

De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst

Citation for published version (APA):

Hardy, E. (2019). De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst: Over de juridische consequenties van de vormgeving van Nederlandse kunst- en cultuurprijzen. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2019(3), 98-118. <https://www.recht.nl/vakliteratuur/algemeen/artikel/463467/de-kunst-van-het-prijzen-prijzen-in-de-kunst-over-de-juridische-consequenties-van-de-vormgeving-van-nederlandse-kunst-en-cultuurprijzen/>

Document status and date:

Published: 01/01/2019

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

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 prijzen: prijzen in de kunst

Over de juridische consequenties van de vormgeving van Nederlandse kunst- en cultuurprijzen

E.M.J. Hardy*

1. Inleiding

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 Dit gebeurtenis is al bijna 150 jaar een jaarlijks terugkerend ritueel. Drie prijswinnaars ontvangen elk € 9000 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 oeuvreprijzen als uiting van waardering voor lovenswaardige prestaties. Prijzen tonen de nationale

of 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 subsidieverstrekking is in de zin van de Awb? De Konink-

* E.M.J. Hardy is als docent en onderzoeker verbonden aan de Universiteit Maastricht. Deze bijdrage is een verkorte weergave van een hoofdstuk dat deel uitmaakt van haar promotieonderzoek naar juridische knelpunten bij (overheids)financiering van kunst en cultuur. Het onderzoek voor dit hoofdstuk werd afgesloten op 28 februari 2019. De peildatum voor de onderzochte prijzen was 8 november 2018.

Dank gaat uit naar prof. mr. J.E. van den Brink, prof. mr. T. Hartlief en prof. mr. W. den Ouden voor hun commentaren bij eerdere versies van deze bijdrage.

1. J. Brandt Corstius, *As in tas*, Amsterdam: Das Mag uitgevers 2016, p. 43.

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

3. De Prix de Rome voor schilderkunst werd in 1808 ingesteld door Lodewijk Napoleon (R. Dijkgraaf, ‘Holland op z’n hoogst’, *Dutch Heights* 2, 2011).

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

5. Bijv. R. 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, ‘Ruimte voor Cultuur. Uitgangspunten Cultuurbeleid 2017-2020’, p. 3 (www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2015/06/08/ruimte-voor-cultuur); 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.

7. Zie J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?’, *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897.

8. *Ibidem*. Voorts o.a. J.E. van den Brink, *Realistisch revolueren. Het revoluerend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2018; W. den Ouden, ‘Het coöperatieve bestuursorgaan’, *NTB* 2016/52, p. 387-392.

9. Resp. Wet op het specifiek cultuurbeleid (*Stb.* 1993, 193), Regeling op het specifiek cultuurbeleid (*Stcrt.* 2010, 6444) en Besluit op het specifiek cultuurbeleid (*Stb.* 2010, 169).

lijke 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,¹⁰ hetgeen een publiekrechtelijke vormgeving uitsluit. Daarmee raken we een tweede aandachtspunt. Juridisch is het 'etiket' dat aan een prijs kleef, 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 subsidiedefinitie 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. Noch een subsidie, noch een overeenkomst kent constitutieve vormvereisten. Dat betekent dat de materiële vormgeving doorslaggevend is voor het juridische kader waarmee een kunstprijs 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.

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

10. Aldus de Rijksvoorlichtingsdienst, desgevraagd.

11. Voor subsidies: MvT bij art. 4:21 Awb, *Parl. Gesch. Awb III*, p. 184-195. Art. 4:21 lid 1 Awb bevat de subsidiedefinitie; 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. Den Ouden (*Delftse gondels*).

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. Kleijn, NJ 1991/393, m.nt. Scheltema, *Gst.* 1991/6914, m.nt. Damen). Een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke weg leidt tot nietigheid van de betrokken privaatrechtelijke rechtshandeling ingevolge art. 3:40 lid 1 BW.

17. Zie P. van Klink, *Kunsteconomie in nieuw perspectief*, Groningen: K's Concern 2005, p. 217-220.

18. Vgl. 'Afgewezen kunstenaars tekenen bezwaar aan bij het Mondriaan Fonds', *NRC Handelsblad* 13 juni 2018.

19. *Handelingen II* 1862/63, 36 (22 september 1862). Voorts bijv. R. Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 602-614.

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

21. Bijv. W. Krul, 'Opbouwende ascese: Thorbecke adagium van staatsonthouding als zedelijk beginsel', *Boekmancahier* 2001/50, p. 447-460.

22. Vgl. M. Mathijssen, 'Wat die Thorbecke werkelijk zei', *NRC Handelsblad* 4 september 2014.

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. Hooft-staatsprijs naar de P.C. Hooft-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.

