke wijzigingen in de organisatie alsmede omstandigheden die ertoe leiden dat de activiteiten niet (geheel) zullen worden verricht, onverwijld moeten worden gemeld. Het ontbreken van goedkeuring voor wijzigingen in het activiteitenplan kan de subsidiegrondslag doen ontvallen.¹⁴² Subsidieontvangers moeten hiervan op de hoogte zijn en daardoor zullen de mededingings- en de transparantienorm niet snel in het gedrang komen.

Het subsidietijdvak waarop de onderzochte regelingen zien, is op 1 januari 2021 gestart. De eerste balans zal in 2023 worden opgemaakt. Daarbij moet worden aangekend dat de cultuursector vanaf maart 2020 bijzonder zwaar is getroffen door de overheidsmaatregelen ten gevolge van de Covid19-pandemie.¹⁴³ De maandenlange lockdowns hebben het verrichten van vrijwel alle culturele activiteiten volledig geblokkeerd.¹⁴⁴ Het staat dan ook nu al vast dat de subsidieactiviteiten die destijds in de gehonoreerde aanvragen werden aangekondigd, in subsidietijdvak 2021-2024 niet conform de projectplannen kunnen worden uitgevoerd. De subsidieverplichtingen zullen met *couance* worden beoordeeld.¹⁴⁵ Daarvoor zal de hardheidsclausule uit de regelingen kunnen worden gebruikt. Waar deze nog ontbrak, is dat inmiddels gerepareerd.¹⁴⁶

142 Website Mondriaan Fonds.

143 Zie bijv. de Cultuurmonitor 2021 voor een overzicht van de recente ontwikkelingen op alle culturele deelterreinen, <https://www.cultuurmonitor.nl/wp-content/uploads/2022/01/Cultuurmonitor-Jaarrapportage-2021.pdf>; voorts de Kamervragen na het bericht “Cultuursector meldt met 62 procent relatief grootste omzetverlies bij UWV” (Nu.nl op 8 september 2020; *Kamerstukken II 2020/21, Aanhangsel Handelingen*, nr. 540).

144 Vgl. Boekmanstichting, SiRM & Significant APE 2021.

145 Vgl. de Raad voor Cultuur-adviezen aan de minister m.b.t. een verlenging van de cultuurplanperiode (*Kamerstukken II 2021/22, 32 820, nr. 452, blg-1007741*) en n.a.v. de corona-addenda Culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 (*Kamerstukken II 2021/22, 32 820, nr. 452, blg-1007742*).

146 Wijziging van art. 3 Algemeen Reglement Fonds Podiumkunsten (*Stcrt.* 2020, 26887).

3 SLOTSOM (II): MEDEDINGING & TRANSPARANTIE IN DE SUBSIDIEVERDEELPROCEDURES VOOR DE LANDELIJKE CULTURELE BASISINFRASTRUCTUUR 2021-2024

De in paragraaf 2 van dit hoofdstuk uitgewerkte ‘proef op de som’ beantwoordt de derde onderzoeksvraag:

Voldoet het tenderverdeelsysteem voor de subsidiebudgetten voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 aan de mededingings- en de transparantienorm?

De paragraaf maakte inzichtelijk of – en zo ja: in hoeverre – het actuele normenkader voor de verdeling van schaarse subsidies tot de verdelingspraktijk voor de meerjarige Rijkscultuursubsidies is doorgedrongen. De ‘proef’ leert dat er met betrekking tot de subsidieverdeelpcedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur nog werk aan de winkel is.

In vrijwel elke fase van de verdeelprocedure blijkt sprake van fricties met de mededingings- en/of de transparantievereisten. Hierna worden enkele specifieke bevindingen uit paragraaf 2 belicht. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de in hoofdstuk 5, paragraaf 5 opgesomde aandachtspunten voor tenderverdeelpcedures (ook) onverkort van belang zijn voor de subsidieverdeelpcedures voor de landelijke culturele BIS. Deze aandachtspunten zullen hier dus *niet* worden herhaald.

3.1 *Fase I: vaststelling en publicatie van de subsidieregeling*

In de fase van ontwerp en publicatie blijkt het subsidieplafond niet door alle subsidieverstrekkers bij wettelijk voorschrift te worden vastgesteld. Dat strookt niet met artikel 4:25 lid 1 Awb. Voorts vormt in de BIS-verdeelprocedure artikel 4:84 Awb een aandachtspunt, omdat de Raad voor Cultuur de subsidiecriteria nader heeft uitgewerkt in beleidsregels. Dat moet in tenderverdeelpcedures worden ontraden. Het feit dat de subsidieverstrekker in voorkomende gevallen verplicht is tot het afwijken van beleidsregels, knelt immers met de transparantienorm en met het verbod om bij verdeelpcedures voor schaarse subsidies individuele uitzonderingen toe te staan.

3.2 *Fase II: behandeling van de aanvragen*

Ook in het aanvraagtijdvak lukt het waarborgen van de transparantienorm niet altijd. Ofschoon spelregels niet meer mogen worden gewijzigd na de start van de verdeelprocedure, werd in de BIS-verdeelprocedure de aanvraagtermijn op de sluitingsdag met drie dagen verlengd en werd na ommekomst van deze termijn een aanvraagcriterium bijgesteld. Aanvragers bij het Mondriaan Fonds kregen te maken met conflicterende datum-informatie.

Deze fase kent één serieus Awb-knelpunt. Artikel 4:5 Awb behoort in de tenderverdeelsystematiek buiten toepassing te worden gelaten. De onderzochte subsidie-regelingen anticiperen daar echter onvoldoende op. Dat is riskant in het licht van de

mededingingsnorm omdat een onwetende subsidieverstrekker ongelijkheid tussen potentiële aanvragers in de hand kan werken.

3.3 *Fase III: beoordeling en besluitvorming*

Alle subsidieverstrekkers werken met adviescommissies en dat leidt voor hen tot een vergewisplicht. Deze plicht is noch in de BIS-subsidieregeling, noch in de regelingen van het Letterenfonds en het Stimuleringsfonds Creatieve Industrie nader omschreven.

Alle onderzochte regelingen conflicteren met de transparantieplichting *ex post* ten aanzien van het adviesproces en conflicteren (dus) met de vergewisplicht. De regels over de samenstelling en werkwijze van de adviescommissies corresponderen niet met de actuele jurisprudentiestand. Bij de Raad voor Cultuur ontbreekt zelfs *elk* beleid ter voorkoming van (de schijn van) interne belangenverstrengeling.

Tevens blijkt dat de Raad onvoldoende afstand houdt tot de minister. Deze handelwijze schaadt de transparantieplichting en is onverenigbaar met het Thorbecke-principe.

De minister negeert soms het uitgangspunt dat deskundigenadviezen door de subsidieverstrekker worden gevolgd. Onder politieke druk is hij afgeweken van enkele Raad-adviezen. Het passeren van een deskundigenadvies over één aanvraag kan echter – in retrospectief – het oorspronkelijke speelveld tussen de aanvragers in de desbetreffende tenderronde verstoren. Dat moet te allen tijde worden voorkomen.

Voorts vormen de adviescategorieën van de Raad een aandachtspunt. Hij hanteert de (extra) categorie “nee, tenzij”, waarin de aanvragers gerichte aanwijzingen krijgen ter verbetering van hun aanvraag. Voor de aanvragers in fondsverdeelprocedures resulteert een negatief advies echter altijd in een afwijzing. Deze herstelkans voor BIS-aanvragers schuurt niet alleen met de interpretatie van artikel 4:5 Awb in de tendersystematiek, maar veroorzaakt ook een categorale discrepantie tussen de subsidieaanvragers in de landelijke culturele Basisinfrastructuur.

3.4 *Fase IV: bekendmaking verdeelbesluiten; bezwaar en heroverweging*

In de fase van bekendmaking van de verdeelbesluiten is *effectieve rechtsbescherming* het sleutelbegrip. Zij behoort te worden gefaciliteerd via de vergelijkende motiveringsplicht, maar het blijkt voor de aanvragers binnen de onderzochte regelingen niet eenvoudig om deze rechtsbescherming daadwerkelijk in te roepen. Dat komt omdat alle regelingen nalaten om inhoudelijke eisen te stellen aan de motivering van de verdeelbesluiten. Aanvragers moeten de motivering kunnen controleren, maar zij ondervinden belemmeringen door de restrictieve opvatting van artikel 3:8 Awb. Daardoor is het adviesproces voor een belangrijk deel niet transparant en boet de rechtsbescherming materieel aan effectiviteit in. Bovendien wordt niet altijd voldoende gewezen op de mogelijkheid tot het maken van bezwaar en wordt de hoorplicht uit artikel 7:2 Awb soms als facultatief gepresenteerd.

Ook zijn er fricties met artikel 7:11 Awb. De vereiste ‘volledige heroverweging’ blijkt te zijn ingeperkt tot een rechtmatigheidsoordeel, waardoor de vraag naar de juridische houdbaarheid van de motivering (en het advies) *de facto* onbeantwoord blijft. De werkwijze van de Raad voor Cultuur wringt met artikel 7:11 Awb, omdat hij de ‘bezwaren’ tegen de adviezen al behandelt voordat de verdeelbesluiten worden genomen. Dat oogt efficiënt, maar kan – vanwege de beperkte reikwijdte van de geboden reaktiemogelijkheid – nooit dienen ter vervanging van de wettelijke heroverwegingsplicht.

Ten slotte signaleer ik een knelpunt met betrekking tot artikel 4:25 lid 3 Awb. De minister heeft in de BIS-verdeelprocedure impliciet herstelhandelingen verriicht door negatieve adviezen te passeren en de desbetreffende instellingen toch te subsidiëren. De benodigde financiën werden echter verkregen door afroming van bestaande budgetten. Dat is niet in overeenstemming met de rechtsherstelsystematiek en evenmin met het transparantievereiste. Daarnaast schuilt in rechtsherstel een risico: het alsnog honoreren van een afgewezen aanvraag veroorzaakt een herschikking van de rangorde. De bestuursrechter heeft echter nog geen uitspraak gedaan over wat daarvan het gevolg is voor de medeaanvragers.

4 AANBEVELINGEN VOOR VERDEELPROCEDURES IN DE LANDELIJKE CULTURELE BASISINFRASTRUCTUUR

Voor een aantal van de hiervoor opgesomde aandachtspunten geeft paragraaf 6 van hoofdstuk 5 heldere aanbevelingen, waardoor het niet nodig is deze hier te herhalen. Ik beperk mij dan ook tot enkele aanbevelingen waarvan het ter harte nemen onmiddellijk effect zal sorteren op de effectieve rechtsbescherming van de betrokken cultuursubsidieaanvragers.

Ik raad de Minister van OCW en de fondsbesturen dringend aan om de vergelijkende motiveringsplicht nader te reguleren. Niet alleen omdat de aanvragers dan weten welke (mate van) toelichting zij kunnen verwachten op de besluitvorming, maar ook omdat het werken met deskundigen(adviezen) de besluitvorming van een extra laag voorziet waarover nu eenmaal extra verantwoording moet worden afgelegd. De jurisprudentie over tendersubsidiebesluiten illustreert dat de motivering van deze besluiten steeds vaker voorwerp van geschil is. Slaagt het beroep tegen een verdeelbesluit, dan kan dat reflexwerking hebben op de gehele tenderprocedure.

Ten tweede is het zeer aan te bevelen om de taakopdracht en de werkwijze van de deskundigenadviescommissies in regels vast te leggen. Zowel de deskundigheid en onpartijdigheid van de adviseurs als de totstandkomingsprocedure van het advies moeten controleerbaar zijn.

Ten derde moet de adviesprocedure van de Raad voor Cultuur in overeenstemming worden gebracht met de Awb-systematiek, in het bijzonder met de wijze waarop artikel 7:11 Awb in de besluitvormingsprocedure behoort te worden toegepast.

Mijn laatste aanbevelingen betreffen de positionering van de Raad voor Cultuur. De ‘gepaste afstand’ tot de minister moet opnieuw worden gezien en bij voorkeur gereguleerd. De ‘dubbele pet’¹⁴⁷ van de Raad noopt tot waakzaamheid en in dat kader is transparantie van groot belang. Voorts knelt de ‘status aparte’, die de Raad als adviesorgaan al decennia lijkt toe te komen, met de Awb. Het is evident dat deze uitzonderingspositie niet (langer) past in de actuele jurisprudentiestandaard. Anno 2022 wordt van een deskundigenadviescommissie verwacht dat zij transparant acteert. De kwaliteit van de adviseurs moet controleerbaar zijn geborgd. De totstandkoming en de inhoud van hun adviezen moeten voldoen aan de transparantieplichting *ex post*. Alleen dan kan de Minister van OCW zijn vergewisplicht naar behoren vervullen en slechts dan kan ook voor de aanvragers van meerjarige cultuursubsidies voor de landelijke culturele BIS worden gesproken van *effectieve* rechtsbescherming.

147 De Raad voor Cultuur is zowel beleidsadviseur als deskundigenadviescommissie. Zie hoofdstuk 6 § 2.3.1.1.

NASCHRIFT BIJ DEELTHEMA 3

NORMERING VAN TENDERVERDEELPROCEDURES VOOR SCHAARSE (CULTUUR)SUBSIDIES

Omdat hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 zijn voltooid in 2022, is de periode waarop dit naschrift terugblijkt relatief kort. Dat neemt niet weg dat er ten aanzien van de normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies op een aantal ontwikkelingen kan worden gewezen.

Dat de reikwijdte van de mededingingsnorm nog geen uitgemaakte zaak is, blijkt uit het *Didam*-arrest van de Hoge Raad over de vraag in hoeverre overheden bij de vervreemding van onroerende zaken verplicht mededingingsruimte moeten bieden.¹ De daaruit af te leiden uitbreiding van de toepasselijkheid van de mededingingsnorm tot privaatrechtelijk overheidshandelen heeft de pennen stevig in beweging gebracht.² Met het oog op de uit deze norm voortvloeiende transparantieverplichting kan worden gewezen op het VAR-preadvies van Buijze, dat genuanceerd beschrijft dat transparantie in wezen een ‘tovermiddel met bijwerkingen’ is.³ Verder mag niet onvermeld blijven dat het woord transparantie in het tijdschrift *Binnenlands Bestuur* promoveerde tot toverwoord van 2022.⁴

Ten aanzien van de ontwikkelingen binnen deelthema 3 in de cultuursector moet worden vastgesteld dat de coronapandemie daarop de grootste stempel heeft gedrukt. De maandenlange lockdowns en de moeizame hervatting van culturele activiteiten hebben tot interne reflectie geleid.⁵ De noodgedwongen financiering door de overheid⁶ en de afwikkeling daarvan via terugvordering van teveel ontvangen steun hebben het besef versterkt dat de methoden van financiering aan

1 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren, BR 2022/7, m.nt. S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries (*Didam*).

2 Onder meer: Bregman 2022, p. 196-209; Robbe 2022a, p. 156-169; Robbe 2022b, p. 352-358.

3 Buijze 2022, p. 7-70.

4 ‘Wat brengt 2022? Het toverwoord is transparantie’, *Binnenlands Bestuur*, www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/voortuitblik-op-2022-data-wordt-steeds-belangrijker.

5 Voets, NRC 30 juni 2022; Akkermans 2022; Baarsma 2022, p. 44-47.

6 Bijv. Van den Brink 2021, p. 137-338.

revisie toe zijn.⁷ Er werden lessen getrokken uit deze crisis.⁸ Zij legde bloot dat de door de overheid gesubsidieerde instellingen in het voordeel waren ten opzichte van individuele makers, zzp'ers en niet-gesubsidieerde instellingen⁹, maar zorgde ook voor meer eenheid in de sector.¹⁰

Of dit alles uiteindelijk wordt vertaald in beleid, moet nog worden afgewacht. Vanuit de Tweede Kamer is verzocht te bezien of de waardering voor de culturele sector wel voldoende wettelijk is verankerd. Is de Wsc een manier om waardering uit te spreken voor cultuur als essentiële basisbehoefte of is de wet vooral een subsidieinstrument? De staatssecretaris antwoordde dat die waardering al in de Wsc besloten ligt.¹¹

Voorts hebben de Tweede Kamer¹², de cultuursector¹³ en de Raad voor Cultuur¹⁴ de staatssecretaris verzocht de subsidieperiode 2021-2024 voor de rijksge-subsidieerde culturele instellingen met twee jaar te verlengen. De staatssecretaris heeft, na hierover advies te hebben ingewonnen¹⁵, besloten dit verzoek niet over te nemen.¹⁶ In het advies wordt expliciet gewezen op de juridische grenzen van de mogelijke verlengingsopties: omdat bij deze subsidies sprake is van verdeling van schaarse rechten, zal rekening moeten worden gehouden met de mededingingsnorm en het bieden van gelijke kansen. Potentiële gegadigden kunnen slechts buiten de deur worden gehouden op grond van een *dwingende reden van algemeen belang*, maar de adviseurs betwijfelen of corona een voldoende dwingende reden is. Ook niet-gesubsidieerde instellingen zijn immers door corona getroffen en zij hebben geen coronasteun ontvangen. De beoogde stelselherziening zal evenmin een voldoende dwingende reden zijn, omdat daarvoor geen verlenging nodig is. Het grootste risico ligt volgens de adviseurs in juridische procedures van nieuwkomers tegen de geslotenheid van de verlenging. Mocht de rechter dan besluiten dat deze instellingen alsnog beoordeeld moeten worden, dan gebeurt dat niet in een tender

7 Bartelse & Breure, *NRC* 29 augustus 2022; Van Meerkerk & Van den Hoogen 2022, p. 4-9; Bots 2022, p. 10-13; Berentsen 2022, p. 16-19; Pieterse 2022, p. 20-25; Van der Meulen 2022a, p. 26-27; Vriens 2022, p. 32-37; Wijn 2022, p. 40-43; Swinkels 2022, p. 50-55.

8 Groot 2022, p. 4-7; Van der Meulen 2022b, p. 8-11; Been, Loots & Wijngaarden 2022, p. 38-43; Rutten & Manshanden 2022, p. 46-50; Rasterhoff & Schrijen 2020.

9 Boekmanstichting, SiRM & Significant APE 2021. Inmiddels is de Kunstenbond een juridische procedure gestart ter verkrijging van een vergoeding voor de schade die de zzp'ers uit de cultuursector hebben geleden tijdens de coronacrisis ('Kunstenbond stelt staat aansprakelijk', *de Volkskrant* 2 september 2022).

10 Door de oprichting van de *Taskforce culturele en creatieve sector*, waarin ruim 100 branche-, beroeps- en belangenorganisaties zijn verenigd.

11 *Kamerstukken II* 2021/22, 32 820, nr. 469.

12 *Kamerstukken II* 2021/22, 32 820, nr. 419.

13 Kunsten 92 en de Federatie Creatieve Industrie sloten op 2 maart 2021 de 'New Creative Deal': "een ambitieus en veelomvattend plan voor een krachtig herstel en vernieuwing van de culturele en creatieve sector", <https://www.kunsten92.nl/creative-deal-gepresenteerd-2/>.

14 O.a. in het Werkprogramma 2022-2023 van de Raad, <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/publicaties/2022/09/16/werkprogramma-2022-2023>, p. 7.

15 Bij landsadvocaat Pels Rijcken.

16 *Kamerstukken II* 2022/23, 32 820, nr. 485.

– de BIS-instellingen zijn immers al verlengd – waardoor de kans bestaat dat *alle* instellingen met voldoende kwaliteit moeten worden gesubsidieerd.

Het voorgaande bevestigt dat deelthema 3 in de (cultuur)subsidiepraktijk nog volop in de belangstelling staat.

DEELTHEMA 4

DESKUNDIGENADVISERING EN VERGEWISPLICHT BIJ DE VOORBEREIDING VAN (CULTUUR)SUBSIDIEBESLUITEN

DE KUNST VAN HET ADVISEREN: OVER DESKUNDIGENADVISING EN VERGEWISPLICHT BIJ DE VOORBEREIDING VAN (CULTUUR)SUBSIDIEBESLUITEN*

1 INLEIDING

1.1 *Aanleiding en onderzoeksvragen*

Subsidieverstrekkers maken bij de voorbereiding van subsidiebesluiten regelmatig gebruik van externe deskundige adviseurs. Soms gebeurt dat omdat een subsidiebudget is bedoeld voor activiteiten op een specifiek terrein en bij het bestuur de deskundigheid ontbreekt om de ingediende aanvragen te beoordelen. Soms gebeurt dat omdat het moet: op een aantal beleidsterreinen – kunsten, wetenschappen – wordt inhoudelijke bemoeienis van de overheid al meer dan 150 jaar onwenselijk geacht. Daar geldt een staatsrechtelijke verplichting om de kwalitatieve beoordeling op afstand van de overheid te plaatsen.¹ Het betrekken van deskundigen bij subsidieprocedures is bovendien praktisch: de subsidieverstrekker kan ter motivering van de verdeelbesluiten volstaan met een verwijzing naar de met het oog daarop uitgebrachte deskundigenadviezen, zolang deze adviezen maar zelf de motivering bevatten en worden gepubliceerd.² De inzet van deskundigen heeft echter een niet te vermijden rechtsgevolg: het activeert bij de subsidieverstrekker een *vergewisplicht*, op basis waarvan hij zich rekenschap moet geven van de zorgvuldigheid en de motivering van het onderzoek dat door de deskundigen is verricht.³ Het verleggen van een deel van de beoordeling naar deskundigen leidt voor de subsidieverstrekker dus niet tot een vermindering van de mate van zorgvuldigheid waarmee hij de verdeelbesluiten moet voorbereiden. Hij moet zorgen voor een controleerbare vaststelling dat de deskundigen de geldende beoordelingssystematiek juist hebben toegepast.

* Hoofdstuk 7 is gepubliceerd in 2022 («JBplus» 2022/1, p. 3-25).

1 Gebaseerd op het (ongeschreven) *Thorbecke*-adagium, op basis waarvan de overheid wordt geacht zich afzijdig te houden van de (inhoudelijke) beoordeling van kunsten en wetenschappen (*Handelingen II* 1862/63, 36 en 172). Voorts bijv. Boekman 1939, p. 41-47 en 213-214; Aerts 2018, p. 602-614.

2 Art. 3:49 Awb.

3 Bij wettelijke advisering ingevolge art. 3:9 Awb; bij niet-wettelijke advisering volgt dit uit art. 3:2 Awb.

In verdeelprocedures waarbij deskundigen zijn betrokken, vormt het advies doorgaans de motivering van het verdeelbesluit. Het is dan ook niet vreemd dat bij onwelgevallige verdeelbesluiten de bezwaren zich veelal richten op de persoon van de deskundigen en/of de totstandkoming en inhoud van hun adviezen. In 2009 heb ik belicht hoe de advisering door de Raad voor Cultuur in verdeelprocedures voor de vierjarige Rijkscultuursubsidies zich verhiel tot het Awb-subsidiekader.⁴ Toen concludeerde ik onder meer dat het betwisten van adviezen van geïnstitutionaliseerde adviescommissies als de Raad voor Cultuur, materieel beschouwd illusoir was. Is die conclusie nog steeds gerechtvaardigd? Vast staat dat de bestuursrechter het afgelopen decennium verschillende uitspraken heeft gedaan waarin het borgen van *effectieve rechtsbescherming* voor aanvragers in subsidieverdeelprocedures prominent naar voren komt.⁵ Hoewel het thema ‘deskundigenadvisering bij besluitvorming’ in deze periode in het bestuursrechtelijke discours op een toenemende belangstelling kon rekenen⁶, gold dat niet voor deskundigenadvisering in het subsidierecht.⁷ Alle redenen dus voor een retrospectief, waarin de volgende vragen worden beantwoord:

- i) welke eisen worden anno 2022 gesteld aan deskundigenadvisering bij de voorbereiding van subsidiebesluiten,
- ii) wat betekent dit voor de vergewisplicht van subsidieverstrekkers, en
- iii) hoe staat het met de rechtsbescherming van teleurgestelde (tender)subsidieaanvragers?

1.2 Afbakening en leeswijzer

In dit hoofdstuk staat de verdeling van subsidies via een tenderprocedure⁸ centraal, omdat daarbij het vaakst externe deskundigen worden ingeschakeld. Subsidieverstrekkers kiezen voor deze verdeelmethode als de kwaliteit van de gesubsidieerde activiteiten van belang is en uit de ingediende aanvragen de geschiktste plannen moeten worden geselecteerd. De voor een bepaalde datum ontvangen aanvragen worden op basis van kwalitatieve criteria beoordeeld door deskundigen en vervolgens geprioriteerd. Daarna wordt het beschikbare subsidiebudget via de rangschikking verdeeld. Een subsidieplafond in een subsidieregeling maakt van de tendersubsidie een *schaars* publiek recht.⁹ Deze typering heeft nadere consequenties voor de normering van de verdeelprocedure.¹⁰

4 Hardy 2009.

5 Bijv. ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*); ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*); ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

6 Bijv. Koenraad 2017; Ouwehand 2019; Theunisse 2019; Koenraad 2019.

7 Deskundigenadvisering in het *subsidierecht* kwam alleen aan de orde in Hardy & Verboeket 2021. Voorts in Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, § 5.2.8, 11.4.4 en 11.4.6.

8 Ook wel ‘vergelijkende procedure’, ‘rangschikkingsprocedure’ of ‘beauty contest’ genoemd.

9 Vgl. Wolswinkel 2013, p. 36-37.

10 Zo zijn sinds 2018 de mededingings- en de transparantienorm van toepassing op verdeelprocedures voor schaarse subsidies (ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*)). Zie ook Hardy 2022b.

In dit hoofdstuk zal binnen het (tender)subsidierecht soms worden ingezoomd op deskundigenadvisering bij *cultuursubsidiebesluiten*, omdat betrokkenen bij geschillen over deze besluiten extra complicaties ondervinden.¹¹ Niet alleen brengt het karakter van artistieke kwaliteitsoordelen met zich dat de bestuursrechter de adviezen en de verdeelbesluiten slechts terughoudend kan toetsen, maar ook gaat het bij deze subsidies om naar hun aard subjectieve oordelen, waardoor het goed voorstelbaar is dat die onderling kunnen verschillen.¹² Daarmee is het betwisten van een cultuursubsidiebesluit bepaald geen sinecure.

In de volgende paragrafen zullen de thema's deskundigenadvisering en vergewisplicht gezamenlijk worden behandeld. De vergewisplicht brengt immers mee dat de subsidieverstrekker controleerbaar vaststelt of de advisering voldoet aan de zorgvuldigheidsnorm, dus of bij de besluitvorming is voldaan aan de eisen die aan de deskundigen, hun werkwijze en hun adviezen worden gesteld. Dit hoofdstuk besteedt geen aandacht aan door de rechter ingeschakelde deskundigen.

De eerstvolgende paragraaf (§ 2) geeft een overzicht van het Awb-regime inzake deskundigenadvisering en de vergewisplicht. Daarna worden de vereisten voor de adviseurs (§ 3) en voor de totstandkoming en inhoud van de adviezen (§ 4) belicht, waarbij meteen relevante kanttekeningen worden geplaatst. Vervolgens signaleer ik enkele aandachtspunten (§ 5) en wordt de balans opgemaakt (§ 6). Hoe staat het met de rechtsbescherming tegen tendersubsidiebesluiten die steunen op deskundigenadviezen?

2 NORMERING VAN DESKUNDIGENADVISING EN DE VERGEWISPLICHT BIJ SUBSIDIEBESLUITEN

2.1 *Awb-regime voor deskundigenadvisering en de vergewisplicht*

Vanwege de gelaagde structuur van de Awb brengt de plaatsing van de subsidietitel in hoofdstuk 4 mee dat ook de voorgaande hoofdstukken van toepassing zijn op subsidieverstrekking. Voor de regels omtrent externe deskundigenadvisering bij subsidiebesluitvorming moet worden teruggegrepen op de algemene regeling in afdeling 3.3 Awb,¹³ die op haar beurt een op advisering toegespitste uitwerking vormt van de zorgvuldigheidsnorm.¹⁴ Afdeling 3.3 ziet op adviseurs die niet werk-

11 Vgl. Bots 2004, i.h.b. § 6.2; Van der Vlies 2017, p. 225-253.

12 Bijv. ABRvS 6 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, r.o. 6 en 6.2, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*).

13 *Advisering*: art. 3:5-3:9a Awb. De wetgever gebruikt de neutrale term 'Advisering', omdat afdeling 3.3 ten minste drie adviseringsvarianten omvat: deskundigen-, representatie- en semi-rechterlijke advisering (*Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 71). Dit hoofdstuk behandelt uitsluitend deskundigenadvisering.

14 Art. 3:2 Awb: *Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.*

zaam zijn onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan (art. 3:5 lid 1).¹⁵ Uit deze afdeling volgt dat de subsidieverstrekker de adviseur moet voorzien van de benodigde gegevens (art. 3:7) en dat in of bij het verdeelbesluit de adviseur wordt vermeld (art. 3:8). Ook verwoordt zij de vergewisplicht: indien een besluit berust op een onderzoek naar feiten en gedragingen dat door een adviseur is verricht, moet het bestuursorgaan zich ervan vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden (art. 3:9). Hoewel afdeling 3.3 expliciet ziet op wettelijke advisering (art. 3:5 lid 1), wordt algemeen aanvaard dat de vergewisplicht – via artikel 3:2 Awb – materieel tevens geldt voor buitenwettelijke advisering.¹⁶ Voorts verdient aandacht dat de hiervoor genoemde artikelen zich naar de letter slechts richten op één adviseur, terwijl bij tenderverdeelpcedures doorgaans sprake is van *collegiale* advisering, dus van een adviescommissie. Dat doet echter aan de toepasselijkheid van het voorgaande niet af.

Overigens is met afdeling 3.3 het normenkader nog niet sluitend. De zorgvuldigheid snorm heeft voor advisering namelijk meer waarborgen in petto. Zo geldt het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4) ook voor de adviseur in zijn rol als ‘verlengde arm’ van het bestuursorgaan (lid 1). De subsidieverstrekker moet ertegen waken dat de adviseur die een persoonlijk belang heeft bij een verdeelbesluit, de besluitvorming kan beïnvloeden (lid 2). Ten slotte is er nog afdeling 3.7 Awb.¹⁷ Een subsidieverdeelbesluit moet berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46). De subsidieverstrekker kan ter motivering van een verdeelbesluit volstaan met een verwijzing naar het uitgebrachte advies, als het advies zelf de motivering bevat en van het advies kennis is gegeven (art. 3:49). Ook mag hij in het verdeelbesluit afwijken van het advies indien de motivering de redenen daarvoor bevat (art. 3:50).

2.2 *Nadere invulling van de vergewisplicht: drie elementen*

De invulling van de vergewisplicht blijkt tweeledig, waarvoor de wetgever bewust een wettelijke ‘tandem’ heeft gecreëerd.¹⁸ De toelichting benoemt drie elementen, waarvan de vergewisplicht ‘in enge zin’ in artikel 3:9 is neergelegd. Indien een besluit *rust* op een onderzoek naar feiten en gedragingen dat door een adviseur is

15 De wetgever heeft de toepasselijkheid van afdeling 3.3 Awb op interne adviesrelaties uitgesloten, waarmee de formele onafhankelijkheid tussen de externe adviseur(s) en het bestuursorgaan in beginsel is gegeven. Vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 35.

