

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.

SAMENVATTING

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.

Tegen deze achtergrond zijn in dit onderzoek vier bestuursrechtelijke deelthema's belicht die verband houden met de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector. Daarbij is ook aandacht 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?

KNELPUNTEN

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

De route naar rechtsbescherming blijkt in de cultuursector niet altijd duidelijk. Voor de toedeling van kunst- en cultuurprijzen door of namens de overheid bestaat namelijk geen algemene regeling. Een betrokkene zal daarom eerst moeten weten wat de rechtsvorm van deze financieringsbeslissing is, om vervolgens te kunnen bepalen of daartegen bezwaar kan worden gemaakt of, in plaats daarvan, een civiele procedure kan worden gestart. 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 voor de 121 geïnstitutionaliseerde kunst- en cultuurprijzen waaraan de overheid financieel bijdraagt. Daarvan is de rechtsvorm 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 hanteert 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. Hoofdstuk 3 heeft vervolgens beschreven wat de keerzijde is van het ontbreken van kennis over de rechtsvorm van een prijs.

Deelthema 2: Effectieve rechtsbescherming bij tenderverdeelprocedures

Rechtsbescherming blijkt in tenderverdeelprocedures soms geheel te ontbreken. Een aanvrager die bijvoorbeeld wel in de kunsten, maar niet in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de

gehonoreerde aanvragers opereert, zal niet als 'belanghebbende' bij de toewijzingsbesluiten van zijn concurrenten worden aangemerkt. Er staat uiteraard wel rechtsbescherming open tegen zijn eigen afwijzingsbesluit, maar daar is het hem meestal juist niet om te doen. Om voor deze specifieke groep aanvragers toch effectieve rechtsbescherming te realiseren, heeft de Afdeling in haar uitspraak *Holland Opera* bij tenderprocedures haar koers gewijzigd. Voor tenderverdeelbesluiten geldt sindsdien een vergelijkende motiveringsplicht, in plaats van een verkorte motivering. Ook is rechtsherstel verplicht, zelfs als het budget op is.

In hoofdstuk 4 zijn kanttekeningen geplaatst bij de route uit *Holland Opera*. 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. Hoofdstuk 7 bevat een inventarisatie van de cultuursubsidierechtspraak en daarin wordt dit beeld bevestigd. De *Holland Opera*-uitspraak biedt dus wel een handzaam instrumentarium voor effectieve rechtsbescherming van relatief afgewezen aanvragers, maar dat wordt 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.

Deelthema 3: De normering van tenderverdeelprocedures voor schaarse (cultuur)subsidies

Tenderverdeelprocedures voor cultuursubsidies blijken vaak te schuren met de transparantievereisten. Sinds de Afdelingsuitspraak *Geobox* geldt voor deze verdeelprocedures, naast het reguliere subsidie-regime, ook de verplichting tot het creëren van gelijke kansen. 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 transparantieverplichting *ex post*. Zij ziet met name op de controleerbaarheid van de besluitvorming.

De werkwijze van de Minister van OCW blijkt formeel wel, maar materieel niet te voldoen aan al deze transparantievereisten. Het knelpunt is de gangbare, zeer restrictieve interpretatie van artikel 3:8 Awb, die de informatie over de deskundigen beperkt tot 'de adviseur'. Zoals uit de hoofdstukken 6 en 7 blijkt, ondervindt de cultuursector hier bijzonder veel last van. Niet alleen omdat de deskundigen die verantwoordelijk zijn voor de kwalitatieve beoordeling van de aanvragen geheim blijven, maar ook omdat de bestuursrechter zich bij de toetsing van de motivering van een cultuursubsidiebesluit terughoudend opstelt. De Raad voor Cultuur lijkt hier zelfs een vrijwel onaantastbare positie te hebben verworven.

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

De kwaliteit van de advisering en de vervulling van de vergewisplicht blijken ondanks de uitspraken *De Theatercompagnie* en *Holland Opera* in de subsidiepraktijk nog niet voldoende te zijn geborgd. 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.

Andere knelpunten bij financieringsbeslissingen van de overheid

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.

Verder wringen de zeven verdeelprocedures voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur plaatselijk met het Awb-subsidieregime. Uit hoofdstuk 6 volgt dat dit vooral de artikelen 3:8, 4:5, 4:25, 4:84 en 7:11 Awb betreft. De betrokken subsidieverstrekkingen lijken onvoldoende op de hoogte van de nuanceringen die hierop inmiddels door de bestuursrechter zijn aangebracht.

Een ander knelpunt is de positie van de Raad voor Cultuur ten opzichte van de Minister van OCW. Hoofdstuk 6 leert dat deze verhouding moet worden herzien, omdat de Raad zowel subsidie- als beleidsadviseur is.

OPLOSSINGEN

De wetgever

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 overheidsmiddelen 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 bij voorkeur ook gelden voor de 60 overwegend met overheidsmiddelen gefinancierde prijzen. Om dit publiekrechtelijk kader te realiseren en de Wsc ook al de grondslag voor cultuursubsidiëring bevat, is zij daarvoor het meest geschikt.