1.1. Focus van het onderzoek

Voor deze bijdrage 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.

1.2. 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 bezien. 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. § 3 plaatst de geselecteerde geldprijzen vervolgens in het wettelijke kader van de Awb. Geldprijzen kunnen verhulde subsidies zijn en worden om die reden aan de subsidie-definitie getoetst. In § 4 worden de consequenties belicht van een subsidiestatus. § 5 stelt de prijzen centraal waarbij de overheid financieel betrokken is, maar in onvoldoende mate om binnen de subsidie-definitie te vallen. Het pu-

bliekrecht is daarop niet van toepassing. Hoe kunnen die prijzen worden gekwalificeerd en onder welk regime vallen zij? In § 6 wordt de balans opgemaakt en klinkt een aantal aanbevelingen; daarna volgt een paragraaf met concluderende opmerkingen.

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 dubbelstellingen. 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

23. Bijv. C. Smithuijsen, 'Verzuiling, verzorging, verzakelijking. Rijkscultuurbeleid 1918-2018', in: P. Slaman (red.), *In de regel vrij. 100 jaar politiek rond onderwijs, cultuur en wetenschap*, Ministerie van OCW 2018, p. 199-223; voorts het themanummer 'Thorbecke', *Boekman-cabier* 2001/50.

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

25. De juridische vormgeving van kunst- en cultuurprijzen is tot dusver nauwelijks belicht. Het *Handboek voor de culturele sector* (E. Schieveld & P. de Jonge, Deventer: Wolters Kluwer/Amsterdam: Van Gogh Museum 2018) bespreekt het instrument niet, de bundel *Kunst, recht en beleid* (I.C. van der Vlies e.a., Den Haag: Boom juridisch 2017) evenmin. De uitgave *Cultuurbeleid. Digitaal handboek voor de kunst- en cultuursector* (editie 2014, te raadplegen via: <http://catalogus.boekman.nl/extern/>) stipt op p. 429-430 (C.H. Wijn: 'Kunstprijzen') en p. 1477-1478 (C.P.A. Holierhoek: 'Literaire prijzen') de prijs kort aan.

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.

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 subsidiekwalificatie. Kunst- en cultuurprijzen bestaan echter vaak uit een combinatie van deelprijzen: naast de geldprijs wordt een prijs in natura toegekend, zoals een 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 Erasmusprijs (€ 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 § 5.3.

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 subsidiedefinitie.³⁸

2.3. Aard van de geselecteerde geldprijzen

De 121 geldprijzen vallen qua aard in vier groepen uiteen. Het leeuwendeel (90) bestaat uit oeuvre- en waarderingsprijzen. Deze prijzen worden uitgereikt 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 Velthuis-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 geoormerkt. 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 de architectuurprijs 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 subsidiedefinitie 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

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.

38. Een overzicht van deze 121 prijzen is desgevraagd te verkrijgen via ellen.hardy@maastrichtuniversity.nl.

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 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 *overheidsopdracht* in de zin van het aanbestedingsrecht. Voor subsidieverlening in deze vorm kan een aanbestedingsplicht 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 opeenvolgende 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 omlijnd dat zich naast het beeld van een subsidie ook dat van een afdwingovereenkomst opdringt. Ook dit onderstreept het belang van de vraag die in deze bijdrage 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 verrichte 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 handelingen 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 zij getoetst aan de vier elementen van de subsidiedefinitie uit art. 4:21 lid 1 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 subsidiekwaliificatie 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 vrijblij-

39. Zie *Parl. Gesch. Awb III, Handelingen II* 1995/96, 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. Jacobs & Den Ouden (*FlevoHerb*); idem door de Hoge Raad in HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. Van Ommeren (*CVZ/Verzorgingshuizen*).

40. Strijd met art. 4:29, 4:42 en 4:36 Awb resulteert in nietigheid van de rechtshandeling ingevolge art. 3:40 lid 1 BW.

41. Uitvoerig hierover: M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Elsevier 1999.

42. Jac. Hijma, C.C. van Dam e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 3), Deventer: Kluwer 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 (*Parl. Gesch. Awb III*, p. 162-183). Zie voorts bijv. B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht?', *Gst.* 2006/7261, p. 583-595 en CBB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340, m.nt. 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; voorts bijv. P.J. Huisman, 'Groeirichtingen voor de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', in: B. Marseille e.a., *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 150.

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

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

Toegespijst 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 daar-

voor 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

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 subsidiedefinitie 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 be-

49. Art. 4:42 Awb.

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: J.A.F. Peters, ‘De ledigheid van de publieke taak’, *AA* 2017, afl. 2, p. 104-112.