16 Bijv. ABRvS 23 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2916, r.o. 2.3.2, AB 2003/430, m.nt. I. Sewandono, «JB» 2003/321, m.nt. E.C.H.J. van der Linden, waarin de Afdeling vaststelt dat geen sprake is van een adviseur als bedoeld in art. 3:5 Awb, zodat art. 3:9 Awb niet van toepassing is, maar “reeds art. 3:2 Awb met zich brengt dat de minister zich dient te vergewissen van de zorgvuldigheid van ieder onderzoek, waarvan hij de resultaten aan een besluit ten grondslag legt.” Voorts: CRvB 11 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1113, AB 2018/322, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman, *Gst.* 2018/148, m.nt. A. Tollenaar; CBb 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300; ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1182, r.o. 3.1. *Anders*: ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4392, r.o. 5.

17 *Motivering*: art. 3:46-3:50 Awb.

18 De tot 1994 geldende jurisprudentielijn met betrekking tot het aan een besluit ten grondslag leggen van een advies is bij de codificatie verdeeld over de artikelen 3:9 en 3:49 Awb (*Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 111-112).

verricht, is vereist dat het bestuursorgaan zich ervan vergewist dat de door de adviseur gevolgde procedure zorgvuldig was. De toelichting geeft een aantal concrete voorbeelden: bij twijfel over het advies moet een contra-expertise worden gevraagd, het bestuursorgaan moet erop toezien dat de adviseur beschikt over de voor het onderzoek vereiste kwalificaties en het moet desgewenst voorschriften geven voor (de inrichting en voorbereiding van) het onderzoeksrapport.¹⁹ Dit element ziet met name op de deskundigheid en de onpartijdigheid van de adviseurs, waarvoor artikel 2:4 Awb de belangrijkste maatstaf bevat.

Het tweede en derde element staan in artikel 3:49 Awb. Het bestuursorgaan is verplicht om te beoordelen of het aan het besluit ten grondslag te leggen advies inhoudelijk *concludent* is.²⁰ Dat betekent dat het moet bezien of het advies naar wijze van totstandkoming zorgvuldig, en naar inhoud inzichtelijk en voldoende gemotiveerd is.²¹ Deze bepaling bevat ook het derde element: het kenbaarheidsvereiste, dat ertoe verplicht dat het advies onderdeel is van de beschikking of integraal als bijlage wordt toegevoegd.²²

Samengevat functioneert de vergewisplichttandem als volgt: de door de *adviseur* gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en het *advies* moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd. Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het verdeelbesluit en kan de subsidieverstrekker in het verdeelbesluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. In het vervolg van deze bijdrage zal deze tandemstructuur worden gehanteerd, in de zin dat eerst de adviseurs en daarna de adviezen zullen worden belicht.

3 VERGEWISPLICHT BIJ DE KWALITEIT VAN DE ADVISEURS

Een regelmatig terugkerend twistpunt in geschillen over subsidieverdeelbesluiten is de persoon van de adviseur, waarmee zowel zijn deskundigheid als zijn onpartijdigheid kan worden bedoeld. Maar voordat een teleurgestelde aanvrager zijn pijlen daarop kan richten, zal hij moeten weten welke adviseurs zijn aanvraag hebben beoordeeld.

3.1 *Wie zijn de adviseurs?*

Artikel 3:8 Awb bepaalt dat ‘de adviseur’ die het advies heeft uitgebracht in of bij het besluit wordt vermeld.²³ Omdat hieruit – letterlijk – niet volgt dat deze verplichting zich uitstrekt tot andere betrokkenen bij het voorbereiden en opstellen van het advies, is het vaste jurisprudentie dat de samenstelling van eventuele

19 *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 74.

20 *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 111.

21 Bijv. CbB 20 april 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY4188; ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2882; ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1328.

22 *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 112.

23 Overigens is (slechts) een naam niet in alle gevallen genoeg. Vgl. Van Ettehoven, 2016.

subcommissies niet hoeft te worden onthuld.²⁴ Het gevolg is dat ten aanzien van deze adviseurs geen enkele transparantieplichting geldt. Dat is opmerkelijk, omdat de wetsgeschiedenis een extensievere interpretatie beslist niet uitsluit.²⁵ Bovendien wordt bij cultuur-, wetenschaps- en innovatiesubsidies veelal ‘getrapt’ geadviseerd en vormen juist de oordelen van de deel- of preadviescommissies de belangrijkste – en doorslaggevende – bron voor de eindadviezen.²⁶

Zo bestaat de Raad voor Cultuur, het wettelijke²⁷ adviesorgaan van de Minister van OCW voor de verdeling van vierjarige subsidies voor cultuurinstellingen, uit zeven leden en een voorzitter.²⁸ De Raad put echter uit een omvangrijke kring van sectordeskundige adviseurs waaruit hij Tijdelijke Commissies samenstelt.²⁹ Voor het beoordelen van podiumkunstinstellingen maken deze Commissies bovendien gebruik van voorstellingsbezoekers, die aan de Commissies verslag uitbrengen. Daarmee geschiedt de kwalitatieve beoordeling van subsidieaanvragen primair door adviseurs die geen lid zijn van de Raad voor Cultuur.³⁰ Desondanks verrichten zij het cruciale (voor)werk en vormen hun preadviezen de materiële basis voor de Raad-adviezen aan de minister.

De restrictieve opvatting van artikel 3:8 Awb maakt voor subsidieaanvragers het verkrijgen van zicht op deze subadviseurs uiterst lastig. Het gebrek aan kennis over hun identiteit zorgt ervoor dat zowel een deskundigheidscheck als de controle op belangenverstrengeling praktisch onmogelijk is.³¹ Soms publiceren subsidieverstrekkingen een generiek overzicht van hun adviseurs, maar daarmee is niet meteen helder welke adviseurs verantwoordelijk zijn voor welke aanvragen.

Gelukkig zette de Afdeling in 2021 een eerste stap naar een koerswijziging, in haar uitspraak *Digeketen* over de afwijzing van een innovatiesubsidieaanvraag.³²

24 Vgl. ABRvS 1 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR6776, AB 2005/240, m.nt. N. Verheij (*Daalimpex*); ABRvS 8 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO6617, AB 2011/55, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2279, AB 2012/7, m.nt. A. Tollenaar; CBb 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8515, AB 2013/41, m.nt. M.F.H. Hirsch Ballin & R.W. Veldhuis.

25 Vgl. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 74, waarin (ook) de meervoudsvorm wordt gebruikt: “Goed bestuur vereist dat, wanneer bij de voorbereiding van een besluit advies is gevraagd, dit in of bij het besluit wordt aangegeven, onder vermelding van de adviseur(s). Niet enkel omdat dit op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat de vermelding een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.” Voorts: De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 38 en p. 78-79; Van den Brink 2012, p. 701; Koenraad 2017, p. 91.

26 Bijv. ABRvS 1 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR6776, AB 2005/240, m.nt. N. Verheij (*Daalimpex*) en ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984, AB 2008/86, m.nt. N. Verheij.

27 Art. 2a lid 2 Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc).

28 www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/raad.

29 Op 31 januari 2022 bevatte de lijst 148 adviseurs (www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/adviseurs).

30 Art. 2c lid 1 Wsc: *Ter voorbereiding van adviezen kan de Raad tijdelijke commissies instellen die in afwijking van artikel 16 van de Kaderwet adviescolleges geheel of gedeeltelijk kunnen bestaan uit andere personen dan leden van de Raad.*

31 Bijv. Rb. Gelderland 8 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1970, r.o. 7.1.

32 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1982, «JB» 2021/164, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse; ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

De gevolgde tenderprocedure kende een adviescommissie met twee vaste leden en een 'flexibele schil' van 25 leden waaruit deelcommissies werden samengesteld. De twee vaste leden hadden uitsluitend zitting in de hoofdcommissie, samen met de deelcommissievoorzitters. De hoofdcommissie besliste bij gewone meerderheid van stemmen. Appellant in kwestie betwistte de zorgvuldigheid en transparantie van de advisering omdat de samenstelling van de 'flexibele schil' niet bekend was, hetgeen belangenverstrengeling in de hand kon werken. Tegen de achtergrond van de artikelen 2:4 en 3:9 Awb concludeerde de Afdeling dat de subsidieaanvrager zelf moet kunnen controleren of bij de adviescommissie sprake is van (de schijn van) belangenverstrengeling.³³ Het bekendmaken van de namen van de adviseurs is één van de wijzen waarop dit kan worden geborgd. Soms is anonimiteit van deskundigen echter gewenst, bijvoorbeeld omdat moet worden voorkomen dat contact met hen wordt gezocht.³⁴ Dat is toelaatbaar als de zorgvuldigheid van de adviesprocedure anderszins is gegarandeerd.³⁵

3.2 Deskundigheid van de adviseurs

Adviseurs moeten beschikken over de voor hun taak vereiste kwalificaties.³⁶ Toch lijkt deze eis vloeibaar bij multidisciplinaire subsidierondes waarin kwaliteitsoordelen worden gevraagd. De Afdeling achtte het bijvoorbeeld toelaatbaar dat specifieke jazz-deskundigheid ontbrak in de muziekcommissie die moest adviseren over een subsidieaanvraag van een jazzorkest, omdat de Wet op het specifiek cultuurbeleid dat niet voorschreef.³⁷

Aanvankelijk gold als uitgangspunt dat, wanneer deskundigen meer ervaring hebben met het adviseren over bepaalde soorten besluiten, de subsidieverstrekker meer mag afgaan op hun expertise.³⁸ Om die reden werd bij bestendige adviesrelaties gedacht dat tijdsverloop zou kunnen resulteren in een reductie van de

33 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, r.o. 7.2 en 7.3, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

34 Zoals gebeurt bij NWO-subsidieverdeelprocedures, vgl. ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:199. Aan de bewering dat informatie is te herleiden tot een individu worden hoge eisen gesteld, vgl. ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2622.

35 ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:199, r.o. 6.2 en 6.3.

36 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 74.

37 ABRvS 26 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4620, AB 2003/407, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij (*Dutch Jazz Orchestra*). Vergelijkbaar, maar dan over mime: ABRvS 29 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF3785, AB 1999/266, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (*Plotloos Drama/Nieuw West*); over NWO-subsidies: ABRvS 15 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV5088; en over beeldende kunst: ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*). Anders (over monumentenadvies): ABRvS 19 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO9740, «JB» 2004/274, m.nt. A. van Eijs, *Gst.* 2005/8, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

38 *Kamerstukken II* 1990-91, 21 221, nr. 5 (MvA), p. 61. In de rechtspraak ook aanvaard: ARRvS 18 september 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN2114, AB 1991/596, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer. Voorts bijv. Jacobs & Den Ouden 2011b, p. 224-225.

vergewisplicht.³⁹ Dat bleek echter geen juiste conclusie. Ook dan mag de inhoud van een advies niet blindelings worden overgenomen, maar de subsidieverstrekker mag in beginsel wel uitgaan van de juistheid ervan.⁴⁰

Het feit dat de adviescommissie geen voorstellingen of ateliers bezoekt en haar advies enkel baseert op de aanvraag en de bijbehorende stukken, maakt haar niet 'ondeskundig' en blokkeert in principe niet de mogelijkheid tot het uitbrengen van een negatief advies.⁴¹ De Afdeling achtte destijds wel van belang dat de commissie bij haar beoordeling niet alleen had kunnen putten uit de kennis en ervaring van haar eigen leden, maar ook uit de dossiers van eerdere aanvragen van de desbetreffende aanvrager en uit informatie van derden. Die koers lijkt in 2021 gewijzigd in de uitspraak *Mushtopia*, waarin kennis en ervaring van de deskundigen, dossierkennis en informatie van derden juist geen gewicht in de schaal legde.⁴² Dat zou betekenen dat de basis voor negatieve adviezen dunner wordt, hetgeen in tegenspraak is met het streven naar effectieve rechtsbescherming voor afgewezen aanvragers uit vergelijkende verdeelprocedures.

3.3 Onpartijdigheid van de adviseurs

Volgens de Toelichting is het "wezenlijk" dat de deskundige in staat is tot het geven van informatie op een onpartijdige en objectieve wijze.⁴³ Adviseurs worden, net als de subsidieverstrekker wiens 'verlengde arm' zij zijn, geacht deze taak zonder vooringenomenheid te vervullen.⁴⁴ Om dit te realiseren rust op de subsidieverstrekker een zorgplicht: hij moet ertegen waken dat adviseurs die een persoonlijk belang hebben bij een subsidie, de besluitvorming daarover kunnen beïnvloeden. Adviseurs moeten onpartijdig zijn ten opzichte van zowel de aanvragen als de aanvragers in de subsidieronde waarover zij adviseren.⁴⁵ Zelfs de *schijn* van belangenverstrengeling moet worden vermeden.⁴⁶ Het ontbreken van aanwijzingen dat aan de goede trouw van adviseurs moet worden getwijfeld, sluit het ontstaan van (een schijn van) verstrengeling van zakelijke en privébelangen geenszins uit.⁴⁷ Toch zijn

39 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 61. Toegepast in ABRvS 29 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF3785, AB 1999/266, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (*Plotloos Drama/Nieuw West*). De kritische annotatie beschrijft de keerzijde.

40 Bijv. ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/373, m.nt. E.M.J. Hardy (*G4S Cash*); ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3358, AB 2018/428, m.nt. L.M. Koenraad.

41 ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, r.o. 2.3.1, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*). Zie ook ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, r.o. 2.7, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*), waarin het gebruik van bestaande dossiers niet noodzakelijk werd geacht omdat het een nieuwe aanvrager betrof.

42 ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*).

43 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 71.

44 Art. 2:4 lid 1 en 2 Awb; vgl. ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3234, «JB» 2015/200, m.nt. L.J.M. Timmermans.

45 CbB 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel*).

46 ABRvS 7 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002: AE6228, AB 2003/3, m.nt. A.R. Neerhof.

47 ABRvS 16 april 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5537.

vaste adviesrelaties toelaatbaar en is het ontvangen van een vergoeding niet ongebruikelijk.⁴⁸

Een van de jurisprudentiestandaarden in dit kader is een Afdelingsuitspraak over een cultuursubsidiebesluit.⁴⁹ De aanvraag van *De Theatercompagnie* was afgevoerd, maar zij ontdekte dat een van de adviescommissieleden betrokken was bij een andere aanvraag in dezelfde verdeelprocedure. De Afdeling stelde eerst vast dat een negatief kwaliteitsoordeel van een adviseur met betrokkenheid bij een concurrerende aanvraag in dezelfde subsidieronde, kon bewerkstelligen dat er minder aanvragen zouden worden doorgelaten naar het vergelijkende deel van de verdeelprocedure. Daardoor nam de kans toe dat ‘zijn’ aanvraag zou worden gehonoreerd. Daarnaast constateerde zij dat in de gevolgde stemprocedure de stem van één lid doorslaggevend kon zijn. Nu de betwiste adviseur betrokken was bij een concurrerende aanvraag én er onvoldoende geld beschikbaar was om alle aanvragen binnen de betreffende tenderronde te kunnen honoreren, was er sprake van een persoonlijk belang. Omdat deze adviseur tevens de mogelijkheid had om de besluitvorming te beïnvloeden, was de schijn van belangenverstrengeling gewekt. Het bestreden afwijzingsbesluit werd vernietigd.

Ook het CBb erkent dat het verbod van vooringenomenheid mede ‘de schijn van’ omvat.⁵⁰ Als een adviseur betrokken is geweest bij de totstandkoming van een concurrerende aanvraag, leidt zijn deelname aan de adviescommissie die alle aanvragen beoordeelt tot de schijn van belangenverstrengeling. Dat kan tevens het geval zijn als betrokkenheid bij de andere aanvragen evident ontbreekt.⁵¹ Desondanks is dit volgens sommigen nog onvoldoende genuanceerd. Schreuder-Vlasblom bijvoorbeeld, acht voor advisering op terreinen waar subjectieve elementen onvermijdelijk zijn, “betrokkenheid van hen die ook, zij het in andere jaren, dezelfde subsidie aanvragen, ronduit onwenselijk”.⁵² Ofschoon deze zienswijze de verdeelprocedures voor cultuursubsidies ernstig zou belemmeren – de deskundigenvoorraad zou aanzienlijk slinken – moge duidelijk zijn dat het voorkomen van (de schijn van) belangenverstrengeling een belangrijk aspect is van de zorgvuldigheid waarmee tenderverdeelbesluiten moeten worden voorbereid.

Niettemin blijkt de hoofdregel uit *De Theatercompagnie* in de subsidiepraktijk gebrekkig geïmplementeerd. Nog steeds onttrekken adviescommissieleden met betrokkenheid bij een aanvraag zich slechts aan de advisering over die aanvraag, en

48 ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:164, AB 2013/300, m.nt. H.K. Gilissen; ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:733, AB 2019/383, m.nt. A.C. Hendriks.

49 ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*).

50 Daartoe rekent het CBb ook betrokkenheid bij de persoon van de aanvrager: zie CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel*). Voorts: ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*).

51 ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade (*NWO*), r.o. 2.5.2.

52 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 714. Zij wijst daarbij op ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3440.

niet aan de gehele adviesronde.⁵³ Dat is niet zonder risico. Wordt in een procedure tegen een afwijzingsbesluit belangenverstrengeling vastgesteld, dan kan dat ertoe leiden dat de gehele tenderprocedure ‘besmet’ raakt. Vanwege het onverbreekelijke verband tussen de toe- en afwijzingsbesluiten kan de conclusie luiden dat *alle* uitgebrachte adviezen niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand zijn gekomen, waardoor zij niet aan de verdeelbesluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd.⁵⁴ Een *repeat* procedure is dan niet ondenkbaar, met een nieuwe adviescommissie en een vermoedelijk gewijzigde rangschikking als resultaat. Daaraan kan een stevig prijskaartje hangen.⁵⁵

Sinds *Digeketen* gaat aan deze hoofdregel bovendien een vereiste vooraf: hij kan alleen maar worden nageleefd als de subsidieaanvrager kennis heeft over de adviseurs, of indien anderszins is gewaarborgd dat de aanvrager kan controleren of de verdeelprocedure gevrijwaard was van (de schijn van) belangenverstrengeling.⁵⁶ Of dit praktisch mogelijk is, valt te bezien; op sommige subsidieterreinen is het aantal deskundigen uiterst klein.

4 VERGEWISPLICHT BIJ DE KWALITEIT VAN HET ADVIES

De totstandkoming van de adviezen moet voldoen aan de zorgvuldigheidsnorm en het advies moet zelf de motivering bevatten om te kunnen dienen als motivering van een verdeelbesluit. Dat betekent dat het advies naar inhoud inzichtelijk moet zijn en deugdelijk gemotiveerd. Daarnaast moet de volledige motivering kenbaar zijn.

4.1 *Kwaliteit van de totstandkoming van de adviezen*

Een zorgvuldige advisering houdt in dat de adviescommissie bij haar beoordeling uitgaat van en vasthoudt aan het vooraf in het kader van de tenderprocedure aange-

53 Al dan niet ingevolge een adviescommissiereglement. Bijv. ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, *AB* 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

54 Vgl. Rb. Amsterdam 10 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BQ3588. Het afwijzingsbesluit van *Nomade* – medeaanvrager van *De Theatercompagnie* in dezelfde tenderronde – was vernietigd (ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, *AB* 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade), maar zij had in die procedure ‘belangenverstrengeling’ niet als grond opgevoerd. Dat *Nomade* deze grond (pas) in de bezwaarprocedure tegen het nieuwe (afwijzings)besluit aanvoerde (n.a.v. Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1302, *Gst.* 2009/123, m.nt. A.R. Neerhof (*De Theatercompagnie*)), was toelaatbaar ingevolge art. 7:11 Awb.

55 De primaire toewijzingsbesluiten zijn dan in rechte onaantastbaar. Een situatie als deze kostte de provincie Noord-Brabant in 2021 3,6 miljoen euro extra, nadat in bezwaarprocedures n.a.v. de tenderverdeelprocedure Professionele Kunsten 2021-2024 belangenverstrengeling aan het licht kwam. Vgl. Embrechts, *de Volkskrant* 29 januari 2021.

56 Vgl. ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, r.o. 7.3, *AB* 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

kondigde toetsingskader, alsmede de daarbij horende verdeelcriteria.⁵⁷ Uit de adviezen moet kunnen worden opgemaakt langs welke procedure en op basis van welke gegevens zij tot stand zijn gekomen.⁵⁸ Aan de werkwijze worden geen al te zware eisen gesteld, mits een onafhankelijke en onpartijdige beoordeling is geborgd.⁵⁹

Subsidieverstrekkers veronderstellen dikwijls dat de aanwezigheid van een bestuurlijke 'waarnemer' bij de adviescommissievergaderingen volstaat, en dat een nadere toelichting op de gevolgde procedure dan niet meer nodig is. Dat lijkt echter niet voldoende. Het bestuur verkrijgt daarmee weliswaar zicht op de totstandkomingsprocedure, maar de vergewisplicht vereist dat dit inzicht ook aan de aanvragers wordt verschaft. De Afdeling is op dit punt nog mild,⁶⁰ maar volgens het CBb leidt de aanwezigheid van een 'waarnemer' die in een memo over de vergaderingen heeft verklaard, er op zichzelf nog niet toe dat de vergewisplicht correct is vervuld. Daarvoor moet het 'toezicht' nader zijn gespecificeerd en hebben geleid tot op schrift gestelde adviezen.⁶¹

Voorts gelden de restricties uit artikel 3:8 Awb – geen plicht tot informatie over de (sub)adviseurs – niet voor de subsidieverstrekker. Aangezien deze moet controleren of en door wie het onderzoek daadwerkelijk is verricht, dient hij bekend te zijn met de identiteit van alle adviseurs. Daartoe is een door de deskundigen ondertekend verslag van bevindingen, waarvoor zij hun verantwoordelijkheid nemen, vereist.⁶²

4.2 Kwaliteit van de inhoud van de adviezen

4.2.1 *Tenderverdeelbesluiten: vergelijkende motiveringsplicht*

Wanneer een advies dient ter motivering van een subsidiebesluit, moet het voldoen aan de vereisten van een 'deugdelijke' motivering.⁶³ Dat betekent in algemene zin dat de feiten juist zijn vastgesteld en dat deze vaststelling kan leiden tot de genomen beslissing.⁶⁴

De Afdelingsuitspraak *Holland Opera* gaf in 2015 een belangrijke maatstaf voor de motivering van tenderssubsidiebesluiten.⁶⁵ In het onderliggende cultuursubsidiegeschil werd een leemte geconstateerd in de effectieve rechtsbescherming voor een

57 Net als de subsidieverstrekker, bijv. CBb 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman & J.M.J. van Rijn van Alkemade; ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

58 Bijv. CRvB 24 december 1999, 98/7694 WVG, USZ 2000/65; CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, AB 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny; CBb 29 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:49, «JB» 2016/113, m.nt. W.E.M. Klostermann.

59 ABRvS 13 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

60 ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*).

61 Vgl. CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, r.o. 5.2.2 en 5.2.3, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (*Delft Offshore Turbine*).

62 Bijv. ABRvS 23 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2916, r.o. 2.3.2, AB 2003/430, m.nt. I. Sewandono, «JB» 2003/321, m.nt. E.C.H.J. van der Linden.

63 Art. 3:46 Awb.

64 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 108.

65 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden. Voorts Hardy 2016.

aanvrager met een ‘relatief’ afwijzingsbesluit: zijn subsidieaanvraag was positief beoordeeld, maar niet gehonoreerd omdat de positie in de rangschikking te laag was en het subsidieplafond inmiddels was bereikt. Vanwege het ontbreken van concurrentiebelangen kon deze aanvrager enkel opkomen tegen zijn afwijzingsbesluit.⁶⁶ De Afdeling zag zich voor de vraag gesteld “hoe op effectieve en voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze” rechtsbescherming kon worden geboden aan afgewezen aanvragers die op zichzelf geen bezwaar hebben tegen de toekenning van subsidie aan derden, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus tegen de positie van die derden in de rangorde.⁶⁷ Zij oordeelde dat effectieve rechtsbescherming voor hen betekent dat zij zich niet alleen moeten kunnen verdedigen tegen de beoordeling van hun eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Om dat te kunnen realiseren, moet de motivering van het afwijzingsbesluit tevens inzicht verschaffen in de beoordelingen van de hoger gewaardeerde aanvragen.⁶⁸ Artikel 3:46 Awb leidt in deze context tot een *vergelijkende* motiveringsplicht: er moet “zoveel als mogelijk inzage worden verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen”, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordeling van deze aanvragen te kunnen controleren.⁶⁹ Deze uitleg heeft tevens consequenties voor de omvang van de op de zaak betrekking hebbende stukken die in procedures tegen deze verdeelbesluiten ter inzage moeten worden gelegd.⁷⁰

De betekenis van *Holland Opera* voor het tenderssubsidierecht is groot: de vergelijkende motiveringsplicht geldt immers ook voor de deskundigenadviezen zodra zij functioneren als motivering van de verdeelbesluiten. Hoewel de praktijk ook hiervan nog onvoldoende is doordrongen,⁷¹ vraagt de vergelijkende motiveringsplicht van de (tender)subsidieverstrekker sinds 2015 beduidend meer dan de wetgever in

66 De positie van concurrent ontbrak omdat deze aanvrager niet werkzaam was in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied. Er was geen sprake van een rechtstreeks belang bij de besluiten van de medeaanvragers. De rechtbank oordeelde overigens anders: geen concurrent, maar wel belanghebbende omdat het belang van de aanvrager op een andere wijze rechtstreeks bij de primaire besluiten was betrokken, namelijk de gezamenlijke aanspraak op hetzelfde subsidiebudget. Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374 (tussenuitspraak), gevolgd door Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679, AB 2015/167, m.nt. J.R. van Angeren.

67 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.4, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

68 *Ibidem*, r.o. 5.5.

69 *Ibidem*, r.o. 6.1.

70 Ingevolge art. 7:4 lid 2 Awb en 8:42 Awb. In casu betekende dat – naast inzage in de adviezen en verdeelbesluiten – “in ieder geval” ook inzage in de hoger gerangschikte aanvragen. Zie ook Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels, «JB» 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels, waarin deze koers al zichtbaar was bij de op de zaak betrekking hebbende stukken in een NWO-geschil.

71 Bijv. ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*); Rb. Limburg 30 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:6099.

artikel 4:25 lid 2 Awb heeft geformuleerd.⁷² Dit artikellid minimaliseert⁷³ de motiveringsplicht voor subsidiebesluiten, terwijl buiten kijf staat dat deze interpretatie voor tenderverdeelbesluiten niet langer opgaat. Voor deze besluiten bevat *Holland Opera* een verzwaring die inmiddels alle afwijzingsbesluiten lijkt te omvatten.⁷⁴

4.2.2 *Passende verantwoording in adviezen*

Naast een vergelijkend inzicht in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen moeten de adviezen ook inzicht verschaffen in de overwegingen die hebben geleid tot het oordeel over een specifieke aanvraag, opdat de toegekende puntenscore kan worden gecontroleerd.⁷⁵ Het CBb bracht nauwkeurig in kaart wat het verstaat onder deze ‘passende verantwoording’.⁷⁶ Vergaderverslagen van adviescommissies moeten inhoudelijk zodanig gedetailleerd zijn dat zij het afwijzingsbesluit van een voldoende draagkrachtig fundament voorzien op het cruciale punt van toetsing aan de toepasselijke criteria. Puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden. Informatie over de – al dan niet uiteenlopende – opvattingen van de individuele commissieleden over de puntentoekeningen en over de vraag naar het verband met de toetsingscriteria moet beschikbaar zijn. Alleen dan wordt het verband tussen de beoordelingscriteria en de deskundigenoordelen over een aanvraag voldoende inzichtelijk en is het controleerbaar.⁷⁷

De voorgaande vereisten kunnen echter moeilijker worden gecontroleerd zodra gefaseerd wordt geadviseerd, dus wanneer sub- of deeladviescommissies worden ingeschakeld. Het verkrijgen van zicht op hun beoordeling blijkt nagenoeg onmogelijk, hetgeen eveneens is te wijten aan de restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb. Het gebrek aan transparantie over de samenstelling van deze subcommissies heeft namelijk reflexwerking op hun werkwijze en op hun preadviezen. Onder de vlag van ‘interne beraadslaging’ of ‘conceptadviezen’ blijft informatie daaromtrent aan de openbaarheid onttrokken.⁷⁸ Daarmee krijgt de restrictieve interpretatie een

72 Art. 4:25 lid 2 Awb: *Een subsidie wordt geweigerd voor zover door verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden.*

73 Zie de Toelichting bij art. 4:25 lid 2 Awb: “Voorts ontslaat een wettelijke verplichting tot weigering bestuursorganen van de verplichting telkens in concreto te motiveren waarom het belang van begrotingsdiscipline zwaarder moet wegen dan de belangen van de aanvrager.” (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48). Voorts bijv. ABRvS 4 september 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6499, AB 2000/436, m.nt. N. Verheij.

74 Het waarborgen van effectieve rechtsbescherming is niet beperkt tot ‘relatieve’ afwijzingsbesluiten. Bijv. CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, r.o. 2.3.4, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*).

75 ABRvS 23 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9183, AB 2014/306, m.nt. J.R. van Angeren; ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

76 CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, r.o. 2.3.1, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*).

77 CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, r.o. 5.2.3, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (*Delft Offshore Turbine*); CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, r.o. 7.1-7.2, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-II*).

78 Vgl. Van Rijn van Alkemade 2016, § 3.3.

extra gevolg: niet alleen blijft de hoedanigheid van deze deskundigen onbelicht, maar ook hun werkwijze en adviezen vallen buiten de radar van de vergewisplicht. Ofschoon de Afdeling in *Digeketen* aan subsidieaanvragers een handvat verschaft om de deskundigheid en onpartijdigheid van *alle* betrokken adviseurs ter discussie te stellen, lijkt het CBb subcommissies vooralsnog uit te sluiten van de vergewisplicht.⁷⁹ In een geschil over innovatiesubsidies achtte het College kennisneming van de motivering van de scorebijstelling door een subcommissie geen vereiste om te kunnen beoordelen of het advies zorgvuldig tot stand was gekomen. Op dit punt was slechts van belang dat het uiteindelijke advies van de adviescommissie kon worden gedragen door de motivering daarvan.⁸⁰ Anders is het als het uiteindelijke advies – vanwege de gefaseerde advisering – niet inzichtelijk en controleerbaar is. Dan kan op basis van de zorgvuldigheidnorm worden beargumenteerd dat tweetraps advisering zou moeten leiden tot tweetraps vergewissen.⁸¹

Illustratief voor deze praktijk is dat zelfs de Tweede Kamercommissie OCW bot ving toen zij de minister vroeg om inzage in de preadviezen van de Tijdelijke Commissies aan de Raad voor Cultuur, vanwege de maatschappelijke verontwaardiging die was ontstaan over de voorgenomen verdeling van de vierjarige Rijkssubsidies voor cultuurinstellingen.⁸² De minister weigerde, omdat er geen “vastgestelde preadviezen” waren. De gebruikte adviezen waren slechts concepten en hadden “louter ter ondersteuning van de interne beraadslaging gediend”.⁸³ Dat betekent dat deze preadviezen – nota bene maatgevend voor het kwaliteitsoordeel over een aanvraag – achter slot en grendel blijven.