Het tweede knelpunt dat de wetgever kan wegnemen, is de contra legem-situatie in artikel 4:5 Awb. Dit ziet sinds 2018 op *alle* schaarse subsidies en dat versterkt de noodzaak tot een wetgevingsingreep.

Subsidieregelgevers

De subsidieregelaars zijn verantwoordelijk voor de Awb-verplichtingen tot het creëren van wettelijke voorschriften voor subsidieverstrekking, -plafonds, -tijdvakken, -verdeelmethodes, -criteria en de weigeringsgronden. Deze verantwoordelijkheid moet bij cultuursubsidiëring beter in acht worden genomen. Er zijn echter nog meer aanbevelingen tot regelgeving. Om te verzekeren dat subsidieverstrekking hun vergewisplicht naar behoren kunnen vervullen, zou ook de selectie, taakopdracht en werkwijze van de deskundigenadviescommissies nader moeten worden gereguleerd.

Voor de specifieke knelpunten die samenhangen met de werkwijze en positie van de Raad voor Cultuur moet allereerst 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.

Voorts verdient het aanbeveling om de vergelijkende motiveringsplicht nader uit te werken in de toepasselijke subsidieregels, waarbij artikel 3:8 Awb moet worden uitgebreid tot 'adviseurs'. Verder is een online publicatieplatform voor tendersubsidies intussen noodzakelijk.

Subsidieverstrekkingen

Subsidieverstrekkingen blijken de primaire besluiten pas na bezwaar te voorzien van een vergelijkende motivering. Deze werkwijze moet worden losgelaten omdat het voor hen evenzeer van belang is dat er *geen* procedures tegen tenderverdeelbesluiten worden gevoerd. Zij kunnen ook het rechtsherstellende knelpunt uit artikel 4:25 Awb oplossen. De transparantieplichting *ex post* zou tot en met de heroverweging in acht moeten worden genomen. Pas dan is er voor alle deelnemers in de verdeelprocedure sprake van een volwaardige en effectieve rechtsbescherming.

Subsidieaanvragers

Om zeker te weten of zijn verdeelbesluit voldoet aan de vergelijkende motiveringsplicht, moet een aanvrager nu altijd opkomen tegen het primaire besluit. Dit is in de cultuursector echter geen vanzelfsprekende (re)actie, vanwege de kwetsbare verhouding met de subsidieverstrekking en de concurrerende gezelschappen en vanwege de geringe kans op een gegrond beroep. Helaas is dit nog steeds de enige

route om de rechtmatigheid van het verdeelbesluit ter discussie te stellen. Aanvragers moeten dus alert zijn en binnen zes weken na ontvangst van het verdeelbesluit hun bezwaren indienen.

Bezwaaradviescommissies

De bezwaaradviescommissie speelt een belangrijke rol bij de rechtsbescherming van de bezwaarmaker. Zij zou het oplossen van het knelpunt uit artikel 7:11 Awb kunnen bevorderen, omdat zij kan bewerkstelligen dat subsidieverstrekkers geen primaire verdeelbesluiten meer uitvaardigen met evidente motiveringsgebreken. Wanneer de bezwaaradviescommissie de primaire besluitvorming namelijk *ten volle* beoordeelt en daarbij de bezwaren *vergelijkend* beoordeelt, is het voor subsidieverstrekkers aantrekkelijker reeds in primo te voldoen aan de vergelijkende motiveringsplicht. Dat zal hen stimuleren om niet voor tijd, maar voor besluitvormingskwaliteit te kiezen.

Bestuursrechters

De bestuursrechter dient bij geschillen over financieringsbeslissingen alert te zijn op de parallellen tussen een publieke geldprijs en de Awb-subsidiedefinitie. Daarnaast zou hij zich in cultuursubsidiegeschillen minder terughoudend moeten opstellen ten opzichte van de deskundigen en hun werkterrein. De bestuursrechter zou bij cultuursubsidiebesluiten dezelfde toetsingsdifferentiatie aan de dag moeten leggen als hij doet bij andere subsidiebesluiten die met deskundigen zijn voorbereid. Verder past de 'status aparte' die de Raad voor Cultuur in de bestuursrechtspraak lijkt te hebben verworven, niet langer in de actuele jurisprudentiestandaard.

Voorts is het nodig dat de bestuursrechter de problemen sauveert die de interpretatie van artikel 3:8 Awb in de cultuursector veroorzaakt. Zijn restrictieve interpretatie doet geen recht aan de wetsgeschiedenis.

TEN SLOTTE

De blootgelegde knelpunten bij de verstrekking van publiek geld aan de cultuursector stemmen niet vrolijk. Zij staan het realiseren van effectieve rechtsbescherming voor cultuursubsidieaanvragers in de weg. Er is zelfs sprake van een rechtsbeschermingsparadox. De subsidieverstrekkers beschikken over de essentiële sleutel waarmee enkele storende rechtsbeschermingsknelpunten kunnen worden opgelost, maar het is aan degenen wiens rechtsbescherming te wensen over laat om die sleutel te activeren. Dat is onwenselijk. 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.