Het is zeer de vraag of deze interpretatie houdbaar is tegen de achtergrond van de actuele jurisprudentie. Voor het antwoord zullen afgewezen aanvragers echter de moed moeten opbrengen om hun afwijzingsbesluiten te betwisten. Vanwege de grote belangen die gemoeid zijn met het verkrijgen van meerjarige cultuursubsidies, de vrees om de verhouding met de subsidieverstrekker of met andere gezelschappen te vertroebelen en de geringe kans op succes, is de drempel om te procederen echter behoorlijk hoog.⁸⁴

79 CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, r.o. 7.6, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-II*).

80 *Ibidem*.

81 In de zin dat er een dubbele vergewisplicht ontstaat zodra de preadviseurs kwalitatieve oordelen geven die doorslaggevend zijn voor de verdeelbesluiten. Dan zou *juist* de preadvisering moeten voldoen aan de zorgvuldigheidnorm.

82 Brief Tweede Kamercommissie OCW, 3 september 2020, kenmerk 2020D33505 (www.tweede.kamer.nl).

83 *Kamerstukken II* 2020/21, 32 820, nr. 398.

84 Dezelfde drempel geldt overigens voor NWO-subsidies (vgl. Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, «JB» 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels; ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade; Rb. Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, «JB» 2009/190, m.nt. R.J.N. Schlössels).

4.2.3 *Contra-expertise*

Wil een aanvrager de conclusies in het advies inhoudelijk in twijfel trekken, dan is in beginsel⁸⁵ vereist dat hij een tegenadvies overlegt van een adviescommissie die zich qua expertise en onafhankelijkheid kan meten met de betwiste adviseurs.⁸⁶ Deze contra-expertise moet bovendien betrekking hebben op het eerder in de zaak uitgebrachte advies en de daaraan ten grondslag liggende vraagstelling.⁸⁷ Zodra dat gebeurt, is de subsidieverstrekker verplicht de inhoud van het eerste deskundigenadvies (opnieuw) tegen het licht te houden.⁸⁸ Daarmee is de inbreng van een contra-expertise niet alleen van invloed op de betekenis van het initiële advies voor het verdeelbesluit, maar ook op de omvang van de vergewisplicht.⁸⁹ Het inbrengen van een gekwalificeerd tegenadvies is bij cultuur- en wetenschapssubsidies echter verre van eenvoudig. De vijvers waaruit kan worden gevist zijn vaak klein en dat maakt het vinden van equivalenten voor de Raad voor Cultuur of NWO-deskundigencommissies vrijwel onmogelijk.⁹⁰ Hoewel het maar de vraag is of dit vereiste zo rigide is bedoeld,⁹¹ houdt de bestuursrechter er vooralsnog de hand aan, waardoor op deze terreinen het betwisten van de inhoud van het advies een vruchteloze exercitie is.⁹²

4.3 *Kenbaarheid van de adviezen*

Het laatste element van de vergewisplicht is de kenbaarheid van de adviezen indien zij fungeren als motivering van de verdeelbesluiten. Het eerste lid van artikel 3:47 Awb schrijft voor dat de motivering wordt vermeld bij de bekendmaking van het besluit.⁹³ Deze eis is tweevoudig: het bestuursorgaan moet inzicht verschaffen in

85 Uitgezonderd ‘stempeladviezen’, zoals (ongemotiveerde) akkoordverklaringen van een welstandscommissie. Voorts lijkt uit Rb. Haarlem 24 november 2006 (ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ4871) te volgen dat, indien de subsidieverstrekker nalaat zijn adviescommissie te bevragen op ‘springende punten’, hij het ontbreken van een tegenadvies niet aan de aanvrager kan tegenwerpen.

86 Bijv. ABRvS 6 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE0336, AB 2002/111, m.nt. N. Verheij (*Bomech*); CBb 16 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BH0942; CBb 2 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5536; CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (*Delft Offshore Turbine*); ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1182.

87 ABRvS 8 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL7606, r.o. 2.9.

88 ABRvS 5 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD6512, AB 2002/110, m.nt. N. Verheij (*De Appel*).

89 Vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 86-90; Verburg 2019, p. 191-192.

90 ABRvS 5 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD6512, AB 2002/110, m.nt. N. Verheij (*De Appel*). Het tegenadvies mag volgens de Afdeling overigens niet terzijde mogen worden geschoven met de enkele overweging dat het – wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag en regeling als bij de Raad voor Cultuur – niet op één lijn kan worden gesteld met de Raad-adviezen, omdat dan de mogelijkheid om deze adviezen via een contra-expertise ter discussie te stellen, illusoir zou zijn (r.o. 2.2.2).

91 *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 72: “Bij een deskundigenadvies kan het onder omstandigheden voor de hand liggen dat van het advies slechts wordt afgeweken na een contra-expertise.”

92 Bijv. Rb. Midden-Nederland 27 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:237 (*Apollo Ensemble*).

93 Met een uitloop van een week indien spoed vereist dat het besluit eerder wordt verstrekt (art. 3:47 lid 3 Awb).

de door hem gevolgde gedachtegang en de vermelding moet zodanig geschieden dat zij voor de aanvrager redelijkerwijs begrijpelijk is. Het vereiste inzicht ontbreekt wanneer de motivering niet volledig is.⁹⁴ Een begrijpelijke motivering vergt maatwerk, toegespitst op het inhoudelijke en juridische kennisniveau van de betrokkenen en op de aanwezigheid van andere belanghebbenden.⁹⁵ Subsidieverstrekkers doen er dan ook goed aan de adviseurs vooraf op te dragen aansluiting te zoeken bij het jargon uit de subsidiecriteria, om te voorkomen dat het vereiste verband tussen de deskundigenoordelen en de subsidiecriteria onvoldoende wordt geacht.⁹⁶

Hoewel dit kenbaarheidsvereiste aanvankelijk beperkt werd opgevat,⁹⁷ kan de invloed van de vergelijkende motiveringsplicht uit *Holland Opera* niet worden ontkend. Steeds vaker zet de bestuursrechter de in tenderprocedures gangbare verweren – dat inhoudelijke verslaglegging van de adviescommissievergaderingen “bewust vaag” is gehouden en dat notulen ontbreken uit respect voor daaruit af te leiden concurrentiegevoelige ideeën of initiatieven – af tegen het belang van effectieve rechtsbescherming.⁹⁸ Afgewezen aanvragers moeten zich kunnen verdedigen tegen een negatieve beoordeling van hun aanvraag en dat kan alleen als in de bezwaar- of beroepsprocedure de voor de toetsing van die beoordeling benodigde stukken met daarin de voor die toetsing benodigde informatie beschikbaar is.⁹⁹ Dat betekent dat in tendersubsidiegeschillen het – op het beginsel van *equality of arms* gebaseerde – uitgangspunt van processueel inzage recht prevaleert boven concurrentiegevoeligheden. Mocht het in een specifiek geval ongewenst zijn dat bezwaarmakers op de hoogte raken van elkaars ideeën, wat bij kunst, wetenschap en innovatie natuurlijk niet denkbeeldig is, dan kan openbaarmaking worden geblokkeerd vanwege gewichtige redenen.¹⁰⁰ Het publieke recht op informatie ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur valt echter niet samen met het recht op processuele kennisneming dat een belanghebbende in een juridische procedure toekomt.¹⁰¹

94 Bijv. wanneer een deel van de motivering pas volgt in de beroepsprocedure tegen het besluit (ARRvS 3 november 1980, ECLI:NL:RVS:1980:AM5701, AB 1981/188, m.nt. J.H. van der Veen).

95 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 109.

96 Vgl. CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, r.o. 2.3.3, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*).

97 De ABRvS beperkte de reikwijdte van art. 3:49 Awb tot de situatie waarin een bestuursorgaan voor de motivering van een besluit wil volstaan met een *enkele* (curs. EMJH) verwijzing naar een uitgebracht advies. Zodra het bestuursorgaan nader motiveerde, achtte zij dit artikel niet van toepassing (zie ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3440, r.o. 2.3.2). Dan geldt niettemin de hoofdregel uit art. 3:46 Awb.

98 Bijv. CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, r.o. 2.3.4, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*).

99 *Ibidem*; waarbij het CBb wijst op art. 7:4 lid 2 (bezwaar) en art. 8:42 Awb (beroep).

100 Ingevolge art. 7:4 lid 6 Awb; art. 8:29 Awb. Bijv. ABRvS 7 februari 2002, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984, AB 2008/86, m.nt. N. Verheij.

101 Art. 7:4 lid 7 Awb. Vgl. CBb (vzr.) 29 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1033. Voorts ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, r.o. 12 en 14, AB 2020/268, m.nt. P.J. Stolk, «JB» 2020/137, m.nt. L.J.M. Timmermans, *Gst.* 2020/131, m.nt. C.N. van der Sluis (overzichtsbeslissing geheimhoudingskamer).

De informatieplicht uit de Wob geeft slechts de ondergrens: voor de weigering van processuele inzage moet een sterkere grond aanwezig zijn dan de redenen waarom krachtens de Wob een informatieverzoek kan worden geweigerd.¹⁰² Kortom: processuele transparantie *moet*, maar het is aan bezwaarmakers om aannemelijk te maken dat het belang van openbaarmaking zwaarder weegt dan het beschermen van de identiteit van adviseurs.¹⁰³

Wanneer het voorgaande wordt gespiegeld aan de tendersubsidiepraktijk, dan leidt dit tot een conclusie in mineur. Cultuur-, wetenschap- en innovatiesubsidieverstrekkingen lijken het vereiste van processuele openbaarheid vooralsnog liever te negeren dan ten uitvoer te brengen.¹⁰⁴ Het veelvuldig werken met sub- of deelcommissies bemoeilijkt het verkrijgen van scherp zicht, terwijl subsidieverstrekkingen zich moeten realiseren dat *zij* aannemelijk moeten maken dat de verdelbesluiten zijn gebaseerd op de adviezen. Ook het oordeel dat niet is gebleken van een onzorgvuldige advisering, moet steunen op controleerbare informatie.¹⁰⁵ Subsidieverstrekkingen moeten reeds in de primaire besluitvormingsfase bedacht zijn op de reikwijdte van de op zaak betrekking hebbende stukken waaraan in geval van een juridische procedure moet worden voldaan.

5 AANDACHTSPUNTEN

In de voorgaande paragrafen zijn reeds tal van kanttekeningen geplaatst. Toch resteren enkele aandachtspunten die een afzonderlijke bespreking rechtvaardigen. Zo illustreert de tendersubsidiepraktijk dat subsidieverstrekkingen geneigd zijn de vergewisplicht stapsgewijs te vervullen en pas te voltooien in de procedure tegen een verdelbesluit. Daarnaast valt er een differentiatie te bespeuren in de vergewisplicht, die tevens zichtbaar is in de rechterlijke toetsing. Wat betekent dit voor de rechtsbescherming van cultuursubsidieaanvragers?

5.1 Gefaseerde invulling van de vergewisplicht

Indien een aanvrager opkomt tegen een hem onwelgevallig verdelbesluit, moet de subsidieverstrekking het besluit volledig heroverwegen met inachtneming van de ingediende bezwaren.¹⁰⁶ De subsidieverstrekking mag de heroverweging tevens

102 *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 149-150. Vgl. E.M.J. Hardy 2016, i.h.b. § 4.

103 Vgl. ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:314, AB 2018/110, m.nt. P.J. Stolk, «JB» 2018/36, m.nt. M.R. Kruisselbrink.

104 Bijv. Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels, «JB» 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels; ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1432 (*Belvédère Operaconcours*); Cbb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*).

105 Vgl. ABRvS 4 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6169, AB 1999/479, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

106 Art. 7:11 Awb.

benutten om eventuele zorgvuldigheidsgebreken aan zijn kant te herstellen. In de praktijk leidt deze herstelmogelijkheid tot het aanvullen van de motivering, bijvoorbeeld door het vragen van supplementaire adviezen¹⁰⁷, het verstrekken van ontbrekende dossierstukken en het geven van nadere informatie over de deskundigen.

Voor bezwaarmakers tegen tendersubsidiebesluiten is dit doorgaans moeilijk te verteren. Het is voor hen na ommekomst van de aanvraagtermijn niet toegestaan om het aanvraagdossier aan te vullen,¹⁰⁸ omdat dit zich niet verdraagt met het karakter van de tendersystematiek: de gelijktijdige onderlinge beoordeling en de rangschikking van de ingediende aanvragen.¹⁰⁹ De subsidieverstrekker kan daarentegen bij de primaire besluitvorming volstaan met een minimale inspanning ten aanzien van zijn motiveringsverplichtingen.

De jurisprudentie leert dat veel subsidieverstrekkers dit zelfs tot werkmodus hebben verheven: pas na bezwaar wordt er – schoorvoetend – werk gemaakt van de vergelijkende motiveringsplicht. Vervolgens is dikwijls de rechter ervoor nodig om de ontbrekende puzzelstukken te laten toevoegen.¹¹⁰ Dat lokt niet alleen onnodige procedures uit, maar was ook nooit de bedoeling van de bestuurlijke voorprocedure.¹¹¹ De tijdwinst die subsidieverstrekkers menen te boeken door de primaire verdeelbesluiten slechts van een elementaire motivering te voorzien, wordt daarmee kleiner.¹¹² Dit doet de vraag rijzen of deze werkmodus bij tenderprocedures wel zo efficiënt is, temeer omdat een door de rechter vastgesteld gebrek in een tenderverdeelbesluit tevens de rangschikking raakt en soms zelfs de gehele verdeelprocedure aan het wankelen brengt.¹¹³ De vernietiging van een tenderbesluit verplicht

107 De motivering – in concreto: het advies – kan na bezwaar worden aangevuld, mits de nadere toelichting is geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de commissie is voorgelegd (bijv. CbB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-II*)).

108 ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF1012, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink. *Inhoudelijk* wijzigen of aanvullen van de aanvraag is niet toegestaan, maar bij bezwaar mogen wel nadere stukken worden aangeleverd ter bevestiging van feiten die bij de aanvraag zijn vermeld. Zie ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2081, AB 2022/64, m.nt. D.K. Jongkind.

109 Bijv. ABRvS 4 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6169, AB 1999/479, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmans; CbB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmans; ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

110 En zelfs dan komt nog niet alles op tafel: bijv. Rb. Midden-Nederland, 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy (*De Alk*). Voorts ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel; CbB 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (*Delft Offshore Turbine*).

111 *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 149: “Ongewenst ook is de situatie dat pas in een latere fase (bijvoorbeeld bij de administratieve rechter) een belanghebbende kennis kan nemen van stukken die voor hem in een eerdere fase ontoegankelijk waren. De consequentie daarvan zou immers kunnen zijn dat geschilpunten die in de bezwaarfase definitief beslist hadden kunnen worden indien alle stukken bekend waren geweest, zonder voldoende noodzaak tot een procedure voor de administratieve rechter leiden.”

112 Niet elk besluit leidt tot een bezwaarprocedure en niet elk heroverwegingsbesluit tot beroep bij de bestuursrechter, dus enige tijdwinst resteert zeker.

113 Bijv. CbB 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:529, AB 2019/206, m.nt. E.M.J. Hardy (*Jump Staff*).

bovendien tot rechtsherstel,¹¹⁴ hetgeen in de praktijk vaak problematisch blijkt. Toen het NWO-bestuur na een juridische procedure¹¹⁵ alsnog een Veni-subsidie moest verlenen, heeft het de appellant in de gelegenheid gesteld zijn onderzoeksvorstel te actualiseren. De NWO weigerde echter de meerkosten uit de aangepaste begroting te vergoeden, omdat zij die beschouwde als een schadevergoedingsverzoek waarvoor de causaliteit met het onrechtmatige subsidiebesluit ontbrak. Opnieuw bleek een gang naar de Afdeling nodig.¹¹⁶

5.2 Differentiatie in invulling en toetsing van de vergewisplicht

Al eerder werd in de literatuur¹¹⁷ opgemerkt dat de invulling van de vergewisplicht bij deskundigenadvisering een differentiatie kent die verband houdt met de zogenoemde *kennisparadox*.¹¹⁸ Het gegeven dat de subsidieverstrekker zich moet vergewissen van de zorgvuldigheid van de advisering, terwijl hij de deskundigen juist raadpleegt omdat hij zelf niet over de noodzakelijke expertise beschikt, is ogenschijnlijk een tegenspraak. Deze paradox heeft consequenties voor de intensiteit waarmee de vergewisplicht kan worden vervuld. De subsidieverstrekker kan ten volle vaststellen of de hoedanigheid van de adviseurs en de totstandkoming van de adviezen voldoen aan de zorgvuldigheidsnorm, dus of het aan het advies ten grondslag liggende onderzoek naar de feiten op zorgvuldige wijze is verricht en de feiten de conclusies kunnen dragen.¹¹⁹ Daartegenover staat dat hij de inhoud van de adviezen slechts terughoudend zal kunnen beoordelen.¹²⁰ Niettemin heeft de Awb-wetgever, ook wanneer deskundigen adviseren, de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming uitsluitend willen leggen bij het bestuursorgaan.¹²¹ Het deskundige adviesorgaan is niet (mede)beslissingsbevoegd en de subsidieverstrekker kan desgewenst een contra-expertise vragen of afwijken van deskundigenadviezen.¹²²

114 Ingevolge art. 4:25 lid 3 Awb, waardoor het subsidieplafond zal moeten worden doorbroken.

115 Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7306 en ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198, m.nt. W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, «JB» 2015/216, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Veni-subsidie*).

116 ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1170, AB 2020/356, m.nt. L. Di Bella. De Afdeling voorzag zelf in de zaak en bepaalde dat de raad van bestuur van de NWO een schadevergoeding van € 25.000 moest betalen.

117 Bijv. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 74-77; Hardy 2009, p. 115-117.

118 Ontleend aan De Groot & Akkermans 2007, p. 501. Voorts bijv. Hoving 2018.

119 Dat is bijvoorbeeld niet het geval indien de feiten aan de conclusies te weinig (directe) grondslag bieden of omdat ze in verschillende richtingen wijzen, onderling tegenstrijdig zijn of niet stroken met hetgeen overigens bekend is (ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103, r.o. 6.1).

120 Zij het dat, voor zover een bezwaarschrift daartoe aanleiding geeft, de subsidieverstrekker het bestreden besluit ook op de artistiek-inhoudelijke punten moet heroverwegen. Bijv. ABRvS 5 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD6512, AB 2002/110, m.nt. N. Verheij (onder AB 2002/111 (*De Appel*)).

121 Hetgeen is af te leiden uit de Awb-systematiek van de vergewisplicht; vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 75.

122 Art. 3:50 Awb.

Een vergelijkbare differentiatie is waarneembaar in de intensiteit van de rechterlijke toetsing van verdeelbesluiten waarvan de motivering berust op een deskundigenadvies. Ziet een beroepsgrond op de deugdelijkheid van de motivering, dan kan de bestuursrechter de vervulling van de vergewisplicht over de persoon van de deskundigen en de totstandkoming van het advies vol toetsen. Ten aanzien van de inhoud zal hij zich echter terughoudend opstellen.

Bij deze gelijkenis kan mijns inziens een serieuze kanttekening worden geplaatst. Veroorzaakt de identieke differentiatie niet dat de rechtsbescherming voor een deel in het gedrang komt? Wanneer de subsidieverstrekker noch de bestuursrechter de controle van de inhoud van de motivering tot zijn taak rekent, bij wie kunnen teleurgestelde aanvragers dan terecht met argumenten daartegen, met name op terreinen waar het “onvermijdelijk [is] dat het oordeel van een adviescommissie tot op zekere hoogte een subjectief element bevat”¹²³ De volgende paragraaf belicht deze vraag voor cultuursubsidiebesluiten.

5.3 *Rechterlijke toetsing van cultuursubsidiebesluiten gebaseerd op deskundigenadviezen*

5.3.1 *Toetsing van de deskundigheid van de adviseurs*

Trekt een teleurgestelde aanvrager de deskundigheid van (leden van) de Raad voor Cultuur in twijfel, dan blijkt die beroepsgrond weinig kans van slagen te hebben.¹²⁴ De bestuursrechter stelt doorgaans voorop dat het “alleszins aanvaardbaar” is dat in beginsel wordt afgegaan op de expertise van de Raad, vanwege diens decennialange ervaring.¹²⁵ Schreuder-Vlasblom is daarover zeer kritisch.¹²⁶ Zij benadrukt dat de “duidelijke ongeclausuleerde tekst” van artikel 3:9 Awb moet prevaleren, “ook voor de rechter”.¹²⁷ Het ‘ervaringsargument’ impliceert volgens haar “een blanco volmacht aan een niet beslissingsbevoegde adviseur en deze is geen orakel”.¹²⁸ Desondanks heb ik tot dusver geen uitspraken kunnen traceren waarin deze beroeps-

123 CbB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-II*).

124 Bijv. Rb. Den Haag 16 juni 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AA3432 (*Djazzex Dance Company*); ABRvS 29 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF3785, AB 1999/266, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (*Plotloos Drama/Nieuw West*); Rb. Utrecht (pres.) 22 december 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:AB0568 (*MEP-festival*); ABRvS 11 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO3350 (*Dutch Jazz Orchestra*). Vaker was een beroepsgrond gericht tegen het ontbreken van specifieke (sector)deskundigheid (voorbeelden: voetnoot 37).

125 De Raad voor Cultuur is de voortzetting van de Raad voor de Kunst (1948). Het ‘ervaringsargument’ klinkt ook bij adviescommissies voor compensatieclaims: ABRvS 30 november 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3683, AB 1999/90, m.nt. F.C.M.A. Michiels, «JB» 1999/12, m.nt. R.J.N. Schlössels.

126 Over de opstelling van de Raad: “diens defensieve houding wekt de indruk dat hij niet op kritische opmerkingen is ingesteld”, ABRvS 29 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF3785, AB 1999/266, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (*Plotloos Drama/Nieuw West*).

127 *Ibidem* (in annotatie): “Als het beroepschrift daartoe aanleiding geeft, zal hij [de rechter (EMJH)], met alle waardering voor de adviseur, moeten bezien of het bestuur het advies aan de vereiste individuele kritische toets heeft onderworpen. Zo niet, dan moet dat alsnog gebeuren.”

128 ABRvS 4 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6169, AB 1999/479, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom. Dit geschil zag op een innovatiesubsidie.

grond slaagt. Ik sluit echter niet uit dat in *Digeketen* aanknopingspunten kunnen worden gevonden om hierin op termijn verandering te bewerkstelligen.¹²⁹

Wordt daarentegen opgekomen tegen het (volledig) ontbreken van een specifieke deskundigheid in de adviescommissie, dan huldigt de rechter het standpunt dat bij artistieke oordelen een multidisciplinair samengestelde adviescommissie een dergelijk tekort sauveert.¹³⁰

5.3.2 Toetsing van de totstandkoming van de adviezen

Het is voor nieuwkomers in cultuursubsidieprocedures erg moeilijk om een subsidiabele plaats in de prioritering te verwerven. Ervaren aanvragers kennen het klappen van de zweep en hebben een staat van dienst. Wellicht is dat er de oorzaak van dat het de Afdeling “niet onredelijk voor komt” wanneer voor nieuwkomers de advisering over subsidiecriteria anders wordt ingevuld.¹³¹ Bij cultuurinstellingen is het zelfs geen belemmering dat er geen voorstellingen of ateliers zijn bezocht.¹³² Het oordeel over subsidie criterium ‘zeggingskracht’ kan volgens de Afdeling ook toereikend worden gevormd op basis van kennis en ervaring van de deskundigen, hun zicht op het muziekveld als geheel en het beleidsplan. Daarbij speelt wel een rol of er een tegenadvies is overgelegd.¹³³ Van Rijn van Alkemade en Den Ouden wierpen al eerder de vraag op hoe deze lijn zich verhoudt tot de toenemende aandacht voor kansgelijkheid bij de verdeling van schaarse publieke rechten.¹³⁴ Sinds 2018 is deze vraag extra prangend vanwege de toepasselijkheid van de mededingingsnorm op verdeelprocedures voor schaarse subsidies, op basis waarvan aan alle potentiële gegadigden gelijke kansen op de verkrijging daarvan moet worden geboden.¹³⁵ In het specifieke kader van cultuursubsidieverdeelprocedures heeft de rechter zich nog niet uitgelaten over de mededingingsnorm, maar is de vraag of het in algemene zin toelaatbaar is dat niet bij alle potentiële gegadigden voorstellingen of ateliers worden bezocht, beslist relevant. Voor nieuwkomers in de podiumkunstsector is

129 Trekt de eiser de advisering in twijfel, dan moet de rechter sinds *Digeketen* in elk geval de vraag beantwoorden of de zorgvuldigheid van de adviesprocedure voldoende is geborgd. Vgl. ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, r.o. 7.3, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*).

130 Bijv. ABRvS 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3388 (*Stg. Kamermuziek Limburg*).

131 ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*).

132 ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*).

133 ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*).

134 In hun annotaties bij ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*) en ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*).

135 ABRvS 11 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahm (2) (*Geobox*). Zie ook Hardy 2022b.

een uitzondering op dit punt verdedigbaar,¹³⁶ voor de andere deelterreinen lijkt een onderscheid moeilijk te rechtvaardigen.¹³⁷

5.3.3 *Toetsing van de inhoud van de adviezen*

Van oudsher stelt de bestuursrechter zich zeer afstandelijk op bij toetsing van de inhoud van deskundigenadviezen die dienen ter motivering van cultuursubsidiebesluiten. In deze context is het voor een subsidieverstrekker toereikend om “eniger mate inzicht te verschaffen in de gedachtegang welke aan zijn besluit ten grondslag ligt”.¹³⁸ De motiveringseisen zijn beperkter omdat het gaat om objectivering van naar hun aard subjectieve oordelen die zich moeilijk in woorden laten (samen)vatten.¹³⁹ Voor advisering door de Raad voor Cultuur geldt dat in het bijzonder; dan blijkt het verschaffen van inzicht “in bescheiden mate” lange tijd voldoende.¹⁴⁰ Toch komt het sporadisch voor dat de bestuursrechter een Raad voor Cultuur-advies onvoldoende inzichtelijk acht en – via een bestuurlijke lus mét aanwijzingen – de Minister van OCW van huiswerk voorziet.¹⁴¹

In de *Nomade*-uitspraak oordeelde de Afdeling dat “niet inzichtelijk” was gemaakt waarop het negatieve deskundigenoordeel over de kwaliteit van de projecten berustte, nu er geen voorstellingen waren bezocht.¹⁴² Daarmee wordt de motiveringseis iets aangescherpt, hetgeen past bij een afwijking van de beoordelingsprocedure. Vanaf 2011 luidt de standaard: “De gehanteerde criteria en de gedachtegang die tot de afwijzing hebben geleid, moeten kenbaar en inzichtelijk zijn gemaakt”.¹⁴³ Wordt er een tegenadvies ingebracht, dan moet de subsidieverstrekker daarop reageren indien het advies verband houdt met de bij de aanvraag ingediende referentiewerken.¹⁴⁴

136 Omdat de voorstellingen van een gezelschap pas kunnen worden bezocht nadat zij zich als potentiële subsidiekandidaat hebben gemeld.

137 De subsidievereisten en beoordelingscriteria zijn immers voor alle gegadigden gelijk.

138 Bijv. ARRvS 4 februari 1987, ECLI:NL:RVS:1987:AM9734, AB 1988/112, m.nt. I.C. van der Vlies; ABRvS 22 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2836 (*Stg. Nederlands Promenade Orkest*); ABRvS 25 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8613 (*compositieopdracht Hunfeld*).

139 Zie ARRvS 16 oktober 1991, ECLI:NL:RVS:1991:AN2237, AB 1992/4 (*Sierts*), waarin annotator I.C. van der Vlies: “De beoordeling van het oordeel over kunst is daarom een bijna louter procedurele aangelegenheid geworden.” Voorts bijv. ABRvS 11 januari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4609, «JB» 2000/63, m.nt. P. van den Brekel (*commissie Basisstipendia*).

140 Zie ARRvS 18 september 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN2114, AB 1991/596, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*Theater het Klein*); ABRvS 5 maart 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5450 (*Galerie de Pol*). Pas vanaf 2002 overeenkomstig de algemene lijn: Rb. Arnhem 31 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9844 (*Stg. Images*).

141 Bijv. Rb. Utrecht 20 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7760 (*De Paardenkathedraal*). Einduitspraak Rb. Utrecht 27 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU9659, waarin het motiveringsgebrek bleek hersteld.

142 ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*).

143 ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3440 (*Toes*).

144 Rb. Amsterdam 29 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7674 (tussenuitspraak). Hoger beroep: ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2492 (*Borstlap*).

De uitspraak *Kwatta* leert dat het Raad voor Cultuur-bastion niet onfeilbaar is.¹⁴⁵ De Raad had in zijn advies een subsidie criterium nader ingevuld, hetgeen door de minister was overgenomen. Laatstgenoemde is echter gebonden aan de geldende subsidieregeling en kan bij de toepassing daarvan geen nadere regels stellen. Omdat in het advies een – met de regeling strijdige – nadere betekenis aan het criterium was gegeven, had het advies niet aan het besluit ten grondslag mogen worden gelegd. Dezelfde uitspraak toont nog meer motiveringsgebreken: uit het advies kon niet worden afgeleid op welke wijze de Raad een aantal criteria had beoordeeld en gewogen en het ging voorbij aan het met bewijsstukken gestaafde argument dat *Kwatta* een beter publieksbereik had dan haar concurrent. Het verweer dat de Raad voor zijn advisering deskundigencommissies had ingeschakeld en dat hij de door hen uitgebrachte preadviezen had getoetst op motivering en consistentie, maakt “onder die omstandigheden niet dat het besluit met de verwijzing naar het advies toereikend is gemotiveerd”.¹⁴⁶

Rechtspraak in eerste instantie toont dat rechtbanken soms veel ruimte nemen om de beroepsgronden tegen de inhoud van het advies te toetsen, maar omdat het dan tevens de motivering betreft, resulteert een geconstateerd gebrek niet zelden in een bestuurlijke lus waarmee de subsidieverstrekker het gebrek kan herstellen.¹⁴⁷ Dat is onbevredigend voor de eiser: indien de herstellkans slaagt, is zijn beroep weliswaar gegrond maar blijven de rechtsgevolgen in stand.¹⁴⁸ Het ‘dode mus’-gevoel is dan onvermijdelijk. Voorts leren deze uitspraken dat het aanvragers soms meer te doen is om hun onbegrip te uiten over het negatieve oordeel over hun artistieke plannen en verrichtingen, dan dat zij steekhoudende kanttekeningen kunnen plaatsen bij de inzichtelijkheid van de adviezen.¹⁴⁹ De omstandigheid dat adhesiebetuigingen en lovende recensies er niet toe doen, maar het deskundigenoordeel alleen inhoudelijk kan worden bestreden met een tegenadvies dat is gebaseerd op dezelfde stukken en werkwijze als het initiële advies,¹⁵⁰ leidt ertoe dat het bestrijden van het artistieke oordeel materieel beschouwd nog steeds als illusoir moet worden bestempeld.

145 ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:794 (*Kwatta*).

146 *Ibidem*, r.o. 4.1.

147 Bijv. Rb. Den Haag 16 juni 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AA3432 (*Djazzex Dance Company*); Rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7276 (tussenuitspraak), Rb. Amsterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3744 (einduitspraak), ABRvS 5 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2286 (beslissing geheimhoudingskamer) en ABRvS 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3395 (*LeineRoebana*). Ook werd een voorlopige voorziening gebruikt: Rb. Midden-Nederland 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5431 (*Jura Filmproducties*).

148 Dat is de ‘koninklijke weg’ ingevolge art. 8:72 lid 3 aanhef en sub a Awb. Vgl. ook Backes 2014a, p. 95; Backes 2014b, p. 215.

149 Bijv. Rb. Amsterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4210 (*Cappella Amsterdam*).

150 Rb. Den Haag 20 juni 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6786; ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*); Rb. Midden-Nederland 27 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:237 (*Apollo Ensemble*).

5.3.4 *Toetsing van de 'passende verantwoording' van de adviezen*

Ook ten aanzien van de processuele openbaarheid lijkt aan de door deskundigenadviezen gedragen motiveringen van cultuursubsidiebesluiten een bijzondere status te kleven. De Waard merkte in 2004 al op dat de grens tussen de rapportages van voorstellingsbezoekers en een (wel) openbaar deskundigenadvies discutabel is, omdat de rapportages deel uitmaken van de informatiegrondslag voor het bestuursorgaan. Als die informatie het uiteindelijke oordeel mede kan bepalen, moeten betrokkenen de gelegenheid krijgen zich daarover uit te laten.¹⁵¹ Toch bleef de Afdeling streng: zij plaatste de categorie van bij de voorbereiding van subsidieadviezen betrokken deskundigen (en hun adviezen) geheel onder de gegevensbescherming van artikel 11 van de Wob, waarmee hun documenten konden worden aangemerkt als zijnde opgemaakt voor intern beraad.¹⁵² De in *Holland Opera* gecreëerde vergelijkende motiveringsplicht veroorzaakte in 2015 een spreekwoordelijke aardverschuiving in het cultuursubsidieveld, waaraan *Digeketen* in 2021 vermoedelijk een naschok heeft toegevoegd met het uitgangspunt dat de subsidieaanvrager kennis moet hebben van de adviseurs of dat anderszins moet zijn gewaarborgd dat hij kan controleren of de verdelprocedure was gevrijwaard van (de schijn van) belangenverstremgeling. Niettemin past bescheidenheid: in haar cultuursubsidieuitspraken heeft de Afdeling nog geen aansluiting gezocht bij de invulling die het CBb geeft aan het afleggen van 'passende verantwoording' over de totstandkoming en inhoud van het deskundigenadvies. De uitspraak *Mushtopia*¹⁵³ doet helaas vermoeden dat die wens voorlopig toekomstmuziek zal zijn.

5.3.5 *Tussenstand: differentiatie in rechterlijke toetsing van cultuursubsidiebesluiten*

Wanneer in de context van cultuursubsidiëring wordt ingezoomd op de in paragraaf 5.2 gesignaleerde gelijkenis tussen de differentiatie in de bestuurlijke vergewisplicht en de differentiatie in de rechterlijke toetsing van diezelfde vergewisplicht, dan ontstaat het volgende beeld. Betwist een teleurgestelde aanvrager de deskundigheid van de adviescommissie, dan hoeft hij vooralsnog weinig te verwachten van de rechterlijke toetsing. De deskundigheid is een gegeven, ten opzichte waarvan de rechter zich zeer terughoudend opstelt. Wel moet sinds kort zijn geborgd dat de aanvrager kan controleren of sprake was van (de schijn van) belangenverstremgeling. Voor de totstandkoming van de adviezen kan dezelfde conclusie worden getrokken, zij het dat inmiddels wel de vraag voorligt of het hanteren van verschillende maatstaven voor nieuwkomers en ervaren aanvragers zich verdraagt met de mededingingsnorm.

151 ABRvS 5 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7220, AB 2004/176, m.nt. B.W.N. de Waard.

152 Vgl. ABRvS 24 april 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AH6607, «JB» 1998/145, m.nt. R.J.N. Schlössels; ABRvS 26 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8855, AB 2004/48, m.nt. P.J. Stolk, «JB» 2004/45, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. *Anders*: HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA3823, AB 2009/407, m.nt. L.J.A. Damen.

153 ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mushtopia*).

Richten de beroepsgronden zich op de inhoud van het advies, dan is het beeld evenmin florissant. Het overleggen van een gekwalificeerde contra-expertise blijkt onvermijdelijk. Daarbij moeten de deskundigen zich niet alleen kunnen meten met de initiële adviescommissie, maar ook dezelfde werkwijze hebben gevolgd én dezelfde maatstaf hebben aangelegd. Mocht de rechter concluderen dat aan het verdeelbesluit een motiveringsgebrek kleeft, dan resulteert dat niet zelden in een bestuurlijke lus waarin de subsidieverstrekker de kans krijgt het gebrek te herstellen. Voorts lijkt de voor tenderverdeelbesluiten vereiste ‘passende verantwoording’ nog niet aan cultuursubsidiebesluiten te worden opgelegd. Resumerend kan eigenlijk geen differentiatie worden getraceerd, maar is veeleer sprake van een generieke terughoudende rechterlijke toetsing van de vergewisplicht.

6 SLOTSOM

De voorgaande paragrafen schetsten een beeld van de eisen die anno 2022 worden gesteld aan deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij de voorbereiding van tendersubsidiebesluiten. De terugblik op het afgelopen decennium illustreert dat rechtsbeschermingsaspecten daarbij bepaald niet onderbelicht zijn gebleven. Nadat de Afdeling in 2010 de (schijn van) belangenverstremgeling bij deskundigenadvisering van buitengrenzen had voorzien, vulde zij in 2015 een rechtsbeschermingsleemte voor afgewezen aanvragers van schaarse tendersubsidies. De vergelijkende motiveringsplicht was een feit, inclusief een reflexwerking op de omvang van de op de zaak betrekking hebbende stukken. In 2021 werd daaraan toegevoegd dat een aanvrager zelf moet kunnen controleren of bij de deskundigen sprake was van (de schijn van) belangenverstremgeling, waarbij de zorgvuldigheid van de adviesprocedure door de subsidieverstrekker moet zijn geborgd. De jurisprudentie van de Afdeling en het CBb vertoonde veel raakvlakken. Gezamenlijk zorgden zij voor een gedetailleerde uitwerking van de vergewisplicht, waardoor de rechtsbescherming voor aanvragers van tendersubsidies, met name op terreinen waar zowel de subsidieafhankelijkheid van de aanvragers als de beslisruimte van de subsidieverstrekkers groot is, in theorie sterk is verbeterd.

De subsidiepraktijk vertoont echter een discrepantie met deze jurisprudentie. Nog steeds conflicteren reglementen van adviescommissies met *De Theatercompagnie* en nog steeds wordt de vergelijkende motiveringsplicht uit *Holland Opera* in veel gevallen pas geactiveerd door een bezwaarschrift. Ook zal het vereiste uit *Digeketen* ongetwijfeld implementatietijd vergen. Maar de discrepantie is te verklaren, omdat het effectueren van deze rechtspraak leidt tot een aanzienlijke toename van de bestuurlijke werklast. Dat de uitvoeringspraktijk niet meteen is overgegaan tot aanpassingen, is dus niet onbegrijpelijk.

Er ligt zodoende veel ‘achterstallig onderhoud’, dat pas zal worden weggewerkt indien subsidieaanvragers daarop wijzen. Slechts wanneer zij hun verdeelbesluit betwisten, komen gebreken in de besluitvormingsprocedure aan het licht. Gelukkig is het instrumentarium inmiddels zodanig aangevuld, dat in veel gevallen effectieve

rechtsbescherming kan worden geboden. Geheel sluitend is de rechtsbescherming echter nog niet. De restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb vormt, in tenderprocedures waarin 'getrapt' wordt geadviseerd, een belemmerende factor voor de controle van de deskundigheid en onpartijdigheid van de adviseurs en van de totstandkoming en de inhoud van hun adviezen. Pas wanneer de rechter de ruimte benut die deze bepaling bevat, is sprake van effectieve rechtsbescherming voor de betrokken subsidieaanvragers. Dit zal echter tot fricties leiden op terreinen waar het aantal deskundigen beperkt is.

Tot besluit nog een opmerking over de rechtsbescherming bij cultuursubsidiebesluiten. De constatering dat de bestuursrechter tenderbesluiten die met deskundigen zijn voorbereid, gedifferentieerd toetst, krijgt een andere inkleuring op het terrein van cultuursubsidies. Bij deze besluiten stelt hij zich niet alleen terughoudend op ten aanzien van de inhoud van het advies – de motivering van het verdeelbesluit – maar ook ten aanzien van de kwaliteit van de adviseurs en de totstandkoming van het advies. Door de formele aspecten van de deskundigenadvisering en de vergewisplicht niet vol te toetsen, is de differentiatie gering. Effectieve rechtsbescherming is voor deze aanvragers materieel beschouwd dan ook nog geen realiteit.

NASCHRIFT BIJ DEELTHEMA 4
DESKUNDIGENADVISING EN
VERGEWISPLICHT BIJ DE VOORBEREIDING
VAN (CULTUUR)SUBSIDIEBESLUITEN

Aangezien hoofdstuk 7 niet alleen het laatste onderdeel van dit onderzoek omvat, maar ook in de tijd het laatst is geschreven, is de omvang van dit naschrift beperkt. Opvallend is dat het thema ‘Deskundigenadvising in het bestuursrecht’ bij juridische auteurs onverminderd in de belangstelling blijft staan.¹ Daarnaast is er opnieuw een aantal uitspraken verschenen waarin de bestuursrechter geschillen over de kwaliteit van deskundigen en van hun adviezen heeft beoordeeld.

Het CBb deed op 26 juli 2022 uitspraak in een geschil dat een interessante kwestie bevat.² Appellante had aangevoerd dat verweerder bij de inhoudelijke beoordeling van haar subsidieaanvraag informatie had gebruikt die niet in het projectplan bij de aanvraag stond, maar die tijdens de hoorzitting in bezwaar naar voren was gekomen. Dat had voor haar nadelig uitgepakt. Zij beriep zich op de vaste rechtspraak dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met het tendersysteem. Het CBb oordeelde echter dat aan deze rechtspraak geen betekenis toekwam, omdat zij ziet op situaties waarin de *aanvrager* (cursivering: EMJH) na de sluiting van de aanvraagtermijn nog met informatie komt om de aanvraag aan te vullen of te wijzigen. Dat was hier niet aan de orde. Het CBb lijkt daarmee veel belang te hechten aan de vraag op wiens initiatief de aanvullende informatie over de aanvraag wordt aangeleverd. Appellante voerde vervolgens aan dat haar aanvraag in bezwaar mede was beoordeeld door een adviseur die bij de hoorzitting aanwezig was geweest en die de informatie uit de hoorzitting had gebruikt bij zijn inhoudelijke beoordeling van het projectplan. Appellante vond dat in strijd met de vereiste onafhankelijkheid van de deskundige en betoogde dat haar aanvraag, net als die van haar concurrenten, aan een deskundige zonder voorkennis had moeten worden voorgelegd. Het CBb maakte daar weinig woorden aan vuil en oordeelde kortweg dat er geen rechtsregel is die inhoudt

1 Zie Faas & Koenraad 2022, p. 175-182; Nijmeijer 2022; Ouwehand 2022, p. 148-158; Van Kaam 2022, p. 13-18; Erkens & Raat 2022, p. 4-12.

2 ECLI:NL:CBB:2022:431.

dat een adviseur die bij het horen in bezwaar is betrokken, niet betrokken mag zijn bij de inhoudelijke beoordeling. Dat deze rechtsregel ontbreekt, valt niet te betwisten, maar het is toch een opmerkelijk oordeel. De adviseur als lid van een bezwaaradviescommissie vervult immers een andere rol dan de adviseur als lid van een deskundigencommissie. Van de eerste adviseur wordt verwacht dat hij de primaire besluitvorming, de ingediende bezwaren en het verweer daartegen onafhankelijk en objectief beoordeelt. Voor de tweede adviseur geldt dat hij, als inhoudsdeskundige ‘verlengde arm’ van het bestuursorgaan, het heroverwegingsbesluit via een aanvullend advies alsnog van een deugdelijke motivering voorziet. Het is de vraag of beide rollen in één adviseur kunnen worden verenigd. Voor een verheldering of bevestiging van dit standpunt zal nadere rechtspraak moeten worden afgewacht.

Ook op het terrein van cultuursubsidies zagen enkele uitspraken het licht. De rechtbank Midden-Nederland bevestigde het rechterlijke uitgangspunt dat ingebrachte verklaringen van deskundigen slechts kunnen dienen als contraexpertise wanneer de opstellers daarvan zijn uitgegaan van dezelfde criteria als de adviescommissie in kwestie heeft gedaan.³ Daarbij overwoog de rechtbank ook nog dat de adviescommissie alle aanvragen met elkaar heeft kunnen vergelijken, terwijl dat voor de opstellers van de ingebrachte verklaringen niet het geval was. Dit vereiste is in hoofdstuk 7, paragraaf 5.3.3 al van kritische kanttekeningen voorzien. Voorts stelde de rechtbank Den Haag op 23 maart 2022 stichting Ciconia Consort in het gelijk met haar beroep tegen de kwaliteit van het advies.⁴ De rechtbank achtte onvoldoende inzichtelijk hoe de adviescommissie tot haar oordeel was gekomen en liep stapsgewijs na op welke punten de toetsing van de aanvraag ondeugdelijk was. Van de rechtbank Oost-Brabant kwam een cultuursubsidieuitspraak die verband hield met de opnieuw georganiseerde provinciale verdeelprocedure ter vervanging van de eerste procedure waarin de schijn van belangenverstrengeling bij de adviescommissie was geconstateerd.⁵ De rechtbank constateerde dat het college van GS, door te volstaan met een verwijzing naar zijn eigen website, onvoldoende inzicht had gegeven in de totstandkoming van de rangorde van de aanvragers en de puntentelling voor eiseres en de hoger op de ranglijst geplaatste aanvragers. De rechtbank oordeelde ook, wijzend op de uitspraak van rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020⁶, dat de adviezen onvoldoende inzicht gaven in de afwegingen die de adviescommissie had gemaakt. Dat inzicht achtte de rechtbank extra van belang omdat de nieuwe adviescommissie tot een rangschikking was gekomen die in zeer grote mate afweek van de rangschikking door de eerste commissie. Het beroep van eiseres werd dan ook gegrond verklaard.

De laatste cultuursubsidieuitspraak uit 2022 kwam van de Afdeling en zag op de afwijzing van een aanvraag voor een vierjarige gemeentelijke cultuursubsidie.⁷

3 Rb. Midden-Nederland 27 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:237.

4 ECLI:NL:RBDHA:2022:2491.

5 Zie hoofdstuk 5, § 3.3; ECLI:NL:RBOBR:2022:2407.

6 ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy (*De Alk*).

7 ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1903 (*stichting Frisse oren*).

Ofschoon het college – samengevat – betoogde dat de rechtbank onvoldoende terughoudend had getoetst⁸, oordeelde de Afdeling dat de grenzen van de rechterlijke toetsing niet waren overschreden. Dat stemt positief, want de rechtbank had de besluitvorming grondig doorgelicht. Niettemin ving appellante uiteindelijk toch bot, vanwege het oordeel van de Afdeling over het nieuwe besluit op bezwaar dat van rechtswege in de procedure was betrokken. Omdat het college had kunnen volstaan met een aanvullend advies ter motivering van het nieuwe besluit op bezwaar achtte de Afdeling het door de rechtbank geconstateerde motiveringsgebrek alsnog geheeld.

8 Rb. Midden-Nederland 1 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4397.

SLOTBESCHOUWING & BEANTWOORDING HOOFDVRAAG

Welke bestuursrechtelijke knelpunten doen zich voor bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector en welke oplossingen kunnen daarvoor worden aangereikt, gezien vanuit effectieve rechtsbescherming en het publiekrechtelijke verdelingsrecht?

1 WAT IS ER ONDERZOCHT?

In dit onderzoek stond overheidsfinanciering van de cultuursector centraal. In het inleidende hoofdstuk is met vier praktijkvoorbeelden geïllustreerd waarom de cultuursector tot object van onderzoek is gekozen. De sector ervaart diverse juridische knelpunten bij financiering door de overheid en deze knelpunten hebben een gemeenschappelijke noemer: de Awb-financieringssystematiek blijkt niet voldoende toegesneden op de karakteristieken van de cultuursector. Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen.

De cultuursector is sterk afhankelijk van overheidsfinanciering. Omdat het subsidieinstrument nu eenmaal het primaat heeft als het op de verdeling van publiek geld aankomt, blijft cultuurbeleid dus *subsidiebeleid*. De pogingen om daarin verandering in aan te brengen, blijken tot nog toe tevergeefs. Dit betekent dat het Awb-regime mede bepalend is voor de geldverstrekkingen van de overheid aan de cultuursector. Cultuurbeleid is echter politiek gekleurd en cultuursubsidies per definitie schaars. Er is in de cultuursector namelijk sprake van een structurele disbalans tussen vraag en aanbod. Bij schaarste is een eerlijke en transparante verdeling van de beschikbare middelen noodzakelijk, hetgeen extra eisen stelt aan de verdeelprocedures. Voor de inhoudelijke beoordeling van cultuursubsidieaanvragen moeten bovendien deskundigen worden ingeschakeld. Dit alles resulteert in een gelaagd rechtsregime, in complexe verdeelprocedures en in talrijke teleurgestelde aanvragers. Deze stand van zaken vormt een bron voor geschillen, die binnen de kaders van het bestuurs(proces)recht moeten worden beslecht. Aangezien overheidsfinanciering voor veel cultuursubsidieaanvragers een essentiële bestaansvoorwaarde is, staan er in de verdeelprocedures grote belangen op het spel. Om die belangen adequaat te kunnen verdedigen, dient de rechtsbescherming tegen onwettige besluiten effectief te zijn. Van effectieve rechtsbescherming is echter geen sprake zo lang bij het inroepen daarvan serieuze knelpunten worden ondervonden.

Tegen deze achtergrond zijn in dit onderzoek vier bestuursrechtelijke deelthema's belicht die verband houden met de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector. Dit accent nam echter niet weg dat er in elk hoofdstuk ook aandacht is geschonken aan het subsidierecht en het onderliggende Awb-regime. Deze

bestuursrechtelijke gelaagdheid vormde de basis in elk deelthema. In dit onderzoek is de volgende hoofdvraag beantwoord:

Welke bestuursrechtelijke knelpunten doen zich voor bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector en welke oplossingen kunnen daarvoor worden aangereikt, gezien vanuit effectieve rechtsbescherming en het publiekrechtelijke verdelingsrecht?

De vier deelthema's die het stramien vormden waarlangs de hoofdvraag is beantwoord, waren:

- 1) De rechtsvorm van een financieringsbeslissing van de overheid: kunst- en cultuurprijzen;
- 2) Effectieve rechtsbescherming bij tenderverdeelprocedures;
- 3) De normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies;
- 4) Deskundigenadvisering en de vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur) subsidiebesluiten.

Het zwaartepunt van dit onderzoek lag op het signaleren van praktijkproblemen binnen deze deelthema's en het formuleren van oplossingen daarvoor. Hoe zou binnen de gestelde kaders alsnog recht kunnen worden gedaan aan de cultuursector?

2 TERUG NAAR DE VIER PRAKTIJKVOORBEELDEN

De vier voorbeelden waarmee hoofdstuk 1 is gestart, namen al een voorschot op de knelpunten die de cultuursector ervaart bij financiering door de overheid. In deze paragraaf komen de voorbeelden opnieuw aan de orde en zal ook de opgeworpen vraag worden beantwoord.

2.1 *De rechtsbescherming tegen financieringsbeslissingen in de cultuursector is onduidelijk*

a) 'Traject voltooid, maar toch geen Nederlandse Muziekprijs'

Een celliste wordt na selectie toegelaten tot het zogenoemde 'ontwikkelingstraject' voor de prestigieuze Nederlandse Muziekprijs. De Minister van OCW financiert dit 'traject op maat waarbij de internationale potentie tot ontwikkeling komt' en het Fonds Podiumkunsten is verantwoordelijk voor de organisatie. Indien de Adviescommissie Nederlandse Muziekprijs oordeelt dat er in de loop van het traject een 'bevredigende

ontwikkeling' is getoond, zal zij adviseren om de Nederlandse Muziekprijs toe te kennen. Ondanks de voltooiing van het ontwikkelingstraject wordt de prijs – op de valreep – toch niet aan de celliste toegekend.¹
Langs welke weg kan de celliste tegen deze beslissing opkomen?

Dit voorbeeld toont dat de route naar rechtsbescherming in de cultuursector niet altijd duidelijk is. Voor de toedeling van kunst- en cultuurprijzen door of namens de overheid bestaat namelijk geen algemene regeling. De celliste uit het voorbeeld zal daarom eerst moeten weten wat de rechtsvorm van deze financieringsbeslissing is, om te kunnen bepalen of daartegen bezwaar kan worden gemaakt of, in plaats daarvan, een civiele procedure kan worden gestart. Daarbij rijzen vragen als: wat is het precieze verband tussen de financiering en de prijs? Is de geldverstrekking een subsidie of een privaatrechtelijke rechtshandeling? Als de prijs een subsidie is, bij wie kan dan bezwaar worden gemaakt? Pas na een juridische kwalificatie kan worden vastgesteld welk rechtsregime op de beslissing van toepassing is en via welke rechtsgang rechtsbescherming kan worden verkregen.

In hoofdstuk 2 zijn deze vragen beantwoord. Daar is de rechtsvorm van de 121 geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen waaraan de overheid financieel bijdraagt, in kaart gebracht en juridisch gekwalificeerd. De overheid financiert 61 van deze prijzen rechtstreeks of via een b-bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Omdat de Awb een materiële subsidiedefinitie hanteert² en de verstrekking van de 61 prijzen voor het overige ook aan deze definitie voldoet, moeten zij worden beschouwd als subsidies in de zin van de Awb. Bij de andere 60 prijzen strandt de kwalificatie van de financieringshandeling op het Awb-bestuursorgaanbegrip. Zij vallen ook niet onder de in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor buitenwettelijke bestuursorganen en kunnen dus geen subsidies zijn. Hun toedeling moet worden gezien als een privaatrechtelijke rechtshandeling. Nu rijst de vraag: welke kwalificatie krijgt de Nederlandse Muziekprijs?

Voor deze prijs kan worden betoogd dat hij een subsidie is. De prijs is een onderscheiding die namens de Minister van OCW door het bestuur van het Fonds Podiumkunsten wordt toegekend.³ Er is een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.⁴ Na aanmelding en toelating tot het ontwikkelingstraject verkrijgt de kandidaat een aanspraak op een 'financiële bij-

1 Citaten: https://fondspodiumkunsten.nl/nl/prijzen/nederlandse_muziekprijs/ en Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (*Stcrt.* 2010, 30). Casus ontleend aan *de Volkskrant* 7 december 2021, M. Kerkhof, 'Cellist Ella van Poucke zou de Nederlandse Muziekprijs krijgen. Waarom werd dat op het laatst afgeblazen?'; voorts *Trouw* 11 december 2021, P. van der Lint, 'De een wint, de ander niet en over de uitslag wordt niet gecorrespondeerd'. De voorbereidingen voor de uitreiking en het daarbij behorende concert waren al in volle gang (https://www.opusklassiek.nl/actueel/ella_van_poucke_nmp.htm).

2 Neergelegd in art. 4:21 lid 1 Awb.

3 Art. 1 en 2 Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (*Stcrt.* 2010, 30).

4 Art. 10 lid 4 Wsc en artikel 4 Algemeen Reglement Fonds Podiumkunsten (*Stcrt.* 2011, 18790).

drage' afkomstig van het Ministerie van OCW. Dit geld is gelabeld voor 'een ontwikkelingstraject gericht op artistieke, muziek-technische of andere aspecten van de beroepspraktijk'.⁵ De beslissing tot toelating en financiering van het traject kan worden gekwalificeerd als een verleningsbeschikking en de beslissing tot – al dan niet – toekenning van het predicaat 'Nederlandse Muziekprijs' als een vaststellingsbeschikking. De celliste had dus bestuursrechtelijke rechtsbescherming kunnen inroepen tegen het negatieve besluit, hetgeen de toelichting bij het Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs overigens ook niet uitsluit. De slotalinea vermeldt namelijk:

“Hoewel het Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs een bijzondere positie heeft binnen het Nederlands Fonds voor Podiumkunsten⁺, gaat het hier eigenlijk om een beurs met een bijzonder karakter. Om die reden zijn de besluiten van het bestuur in het kader van dit reglement niet wezenlijk anders dan andere beslissingen van het fonds. Het is dan ook mogelijk om bezwaar te maken tegen besluiten die het bestuur van het fonds, op basis van de advisering door de adviescommissie Nederlandse Muziekprijs, neemt.”⁶

Hoe duidelijk was het voor de celliste dat deze prijs een subsidie is? De bestuursrechtelijke weg lijkt in dit geschil niet te zijn gevolgd⁷ en het Fonds Podiumkunsten stuurt daar in zijn toelichting ook niet expliciet op aan.⁸ Het Fonds heeft wel aan de pers laten weten 'onderzoek te gaan doen' naar het besluitvormingsproces.⁹ Dat past op zichzelf binnen het subsidieregime: als subsidieverstrekker heeft het Fondsbestuur een vergewisplicht bij de kwaliteit van de adviseurs en van het advies, nu het advies de motivering van het subsidiebesluit vormt.¹⁰ Een 'onderzoek naar het besluitvormingsproces' valt dus onder de vergewisplicht, maar dat had moeten plaatsvinden *voorafgaand* aan het besluit, dus niet pas na een weerwoord van de celliste. In dit voorbeeld is het wettelijke subsidieregime dus niet in acht genomen en het is niet uitgesloten dat onwetendheid over de rechtsvorm daar debet aan is. Hoe het geschil verder is afgewikkeld, kon niet worden getraceerd. De verstrekte voorschotten – naar verluidt € 30.000 – zijn niet teruggevorderd, dus materieel is het nadeel voor de celliste vooralsnog beperkt, maar dat doet natuurlijk niet af aan de reputatieschade die de kwestie inmiddels heeft veroorzaakt omdat zij (toch) niet heeft voldaan aan de vereisten voor de Nederlandse Muziekprijs. En het voorbeeld doet ook niet af aan de bevinding uit hoofdstuk 2 dat de verdeelprocedures voor met

5 Art. 2 Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs.

6 Toelichting bij Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (*Stcrt.* 2011, 18790).

7 De termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift bedraagt zes weken (art. 6:7 Awb) en uit de persberichten valt niet op te maken dat daarvoor is gekozen.

8 Een niet-jurist zal uit de slotzin niet opmaken dat daarmee bezwaar in de zin van een bestuursrechtelijke procedure wordt bedoeld. Voorts is niet duidelijk of de beslissing op schrift was gesteld en of daarbij in een rechtsmiddelverwijzing was voorzien.

9 Zo blijkt uit Kerkhof, *de Volkskrant* 7 december 2021; Kerkhof, *de Volkskrant* 29 december 2021.

10 Art. 3:9 en 3:49 Awb.

publiek geld gefinancierde kunst- en cultuurprijzen vaak nogal ad hoc lijken te zijn ingericht, zonder voldoende aandacht voor juridische factoren als de rechtsvorm van de verstrekkingshandeling en het toepasselijke rechtsbeschermingstraject.

2.2 *Er is geen effectieve rechtsbescherming*

b) 'Mooi project, maar het geld is op'

Een muziektheatergezelschap dient een subsidieaanvraag in bij een (rijks)cultuurfonds. De aanvraag krijgt een positieve beoordeling, hetgeen betekent dat zij subsidiabel is. Toch volgt er een afwijzingsbeschikking: de aanvraag staat op plaats 7 in de rangschikking van de aanvragen, terwijl het subsidiebudget slechts toereikend is voor de eerste zes geplaatsten. Het muziektheatergezelschap heeft twijfels over de beoordeling van zijn aanvraag en over de totstandkoming van de rangschikking. Het aanvechten van de hoger geprioriteerde verleningsbeschikkingen zou kunnen uitmonden in een herschikking van de rangorde, waarmee de kans op subsidie reëel zou worden. In de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is het gezelschap echter geen belanghebbende bij deze verleningsbesluiten, omdat het geen economische concurrent is van de gehonoreerde aanvragers.¹¹

Hoe kan het muziektheatergezelschap effectieve rechtsbescherming verkrijgen?

Het tweede praktijkvoorbeeld illustreert dat rechtsbescherming in tenderverdeelprocedures soms geheel ontbreekt. Omdat deze aanvrager wel in de podiumkunsten, maar niet in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de gehonoreerde aanvragers opereert, zal hij volgens artikel 1:2 Awb niet als 'belanghebbende' bij hun toewijzingsbesluiten worden aangemerkt. Er staat uiteraard wel rechtsbescherming open tegen zijn eigen afwijzingsbesluit, maar daar is het hem nu juist niet om te doen. Om voor deze specifieke groep afgewezen aanvragers toch effectieve rechtsbescherming te realiseren, heeft de Afdeling in haar uitspraak *Holland Opera* bij tenderprocedures haar koers ten aanzien van de artikelen 3:46 en 4:25 Awb gewijzigd.¹² Voor tenderverdeelbesluiten geldt sindsdien een vergelijkende motiveringsplicht, in plaats van de verkorte motivering uit het tweede lid van artikel 4:25. Ook is rechtsherstel verplicht, zelfs als de bodem van de subsidiepot is bereikt. Wat betekent deze koerswijziging voor het muziektheatergezelschap uit het voorbeeld?

Het cultuurfonds zal het gezelschap in staat moeten stellen zich adequaat te verweren tegen de hogere totaalwaardering van de andere aanvragers in verhouding tot zijn eigen totaalwaardering. Dit is alleen mogelijk als zijn afwijzingsbesluit tevens inzicht verschaft in de totstandkoming van de rangschikking en de plaats van zijn aanvraag daarin. In concreto moet de motivering zich dan toespitsen op de

11 Casus ontleend aan ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*).

12 *Ibidem*, r.o. 5.4.

beoordeling van de hoger geëindigde aanvragen, hetgeen een impliciete uitbreiding omvat van het processuele inzagerecht. Is met deze koerswijziging het rechtsbeschermingsdeficit van tafel? Op papier wel, maar in de praktijk nog niet.

In hoofdstuk 4 werd al een reeks kanttekeningen geplaatst bij de in *Holland Opera* gekozen route. Zo leidt de vergelijkende motiveringsplicht niet alleen tot een toename van de werklast bij het bestuur, maar ook tot de verwachting dat de artistieke plannen die in concurrente aanvragen zijn opgenomen snel als 'bedrijfsgevoelig' kunnen worden aangemerkt. In dat geval wordt het vereiste inzicht in de totstandkoming van de rangorde en de plaats van de eigen aanvraag daarin, nog steeds niet gemakkelijk verkregen. Deze voorspellingen zijn in de cultuursubsidiepraktijk inderdaad uitgekomen. Zeven jaar na *Holland Opera* lijkt cultuursubsidieverstrekking de portee van deze uitspraak nog altijd te ontgaan. Hoofdstuk 7 bevat een inventarisatie van de cultuursubsidieuitspraak en daarin wordt dit beeld bevestigd. In de primaire verdeelbesluiten hebben subsidieverstrekking onvoldoende oog voor de vergelijkende motiveringsplicht en zelfs na bezwaar kunnen aanvragers er niet voetstoots vanuit gaan dat zij dan wel beschikken over alle relevante stukken die nodig zijn voor een adequate betwisting van het eigen verdeelbesluit. De *Holland Opera*-uitspraak biedt weliswaar een handzaam instrumentarium voor effectieve rechtsbescherming van relatief afgewezen aanvragers, maar deze instrumenten worden in de cultuursubsidiepraktijk niet ten volle benut. De gesignaleerde rechtsbeschermingsleemte in tenderprocedures is formeel-juridisch dus gedicht, maar bij de verdeling van cultuursubsidies nog geen materiële realiteit.

2.3 *Tenderverdeelpcedures voor cultuursubsidies schuren met de transparantievereisten*

c) 'Preadviezen van de Raad voor Cultuur blijven geheim'

In 2020 worden 220 aanvragen ingediend voor het verkrijgen van een vierjarige rijks-subsidie in het kader van de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024. Het adviesorgaan dat de kwalitatieve beoordeling verricht, de Raad voor Cultuur, geeft na zijn adviesronde de aanvragers de gelegenheid om hem te wijzen op feitelijke onjuistheden. Daarvan maken 95 aanvragers gebruik. Deze herzieningsronde leidt tot aanvullende adviezen, maar resulteert slechts bij één aanvrager in een bijstelling van het advies. De ophef die daarop volgt, leidt tot Kamer-vragen. De Tweede Kamercommissie OCW verzoekt om inzage in de preadviezen die door de subcommissies van de Raad voor Cultuur zijn opgesteld ten behoeve van de advisering. De minister weigert: deze preadviezen dienden slechts ter ondersteuning van de interne beraadslaging.¹³ Is dit standpunt te verenigen met de vereiste transparantie bij subsidiebesluitvorming?

13 Kamerstukken II 2020/21, 32 820, nr. 398.

Het derde praktijkvoorbeeld is tekenend voor de opstelling van de subsidieverstrekker – de Minister van OCW – in de verdeelprocedure voor de vierjarige rijkscultuursubsidies. Hoofdstuk 6 is geheel aan deze subsidies gewijd. Zij zijn zeer geliefd, vanwege de termijn, maar ook omdat zij een bepaalde status vertegenwoordigen: gehonoreerde aanvragers behoren tot de top van het nationale culturele segment. Het aantal aanvragen overtreft altijd het beschikbare budget, dus het verdeelproces verloopt nooit zonder commotie. Sinds de Afdelingsuitspraak *Geobox* geldt voor verdeelprocedures als deze, naast het reguliere subsidieregime, ook de verplichting tot het creëren van gelijke kansen.¹⁴ Om deze mededingingsnorm te verzilveren, is er een transparantienorm *ex ante* van toepassing verklaard: de subsidieverstrekker moet voor de start van de procedure een *passende mate van openbaarheid* verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse rechten, de wijze van verdelen, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Tot het normenkader dat in tenderverdeelprocedures effectieve rechtsbescherming moet verzekeren, behoorde echter ook al een transparantieplichting *ex post*.¹⁵ Zij ziet met name op de controleerbaarheid van de besluitvorming. Voldoet de werkwijze van de Minister van OCW aan al deze transparantievereisten?

Formeel wel, maar voor cultuursubsidieaanvragers materieel niet. Het knelpunt is de gangbare, zeer restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb, die de informatie over de deskundigen beperkt tot 'de adviseur'.¹⁶ Als de identiteit van de preadviseurs niet hoeft te worden onthuld, terwijl hun oordelen wel doorslaggevend zijn voor de adviezen die de motivering leveren voor de verdeelbesluiten, is het voor teleurgestelde aanvragers niet mogelijk om de deskundigheid en de onpartijdigheid van deze adviseurs te controleren. Het niet beschikbaar stellen van de preadviezen zorgt er vervolgens ook voor dat de totstandkoming en de inhoud van de eindadviezen feitelijk niet kan worden betwist. Zoals uit de hoofdstukken 6 en 7 blijkt, ondervindt de cultuursector hier bijzonder veel last van. Niet alleen omdat de subsidieverstrekker door getrapte advisering de deskundigen die verantwoordelijk zijn voor de kwalitatieve beoordeling van de aanvragen, aan de openbaarheid onttrekt, maar ook omdat de bestuursrechter zich bij de toetsing van de motivering van een cultuursubsidiebesluit terughoudend opstelt zodra die motivering steunt op een deskundigenadvies. De Raad voor Cultuur lijkt in dit verband zelfs een vrijwel onaantastbare positie te hebben verworven. De in het voorbeeld beschreven werkwijze van de minister leidt ertoe dat de rechtsbescherming van deelnemers in de verdeelprocedure voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur materieel gezien niet als effectief kan worden bestempeld.

14 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

15 Zie hoofdstuk 5.

16 Art. 3:8 Awb: *In of bij het besluit wordt de adviseur vermeld die advies heeft uitgebracht.*

2.4 De kwaliteit van de advisering en de vervulling van de vergewisplicht zijn niet voldoende geborgd

d) 'De gang op, dus geen vrees voor belangenverstremgeling'

De aanvraag van toneelgroep A voor een vierjarige subsidie van het Fonds Podiumkunsten wordt negatief beoordeeld door de deskundigenadviescommissie aan wie de inhoudelijke beoordeling van de aanvragen is opgedragen. A ontdekt dat een van de adviseurs betrokken is bij toneelgroep B, die in dezelfde subsidieronde ook een aanvraag heeft ingediend. Deze deskundige heeft de commissievergadering echter tijdelijk verlaten toen de aanvraag van B ter sprake kwam. Het bestuur van het Fonds neemt de adviezen van de deskundigencommissie integraal over en gebruikt deze ter motivering van de verdeelbesluiten.

Is het afwijzingsbesluit van toneelgroep A zorgvuldig voorbereid?

De vierde illustratie zoomt in op het verbod van vooringenomenheid uit artikel 2:4 Awb. Het voorbeeld is ontleend aan het geschil dat leidde tot de Afdelingsuitspraak *De Theatercompagnie*.¹⁷ Het antwoord op de vraag – en tevens de hoofdregel uit de uitspraak – luidt dat het afwijzingsbesluit van toneelgroep A niet zorgvuldig is voorbereid, omdat de deskundige betrokken was bij een concurrerende aanvraag én er onvoldoende budget beschikbaar was om alle aanvragen uit de tenderronde te honoreren. Dat veroorzaakte bij de deskundige een persoonlijk belang. Omdat hij tevens de mogelijkheid had om de besluitvorming te beïnvloeden, was de *schijn* van belangenverstremgeling gewekt. Het is dus niet voldoende wanneer de deskundige met betrokkenheid bij een van de aanvragen in dezelfde subsidieronde, zich slechts distantieert van de beoordeling van deze ene aanvraag. Hij moet zich in die situatie *volledig* terugtrekken uit deze adviescommissie.

Hoewel deze uitspraak dateert uit 2010, leert hoofdstuk 7 dat de hoofdregel zelfs een decennium later nog niet volledig is geworteld in de cultuursubsidiepraktijk. Eind 2020 deed zich een met *De Theatercompagnie* vergelijkbare situatie voor in de tenderverdeelprocedure Professionele Kunsten 2021-2024 van de provincie Noord-Brabant. In de bezwaarfase kwam aan het licht dat er in de verdeelprocedure sprake was van belangenverstremgeling, gebrek aan transparantie, procedurefouten en ontbrekende vergaderverslagen. Een moeder had bovendien als commissielid haar zoon beoordeeld.¹⁸ Omdat deze gebreken de gehele verdeelprocedure hadden 'besmet', moesten alle 68 aanvragen opnieuw worden beoordeeld door een nieuwe

17 ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*).

18 Embrechts, *de Volkskrant* 29 januari 2021.

adviescommissie. Die commissie kwam tot een andere rangschikking en uiteindelijk kostte dit de provincie 3,6 miljoen euro extra.¹⁹ Hoe kon het zo misgaan?

Omissies als deze zijn terug te voeren op een ontoereikende vervulling van de vergewisplicht uit artikel 3:9 Awb. Zodra een subsidieverstrekker externe deskundigen inschakelt bij de voorbereiding van subsidiebesluiten en hun adviezen gebruikt ter motivering van de verdeelbesluiten, ontstaat voor hem een vergewisplicht bij de kwaliteit (lees: de onpartijdigheid en deskundigheid) van de adviseurs en bij de kwaliteit (lees: de totstandkoming en inhoud) van hun adviezen. Artikel 3:2 Awb verplicht de subsidieverstrekker om inzichtelijk te maken dat de verdeelbesluiten de toets der zorgvuldigheid kunnen doorstaan. Daartoe behoort dus ook het hele proces van advisering. Zou in het bovenstaande voorbeeld het bestuur van het Fonds Podiumkunsten zijn vergewisplicht naar behoren hebben vervuld, dan had het de adviezen niet integraal ten grondslag mogen leggen aan de verdeelbesluiten. De band tussen de adviseur en een van de aanvragen was namelijk eenvoudig te achterhalen. Dat gold ook voor de Brabantse kwestie, waar de familieband al meteen aan het licht had kunnen komen omdat een aanvrager dezelfde achternaam droeg als een van de deskundigen. Het is bovendien aan de subsidieverstrekker om (de schijn van) belangenverstrengeling bij zijn adviseurs te voorkomen, bijvoorbeeld door het opstellen van heldere (gedrags)regels voor de adviseurs. Ook dat had de provincie Noord-Brabant verzuimd om te doen.

3 ANDERE KNELPUNTEN BIJ FINANCIERINGSBESLISSINGEN VAN DE OVERHEID

Naast de zojuist beschreven knelpunten zijn er in dit onderzoek nog andere obstakels in beeld gekomen. Enkele in het oog springende punten zullen hierna de revue passeren.

3.1 *In het publieke kunstprijzenveld ontbreekt kennis over de rechtsvorm en dat is niet zonder risico*

Het belang van kennis over de rechtsvorm van kunst- en cultuurprijzen moet door de organiserende instellingen niet worden onderschat, omdat deze prijzen echt wel iets te vrezen hebben van het recht. Prijzen bekostigd met publiek geld kunnen namelijk verholde subsidies zijn, zo blijkt uit hoofdstuk 2. Dat heeft te maken met wijze waarop de geldverstrekking plaatsvindt. De 121 onderzochte prijzen bleken in twee varianten te worden toegekend: als stipendium of stimuleringsprijs enerzijds en als oeuvre- of waarderingsprijs anderzijds. In de eerste variant is het prijzengeld

19 Omdat de toekenningsbesluiten uit de eerste adviesronde in rechte onaantastbaar waren geworden. Deze instellingen mochten hun subsidie behouden, ook als zij in de tweede rangschikking onder de zaaglijn waren geplaatst. Overigens is de subsidiesystematiek in 2021 uitvoerig geëvalueerd en vervolgens geharmoniseerd. Vgl. <https://www.kunstlocrabant.nl/nieuws/de-kunst-van-het-harmoniseren-29369>.

bestemd voor bepaalde toekomstige activiteiten, in de tweede variant volgt het geld pas nadat de activiteiten zijn voltooid. Dit onderzoek heeft blootgelegd dat beide varianten onder de Awb-subsidiedefinitie kunnen vallen. Subsidieverstrekking kan namelijk gefaseerd (eerst verlening, daarna vaststelling) of *all in one* (bij enkele vaststellingsbeschikking) geschieden. De twee varianten binnen het cultuurprijzenveld blijken naadloos te passen in deze twee subsidiemodellen. De toekenning van een stipendium of stimuleringsprijs kan dus een gefaseerde subsidieverstrekking zijn, hetgeen ook past in het beeld dat ‘subsidiëring’ oproept. Wellicht minder bekend is dat de uitreiking van een oeuvre- of waarderingsprijs ook een subsidie kan zijn, zo lang de prijs maar een expliciete verwijzing bevat naar de gelauwerde prestaties. Met een juryrapport kan dus zelfs een oeuvreprijs worden verstrekt volgens de regelen der subsidiekunst.

Zijn de betrokken prijsorganisaties hiervan wel voldoende doordrongen? Hoofdstuk 3 heeft de keerzijde van de kunstprijzenmedaille belicht. Is de prijstoedeling een subsidie, dan heeft dat heel wat voeten in aarde voor de organisatie, de verdeelprocedure en natuurlijk voor de gegadigden. Vanwege de materiële subsidiedefinitie ontstaat deze rechtsvorm bovendien van rechtswege, dus wegkijken of ontkennen door de geldverstrekking anders te kwalificeren, treft geen doel. Blijft de subsidie-status echter ‘verhuld’, dan bestaat de kans dat juridische plichten worden verzaakt en rechten niet kunnen worden benut, vanwege onwetendheid over het toepasselijke regime en de toepasselijke rechtsbescherming. Daar waar de juridische kwalificatie van een prijstoedeling nog onduidelijk is, moet deze worden opgehelderd om te voorkomen dat een publieke kunstprijs door juridische perikelen zijn glans verliest.

3.2 *De verdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur vragen om onderhoud*

Dit onderzoek maakte ook zichtbaar dat de zeven verdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur plaatselijk wringen met het Awb-subsidieregime. Uit de in hoofdstuk 6 genomen ‘proef op de som’ volgt dat dit vooral de artikelen 4:84, 4:5, 3:8, 7:11 en 4:25 Awb betreft. De betrokken subsidieverstrekkingen lijken onvoldoende op de hoogte van de nuanceringsregels die inmiddels door de bestuursrechter bij deze artikelen zijn aangebracht. Zo moet het gebruik van beleidsregels bij het reguleren van de verdeelprocedures echt worden ontraden, vanwege de interpretatie die sinds 2016 wordt gegeven aan artikel 4:84 Awb.²⁰ Verder mag in een tenderprocedure geen materiële betekenis toekomen aan artikel 4:5 Awb.²¹ Het is dan ook de vraag hoe dit verbod zich verhoudt tot de categorieën ‘nee’ en ‘nee, tenzij’ die de Raad voor Cultuur in zijn adviesprocedure hanteert. Subsidieaanvragers met een ‘nee, tenzij’-advies krijgen van de Raad een herstelkans – voorzien van gerichte aanwijzingen – om hun aanvraag in overeenstemming te brengen met de verdeel-

20 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring; ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, AB 2019/101, m.nt. V.M. Bex-Reimert.

21 Vgl. ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2081, AB 2022/64, m.nt. D.K. Jongkind.

regels, terwijl de aanvragers met een ‘nee’-advies deze kans niet wordt geboden. Het toepasselijke beoordelingskader maakt echter niet duidelijk hoe scherp de grens is tussen beide categorieën. Dit zou kunnen conflicteren met het karakter van de tenderprocedure en met artikel 4:5 Awb, maar ook met de mededingingsnorm die sinds 2018 voor verdeelprocedures met een subsidieplafond geldt.²²

Voorts volgt uit hoofdstuk 7 dat voor aanvragers die de kwaliteit van de adviseurs of van de advisering in twijfel willen trekken, geen effectieve rechtsbescherming voorhanden is. De restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb veroorzaakt dat er geen mogelijkheid is om de preadviseurs te controleren. Het stemt hoopvol dat deze opstelling inmiddels lijkt te schuren met de Afdelingsuitspraak *Digeketen*²³, maar het moet nog blijken of de hoofdregel daaruit deze aanvragers netto meer gaat opleveren. Allereerst omdat het in deze verdeelprocedures – met kleine kringen van deskundigen – maar de vraag is of de identiteit van de preadviseurs zal worden onthuld, maar ook omdat de bestuursrechter de kwaliteit van deskundigen in de cultuursector accepteert als een ‘gegeven’.²⁴ Zo lang dat voortduurt, zullen deze aanvragers verstoken blijven van daadwerkelijke rechtsbescherming.

Ook nadat de primaire besluiten zijn genomen, manifesteren zich knelpunten in de onderzochte verdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur.²⁵ Zo blijkt artikel 7:11 Awb uit te nodigen tot een pragmatische houding ten opzichte van de vergelijkende motiveringsplicht, omdat de subsidieverstrekker de vervulling daarvan kan uitstellen tot het moment van het heroverwegingsbesluit. Teleurgestelde aanvragers kunnen dus niet blindelings erop vertrouwen dat het primaire verdeelbesluit van een deugdelijke motivering is voorzien, maar zullen bezwaar moeten maken om te weten of er nog iets ontbreekt.²⁶ Bijkomende struikelblokken in deze procedures zijn dat de bezwaarmogelijkheid niet altijd glashelder is en dat de hoorplicht uit artikel 7:2 Awb door de subsidieverstreckers soms als facultatief wordt gepresenteerd. Bovendien laat de Minister van OCW het afwickelen van bezwaren geheel aan de Raad voor Cultuur, die deze taak veel te beperkt opvat.²⁷ Het in een ‘reactieronde’ mogen wijzen op ‘feitelijke onjuistheden’ in het advies staat echt niet gelijk aan de bestuurlijke heroverweging die op grond van artikel 7:11 Awb na bezwaar is vereist. De heroverweging is in deze verdeelprocedure gereduceerd tot een rechtmatigheidsoordeel, waardoor de vraag naar de juridische

22 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

23 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketen*). Daarin werd bepaald dat als de namen van adviescommissieleden niet zijn bekendgemaakt, een subsidieaanvrager niet zelf kan controleren of bij een commissielid sprake was van (de schijn van) belangenverstremgeling. Dan zijn andere waarborgen vereist om een zorgvuldige adviesprocedure te garanderen.

24 Zie hoofdstuk 7, § 5.3.

25 Zie hoofdstuk 6, § 2.4.

26 En zelfs dan komt bij tenderbesluiten nog niet alles op tafel: zie bijv. Rb. Midden-Nederland, 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy (*De Alk*).

27 Zie hoofdstuk 6, § 2.4.

houdbaarheid van de motivering en van het advies niet wordt beantwoord. Deze reactieronde kan daarom nooit dienen ter vervanging van de wettelijke bezwaarmogelijkheid, net zo min als de reactie van de Raad kan worden beschouwd als motivering voor de verplichte heroverweging.

Een laatste knelpunt ligt in het rechtsgevolg van het derde lid van artikel 4:25 Awb. Rechtsherstel na een geslaagd bezwaar of beroep is verplicht, maar er is geen verplichting tot het publiceren van eventuele herzieningen in de rangschikking. Toch is het helemaal niet ondenkbaar dat een herziening een *domino-effect* heeft, in de zin dat een nipt afgewezen 'concullega' opschuift naar een subsidiabele plaats.²⁸ Hoe komt deze 'concullega' dat te weten? Dit knelpunt bevestigt dat de verdeelbesluiten in een tenderprocedure gedurende de gehele bestuurlijke voorfase niet los van elkaar kunnen worden gezien. Pas wanneer het laatste besluit is heroverwogen, staat de rangschikking definitief vast.

3.3 *De verhouding tussen de Minister van OCW en de Raad voor Cultuur moet worden herzien*

Een ander vermeldenswaardig knelpunt is de positionering van de Raad voor Cultuur ten opzichte van de Minister van OCW. Hoofdstuk 6 leert dat deze verhouding moet worden herzien.²⁹ De Raad is zowel subsidie- als beleidsadviseur en dat is al voldoende reden om de verhouding met de subsidieverstrekker goed af te stemmen. Opmerkelijk is dat bij advisering door de Raad voor Cultuur elk beleid ontbreekt ter voorkoming van (de schijn van) interne belangenverstremgeling. Daar komt bij dat de Raad ook nog eens onvoldoende afstand houdt tot de minister, hetgeen onverenigbaar is met het Thorbecke-uitgangspunt bij overheidsfinanciering van de cultuursector. De 'proef op de som' in hoofdstuk 6 onthult tevens dat de minister gevoelig is voor politieke druk. Dat vormde in de onderzochte subsidieronde een reden om van Raadsadviezen af te wijken, waarmee de minister niet alleen de hoofdregel negeerde dat deskundigenadviezen door de subsidieverstrekker worden gevolgd, maar ook een wissel trok op het Thorbecke-principe. Dat is sinds 2018 in een tenderprocedure riskant: het passeren van een advies over één aanvraag kan immers het oorspronkelijke speelveld tussen alle aanvragers in de desbetreffende ronde al verstoren.³⁰

28 Bijv. CBB 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:529, AB 2019/206, m.nt. E.M.J. Hardy (*Jump Staff*).

29 Zie Hoofdstuk 6, § 2.3.

30 Zie ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*).

4 WELKE OPLOSSINGEN ZIJN ER?

De zojuist beschreven knelpunten kunnen worden weggenomen en daarvoor komen verschillende actoren in het vizier.

4.1 *De wetgever doet enkele zetten*

Voor twee knelpunten ligt de sleutel tot een oplossing in handen van de wetgever. De eerste is het harmoniseren van de rechtsvorm van de (mede) met overheidsgeld gefinancierde kunst- en cultuurprijzen. Het gaat bij deze prijzen om de verstrekking van publiek geld en daarvoor geldt het primaat van het publiekrecht. Van de 121 prijzen zijn er 61 als Awb-subsidies gekwalificeerd, dus is op deze prijzen het publiekrechtelijke rechtsregime van toepassing. Vanwege de juridische waarborgen zou dit rechtsregime ook de voorkeur verdienen voor de 60 overwegend met overheidsgeld gefinancierde prijzen. Maar om een publiekrechtelijk kader te realiseren, is een wettelijke verankering nodig. Omdat de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc) ook al de grondslag voor cultuursubsidiëring bevat, is zij daarvoor het meest geschikt. Met een wettelijke basis zou de in hoofdstuk 2 gesignaleerde kloof binnen de publieke kunst- en cultuurprijzen zijn overbrugd, het rechtsregime voor deze prijzen geüniformeerd en is er recht gedaan aan het primaat van het publiekrecht. Dan heeft dit beleidsinstrument een volwaardige basis: alle ‘publieke’ prijzen verkrijgen een wettelijke grondslag en de prijsorganisatie wordt – voor de prijstoekenningshandeling – met openbaar gezag bekleed. Voor een wettelijke basis zou de wetgever kunnen kiezen voor de subsidies of de specifieke uitkeringen ten behoeve van cultuuruitingen in de Wsc.³¹ Voor de reikwijdte van het Wsc-kader kan hij aansluiten bij de bestuursorgaanjurisprudentie, door ‘twee derde of meer’ als ondergrens te gebruiken voor de mate waarin de overheid co-financier is. De Wsc zou wel tevens een brug moeten slaan naar de prijzen die grotendeels door decentrale overheden worden bekostigd en nu nader zijn uitgewerkt in provinciale of gemeentelijke verordeningen. Overigens kan de wetgever ook een zelfstandige status voor het prijsinstrument overwegen. Het Unierecht, op basis waarvan privaatrechtelijke organen met EU-geld gefinancierde prijzen kunnen toekennen, maar met behoud van EU-waarborgen, biedt voldoende inspiratie.

Het tweede knelpunt dat door de wetgever kan worden weggenomen, is de contra legem-situatie in artikel 4:5 Awb. Aanvankelijk was het alleen de aard van de tenderprocedure die de toepassing van dit artikel blokkeerde, maar sinds 2018 dwingt ook de mededingingsnorm daartoe. Het mogen herstellen of aanvullen van een enkele aanvraag verstoort immers het gelijke speelveld van de gegadigden in

31 Resp. art. 4 en 5 Wsc.

een subsidieronde. Het knelpunt met artikel 4:5 Awb ziet nu dus op *alle* schaarse subsidies en dat versterkt de noodzaak tot een wetgevingsingreep.³²

4.2 *Subsidieregelgevers gaan aan de slag*

De subsidieregelgevers zijn verantwoordelijk voor de Awb-verplichtingen tot het creëren van wettelijke voorschriften voor subsidieverstrekking, -plafonds, -tijdvakken, -verdeelmethodes, -criteria en de weigeringsgronden.³³ Deze verantwoordelijkheid moet bij cultuursubsidiëring beter in acht worden genomen. Er zijn echter nog meer aanbevelingen tot regelgeving. Om te verzekeren dat subsidieverstrekkers hun vergewisplicht naar behoren kunnen vervullen, zou ook de selectie, taakopdracht en werkwijze van de deskundigenadviescommissies nader moeten worden gereguleerd. De cultuursubsidiepraktijk wijst bovendien uit dat de hoofdregels uit *De Theatercompagnie* en *Holland Opera* nog regelmatig worden genegeerd, hetgeen eveneens pleit voor een inbedding in beleid.

Voor de specifieke knelpunten die samenhangen met de werkwijze en positie van de Raad voor Cultuur komen verschillende oplossingen in beeld. Allereerst moet de adviesprocedure van de Raad in overeenstemming worden gebracht met de Awb-systematiek, in het bijzonder met artikel 7:11 Awb. Verder vraagt de positionering van de Raad om een herziening. De 'gepaste afstand' tot de minister moet opnieuw worden ingemeten en bij voorkeur in regels gevat. De 'twee petten' van de Raad nopen hoe dan ook tot waakzaamheid en in dat geval is transparantie van groot belang.

Voorts verdient het aanbeveling om de vergelijkende motiveringsplicht nader uit te werken in de toepasselijke subsidieregels. Dan weten de aanvragers welke (mate van) toelichting zij kunnen verwachten op de besluitvorming en worden zij (hopelijk) beter voorzien van het instrumentarium dat nodig is om hun eigen besluit en de plaats van dat besluit in de rangschikking effectief te kunnen betwisten. Daarbij mag 'adviseur' uit artikel 3:8 Awb gerust worden uitgebreid tot 'adviseurs', omdat de toelichting uitwijst dat de regering dit ook voor ogen heeft gehad.³⁴ Ten slotte mag een online publicatieplatform voor tendersubsidies intussen noodzakelijk worden genoemd, ook voor de cultuursector.

32 Overigens al in 2011 aangekaart door Jacobs & Den Ouden (2011a, p. 46). Zij kozen voor een middenweg die nog steeds bruikbaar is: toepassing van artikel 4:5 Awb bij tendersubsidieaanvragen voor zover het procedurele of formele aanvullingen betreft.

33 Neergelegd in de artikelen 4:23, 4:25, 4:26 en 4:27 Awb.

34 MvT bij art. 3:8 Awb, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 74.

4.3 *Subsidieverstrekkers motiveren meteen vergelijkend en zijn transparant over rechtsherstel*

Het effectueren van de vergelijkende motiveringsplicht uit *Holland Opera* leidt tot een toename van de bestuurlijke werklast.³⁵ Daar wordt door subsidieverstrekkers pragmatisch mee omgegaan, door de primaire besluiten maar minimaal te onderbouwen en pas na bezwaar, dus bij het heroverwegingsbesluit, te voorzien in een vergelijkende motivering. Deze werkwijze moet worden losgelaten. De keerzijde is namelijk dat aanvragers nu verplicht zijn om een bezwaarprocedure te starten, aangezien zij er niet van uit kunnen gaan dat de primaire verdeelbesluiten deugdelijk zijn gemotiveerd. Subsidieverstrekkers verliezen uit het oog dat dit mechanisme ook extra werk veroorzaakt, dat een deel van de tijdwinst weer teniet doet. Bovendien is het voor hen juist van belang dat er *geen* procedures tegen tenderverdeelbesluiten worden gevoerd. Vanwege het onderlinge verband tussen de besluiten kan een geconstateerd gebrek in één besluit immers een voorteken zijn voor hetzelfde gebrek bij alle besluiten, waarmee een hele verdeelronde kan sneuvelen.

Subsidieverstrekkers zijn ook in staat om het rechtsherstelknelpunt uit artikel 4:25 Awb op te lossen. De transparantieverplichting *ex post* zou tot en met de fase van heroverweging in acht moeten worden genomen, dus transparantie zou ook moeten gelden voor herziene verdeelbesluiten na bezwaar en voor eventuele wijzigingen in de rangschikking. Pas dan is er voor alle deelnemers in de verdelprocedure sprake van een volwaardige en effectieve rechtsbescherming.

4.4 *Subsidieaanvragers zijn alert*

Wil een aanvrager zekerheid over de vraag of zijn verdeelbesluit voldoet aan de vergelijkende motiveringsplicht, dan is het bij de huidige stand van het recht wijs om altijd op te komen tegen het primaire besluit. Deze actie is in de cultuursector echter geen vanzelfsprekendheid, vanwege de vrees voor een kwaad daglicht bij de subsidieverstrekker en de andere gezelschappen, en omdat de kans op een gegrond beroep gering is. Toch is dit vooralsnog de enige route om de rechtmatigheid van het verdeelbesluit ter discussie te stellen. Alertheid is dus het motto, in de wetenschap dat de deur naar rechtsbescherming slechts zes weken geopend is.

4.5 *Bezwaaradviescommissies kwijten zich volledig van hun taak*

Omdat het indienen van een bezwaarschrift tegen een cultuursubsidiebesluit nageenough onvermijdelijk is, ligt er een belangrijke taak voor de bezwaaradviescommissie die de bezwaarmaker zal horen ter voorbereiding op het besluit op bezwaar. Deze commissie zou het oplossen van het knelpunt uit artikel 7:11 Awb kunnen bespoedigen, omdat zij bij uitstek in staat is om de subsidieverstrekker ervan te weerhouden

35 Zie Hoofdstuk 4, met name § 4 en 5.

om primaire verdeelbesluiten uit te vaardigen met evidente motiveringsgebreken. Wanneer zij haar wettelijke opdracht serieus vervult en daarbij de bezwaren tegen de bestreden verdeelbesluiten *vergelijkend* – dat wil zeggen: *in samenhang* en *in de context* van de rangschikking – beoordeelt, zou dat subsidieverstrekkers ertoe kunnen bewegen reeds in primo te voldoen aan de vergelijkende motiveringsplicht. Zij zullen immers op hun hoede zijn voor de ontdekking van eenzelfde motiveringsgebrek in meerdere verdeelbesluiten. Het vooruitzicht van een nieuwe procedure met een ongewisse uitkomst is vermoedelijk voldoende onaangenaam om subsidieverstrekkers te stimuleren niet voor tijd, maar voor besluitvormingskwaliteit te kiezen.

4.6 *En bestuursrechters toetsen gedifferentieerd*

Komt het tot een beroepsprocedure, dan kan de bestuursrechter ook een bijdrage leveren aan het oplossen van de knelpunten. Zo dient hij bij geschillen over financieringsbeslissingen waakzaam te zijn op de parallellen tussen een publieke geldprijs en de Awb-subsidiedefinitie.

Voorts is in hoofdstuk 7 aan het licht gebracht dat de bestuursrechter al decenia lang in een ingesleten patroon vervalt zodra ‘artistieke kwaliteit’ wordt betwist. Dan blijkt er een aan de deskundigen voorbehouden ‘gebied’ te bestaan, waarin de rechter niet treedt en waarover hij evenmin oordeelt. Dan verschijnt steevast de formulering ‘dat het gaat om objectivering van naar hun aard subjectieve oordelen die zich moeilijk in woorden laten (samen)vatten’ en beperkt de rechterlijke toets zich tot het afvinken van de procedurele aspecten van het bestreden besluit. Vanwaar dit rechterlijke ontzag voor deskundigen en de rechterlijke vrees voor het terrein waarop zij zich begeven? En waarom kunnen de inhoudelijke conclusies uit een cultuursubsidieadvies slechts in twijfel worden getrokken met een tegenadvies van een deskundigencommissie van gelijk gewicht, waarbij dat advies ook nog eens moet zijn gebaseerd op het eerder in de zaak uitgebrachte advies én op de vraagstelling die daaraan ten grondslag lag? Het inbrengen van een dergelijke contra-expertise is bij sommige cultuursubsidies nagenoeg onmogelijk, omdat het deskundigenveld klein is en het vinden van een equivalent van bijvoorbeeld de Raad voor Cultuur illusoir. De wetsgeschiedenis biedt voldoende aanknopingspunten voor een mildere opvatting.³⁶

Daarnaast is het onbetwist dat de ‘status aparte’ die de Raad voor Cultuur in de bestuursrechtspraak lijkt te hebben verworven, niet langer past in de actuele jurisprudentiestandaard. Deskundigencommissies moeten transparant acteren en de kwaliteit van al hun adviseurs moet controleerbaar zijn geborgd. Daarvoor is allereerst nodig dat de bestuursrechter de problemen die de interpretatie van artikel 3:8 Awb in de cultuursector veroorzaakt, sauveert. Zijn restrictieve interpretatie doet geen recht aan de wetsgeschiedenis en dat gegeven biedt voldoende ruimte voor maatwerk.

36 *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 74.* Zie ook Hoofdstuk 7, § 3.

Ook valt niet in te zien waarom de bestuursrechter bij cultuursubsidiebesluiten niet dezelfde toetsingsdifferentiatie aan de dag zou kunnen leggen als hij doet bij andere subsidiebesluiten die met deskundigen zijn voorbereid. Daaraan staat de *ken-nisparadox* niet in de weg. Door de terughoudendheid waarmee de bestuursrechter de motivering van deze verdeelbesluiten nu toetst, is de controle op de kwaliteit van de advisering verworden tot een minimale check. Dat is niet terecht, omdat ook bij cultuursubsidiebesluiten de formele aspecten van deskundigenadviesing en de vergewisplicht volledig behoren te worden getoetst. Zo lang de bestuursrechter dit nalaat, blijven cultuursubsidieaanvragers materieel verstoken van effectieve rechtsbescherming.

5 TOT BESLUIT

Uiteindelijk stemmen de blootgelegde knelpunten bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector niet vrolijk. Zij staan het realiseren van effectieve rechtsbescherming voor cultuursubsidieaanvragers in de weg. Ofschoon de bestuursrechter het afgelopen decennium in een aantal kernuitspraken – nota bene: ook cultuursubsidiegeschillen – essentiële handvatten heeft aangereikt om de rechtsbescherming voor aanvragers in tenderprocedures te verbeteren, leert de praktijk dat cultuursubsidieverstrekkers daarvan onvoldoende gebruik maken. Helaas is het starten van een juridische procedure nu de enige prikkel om hen te bewegen deze jurisprudentie te respecteren, maar procederen is in de cultuursector juist geen wenselijke actie. Deze situatie leidt in feite tot een *rechtsbeschermingsparadox*. De subsidieverstrekkers beschikken over de essentiële sleutel waarmee enkele storende rechtsbeschermingsknelpunten kunnen worden opgelost. Het geeft geen pas die sleutel te laten activeren door degenen wiens rechtsbescherming te wensen over laat. Aanvragers in een tenderverdeelprocedure moeten erop kunnen vertrouwen dat de primaire verdeelbesluiten met de vereiste zorgvuldigheid tot stand zijn gekomen. Het maken van bezwaar zou geen regel moeten zijn, maar uitzondering.

Verschillende van deze knelpunten zijn niet eerder aan het licht gebracht. Het onthullen is de eerste stap; het zoeken naar oplossingen de tweede. Voor elk gesignaleerd knelpunt blijkt een oplossing voorhanden en wie zich aangesproken mogen voelen, is ook duidelijk. Het is nu aan hen om hiermee aan de slag te gaan.

SUMMARY

The focus of this research was on public funding of the cultural sector. The introductory chapter used four practical examples to illustrate why the cultural sector was chosen as the object of research. The sector experiences various legal bottlenecks in government funding and these bottlenecks have a common denominator: the Awb (General Administrative Law Act) funding system appears to be insufficiently tailored to the characteristics of the cultural sector.

Against this background, this study highlighted four administrative law sub-themes related to the provision of public money to the cultural sector. It also paid attention to subsidy law and the underlying Awb regime. This administrative law stratification formed the basis in each sub-theme. This study answered the following main question:

What administrative law bottlenecks arise in the provision of public money to the cultural sector and what solutions can be provided for them, viewed from the perspective of effective legal protection and the public law of distribution?

The four sub-themes that formed the framework along which the main question was answered were:

- 1) The legal form of a public funding decision: arts and culture awards;
- 2) Effective legal protection in tender distribution procedures;
- 3) The standardisation of tender distribution procedures for scarce (cultural) grants;
- 4) Expert advice and the duty of deliberation in the preparation of (cultural) grant decisions.

The focus of this research was on identifying practical problems within these sub-themes and formulating solutions to them. How could justice still be done to the cultural sector within the set frameworks?

BOTTLENECKS

Sub-theme 1

The first practical example shows that the route to legal protection in the cultural sector is not always clear. This is because there are no general regulations for the allocation of art and culture prizes by or on behalf of the government. The person concerned will therefore first need to know the legal form of this funding decision in order to determine whether it can be objected to or, instead, a civil procedure can be initiated. Only after a legal qualification it can be determined which legal regime applies to the decision and what path can be followed to obtain legal protection.

Chapter 2 answered these questions. There, the legal form of the 121 institutionalised art and culture prizes to which the government financially contributes was mapped out and legally qualified. The government funds 61 of these prizes directly or through an administrative body within the meaning of Article 1:1(1)(b) Awb. Since the Awb uses a material subsidy definition and the provision of the 61 prizes also otherwise meets this definition, they should be considered as subsidies within the meaning of the Awb. In the case of the other 60 awards, the qualification of the funding act is stranded on the Awb administrative body concept. They also do not fall under the criteria developed in case-law for non-statutory administrative bodies and therefore cannot be subsidies. Their allocation must be seen as a private-law legal act. Chapter 3 then described the downside of not knowing the legal form.

Sub-theme 2

The second practical example illustrates that legal protection is sometimes completely lacking in tender allocation procedures. An applicant operating in the performing arts, but not in the same market segment and catchment area as the successful applicants, will not be considered a 'stakeholder' in their allocation decisions. This applicant of course has legal protection against his own rejection decision, but that is what he is in this situation not interested in. To still achieve effective legal protection for this specific group of applicants, the Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Administrative Jurisdiction Division of the Council of State) changed its course in its *Holland Opera* ruling in tender procedures. Tender allocation decisions have since been subject to a comparative substantiation obligation, instead of an abridged one. Legal redress is also mandatory even if the budget has run out.

Chapter 4 commented on the route from *Holland Opera*. For instance, the comparative substantiation obligation not only leads to an increase in the board's workload, but also to the expectation that artistic plans included in competing applications could quickly be deemed 'business sensitive'. In that case, the required insight into the creation of the ranking and the place of one's application in it, is still not easily obtained. These predictions have indeed come true in cultural funding practice. Chapter 7 contains an inventory of cultural funding jurisprudence and it confirms this picture. Thus, although the *Holland Opera* ruling does provide a set of tools for effective legal protection of relatively rejected applicants, they are not fully utilised in cultural funding practice. The identified legal protection gap in tender proce-

dures has thus formally-legally been closed, but is not yet a material reality in the distribution of cultural subsidies.

Sub-theme 3

The third practical example shows that tender distribution procedures for cultural grants appear to clash with transparency requirements. Since the *Geobox* divisional ruling, the following applies to distribution procedures like this, in addition to the regular subsidy regime, the obligation to create of equal opportunities. To cash in on this competition standard, an *ex ante* transparency standard has been declared applicable: the grant provider must ensure an appropriate degree of openness regarding the availability of the scarce rights, the method of distribution, the application period and the criteria to be applied. Part of the framework of standards that in tender distribution procedures to ensure effective legal protection, however, already included an *ex post* transparency obligation. In particular, it relates to the verifiability of decision-making.

The working method of the Minister of OCW (Ministry of Education, Culture and Science) appears to meet formally, but materially not to meet all these transparency requirements. The sticking point is the common, very restrictive interpretation of Article 3:8 Awb, which limits the information on experts to 'the adviser'. As Chapters 6 and 7 show, the cultural sector is particularly affected by this. Not only because the experts responsible for the qualitative assessment of applications are kept secret, but also because in that case the administrative court is reluctant to review the justification of a cultural subsidy decision. In fact, the Raad voor Cultuur (Council for Culture) seems to have acquired an almost unassailable position here.

Sub-theme 4

The quality of the advice and the fulfilment of the duty of verification appear to be, in spite of the rulings *De Theatercompagnie* and *Holland Opera* are not sufficiently safeguarded. As soon as a governmental body engages external experts in the preparation of grant decisions and uses their advice to substantiate distribution decisions, it incurs a duty of verification as to the quality (i.e. the impartiality and expertise) of the experts and the quality (i.e. the creation and production and content) of their advice. Article 3:2 Awb obliges the subsidy provider to demonstrate that the distribution decisions can stand the test of due care. This therefore also includes the entire process of advice.

OTHER BOTTLENECKS IN GOVERNMENT FUNDING DECISIONS

The importance of knowledge about the legal form of art and culture prizes should not be underestimated by organising institutions, because these prizes really do have something to fear from the law. Indeed, prizes funded with public money can be disguised subsidies, as Chapter 2 shows. Furthermore, the seven distribution procedures for the national Basis Infrastructuur (Basic Cultural Infrastructure) locally wrangle with the Awb subsidy regime. It follows from Chapter 6 that this mainly

concerns Articles 4:84, 4:5, 3:8, 7:11 and 4:25 Awb. The subsidy providers do not seem sufficiently aware of the nuances that have since been made to these articles by the administrative courts. Another concern is the position of the Raad voor Cultuur in relation to the Minister of OCW. Chapter 6 shows that this relationship needs to be reviewed, as the Council is both a subsidy and policy advisor.

SOLUTIONS

The legislator

For two bottlenecks, the key to a solution lies in the hands of the legislator. The first is to harmonise the legal form of (co-) publicly funded arts and culture prizes. These prizes involve the provision of public money and the primacy of public law applies to them. Of the 121 prizes, 61 qualify as Awb grants, so the public law legal regime applies to them. Because of legal safeguards, this legal regime would preferably also apply to the 60 predominantly publicly funded awards. In order to realise this public law framework and the *Wet op het specifiek cultuurbeleid* (Law on Specific Cultural Policy) also already contains the basis for cultural subsidies, it is most suitable for this purpose.

The second bottleneck the legislator can remove is the *contra legem* situation in Article 4:5 Awb. This covers all scarce subsidies since 2018, reinforcing the need for legislative intervention.

Grant regulators

The subsidy regulators are responsible for the Awb obligations to create legal requirements for subsidy allocation, ceilings, time periods, distribution methods, criteria and the grounds for refusal. This responsibility should be better observed in cultural subsidies. However, there are further regulatory recommendations. To ensure that grantmakers can properly fulfil their duty of discernment, the selection, remit and working methods of expert advisory committees should also be further regulated. For the specific bottlenecks related to the working method and position of the Raad voor Cultuur, first of all, the Raad's advisory procedure should be brought into line with the Awb system, in particular Article 7:11 Awb. Furthermore, the Raad's positioning requires revision. Additionally, it is recommended to elaborate on the comparative justification obligation in the applicable subsidy rules, extending Article 3:8 Awb to 'advisers'. Last but not least, an online publication platform for tender grants is necessary in the meantime.

Grant providers

Grantors appear to provide comparative reasons for primary decisions only after objection. This practice should be abandoned as it is equally important for them to avoid proceedings against tender award decisions. They can also solve the legal redress bottleneck from Article 4:25 Awb. The *ex post* transparency obligation should be observed up to and including the reconsideration. Only then will there be full and effective legal protection for all participants in the distribution procedure.

Grant applicants

At this moment, to be sure whether his distribution decision meets the comparative justification requirement, an applicant must always challenge the primary decision. However, this is not a natural response in the cultural sector, due to the sensitive relationship with the grant provider and the other companies and the low probability of a well-founded appeal. Unfortunately, this is still the only route to challenge the legality of the distribution decision. Applicants should therefore be alert and submit their objections within six weeks.

Objection advisory committees

The objection advisory committee plays an important role in the legal protection of the objector. It could facilitate the resolution of the bottleneck from Article 7:11 Awb, as it is able to prevent grantmakers from issuing primary allocation decisions with obvious flaws in motivation. Indeed, if it assesses in full, assessing objections comparatively, it is more attractive for grantmakers to comply with the comparative substantiation obligation already in primo. This encourages them to opt for decision-making quality rather than time.

Administrative judges

In disputes over funding decisions, administrative judges should be alert to the parallels between a public money award and the Awb subsidy definition. In addition, he should show less respect for experts and the field in which they go in cultural subsidy disputes. The 'status aparte' that the Raad voor Cultuur seems to have acquired in the administrative courts no longer fits the current standard of jurisprudence. Furthermore, the administrative court needs to solve the problems caused by the interpretation of Article 3:8 Awb in the cultural sector. His restrictive interpretation does not do justice to the legislative history. Moreover, the administrative judge should apply the same review differentiation to cultural subsidy decisions as he does to other subsidy decisions prepared with experts.

FINALLY

The bottlenecks exposed in the provision of public money to the cultural sector do not cheer us. They block the effective legal protection of cultural grant applicants. There is even a *legal protection paradox*. Subsidy providers hold the essential key that can solve some disturbing legal protection bottlenecks, but it is up to those whose legal protection leaves to be desired to activate that key. This is undesirable. Applicants in a tender allocation process should be able to be confident that the primary allocation decisions have been made with due diligence. Objecting should not be the rule, but the exception. Several of these bottlenecks have not been revealed before. Revealing them is the first step; seeking solutions the second. For every bottleneck identified, a solution appears to be at hand and those who may feel addressed are also clear. It is now up to them to get on with it.

IMPACTPARAGRAAF

Het onderzoek dat voor dit boek is verricht, bouwt gedeeltelijk voort op bestaand juridisch onderzoek over subsidiëring. Er is al eerder geschreven over de wijzen waarop de overheid haar financieringsbeslissingen vormgeeft, over de noodzaak om de rechten van deelnemers in subsidieprocedures te waarborgen en over de vraag naar mededinging en transparantie in subsidieverdeelprocedures. Ik wijs voor dit thema bijvoorbeeld op Van den Brink, Drahmman, Hirsch Ballin, Jacobs, Van Kreveld, Van Ommeren, Den Ouden, Van Rijn van Alkemade, Steenbeek, Verheij en Wolswinkel.¹ Door een handjevol auteurs is ook al eerder geschreven over de manieren waarop de overheid de cultuursector financiert, zoals Boekman, Hoefnagel, Reinders, De Stuers en Van der Vlies.² Ik heb dankbaar gebruik gemaakt van het werk van deze auteurs en heb daaraan veel inzichten en ideeën ontleend.

Het innovatieve aan mijn onderzoek is dat het bewust een brug slaat naar de cultuursubsidiepraktijk. Met een bestuursrechtelijke blik kijken naar cultuursubsidiëring is in het recht een geheel nieuwe invalshoek. Dit onderzoek stelt nieuwe vragen, waarmee het een zelfstandige wetenschappelijke relevantie creëert. Zo is de vraag naar de rechtsvorm van de geïnstitutionaliseerde Nederlandse kunst- en cultuurprijzen nog nooit eerder opgeworpen. Ook nieuw is het bestuursrechtelijke vergrootglas dat dit onderzoek legt op de verdelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur, op de advisering door deskundigen en op de rechtsbescherming van cultuursubsidieaanvragers van wie de afwijzingsbesluiten zijn gebaseerd op een deskundigenadvies.

Deze ongebruikelijke invalshoeken zijn te danken aan het feit dat ik, vanwege mijn combinatie van opleidingen³, nu eenmaal beschik over een 'bifocale bril'. Door dit nieuwe perspectief draagt dit onderzoek in de eerste plaats bij aan de verbreding van het subsidierechtelijke onderzoeksveld. Daarnaast legt het een bestuursrechtelijk dwarsverband met de cultuursector dat niet eerder bestond. De beantwoor-

1 In alfabetische volgorde en beslist niet uitputtend bedoeld. Zie Van den Brink 2018, Drahmman 2015, Hirsch Ballin 1988, Jacobs 1999, Van Kreveld 1988, Van Ommeren 2004, Den Ouden 2016a, Van Rijn van Alkemade 2016, Steenbeek 1961, Verheij (in AB-annotaties) en Wolswinkel 2013.

2 Idem. Zie Boekman 1939, Hoefnagel 1983, Reinders 1983, De Stuers 1873 en Van der Vlies 2009.

3 Zie het Curriculum vitae.

ding van de onderzoeksvragen heeft een aantal serieuze knelpunten blootgelegd die voorheen onzichtbaar waren. Er is dus een vrijwel onontgonnen onderzoeksterrein aangeboord, dat beslist meer wetenschappelijke aandacht verdient dan tot dusver het geval is.

De maatschappelijke impact van dit onderzoek hangt nauw samen met zijn wetenschappelijke waarde. Het onderzoek heeft veel juridische kwesties aan het licht gebracht die om oplossingen vragen. Elk hoofdstuk geeft aanzetten daartoe, in de vorm van concrete aanbevelingen aan de betrokken actoren. Deze aanbevelingen zien op de wet- en regelgevers en op de subsidieverstrekkers, maar vragen ook een actieve(re) opstelling van de bestuursrechter en een zekere mate van alertheid van subsidieaanvragers. Het is nu aan hen om deze handschoen op te pakken.

Ik ben mij ervan bewust dat de actoren in de cultuursector – zowel geldverstrekkers als subsidieaanvragers – deze handschoen niet gemakkelijk zullen oppakken. Dat ongemak houdt verband met de aard van de sector: regulering heeft niet altijd prioriteit en op (nog meer) juridisering zit men niet te wachten. Toch zal ik niet nalaten het belang van mijn onderzoek te benadrukken. Als de sector zich meer bewust wordt van de juridische aspecten van overheidsfinanciering, zal dat niet alleen de subsidieverstrekkers van pas komen, maar ook de rechtsbescherming van de aanvragers beter borgen. Op dit moment worden verschillende juridische implicaties onvoldoende onderkend, waardoor plichten worden verzaakt en rechten onbenut blijven. Dat is niet goed voor de sector en evenmin voor het aanzien daarvan.

Omdat ik de strekking van mijn onderzoek ook via een 'proefschriftmagazine' publiceer, hoop ik mijn doelgroep gemakkelijker aan te spreken en de drempel tot het bestuursrecht te verlagen. Ook zal ik mijn onderzoek onder de aandacht brengen van kunstenaars en culturele instellingen via kanalen als de Boekmanstichting, Kunsten '92, de Vereniging Kunst, Cultuur & Recht en de Vereniging Rembrandt. In oktober 2022 heb ik mijn onderzoeksresultaten al gepresenteerd bij studenten uit de Master Arts & Heritage: Policy, Management & Education van de UM, om ook de beleidsmakers van de toekomst te doordringen van het belang van het bestuursrecht in de wereld van de kunst.

CURRICULUM VITAE

Ellen Hardy werd geboren op 28 maart 1962 te Maastricht. Na het voltooien van het Atheneum aan het Jeanne d'Arc College te Maastricht startte zij de studie Dwarsfluit aan het Maastrichts Conservatorium. In 1984 behaalde zij de Onderwijsakte-B en in 1987 het Einddiploma Uitvoerend Musicus 'met onderscheiding'. In 1988 won zij de Edmond Hustinx Muziekprijs van de stad Maastricht. Zij vervolgde haar studie Dwarsfluit aan het Koninklijk Muziekconservatorium te Brussel, waar zij in 1991 het Hoger Diploma Dwarsfluit behaalde.

In hetzelfde jaar startte zij met de (deeltijd)opleiding Nederlands Recht aan de Universiteit Maastricht. Deze opleiding voltooide zij in 1998.

Al tijdens haar conservatoriumstudie was zij werkzaam als docent dwarsfluit aan de Muziekschool van Roermond (1982-1994) en het Centrum voor Kunstzinnige Vorming te Eindhoven (1991-1999).

Als uitvoerend musicus heeft zij zich waargemaakt als lid van Ensemble Ad Libitum. Met dit ensemble zijn onder auspiciën van het Buma-fonds, het Nederlands Impresariaat, de stichting Live Music Now en de stichting Kunst in de Kamer tussen 1984 en 2011 talloze optredens verzorgd op de belangrijkste kamermuziekpodia in Nederland. Ad Libitum heeft studio-opnamen gemaakt voor alle Nederlandse omroepverenigingen en voor de Bayerischer Rundfunk, heeft opgetreden voor VPRO-televisie en een cd geproduceerd. Tussen 1992 en 1996 is het ensemble door het Kabinet Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse Zaken vijf maal uitgezonden naar de Nederlandse Antillen en Aruba in verband met een zelf ontwikkeld educatief project. Ad Libitum was in 1991 finalist in het internationale kamermuziekconcorso Notamus te Brussel.

In 1999 heeft Ellen de overstap gemaakt naar de wetenschap en werd zij 'docent in het recht' bij de capaciteitsgroep Publiekrecht aan de Universiteit Maastricht. Die functie heeft zij tot 2022 vervuld. Zij was medeverantwoordelijk voor bachelorvakken op het terrein van het Staats- en bestuursrecht, het bestuursprocesrecht en het vermogensrecht. Daarnaast was zij van 2009 tot 2022 blokcoördinator van het Mastervak Overheid & Privaatrecht. Zij heeft scripties, stages en de VAR-pleitwedstrijd begeleid. Ellen hecht zeer aan contact met de praktijk. Zij was van 2008-2015 plaatsvervangend voorzitter en lid van de bezwaaradviescommissie van de provincie

Limburg, is vanaf 2016 plaatsvervangend voorzitter en lid van de bezwaaradviescommissie van de provincie Noord-Brabant, is sinds 2016 rechter-plaatsvervanger Bestuursrecht bij de rechtbank Limburg en was tussen 2018 en 2022 voorzitter van het College van Beroep voor de Examens bij de Universiteit Tilburg.

In 2000 zette zij de eerste stappen in onderzoek, in de rol van gastannotator bij het jurisprudentietijdschrift *JB*. Dat werd in 2005 uitgebreid met de medewerking aan het WODC-onderzoek naar Kwaliteit van wetgeving. In 2009 volgde de eerste publicatie in het vaktijdschrift *JBplus*. In 2014 heeft zij opnieuw meegewerkt aan een WODC-onderzoek: een evaluatie naar het gebruik van de bestuurlijke lus. Vanaf 2016 is zij zich volledig gaan richten op het onderzoek dat heeft geleid tot dit boek. In die periode is zij ook annotaties gaan schrijven voor het jurisprudentietijdschrift *AB*.

LITERATUUR

A

Abbing 1989

H. Abbing, *Een economie van de Kunsten. Beschouwingen over kunst en kunstbeleid*, Groningen: Historische Uitgeverij 1989

Abbing 2002

H. Abbing, *Why are artists poor? The exceptional economy of the arts*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2002

Abbing 2009

H. Abbing, *Van hoge naar nieuwe kunst*, Amsterdam: Historische uitgeverij 2009

Adams 2012

Th. Adams, *Kunst moet. Ook in tijden van cholera*, Amsterdam: Van Gennep 2012

Adams & Hoefnagel 2012

Th. Adams & F. Hoefnagel, *Kunstbeleid in tijden van cholera*, Amsterdam: Van Gennep 2012

Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2010

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & S. van den Bogaert, 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat', *NJB* 2010/1529, p. 1900-1907

Aerts 2018

R. Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018

Akkermans 2022

E. Akkermans, 'Naar een tompouce-economie. Over de culturele en creatieve sector in de nieuwe economie', *Boekman Extra* 2022/31, www.boekman.nl

Antenbrink & Vedder 2017

F. Antenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridisch 2017

Van Asperen 2017

P. van Asperen, 'De puzzel van publieke normen bij subsidies', *Gst.* 2017/101, p. 532-540

Asser/Sieburgh 2018

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III**. *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018/171

B**Baarsma 2022**

B. Baarsma, 'Van onschatbare waarde. Over het economisch belang van cultuur', *Boekman* 2022/126, p. 44-47

Backes e.a. 2014a

Ch. W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen, S. Polleunis & R. Timmers, *Evaluatie Bestuurlijke lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, Den Haag: WODC 2014, nr. 2331

Backes e.a. 2014b

Ch.W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen, S. Polleunis & R. Timmers, 'Vier jaar bestuurlijke lus – success story of teleurstelling?', «JBplus» 2014, p. 207-225

Van Bakel & Kuijpers 2018

M.M.F.J. van Bakel & R.E.A. Kuijpers, 'Contouren voor een nieuw subsidiebesluit in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/64, p. 446-454

Balk 2019

R. Balk, 'Ronddraaiend geld voor kunst en cultuur. Revolverende fondsen', *Boekman* 2019/121, p. 14-17

Barkhuysen e.a. 2016

T. Barkhuysen J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *ABKlassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Barkhuysen & Den Ouden 2017

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over rechtseenheid, meer burger- en concurrentvriendelijkheid en "individual gerechtigheid"', *NJB* 2017/834, p. 1000-1011

Barkhuysen e.a. 2019

T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*. Bundel ter gelegenheid van het congres te Den Haag op 8 februari 2019, georganiseerd door Radboud Universiteit, Universiteit Leiden en Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bartelse & Breure 2022

J. Bartelse & A. Breure, 'Cultuur wil écht beleid', *NRC* 29 augustus 2022

Been, Loots & Wijngaarden 2022

W. Been, E. Loots & Y. Wijngaarden, 'De creatieve arbeidsmarkt in tijden van corona', *Boekman* 2022/132, p. 38-43

Berenschot 2019

Rapport Berenschot, *Ruimte voor relevantie. Evaluatie van de Raad voor Cultuur 2013-2018*, 14 maart 2019, <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/publicaties/2019/03/14/evaluatierapport-ruimte-voor-relevantie>

Berentsen 2022

M. Berentsen, 'Meerstemmig veld. Het huidige bestel en uitdagingen voor de toekomst', *Boekman* 2022/126, p. 16-19

Ten Berge & Reinders 1984

J.B.J.M. ten Berge en A.J.G. Reinders, 'De subsidie bestuursrechtelijk verankerd', in: M.C.M. Burkens en R. Crinice Le Roy (red.), *Burger en overheid*, Den Haag: VUGA 1984, p. 40-64

Van den Berge 2018

L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RMThemis* 2018/4, p. 124-136

Van den Berge 2020

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. van Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-62

Bergman 2018

L. Bergman, 'Kunst en Fiscaliteit in internationaal perspectief', *WFR* 2018/176, p. 1220-1225.

Bevers & Hitters 1990

T. Bevers & E. Hitters, 'Het spel en de knikkers. Particuliere zorg, overheid en podiumkunst na 1945', in: C.B. Smithuijsen (red.), *De hulpbehoevende mecenas. Particulier initiatief, overheid en cultuur, 1940-1990*, Zutphen: Walburg Pers 1990, p. 130-188

Bevers 1996

T. Bevers, 'Markt en subsidie', in: Q. van den Hoogen & R. de Vries (red.), *Kunsten volgens Paars* (symposiumbundel), Groningen: Passage 1996, p. 69-72

Bitter & Besselink 2019

C. Bitter & H.J.M. Besselink, '25 jaar Awb-bezwaarschriftprocedure: tijd voor Heroverweging', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*. Bundel ter gelegenheid van het congres te Den Haag op 8 februari 2019, georganiseerd door Radboud Universiteit, Universiteit Leiden en Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 49-56

Boekman 1939

E. Boekman, *Overheid en kunst in Nederland* (diss. Amsterdam UvA 1939), Amsterdam: Boekmanstichting/Van Gennep 1989, www.Boekman.nl

Boekmanstichting 2001

Themanummer 'Thorbecke', *Boekmancahier* 2001/50

Boekmanstichting, SiRM & Significant APE 2021

Rapport 'Ongelijk getroffen, ongelijk gesteund. Effecten van de coronacrisis in de culturele sector', Boekmanstichting, SiRM & Significant APE, Amsterdam 2021, https://www.boekman.nl/wp-content/uploads/2021/05/Ongelijk-getroffen-ongelijk-gesteund_def.pdf.

Bongers e.a. 2017

F. Bongers (e.a.), 'Economische ontwikkelingen in de cultuursector, 2009-2016', *Ape Onderzoek & Advies* 2017

Bots 2004

A.M.M.M. Bots, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-165

Bots 2022

P. Bots, 'Pleidooi voor de herijking van het koningscriterium. De rol van artistieke kwaliteit in een nieuw cultuurbestel', *Boekman* 2022/126, p. 10-13

Van den Braber 2021a

H. van den Braber, *Van maker naar mecenas (en weer terug): over giftuitwisseling in de kunsten* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2021

Van den Braber 2021b

H. van den Braber, 'Waar blijft die *culture of giving*? Over de spagaat van mecenaat, tien jaar na Zijlstra', *Boekman* 2021/126, p. 28-31

Brandt Corstius 2016

J. Brandt Corstius, *As in tas*, Amsterdam: Das Mag uitgevers 2016

Brasz 1961

H.A. Brasz, 'Bestuurskundige aspecten', in: R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, *De overheidssubsidie* (Preadviezen voor de VAR-vergadering op 29 september 1961), Haarlem: Tjeenk Willink 1961, p. 28-69

Bregman 2022

A.G. Bregman, 'Noem grondeigendom geen schaars recht', «JBplus» 2022/4, p. 196-209

Van den Brink 1997

H. M. van den Brink, 'Schutkleur en kameleongedrag', *Boekmancahier* 1997/31, p. 46-55

Van den Brink 2012

J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012

Van den Brink & Den Ouden 2016

J. E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897

Van den Brink 2018

J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2018

Van den Brink & Den Ouden 2019

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel "subsidiërelaties" niet of nauwelijks normeert', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*. Bundel ter gelegenheid van het congres te Den Haag op 8 februari 2019, georganiseerd door Radboud Universiteit, Universiteit Leiden en Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-223

Van den Brink 2021

J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: J.P. Loof, J. Korzelijs, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd* (Preadviezen VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-338

Van den Brink 2022

H.M. van den Brink, 'Prijs der Nederlandse Letteren had gewoon uitgereikt moeten worden', *NRC* 20 augustus 2021

Van den Broek & De Haan 2000

A. van den Broek & J. de Haan, *Cultuur tussen competentie en competitie*, Amsterdam/Den Haag: Boekmanstudies/Sociaal en Cultureel Planbureau 2000

Brom & Schrijen 2019

R. Brom & B. Schrijen, 'Overzicht financieringsstromen in de culturele sector', Amsterdam: Boekmanstichting 2019

Bröring & De Graaf 2022

H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom juridisch 2022

Brouwer e.a. 2020

L. Brouwer (e.a.), *Leve het geven: een onderzoek naar particulier geven aan creatieve professionals*, Amsterdam: Platform ACCT 2020

Bunnik & Van Huis 2011

C. Bunnik & E. van Huis, *Niet tellen maar wegen. Over de zin en onzin van prestatieafspraken in de culturele sector*, Amsterdam: Boekmanstudies 2011

Bunnik 2016

C. Bunnik, *Naar waarde gewogen. Een nieuw model voor kwaliteitsbeoordeling bij de toekenning van cultuursubsidies*, Amsterdam: Boekmanstichting 2016

Burghoorn 2020

A. Burghoorn, 'Tweede Kamer wil alsnog subsidie voor Scapino Ballet en Noorderslag', *de Volkskrant* 29 juni 2020

Burkens & Crince Le Roy 1984

M.C.M. Burkens en R. Crince Le Roy (red.), *Burger en overheid*, Den Haag: VUGA 1984

Buijze & Widdershoven 2011

A.W.J.G. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 411-432

Buijze 2013

A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 's-Hertogenbosch: BOX Press 2013

Buijze 2022

A.W.G.J. Buijze, 'Transparant waartoe? Over de toegevoegde waarde van transparantie voor het realiseren van publieke waarden', in: A.W.G.J. Buijze, A. Drahmman, C.J. Wolswinkel, N.N. Bontje & E.C. Pietermaat, *Transparantie en openbaarheid* (Preadviezen VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 7-70

C**Cozijnsen 1999**

D. Cozijnsen, *In de ban van subsidie* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999

D**Daamen 2022**

M. Daamen, *Grazen boven het kunstgras. Het falen van het Nederlandse kunstbeleid*, Amsterdam: Prometheus 2022

Damen 1987

L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1987

Damen 2000

L.J.A. Damen, 'De Bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', *AA* 2000/49, p. 61-69

Damen 2013

L.J.A. Damen (red.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag: BJu 2013

Dommering 2019

E. Dommering, *De affaire Ruf. Crisis in het Stedelijk Museum*, Amsterdam: Brave New Books 2019

Drahmann 2011a

A. Drahmann, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115

Drahmann 2011b

A. Drahmann, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124

Drahmann 2011c

A. Drahmann, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 267-292

Drahmann 2012

A. Drahmann, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het *Betfair*-arrest', *NTB* 2012/25, p. 184-193

Drahmann 2015

A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015

Driessen 2018

G.R.G. Driessen, 'Eenzijdig gerichte rechtshandeling of overeenkomst? Dat verdient uitleg!', *Contracten* 2018/3.4, p. 86-91

DSP-groep 2017

A. van der Horst, J. de Kleuver & A. Bogaart, 'Ondernemerschap in cultuur. Evaluatie van het Programma Ondernemerschap Cultuur 2013-2016', Rapport DSP-groep 2017

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintissenrecht deel 1: Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004

Dijkgraaf 2011

R. Dijkgraaf, 'Holland op z'n hoogst', in: *Dutch Heights 2*, Heemstede: Dutch Heights 2011

Dijksterhuis 2018a

E. Dijksterhuis (red.), *De kunst van het beïnvloeden. 25 jaar Kunsten '92*, Amsterdam: Kunsten '92 2018

Dijksterhuis 2018b

E. Dijksterhuis, 'Exportproduct, diplomatiek smeermiddel of autonome waarde', in: E. Dijksterhuis (red.), *De kunst van het beïnvloeden. 25 jaar Kunsten '92*, Amsterdam: Kunsten '92 2018, p. 18-21

Dijkstra 1997

G.S.A. Dijkstra, 'Derde tranche Awb en effectiviteit van subsidies', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid*, Deventer: Kluwer 1997, p. 165-173

E

Eggens 1953

J. Eggens, 'Boekbespreking L.E.H. Rutten, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet', *WPNR* 1953-4294

Embrechts 2021

A. Embrechts, 'Cultuursubsidies Noord-Brabant moeten opnieuw na verstrengeling belangen', *de Volkskrant* 29 januari 2021

Erkens & Raat 2022

F.J. Erkens & C. Raat, 'De deskundige in het bestuursrecht. Naar afbakening en definitie van het begrip', *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2022, nr. 5-6, p. 4-12

Essers & Lombert 2017

M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Vakmedianet 2017

Van Ettekovén 2016

B.J. van Ettekovén, 'De deskundige deskundige. Over registers en de *disclosure statement*', *O&A* 2016/53, p. 82-92

Eijlander 1994

Ph. Eijlander, 'Wetmatig subsidiebeleid?', in: T. Hoogenboom en L.J.A. Damen (red.), *In de sfeer van administratief recht* (Liber amicorum W. Konijnenbelt), Utrecht: Lemma 1994, p. 83-94

F

Faas & Koenraad 2022

W.A. Faas & L.M. Koenraad, 'Bestuursorganen en bestuursrechters weten niet wat zij niet weten', *Expertise en Recht* 2022/5, p. 175-182

Fretz 2010

J. Fretz, *Hart voor kunst. Een pleidooi tegen de culturele kaalslag*, Amsterdam: Lebowski Publishers 2010.

G

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002

Govaers 2012

E.J. Govaers, 'Mag de bestuursrechter doen wat hem geraden voorkomt?', *Trema* 2012/1, p. 14-17

De Groot & Akkermans 2007

G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadestelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007/72

Groot 2022

G. Groot, 'Wat komen gaat en blijven zal', *Boekman* 2022/132, p. 4-7

H**Van Haersolte 1961**

R.A.V. van Haersolte, 'Inleidende beschouwingen', in: R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, *De overheidssubsidie* (Preadviezen voor de VAR-vergadering op 29 september 1961), Haarlem: Tjeenk Willink 1961, p. 5-27

Van Haersolte, Brasz & Steenbeek 1961

R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, *De overheidssubsidie* (Preadviezen voor de VAR-vergadering op 29 september 1961), Haarlem: Tjeenk Willink 1961

Hardy 2009

E.M.J. Hardy, 'Advisering in de kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigenadviesing en rechtsbescherming', «JBplus» 2009/2, p. 106-127

Hardy 2016

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren. Rechtsbescherming in tenderprocedures: over belanghebbendheid en inzagerecht', «JBplus» 2016/1, p. 13-36

Hardy 2019a

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst. Over de juridische consequenties van de vormgeving van Nederlandse kunst- en cultuurprijzen', *RMThemis* 2019-3, p. 98-117

Hardy 2019b

E.M.J. Hardy, 'Kunstprijzen als subsidie. De juridische consequenties', *Boekman* 2019/121, p. 44-47

Hardy 2020

E.M.J. Hardy, 'De keerzijde van de medaille', *NJB* 2020/10, p. 682-690

Hardy & Verboeket 2021

E.M.J. Hardy & L.W. Verboeket, 'Deskundigenadviesing in subsidie- en aanbestedingsrecht. Over smaak valt niet te twisten?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (Den Ouden-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 67-86

Hardy 2022a

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het adviseren. Over deskundigenadviesing en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten', «JBplus» 2022/1, p. 3-25

Hardy 2022b

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het verdelen. Over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies', *NTB* 2022/3, p. 136-147

't Hart 2014

K. 't Hart, *Teatro Olimpico*, Amsterdam: Querido 2014

Hartlief 1995

T. Hartlief, 'Subsidie en privaatrecht', *S&V* 1995, p. 101-104

Heijne 2010

B. Heijne, 'De Prijzenparadox', in: *Dutch Heights 1*, Heemstede: Dutch Heights 2010, p. 48-52

Hemels 2010

S.J.C. Hemels, 'In het algemene en sociale belang ANBI en SBBI in de nieuwe schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/48

Hemels 2015

S.J.C. Hemels, *'Kunstliefhebbers, culturele instellingen en belastingen'*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2015

Heeremans & Baas 2013

D. Heeremans & R. Baas, *'De belanghebbende in het bestuursrecht'*, *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/73

Herweijer, Schuiling & Winter 1997

M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid*, Deventer: Kluwer 1997

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, *'Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen'*, in: *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, Preadvis (XCIX) voor de VAR-jaarvergadering op 29 april 1988), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1988, p. 13-71

Hirsch Ballin & Van Kreveld 1988

E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (Preadvis voor de VAR-jaarvergadering op 29 april 1988) Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1988

Hirsch Ballin 1989

E.M.H. Hirsch Ballin, *'Wederkerig bestuursrecht'*, *RMThemis* 1989/1, p. 1-4

Hoefnagel 1983

F.J.P.M. Hoefnagel, *'Kunstbeleid in Nederland: geschiedenis en ideeën'*, *'De organisatie van het kunstbeleid in Nederland: feiten en wensen'* en *'De wenselijke wettelijke regeling van kunstbeleid (en kunst)'*, in: F.J.P.M. Hoefnagel & A.J.G. Reinders, *Kunst, kunstbeleid en administratief recht* (Preadvis voor de VAR-vergadering op 25 maart 1983), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1983, p. 15-65 en 172-216

Hoefnagel & Reinders 1983

F.J.P.M. Hoefnagel & A.J.G. Reinders, *Kunst, kunstbeleid en administratief recht* (Preadvis voor de VAR-vergadering op 25 maart 1983), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1983

Hoefnagel 1988

F.J.P.M. Hoefnagel: *Wetgever en cultuur* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1988

Hoekema 1990

A.J. Hoekema, *'Het rechtskarakter van doelmatig onderhandelend bestuur'*, in: C.W. Maris e.a. (red.), *Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid*, Arnhem/Deventer: Gouda Quint/Kluwer 1990, p. 101-126

Van den Hoogen & De Vries 1996

Q. van den Hoogen & R. de Vries (red.), *Kunsten volgens Paars* (symposiumbundel), Groningen: Passage 1996

Van den Hoogen 2014

Q. van den Hoogen, e.a. (red.), *Cultuurbeleid: digitaal handboek voor de kunst- en cultuursector*, Amsterdam: Reed Business 2014, <https://catalogus.boekman.nl/extern/>

Hoogenboom & Damen 1994

T. Hoogenboom en L.J.A. Damen (red.), *In de sfeer van administratief recht* (Liber amicorum W. Konijnenbelt), Utrecht: Lemma 1994

Holierhoek 2014

C.P.A. Holierhoek: *'Literaire prijzen'*, in: Q. van den Hoogen, e.a. (red.), *Cultuurbeleid: digitaal handboek voor de kunst- en cultuursector*, Amsterdam: Reed Business 2014, <https://catalogus.boekman.nl/extern/>, p. 1477-1478

Hoving 2018

R.A. Hoving, 'De deskundigenparadox: een schijnbare tegenstelling', *Ars Aequi* 2018, p. 86-89

Huijser & De Roos 2007

W. Huijser & P. de Roos, *Raban! Raban! Raban! Buddingh's Blauwbilgorgel met pensioen*, Soesterberg: Aspekt 2007

Huisman 2019

P. J. Huisman, 'Groeirichtingen voor de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*. Bundel ter gelegenheid van het congres te Den Haag op 8 februari 2019, georganiseerd door Radboud Universiteit, Universiteit Leiden en Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 143-155

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Hijma & Van Dam e.a. 2013

Jac. Hijma, C.C. van Dam, e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 3, Deventer: Kluwer 2013

J**Jacobs 1994**

M.J. Jacobs, 'Subsidies in de Awb', *NJB* 1994, p. 1534-1535

Jacobs & Den Ouden 1997

M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Hoedt u voor artikel 4:36 Awb!', *NTB* 1997, p. 254-266

Jacobs 1999

M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Elsevier 1999

Jacobs & Den Ouden 2011a

M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen. Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', «JBplus» 2011, p. 35-58

Jacobs & Den Ouden 2011b

M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 203-233

Jacobs & Den Ouden 2014

M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', *NALL* januari 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000017

Jaeger 2019

T. Jaeger, 'Legt kunst het af tegen het milieu? Banken treden terug als sponsor van kunst', *Boekman* 2019/121, p. 10-13

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2014

Jansen, Van Ommeren & Van Boom 2022

C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren & W.H. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/12, p. 889-896

Janssens 2020

S. Janssens, 'Veel gezelschappen in zwaar weer na wegvallen subsidie', *NRC* 4 augustus 2020

K**Van Kaam 2022**

S. van Kaam, 'Vergewisplicht en deskundigenadvies: toets bestuursrechter in recente jurisprudentie', *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2022, nr. 3-4, p. 13-18

Kagie & Husken 2014

R. Kagie & M. Husken, *De miljoenenroof. Hoe boekhouder Clemens K. het kunstfonds kaalplukte en spoorloos verdween*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2014

Ten Kate & Van den Ende 2006

B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht?', *Gst.* 2006/7261, p. 583-595

Kerkhof 2021

M. Kerkhof, 'Cellist Ella van Poucke zou de Nederlandse Muziekprijs krijgen. Waarom werd dat op het laatst afgeblazen?', *de Volkskrant* 7 december 2021

Kessels 2004

J.H.M. Kessels, 'Vrijheid van kunst- en cultuursubsidies in Duitsland en Nederland', in: C.B. Smithuijsen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmanstichting 2004, p. 51-59

Van Klink 2005

P. van Klink, *Kunsteconomie in nieuw perspectief*, Groningen: K's Concern 2005

Van Klink, Van den Born & Van Witteloostuijn 2011

P. van Klink, A. van den Born & A. van Witteloostuijn, *Subsidiëring van podiumkunsten: beschaving of verslaving?*, Sigma-reeks, Brussel/Antwerpen: Uitgeverij Politeia/UPA 2011

Van Klink 2016

P. van Klink, *De bijzondere economie van het kunstenaarschap*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016

Knol 2019

J.J. Knol, 'Cultuurbeleid als praktisch ideaal', *Boekman Extra* 2019/17, p. 4-7

Koenraad & Van Schijndel 2005

L.M. Koenraad & G.A.L. van Schijndel, 'Raadsleden en bezwaar', *Gst.* 2005/40

Koenraad 2012

L.M. Koenraad, 'Moed om te heroverwegen', *Gst.* 2012/124

Koenraad 2017

L.M. Koenraad, 'Deskundigen in het Nederlands bestuursrecht. Rechterlijke controle van bestuursoptreden dat op deskundigenadvisering is gebaseerd', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Boom Juridisch tijdschriften 2017/1, p. 69-127

Koenraad 2019

L.M. Koenraad, 'Zorgvuldigheid en deskundigenadvies', «JB Select» 2019, p. 117-129

Koenraad 2021

L.M. Koenraad, 'Spreken met bezwaarmakers', *NTB* 2021/3, p. 17-22

Konijnenbelt & Van Male 2014

W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Van Kreveld 1988

J.H. van Kreveld, 'Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen', in: *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, Preadvis (XCIX) voor de VAR-jaarvergadering op 29 april 1988, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1988, p. 73-237

Kruijt & Embrechts 2020

M. Kruijt & A. Embrechts, 'Nu de Raad voor Cultuur zich heeft uitgesproken, begint het gemor', *de Volkskrant* 25 juni 2020

Krul 2001

W. Krul, 'Opbouwende ascese: Thorbecke adagium van staatsonthouding als zedelijk beginsel', *Boekmancahier* 2001/50, p. 447-460

Kuypers 1999

P. Kuypers, *In de schaduw van kunst. Een kritische beschouwing van de Nederlandse cultuurpolitiek*, Amsterdam: Prometheus 1999

Kuypers 2004

P. Kuypers, 'De veiligheid van een strak gereguleerd asiel. Decentralisatie, kunst en cultuurbeleid', in: C.B. Smithuijzen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmanstichting 2004, p. 73-82

L**Van der Leden 2021**

J. van der Leden, 'Ontstaan en ontwikkeling culturele Basisinfrastructuur', *Boekman Extra* 2021/25, www.boekman.nl

Van der Leden 2022

J. van der Leden, 'Verkenning stedelijke culturele Basisinfrastructuur', *Boekman Extra* 2022/30, www.boekman.nl

Lelieveldt 2019

Ph. Lelieveldt, 'Boekman nog steeds relevant', *Boekman Extra* 2019/17, p. 8-10

Linssen 2019

D. Linssen, 'Wie een film maakt, kan bijna niet om het Filmfonds heen', *Boekman* 2019/121, p. 20-23

Van der Lint 2021

P. van der Lint, 'De een wint, de ander niet en over de uitslag wordt niet gecorrespondeerd', *Trouw* 11 december 2021

Louis & Loach 2021

E. Louis & K. Loach, *Dialogo over kunst en politiek*, Amsterdam: De Bezige Bij 2021

Lubina 2004

K. Lubina, 'De cultuurnotaprocedure in analyse. Literatuur over juridisering en regulering rondom de cultuurnotaprocedure', in: C.B. Smithuijzen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmansstichting 2004, p. 93-105

Lunshof 1989

H.R. Lunshof, *Welzijn, wet, wetgever* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

M**Van Maanen 2017**

H. van Maanen, *Kunst in de kop van de koopman*, Groningen: Passage 2017

Maris e.a. 1990

C.W. Maris e.a. (red.), *Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid*, Arnhem/Deventer: Gouda Quint/Kluwer 1990

Van Meerkerk & Van den Hoogen 2022

E. van Meerkerk & Q. van den Hoogen, 'Knellend keurslijf. De beperkingen van een steeds bureaucratistischer cultuurbestel', *Boekman* 2022/126, p. 4-9

Van der Meulen 2022a

K. van der Meulen, 'Een nieuwe balans voor het cultuurbestel', *Boekman* 2022/126, p. 26-27

Van der Meulen 2022b

K. van der Meulen, 'Cultuur na corona', *Boekman* 2022/132, p. 8-11

Minister van OCW 2015

Minister van OCW, 'Ruimte voor Cultuur. Uitgangspunten Cultuurbeleid 2017-2020', p. 3, www.rijks-overheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2015/06/08/ruimte-voor-cultuur

Van Mourik e.a. 2015

M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht* 2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015

N**Nieuwenhuizen 2018**

W.A.P. Nieuwenhuizen, 'Het verlaagde btw-tarief: keep it simple, stupid!', *NtFR* 2018/2725

Nuchelmans 2010

A. Nuchelmans, 'Alles heeft z'n prijs', *Dutch Heights 1*, Heemstede: Dutch Heights 2010, p. 53-57

Nijmeijer 2022

A.G.A. Nijmeijer, 'Toenemende toetsingsintensiteit en de uitdijende rol van de deskundige', *TBR* 2022/1

O**Van Ommeren 2004**

F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004

Van Ommeren 2011

F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235-265

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011a

F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011b

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, p. 1858-1866

Onrust 2004

F. Onrust, 'De positie van deskundigen bij beslissingen over kunstsubsidies', in: C.B. Smithuijsen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmanstichting 2004, p. 61-72

Oosterbaan Martinius 1990

W. Oosterbaan Martinius, *Schoonheid, Welzijn, Kwaliteit. Kunstbeleid en verantwoording na 1945*, Den Haag: SDU 1990

Van Os & Ribbens 2021

P. van Os & A. Ribbens, *Tussen kunst en cash. Hoe geld de Nederlandse kunstwereld corrupteert*, Amsterdam: Das Mag 2021

Ostermann & Reep 2012

T. Ostermann & L. Reep, 'Inzicht in de anbi', *MBB* 2012/12, p. 447-460

Den Ouden 2002

W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt?* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002

Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011

Den Ouden 2016a

W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52, p. 387-392

Den Ouden 2016b

W. den Ouden, 'De Bourbon. Het rechtskarakter van de overheidsbegroting', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *ABKlassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-12

Den Ouden 2018

W. den Ouden, 'Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private zorgaanbieder', *NTB* 2018/10, p. 28-31

Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021

W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht* (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021

Ouwehand 2019

I.S. Ouwehand, 'Deskundigenadvisering in de bestuurlijke fase – het toetsingskader van de bestuursrechter onder de loep', 2019, *www.rechtenoverheid.nl*, p. 1-53

Ouwehand 2022

I.S. Ouwehand, 'De amicus curiae en de bijzondere kamer: nieuwe manieren voor de bestuursrechter om deskundigen in de procedure te betrekken', *NTB* 2022/72, p. 148-158

P**Paauwe 2017**

C. Paauwe, 'Het literaire prijzencircus. Onderzoek naar de positie van literatuurprijzen in het Nederlandse literaire veld' (Masterscriptie Nijmegen), 2017

Pama 2017

G. Pama, 'Duizenden uren subsidie aanvragen', *NRC* 26 januari 2017

Pama & Smalenburg 2018a

G. Pama & S. Smalenburg, 'Ophef over 'amateurisme' bij selectie Biënnale Venetië', *NRC* 1 juni 2018

Pama & Smalenburg 2018b

G. Pama & S. Smalenburg, 'Afgewezen kunstenaars tekenen bezwaar aan bij het Mondriaan Fonds', *NRC* 13 juni 2018

Peters 2000

J.A.F. Peters, 'Bestuursorgaan in bestuursrechterlijke handen', «JBplus» 2000/3, p. 78-90

Peters 2015

J.A.F. Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015/23, p. 172-181

Peters 2016

J.A.F. Peters, 'Het klassieke b-orgaan in de nieuwe tijd', «JBplus» 2016/3

Peters 2017

J.A.F. Peters, 'De ledigheid van de publieke taak', *Ars Aequi* 2017, p. 104-112

Pfeijffer 2018

I.L. Pfeijffer, *Grand Hotel Europa*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2018

Pieterse 2022

J. Pieterse, 'Van nichepraktijk naar systeemverandering', *Boekman* 2022/126, p. 20-25

De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008

J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008

Prechal & Widdershoven 2017

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017

Prenen 2009

E.C.L. Prenen, 'Subsidietendering. In de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht', *Gst.* 2009/69, p. 315-321

Prins Bernhard Cultuurfonds 2012

Rapport *De staat van het mecenaat*, Amsterdam: Prins Bernhard Cultuurfonds 2012

R**Raad van State 2018**

Jaarverslag 2018, 11 april 2019, <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2018>

Raad van State 2019

Jaarverslag 2019, 7 mei 2020, <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2019>

Raad van State 2020

Jaarverslag 2020, 15 april 2021, <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2020>

Raad van State 2021

Jaarverslag 2021, 21 april 2022, <https://www.raadvanstate.nl/jaarverslag2021>

Raad voor Cultuur 2014

Raad voor Cultuur, advies 'De Cultuurverkenning', 25 juni 2014, <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/adviezen/2014/06/25/de-cultuurverkenning>

Raad voor Cultuur 2017

Raad voor Cultuur, 'Cultuur voor stad, land en regio', Verkenning 2017, 29 november 2017, <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/adviezen/2017/11/29/verkenning-cultuur-voor-stad-land-en-regio>

Raad voor Cultuur 2019

Raad voor Cultuur, advies 'Financiering van cultuur', 28 februari 2019, <https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/adviezen/2019/02/28/advies-financiering-van-cultuur>

Raad voor de financiële verhoudingen 2014

Raad voor de financiële verhoudingen, 'Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief', Rapport 2014, www.binnenlandsbestuur.nl/Uploads/2014/11/Tussen-betalen-en-bepalen.pdf

Ramselaar 2019

A. Ramselaar, 'Het complexe én kansrijke speelveld van cultuurfinanciering. De case van de dubbele stapelaars', *Boekman* 2019/121, p. 4-7

Rasterhoff & Schrijen 2020

C. Rasterhoff & B. Schrijen, 'Hoe precair is het werk in de cultuursector?', <https://www.boekman.nl/algemeen/hoe-precair-is-het-werk-in-de-cultuursector/>, 27 mei 2020

Rekenkamer 2018

Algemene Rekenkamer: 'Resultaten verantwoordingsonderzoek 2017. Een onderzoek naar het Jaarverslag 2017 en de bedrijfsvoering van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap', <https://www.rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2018/05/16/resultaten-verantwoordingsonderzoek-2017-bij-het-ministerie-van-onderwijs-cultuur-en-wetenschap>

Reinders 1981

A.J.G. Reinders: *Subsidiëring van instellingen*, Deventer/Zwolle: Van Loghum Slaterus/Tjeenk Willink 1981

Reinders 1983

A.J.G. Reinders, 'Juridische grondslagen van kunstbeleid', Wetgeving van belang voor de kunsten', 'Juridische instrumenten van kunstbeleid' en 'De Beeldende Kunstenaars Regeling', in: F.J.P.M. Hoefnagel & A.J.G. Reinders, *Kunst, kunstbeleid en administratief recht* (Preadvies voor de VAR-vergadering op 25 maart 1983), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1983, p. 66-171

Robbe 2022a

T.H.G. Robbe, 'De huidige stand van regels van verdelingsrecht: over keuzes in verleningsprocedures', *RMThemis* 2022/4, p. 156-169

Robbe 2022b

T.H.G. Robbe, 'Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?', *NTB* 2022/6, p. 352-358

Rutten & Manshanden 2022

P. Rutten & W. Manshanden, 'Gevolgen van corona voor de creatieve industrie', *Boekman* 2022/132, p. 46-50

Van Rijn van Alkemade 2011

J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 379-409

Van Rijn van Alkemade 2016

J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016

S**Sanders 2021**

S. Sanders, 'Ik had wel moeten reageren op de uitnodiging voor de Prijs der Nederlandse Letteren', *NRC* 9 augustus 2021

Scheltema & Neuteboom-Klink 2017

M.W. Scheltema & G.M.C. Neuteboom-Klink, 'Bestuur en Privaatrecht', *NTB* 2017/31, p. 284-289

Schieveld & De Jonge 2018

E. Schieveld & P. de Jonge, *Handboek recht voor de culturele sector*, Amsterdam/Deventer: Van Gogh Museum/Wolters Kluwer 2018

Schlössels e.a. 2004

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004

Schlössels 2009

R.J.N. Schlössels, 'Stichting B.E.K.A. '66', in: «JBSelect» 2009/2, p. 15-31

Schlössels & Zijlstra 2014

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; deel 2: Rechtsbescherming – Overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979

Schreuder-Vlasblom 2011

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011

Schreuder-Vlasblom 2012

M. Schreuder-Vlasblom, 'Met kennis van zaken. De voorlichting van rechter, partijen en publiek in het bestuursprocesrecht', «JBplus» 2012/4, p. 298-325

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters-Kluwer 2017

Schueler 2011

B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 363-378

Schutgens e.a. 2022

R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005

Slaman e.a. 2018

P. Slaman e.a. (red.), *In de regel vrij. 100 jaar politiek rond onderwijs, cultuur en wetenschap*, Den Haag: Ministerie van OCW 2018

Smithuijsen 1990

C.B. Smithuijsen (red.), *De hulpbehoevende mecenas. Particulier initiatief, overheid en cultuur, 1940-1990*, Zutphen: Walburg Pers 1990

Smithuijsen & Van der Vlies 2004

C.B. Smithuijsen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmanstichting 2004

Smithuijsen 2004

C.B. Smithuijsen, 'Het ideaal van integraal. Over de gelijktijdige heroverweging van een kleine duizend cultuursubsidies in de cultuur', in: C.B. Smithuijsen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmanstichting 2004, p. 83-92

Smithuijsen e.a. 2007

C.B. Smithuijsen (red.), *Cultuurbeleid in Nederland*, Den Haag/Amsterdam: Ministerie van OCW/Boekmanstudies 2007

Smithuijsen 2018

C.B. Smithuijsen, 'Verzuiling, verzorging, verzakelijking. Rijkscultuurbeleid 1918-2018', in: P. Slaman e.a. (red.), *In de regel vrij. 100 jaar politiek rond onderwijs, cultuur en wetenschap*, Den Haag: Ministerie van OCW 2018, p. 199-223

Snel & Verhage 2004

R. Snel & S. Verhage, *Bezwaar geen bezwaar. Een terugblik op bezwaar- en beroepsprocedures tegen cultuurnotabeschikkingen*, Den Haag: Ministerie van OCW 2004

Sorgdrager 2002

W. Sorgdrager, 'Een vrije ruimte voor kunst in het cultuurbeleid', *Boekmancahier* 2002/51, p. 85

Spong 2022

G. Spong, 'Astrid Roemer mag deze staatsprijs niet krijgen', *NRC* 13 augustus 2021

Steenbeek 1961

J.G. Steenbeek, 'De rechtsvorm', in: R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, *De overheidssubsidie* (Preadviezen voor de VAR-vergadering op 29 september 1961), Haarlem: Tjeenk Willink 1961, p. 70-114

Van Steenis 2017

M. van Steenis, 'Prijs als strategisch instrument voor cultuuraanbieders om hun waarde te vergroten', *Boekman* 2017/113, p. 48-49

De Stuers 1873

V.E.L. de Stuers, 'Holland op zijn smalst', *De Gids* 1873/37 (www.dbnl.org), p. 320-403

De Stuers 1874

V.E.L. de Stuers, 'Iteretur decoctum', *De Gids* 1874/38, (www.dbnl.org), p. 314-352

Swinkels 2022

H. Swinkels, 'Een pas de deux voor politiek & cultuur. Is het cultuurbestel gebaat bij (de)politisering?', *Boekman* 2022/126, p. 50-55

T**Tak 2019**

A.Q. Tak, 'Van rechtsbescherming naar machtsbescherming', *NJB* 2019/159, p. 198-201

Theunisse 2019

M.H.W.C.M. Theunisse, 'Artikel 2:4 Awb gewogen: de rol van schijn van vooringenomenheid en schijn van belangenverstrengeling', «JBplus» 2019/3

Tjeenk Willink 2002

H.D. Tjeenk Willink, 'Bureaucratisch gestuurde kunst', *Boekmancahier* 2002/51, p. 79

Toet & Drahmman 2019

F.B. Toet & A. Drahmman, 'Ontwikkelingen in het subsidierecht in 2019', *Gst.* 2020/125

U**Uzman 2021**

J. Uzman, "'Which in our case we have not got". Naar een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (Den Ouden-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 255-269

V**VAR 1961a**

R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, *De overheidssubsidie* (Preadviezen voor de VAR-vergadering op 29 september 1961), Haarlem: Tjeenk Willink 1961

VAR 1961b

De Overheidssubsidie (Verslag (XLV) van de VAR-vergadering op 29 september 1961), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1961

VAR 1983a

F.J.P.M. Hoefnagel en A.J.G. Reinders, *Kunst, kunstbeleid en administratief recht* (Preadviezen voor de VAR-jaarvergadering op 25 maart 1983), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1983

VAR 1983b

Kunst, kunstbeleid en administratief recht (Verslag van de VAR-jaarvergadering op 25 maart 1983), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1983

VAR 1988a

E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (Preadviezen (XCIX) voor de VAR-jaarvergadering op 29 april 1988), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1988

VAR 1988b

Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen (Verslag (101) van de VAR-jaarvergadering op 29 april 1988), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1988

VAR 2020

L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks & N.A. van Renssen, S. van Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020

VAR 2021a

J.P. Loof, J. Korzelius, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd* (Preadviezen VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021

VAR 2021b

J.C.L. de Bruijn & V.A. van Waarde, *Publieke taken en privaatrecht* (Preadviezen Jonge VAR-reeks 20), Den Haag: Boom juridisch 2021

VAR 2022

A.W.G.J. Buijze, A. Drahmman, C.J. Wolswinkel, N.N. Bontje & E.C. Pietermaat, *Transparantie en openbaarheid* (Preadviezen VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2022

Verboeket 2017

L.W. Verboeket, *De publieke prijs. Een onderzoek naar de verdeling van publiek geld via prijsvragen* (Master-scriptie Leiden), 2017

Verboeket e.a. 2021

L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (Den Ouden-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2021

Verburg 2010

D. A. Verburg, 'Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de 'aangeklede' opdracht om een nieuw besluit te nemen', «JBplus» 2010/3, p. 153-178

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019

Verheij 2003

N. Verheij, 'Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', «JBplus» 2003/1, p. 26-47

Van der Vlies 1991

I. C. van der Vlies, 'Rijksbeleid bij kunst', *NJB* 1991/39, p. 1597-1598

Van der Vlies 1992

I.C. van der Vlies, 'Regulering van subsidie', *NJB* 1992, p. 819-823

Van der Vlies 2004

I.C. van der Vlies, 'Autonomie en verplichtingen', in: C.B. Smithuijsen & I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuurnotaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Den Haag/Amsterdam: Reed Business Information/Boekmanstichting 2004, p. 29-49

Van der Vlies, Kabel & Idsinga 2009

I.C. van der Vlies, J. Kabel & N. Idsinga, *Kunst, recht en beleid*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009

Van der Vlies 2011

I.C. van der Vlies, 'Wat brengt het recht voor de kunst in 2011?', *NJB* 2011/122

Van der Vlies 2012a

I.C. van der Vlies, 'Nieuwe financieringsvormen voor de kunst', *NJB* 2012/2300

Van der Vlies 2012b

I.C. van der Vlies (red.), *Kunst, recht en geld*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012

Van der Vlies & Salomons 2012

I.C. van der Vlies & A. Salomons, *Kunst, recht en beleid*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012

Van der Vlies 2017

I.C. van der Vlies (red.), *Kunst, recht en beleid*, Den Haag: Boom juridisch 2017

Voets 2022

A. Voets, 'Culturele sector is tijdens de pandemie twee jaar lang geweld aangedaan', *NRC* 30 juni 2022

Vriens 2022

J. Vriens, 'Ruimte voor vernieuwing in de cultuursector', *Boekman* 2022/126, p. 32-37

W**Van Waarde 2021**

V.A. van Waarde, 'Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht', in: *Publieke taken en privaatrecht* (Preadviezen Jonge VAR 2021 (20)), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 71-153

Wagemans 2020

S. Wagemans, 'De rechterlijke toetsing van de evenredigheid van subsidiesancties: van marginaal naar indringend?' (Masterscriptie UM), 2020, [NJB.nl/Topscripties](https://njb.nl/Topscripties)

Wenders 2010

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2010 (diss. Maastricht)

Werkgroep Filantropische Studies VU 2017

F. de Nooij, R. Bekkers & S. Felix, 'Ontwikkelingen in giften, sponsoring en andere inkomsten van culturele instellingen in Nederland', Rapport Werkgroep Filantropische Studies VU 2017

Wever 2020

M. Wever, *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2020 (diss. Groningen)

Westrik 2017

R. Westrik, 'De rechter en verborgen privaatrecht', *Trema* 2017/7

Widdershoven e.a. 2021

R.J.G.M. Widdershoven e.a. (red.), *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde*, Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom juridisch 2021

Wieland 2013

J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht: de relevante markt ruim afgebakend', *NTB* 2013/17, p. 1

Wolswinkel 2011

C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommen, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-201

Wolswinkel 2013

C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Wolswinkel 2017a

C.J. Wolswinkel, 'Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen', «JBplus» 2017/1

Wolswinkel 2017b

C.J. Wolswinkel, 'Het vijfde postulaat van de Afdeling. Transparantie als beginsel van verdelingsrecht?', *AA* 2017/7, p. 500-507

Wolswinkel 2019

C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht. Naar een Algemeen Deel Verdelingsrecht?', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*. Bundel ter gelegenheid van het congres te Den Haag op 8 februari 2019, georganiseerd door Radboud Universiteit, Universiteit Leiden en Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 805-814

WRR 2018

'Filantropie op de grens van overheid en markt', WRR-rapport 31 oktober 2018, www.wrr.nl/publicaties/verkenningen/2018/10/31/verkenning-filantropie-op-de-grens-van-overheid-en-markt

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Wijn 2014

C.H. Wijn: 'Kunstprijzen', in: Q. van den Hoogen, e.a. (red.), *Cultuurbeleid: digitaal handboek voor de kunst- en cultuursector*, Amsterdam: Reed Business 2014, <https://catalogus.boekman.nl/extern/>, p. 429-430

Wijn 2022

C. Wijn, 'Het juiste medicijn om de culturele sector te versterken', *Boekman* 2022/126, p. 40-43

Z**Zijlstra 2018**

S.E. Zijlstra, 'Publiekrecht of privaatrecht: naar een level playing field', *NTB* 2018/62, p. 391-392

PARLEMENTAIRE STUKKEN EN REGELGEVING

KAMERSTUKKEN

Handelingen I 2017/18, 10, 19
Kamerstukken I 2014/15, 34 000, bijlage bij VII, H
Handelingen II 1862/63, 36 en 172
Kamerstukken II 1988/89, 21 221, 3
Kamerstukken II 1993/94, 23 700, 3
Kamerstukken II 1998/99, 26 591, 2
Kamerstukken II 2002/03, 28 989, 1
Kamerstukken II 2006/07, 30 847, 3
Kamerstukken II 2006/07, 30 847, C
Kamerstukken II 2008/09, 31 482, 16
Kamerstukken II 2009/10, Aanhangsel van de Handelingen, 511 (2009D52807)
Kamerstukken II 2010/11, 32 500-VIII, 75
Kamerstukken II 2010/11, 32 820, 1
Kamerstukken II 2011/12, 33 100, 3
Kamerstukken II 2015/16, 34 517, 2
Kamerstukken II 2015/16, 34 517, 3
Kamerstukken II 2017/18, 32 820, 217, blg-820154 en blg-820155
Kamerstukken II 2018/19, 32 820, 285, blg-881557
Kamerstukken II 2018/19, 32 820, 290
Kamerstukken II 2018/19, 32 820, 290, blg-887200
Kamerstukken II 2018/19, 32 820, 317
Kamerstukken II 2019/20, 32 820, 354, blg-938877
Kamerstukken II 2019/20, 32 820, 359 en 360
Kamerstukken II 2019/20, 32 820, 378, blg-946308
Kamerstukken II 2020/21, 32 820, 383
Kamerstukken II 2020/21, 32 820, 398
Kamerstukken II 2020/21, 32 820, 401
Kamerstukken II 2020/21, 35 570-VIII, 2
Kamerstukken II 2020/21, 35 570-VIII, 47
Kamerstukken II 2020/21, Aanhangsel Handelingen, 540
Kamerstukken II 2021/22, 32 820, 419

Kamerstukken II 2021/22, 32 820, 452, blg-1007741 en blg-1007742

Kamerstukken II 2021/22, 32 820, 469

Kamerstukken II 2022/23, 32 820, 485

Brief Tweede Kamercommissie OCW, 3 september 2020, kenmerk 2020D33505

Tweede Kamer, Besluitenlijst OCW-procedurevergadering 3 december 2020, 2020D50203

WETGEVING

Algemene wet bestuursrecht

Burgerlijk Wetboek

Wet elektronische publicaties (*Stb.* 2020, 262)

Wet Nationale ombudsman

Wet op het specifiek cultuurbeleid (*Stb.* 1993, 193; *Stb.* 2012, 171)

Wet open overheid

Wet openbaarheid van bestuur

Wet tot wijziging van enkele belastingwetten – ‘Geefwet’ (*Stb.* 2011, 641)

Wet tot wijziging van artikel 17 Grondwet (*Stb.* 2018, 88)

REGELGEVING EN BELEID

Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (*Stcrt.* 2009, 20306)

Beleidskader Internationaal cultuurbeleid 2017-2020, www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2016/05/04/beleidskader-internationaal-cultuurbeleid-2017-2020

Code Diversiteit & Inclusie, <https://codedi.nl/>

Fair Practice Code, <https://fairpracticecode.nl/nl>

Financieringsreglement Stichting Brabant C Fonds 2018 (*Stcrt.* 2017, 71902)

Governance Code Cultuur, <https://www.cultuur-ondernemen.nl/governance-code-cultuur/>

Minister van OCW, ‘Ruimte voor Cultuur. Uitgangspunten Cultuurbeleid 2017-2020’, www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2015/06/08/ruimte-voor-cultuur

Nota Architectuurbeleid 2001-2004 (BWBR0014750)

Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren (*Stcrt.* 2012, 26223)

Regeling normering topinkomens OCW-sectoren

Regeling op het specifiek cultuurbeleid (*Stcrt.* 2010, 6444; *Stcrt.* 2019, 61036; *Stcrt.* 2020, 29346 en *Stcrt.* 2020, 7463)

Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (*Stcrt.* 2010, 30)

Raad voor Cultuur

www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/raad

www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/adviseurs
www.raadvoorcultuur.nl/documenten/richtlijnen/2019/11/11/beoordelingskader-basisinfrastructuur-2021-2024
www.raadvoorcultuur.nl/binaries/raadvoorcultuur/documenten/adviezen/2020/06/04/advies-basisinfrastructuur-2021-2024/Culturele+basisinfrastructuur+2021-2024.pdf
www.raadvoorcultuur.nl/bis-2021-2024/adviezen
Richtlijn Belangenverstrengeling 2018, www.raadvoorcultuur.nl
www.raadvoorcultuur.nl/bis-2021-2024/onafhankelijkheid (ongedateerd)
Richtlijn Belangenverstrengeling 2021, <https://www.raadvoorcultuur.nl/over-ons/documenten/richtlijnen/2021/07/01/richtlijn-belangenverstrengeling>
Benoemingen en ontslagen Raad voor Cultuur (*Stcrt.* 2020, 3573-n1)

Fonds Podiumkunsten

Deelregeling meerjarige activiteitensubsidies 2013-2016 (*Stcrt.* 2011, 19636)
Deelregeling meerjarige productiesubsidies 2021-2024 (*Stcrt.* 2019, 62770 en *Stcrt.* 2020, 57394)
Deelregeling meerjarige festivalsubsidies 2021-2024 (*Stcrt.* 2019, 62771)
Algemeen Reglement (BWBR0030539 en *Stcrt.* 2020, 26887)
Huishoudelijk Reglement (*Stcrt.* 2012, 3261)

Mondriaan Fonds

Deelregeling Kunstpodia Breed 2021-2024 (*Stcrt.* 2020, 24800)
Algemeen Reglement (*Stcrt.* 2016, 65475)
Statuten (*Stcrt.* 2012, 3455)
Huishoudelijk Reglement (website)
Toelichting op Deelregeling (website)

Stimuleringsfonds Creatieve Industrie

Regeling vierjarige instellingssubsidie (*Stcrt.* 2020, 8025)
Subsidiereglement (*Stcrt.* 2017, 70337)

Nederlands Filmfonds

Deelreglement Filmactiviteiten (*Stcrt.* 2019, 61484)
Algemeen Reglement (*Stcrt.* 2018, 72926)
Algemeen Reglement (*Stcrt.* 2020, 64735)
Huishoudelijk Reglement (*Stcrt.* 2020, 43223)
Subsidieplafonds (*Stcrt.* 2019, 71113)

Nederlands Letterenfonds

Regeling vierjarige subsidies (*Stcrt.* 2019, 69397)
Algemeen Reglement (*Stcrt.* 2013, 683)
Statuten (*Stcrt.* 2014, 10576)
Huishoudelijk Reglement (website)

*Fonds voor cultuurparticipatie*Regeling meerjarige subsidies (*Stcrt.* 2019, 62162)Huishoudelijk Reglement (*Stcrt.* 2019, 57369)Algemeen Subsidiereglement (*Stcrt.* 2017, 3714)

JURISPRUDENTIE

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02

HvJ EG 18 januari 2007, ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05 (*Auroux/Roanne*)

HvJ EU 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:508, nr. C-260/04 (*Commissie/Italië*)

HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307, nr. C-203/08, AB 2011/17, m.nt. A.W.G.J.

Buijze, «JB» 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel, NJ 2010/490, m.nt. M.R. Mok (onder NJ 2010/491) en SEW 2011/33, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (*Betfair/Nederland*)

HvJ EU 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843, C-606/17, AB 2019/319 m.nt. J.E. van den Brink & L.W. Verboeket, *Gst.* 2019/40, m.nt. H.C.E.P.J. Janssen, *JGR* 2019/1, m.nt. D. Radder (*IBA Molecular Italy/Regione Veneto*)

HOGE RAAD

HR 5 oktober 1849, W. 1058, ECLI:NL:HR:1849:1 (*De Bourbon Naundorff*)

HR 6 april 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2459, BNB 1955/189

HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)

HR 18 juni 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*)

HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1987/272, m.nt. M.W. Scheltema (*Amsterdam/IKON Beleidskonsulenten B.V.*)

HR 9 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7550, BNB 1988/75

HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P.K. Kleijn, NJ 1991/393, m.nt. M.W. Scheltema, *Gst.* 1991/6914, 9, m.nt. L.J.A. Damen (*Windmill*)

HR 12 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*)

HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3150 (concl. A-G P.J. Wattel), BNB 2001/354, m.nt. P. Kavelaars (*Dow Chemicalprijs*)

- HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, «JB» 2003/121, m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg (*RZG/ComforMed*)
- HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467, BR 2006/82, m.nt. M.A.M.C. van den Berg (*CBB/JPO*)
- HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA3823, AB 2009/407, m.nt. L.J.A. Damen
- HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, NJ 2013/572, m.nt. C.E.C. Jansen (*KLM/CCC*)
- HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren (*CVZ/Verzorgingshuizen, CVZ/Zorg groep Charim*)
- HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:740, BNB 2015/119, m.nt. redactie
- HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874, NTFR 2015/1302, m.nt. E.H. van den Elsen
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier, AB 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen (*Urgenda*)
- HR 7 april 2021 (Parket), Conclusie van plv. P-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243
- HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren, BR 2022/7, m.nt. S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries, «JB» 2022/21, m.nt. J.A.F. Peters (*Didam*)
- HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:275, AB 2022/227, m.nt. F.J. van Ommeren, «JB» 2022/97, m.nt. L.W. Verboeket & M.J. Jacobs

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

- ARRvS 3 november 1980, ECLI:NL:RVS:1980:AM5701, AB 1981/188, m.nt. J.H. van der Veen
- ARRvS 4 februari 1987, ECLI:NL:RVS:1987:AM9734, AB 1988/112, m.nt. I.C. van der Vlies
- ARRvS 18 september 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN2114, AB 1991/596, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*Theater het Klein*)
- ARRvS 16 oktober 1991, ECLI:NL:RVS:1991:AN2237, AB 1992/44, m.nt. I.C. van der Vlies (*Siersts*)
- ARRvS 6 oktober 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2886, AB 1993/91, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer
- ABRvS (vzr.) 18 november 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AN7065, AB 1997/38, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:1850, AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra (*stichting Silicose Oud-mijnwerkers II*)
- ABRvS 5 maart 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5450, AB 1997/403 (*Galerie de Pol*)
- ABRvS 16 april 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5537
- ABRvS 24 april 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AH6607, «JB» 1998/145, m.nt. R.J.N. Schlössels

- ABRvS 30 november 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3683, AB 1999/90, m.nt. F.C.M.A. Michiels, «JB» 1999/12, m.nt. R.J.N. Schlössels
- ABRvS 29 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF3785, AB 1999/266, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (*Plotloos Drama/Nieuw West*)
- ABRvS 4 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6169, AB 1999/479, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom
- ABRvS 11 januari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4609, «JB» 2000/63, m.nt. P. van den Brekel (*Commissie Basisstipendia*)
- ABRvS 3 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6327, AB 2000/203, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom
- ABRvS 4 september 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6499, AB 2000/436, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 18 december 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AB0019, AB 2001/83, m.nt. N. Verheij (*stichting Zeemanswelzijn Nederland*)
- ABRvS 25 juli 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6780, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij (*BEVAR*)
- ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776, AB 2001/335, m.nt. N. Verheij (*crèche Catalpa*)
- ABRvS 5 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD6512, AB 2002/110, m.nt. N. Verheij (onder AB 2002/111 (*De Appel*))
- ABRvS 19 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL2366, BR 2002/79, m.nt. M.A.A. Soppe & J.W. Weerkamp
- ABRvS 6 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE0336, AB 2002/111, m.nt. N. Verheij (*Bomech*)
- ABRvS 22 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2836 (*Nederlands Promenade Orkest*)
- ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3643, AB 2003/124, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 26 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4620, AB 2003/407, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij (*Dutch Jazz Orchestra*)
- ABRvS 7 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002: AE6228, AB 2003/3, m.nt. A.R. Neerhof
- ABRvS 13 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0298, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 25 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8613 (*compositieopdracht Hunfeld*)
- ABRvS 20 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1240
- ABRvS 20 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1204, AB 2003/404, m.nt. N. Verheij (*BEVAR*)
- ABRvS 8 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL7606
- ABRvS 23 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM2916, AB 2003/430, m.nt. I. Sewandono, «JB» 2003/321, m.nt. E.C.H.J. van der Linden
- ABRvS 5 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7220, AB 2004/176, m.nt. B.W.N. de Waard
- ABRvS 26 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8855, AB 2004/48, m.nt. P.J. Stolk, «JB» 2004/45, m.nt. G. Overkleef-Verburg
- ABRvS 11 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO3350 (*Dutch Jazz Orchestra*)
- ABRvS 24 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO4351, AB 2004/261, m.nt. W. den Ouden
- ABRvS 19 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO9740, «JB» 2004/274, m.nt. A. van Eijs, *Gst.* 2005/8, m.nt. A.G.A. Nijmeijer

- ABRvS 1 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR6776, AB 2005/240, m.nt. N. Verheij (*Daalimpex*)
- ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7562, AB 2005/267, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 14 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2619, AB 2007/157, m.nt. M.C.D. Embregts, «JB» 2005/319, m.nt. R.J.N. Schlössels (*HEMA Bostel*)
- ABRvS 21 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU8455, AB 2006/102, m.nt. I.C. van der Vlies
- ABRvS 15 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV5088
- ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006/296, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (*Flevo Herb*)
- ABRvS 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2089, «JB» 2006/211, m.nt. R.J.N. Schlössels (*B.E.K.A. '66*)
- ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2750, AB 2008/62, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815
- ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5491, «JB» 2007/31, m.nt. A.J. Bok, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden
- ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984, AB 2008/86, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8484, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085 (*Factory Outlet Roosendaal / Lelystad*)
- ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263
- ABRvS 5 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2906 (*tewerkstellingsvergunning II*), «JB» 2007/194, m.nt. redactie, AB 2008/4, m.nt. B.W.N. de Waard
- ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396, «JB» 2008/14, m.nt. R.J.N. Schlössels (*T-Mobile*)
- ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940, AB 2008/73, m.nt. K.F. Bolt
- ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6447, *NJB* 2008/771
- ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF1012, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink
- ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, AB 2009/223, m.nt. W. den Ouden (*Delftse gondels*)
- ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839
- ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429
- ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden & J.M.J. van Rijn van Alkemade (*NWO*)
- ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3688, AB 2009/206, m.nt. R. Ortlep
- ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654
- ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*)
- ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, AB 2010/2014, m.nt. W. den Ouden, «JB» 2010/80, m.nt. A.J. Bok (*Flevo Herb II*)
- ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3336
- ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3339
- ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL:8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*)

- 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 (*Coach4Kids*)
- ABRvS 8 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO6617, AB 2011/55, m.nt. P.J. Stolk
- ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*)
- ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*Chocoladedecoraties*)
- ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden (*Classe of Afrikaanse meerval*)
- ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3440 (*Toes*)
- ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2279, AB 2012/7, m.nt. A. Tollenaar
- ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5909 (*slachtafval*)
- ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel
- ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman
- ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2492 (*Borstlap*)
- ABRvS 23 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9183, AB 2014/306, m.nt. J.R. van Angeren
- ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel
- ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden
- ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:164, AB 2013/300, m.nt. H.K. Gilissen
- ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel
- ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:794 (*Kwatta*)
- ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1799, AB 2014/387, m.nt. A. Drahmman
- ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2882
- ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, «JB» 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (*stichting Bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*)
- ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, «JB» 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Platform31*)
- ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, «JB» 2014/245, m.nt. R.J.B. Schutgens, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder (*Zwarte Piet*)
- ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4602, *Gst.* 2015/41, m.nt. N. Jak
- ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, AB 2015/131, m.nt. J.A.F. Peters
- ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1002
- ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073, AB 2015/309, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2015/114, m.nt. C.N. van der Sluis & H. Pennarts (*verplaatsing veehouderij Someren*)
- ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424
- ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden
- ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*)
- ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3234, «JB» 2015/200, m.nt. L.J.M. Timmermans

- ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198, m.nt. W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, «JB» 2015/216, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Veni-subsidie*)
- ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, «JB» 2015/216, m.nt. L.J.M. Timmermans
- ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803, AB 2016/286, m.nt. Drahmman, «JB» 2016/93 m.nt. J.A.F. Peters (*Handbalvereniging DESK*)
- ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:801 (*Voetbalvereniging Uno Animo*)
- ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:765, AB 2016/236, m.nt. J.A.F. Peters
- ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103
- ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1328
- ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring
- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Vlaardingen*)
- ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen (*Tjalling Koopmans College*)
- ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:687, AB 2018/69, m.nt. L.M. Koenraad
- ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Standplaats Doorn*)
- ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1432 (*Belvédère Operaconcours*)
- ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/373, m.nt. E.M.J. Hardy (*G4S Cash*)
- ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, AB 2017/390, m.nt. G.J. Stoepker & C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Emmen*)
- ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, AB 2018/319, m.nt. C.J. Wolswinkel & P.J.J. Zoontjens
- ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel, «JB» 2017/183, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Helmond*)
- ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:314, AB 2018/110, m.nt. P.J. Stolk, «JB» 2018/36, m.nt. M.R. Kruisselbrink
- ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408, ABkort 2018/889
- ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, AB 2018/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Fietstaxi Amsterdam*)
- ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en A. Drahmman (2) (*Geobox*)
- ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3358, AB 2018/428, m.nt. L.M. Koenraad
- ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, AB 2019/101, m.nt. V.M. Bex-Reimert
- ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3812, AB 2019/63, m.nt. W. den Ouden
- ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden, «JB» 2019/52, m.nt. L.J.M. Timmermans, *Gst.* 2019/86, m.nt. E.M.M.A. Driessen (*SCE Eindhoven-1*)
- ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, AB 2019/320, m.nt. J.E. van den Brink, *Gst.* 2019/78, m.nt. A. Drahmman (*Gymnasion*)
- ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:733, AB 2019/383, m.nt. A.C. Hendriks
- ABRvS 5 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2286 (beslissing geheimhoudingskamer)

- ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rederij Lovers*)
- ABRvS 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3388 (*stichting Kamermuziek Limburg*)
- ABRvS 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3395 (*LeineRoebana*)
- ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918, AB 2020/397, m.nt. C.J. Wolswinkel (*JVH*)
- ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4392
- ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:199
- ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, AB 2021/54, m.nt. C.J. Wolswinkel (*New Orange*)
- ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1170, AB 2020/356, m.nt. L. Di Bella
- ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1182
- ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, AB 2020/268, m.nt. P.J. Stolk, «JB» 2020/137, m.nt. L.J.M. Timmermans, *Gst.* 2020/131, m.nt. C.N. van der Sluis (overzichtsbeslissing geheimhoudingskamer)
- ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, AB 2020/411, m.nt. C.J. Wolswinkel; *Gst.* 2020/138, m.nt. A. Drahmans; *BR* 2020/76, m.nt. S. Elbertsen & S.G. ten Hertog (*Amsterdam Boat Events*)
- ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, AB 2021/61, m.nt. R. Bronsema, *Gst.* 2021/6, m.nt. L.J.M. Timmermans
- ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2924, AB 2021/106, m.nt. C.J. Wolswinkel
- ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3078, AB 2022/127, m.nt. J.E. van den Brink & M.J. Jacobs
- ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:95, AB 2021/332, m.nt. D.K. Jongkind & A. Drahmans
- ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176, *Gst.* 2021/83, m.nt. E.M.M.A. Driessen & A. Drahmans, «JB» 2021/48, m.nt. L.J.M. Timmermans (*SCE-II*)
- ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233, AB 2021/347, m.nt. E.M.J. Hardy (*Mush-topia*)
- ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1982, «JB» 2021/164, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse
- ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2081, AB 2022/64, m.nt. D.K. Jongkind
- ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy, «JB» 2022/4, m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse (*Digeketten*)
- ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2622, AB 2021/344, m.nt. P.J. Stolk
- ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:848
- ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1151
- ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1903 (*stichting Frisse oren*)
- Conclusie staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260 (buitenwettelijke bestuursorganen)
- Conclusie staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven, 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (schaarse vergunningen)
- Conclusie staatsraden A-G P.J. Wattel & R.J.G.M. Widdershoven, 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (evenredigheid)

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

- CRvB 30 juli 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8386, RSV 1999/286
CRvB 24 december 1999, 98/7694 WVG, USZ 2000/65
CRvB 16 januari 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AJ9739, AB 2001/104, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 6 november 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AN8469
CRvB 12 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4226
CRvB 11 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1113, AB 2018/322, m.nt. C.W.C.A. Brugge-
man, *Gst.* 2018/148, m.nt. A. Tollenaar
CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, *Gst.* 2018/142, m.nt. N. Jak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

- CBb 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115
CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, AB 2004/189, m.nt. G.J.M. Car-
tigny
CBb 31 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ0411, AB 2008/323, m.nt. I. Sewandono
CBb 20 april 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY4188
CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren
(*Hanseland*)
CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8756
CBb 16 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BH0942
CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss
Leisure Group*, ook wel: *Hommerson's I*)
CBb 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, AB 2009/396, m.nt. I. Sewandono
(*Amsterdam-centrum per bus of boot*)
CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono, «JB»
2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Albert Heijn*)
CBb 18 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8527
CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel
CBb 29 juli 2010 (vzr.), ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn
van Alkemade
CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4727
CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1786, AB 2011/164, m.nt. W. den Ouden
CBb 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050, AB 2012/111, m.nt. W. den Ouden
CBb 2 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5536
CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467, AB 2012/109, m.nt. W. den Ouden
CBb 21 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman
& J.M.J. van Rijn van Alkemade
CBb 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9728 en ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB
2012/63, m.nt. A. Drahmman & J.M.J. van Rijn van Alkemade
CBb 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8515, AB 2013/41, m.nt. M.F.H. Hirsch Bal-
lin & R.W. Veldhuis

- CBb 2 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0618, «JB» 2012/133, m.nt. S.M.C. Nuyten & H.P. Wiersema, AB 2012/238, m.nt. W. Sauter
- CBb 12 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0655, AB 2012/393, m.nt. M.A.M. Dieperink
- CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman
- CBb 24 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:495
- CBb 12 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:10
- CBb 29 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:49, «JB» 2016/113, m.nt. W.E.M. Klostermann
- CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy, *Gst.* 2016/169, m.nt. C.N. van der Sluis & H. Pennarts (*Energie Cirkel*)
- CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (*Delft Offshore Turbine*)
- CBb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:317, AB 2018/17, m.nt. J.R. van Angeren
- CBb 7 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:436, AB 2017/273, m.nt. H.E. Bröring
- CBb 26 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:183, AB 2018/199, m.nt. M.A.M. Dieperink
- CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy*)
- CBb 16 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:344, AB 2018/280, m.nt. E.M.J. Hardy
- CBb 20 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:482
- CBb 8 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono
- CBb 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300
- CBb 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:529, AB 2019/206, m.nt. E.M.J. Hardy (*Jump Staff*)
- CBb 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak
- CBb 19 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:71
- CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-II*)
- CBb 17 september 2019, ECLI:NL:CBB:2019:419
- CBb 1 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:456
- CBb 3 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:655, AB 2020/413, m.nt. J.E. van den Brink & V.A. van Waarde
- CBb 15 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:984, AB 2021/300, m.nt. J.E. van den Brink & T.C. Lensen
- CBb 19 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:39, AB 2021/285, m.nt. E.M.J. Hardy & D.K. Jongkind
- CBb 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048
- CBb 26 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:431
- CBb 25 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:723

GERECHTSHOVEN

- Hof Amsterdam 24 augustus 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AW3658, V-N 1993/1586, 8, m.nt. redactie (*AKO Literatuur Prijs*)
- Hof Amsterdam 3 september 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AV9923, V-N 1997/1210, 11
- Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1033
- Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3881
- Hof Amsterdam 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3460

RECHTBANKEN

- Rb. Maastricht 21 april 1995, ECLI:NL:RBMAA:1995:AN7201, AB 1996/137
- Rb. Den Haag 16 juni 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AA3432 (*Djazzex Dance Company*)
- Rb. Utrecht (pres.) 22 december 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:AB0568 (*MEP-festival*)
- Rb. Den Haag (pres.) 20 juli 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB2826, KG 2001/205 (*De Appel*)
- Rb. Arnhem 31 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9844 (*stichting Images*)
- Rb. Leeuwarden 27 juli 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU0220
- Rb. Haarlem 24 november 2006 (ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ4871)
- Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, «JB» 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels
- Rb. Den Haag 20 juni 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6786
- Rb. Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, «JB» 2009/190, m.nt. R.J.N. Schlössels, AB 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels
- Rb. Utrecht 25 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8852
- Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1302, *Gst.* 2009/123, m.nt. A.R. Neerhof (*De Theatercompagnie*)
- Rb. Leeuwarden 15 april 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BM1693 (*Oerol*)
- Rb. Amsterdam 10 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BQ3588
- Rb. Utrecht 20 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7760 (*De Paardenkathedraal*)
- Rb. Rotterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3138
- Rb. Amsterdam 29 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7674 (tussenuitspraak)
- Rb. Amsterdam 10 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9859 (*Proma*)
- Rb. Utrecht 27 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU9659
- Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, *BR* 2014/34, m.nt. J.C.A. Houdijk & E.W.J. de Groot (*MuzyQ-I*)
- Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374 (tussenuitspraak)
- Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679 (einduitspraak), AB 2015/167 m.nt. J.R. van Angeren
- Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570, AB 2015, 124, m.nt. W. den Ouden

- Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7306
- Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 (*MuzyQ-II*)
- Rb. Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794, AB 2016/12, m.nt. H.D. Tolsma (*Monstertruck Haaksbergen*)
- Rb. Noord-Holland 7 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2651, NTFR 2016/1544
- Rb. Midden-Nederland 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5431 (*Jura Filmproducties*)
- Rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7276 (tussenuitspraak)
- Rb. Noord-Holland 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8406, RVR 2017, 126
- Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162
- Rb. Amsterdam 22 februari 2018, ECLI:RBAMS:2018:962
- Rb. Amsterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3744 (einduitspraak)
- Rb. Amsterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4210 (*Cappella Amsterdam*)
- Rb. Amsterdam 5 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6254
- Rb. Gelderland 8 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1970
- Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3651
- Rb. Midden-Nederland 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy (*De Alk*)
- Rb. Limburg 30 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:6099
- Rb. Midden-Nederland 1 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4397
- Rb. Midden-Nederland 27 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:237 (*Apollo Ensemble*)
- Rb. Den Haag 23 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2491
- Rb. Oost-Brabant 9 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2407