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. Peters, *JB* 2014/202, m.nt. Timmermans (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, *AB* 2015/130, m.nt. Peters, *JB* 2014/203, m.nt. Timmermans (*Stichting Platform31*); gevolgd door ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, *AB* 2015/131, m.nt. Peters; ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4602, *Gst.* 2015/41, m.nt. Jak en ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:765, *AB* 2016/236, m.nt. 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. Jak).

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

paald, 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, 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 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

60. Deze 34 reglementen zijn gepubliceerd of op aanvraag beschikbaar.

61. Gebaseerd op art. 4c lid 1, art. 9 lid 1, art. 9a, art. 10 lid 4 en art. 11 Wet op het specifiek cultuurbeleid (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 (*Parl. Gesch. Awb III*, p. 162-183).

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

65. Zie § 4.2.

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

67. *Ibidem.*

68. *Ibidem.*

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 subsidiekwificatie. Om die reden vergelijk ik hierna de toekenningsprocedures van de geselecteerde geldprijzen met de Awb-subsidieprocedure. Pas daarna kan worden bezien of zij voldoen aan het criterium ‘met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager’.

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 Ofschon 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 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 omlind bestedingsdoel, zoals de Eekhoffprijzen 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 oeuverprijzen. 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 geoormerkt en het resterende deel vrij besteedbaar is. Het geoormerkte 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 beoor-

69. CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1786, AB 2011/164, m.nt. Den Ouden.

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. W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 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.

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).

deling 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

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de toekenning-procedures 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 § 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 subsidievestiging 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.

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 § 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 zozeer verwijderd ligt van de marktprijs, 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 subsidie context,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 uitvoer-

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

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

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, *Parl. Gesch. 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.

91. MvT bij art. 4:21 Awb, *Parl. Gesch. 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://financierennetwerken.nl/>).

ring van de activiteiten, aanwijzingen geven voor de juridische rechtsverhouding.⁹⁵

Deze factoren zijn in de rechtspraak verder uitgekristalliseerd.⁹⁶ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 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 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 bestuurs-

orgaan 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 ontkennend worden beantwoord voor de 32 oeuvre- en waarderingsprijzen: de bekroonde kunstuitingen zijn immers gerealiseerd *zonder* dat daarvoor het prijzengeld nodig was. Dat feit hoeft echter geen belemmering te zijn voor een subsidiekwalificatie, aangezien deze volgorde – eerst de prestatie, daarna de geldverstrekking – opgaat voor elke waarderingsubsidie. De consequentie dat daardoor het prijzengeld vrij te besteden is en bijvoorbeeld kan worden gespendeerd 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 toch 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

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. Verheij (*crèche Catalpa*).

97. CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340, m.nt. Van Angeren (*Hanseland*).

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. Den Ouden, JB 2011/3, m.nt. 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. Den Ouden, Gst. 2015/114, m.nt. Van der Sluis & Pennarts (*verplaatsing veehouderij Someren*).

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

103. De € 7000 voor de Limburg Design Award bijvoorbeeld, is volledig bestemd voor een aankoop of opdracht door het Cuyperhuis te Roermond. Ook het Belcampo Stipendium, de Gouden Piramide en de Johannes Vermeer Prijs zien (deels) op het realiseren van een specifiek project.

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 subsidiekwificatie 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 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 § 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 § 5.

4. Publiekrechtelijke status: consequenties en aandachtspunten

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? Zij 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 verantwoordingsaanpak 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 Subsidie-titel 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. Oeuvren 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 subsidierecht schrijft voor dat daarop nog een vaststellingsbeschikking moet volgen, zodra is geconstateerd dat de activiteiten naar behoren zijn verricht.¹⁰⁹

4.2. Inrichting van de verdeelprocedure

Een subsidiestatus stelt eisen aan de inrichting van de verdeelprocedure. Die procedure moet *kenbaar* zijn:

104. Het hoogste geldbedrag in deze reeks bedraagt € 100 000 (Johannes Vermeer Prijs), waarvan 70% is gelabeld voor een speciaal project. Zelfs dit bedrag lijkt niet marktconform voor het realiseren van een project door winnaars als violiste Janine Jansen (2018) of modeontwerper Iris van Herpen (2017), temeer daar de marktwaarde van hun kunstuitingen ten gevolge van deze prijs flink zal stijgen. Ook voor oeuvreprijzen geldt m.i. dat zij nimmer de marktwaarde van het gehele oeuvre vertegenwoordigen.

105. Bijv. de Limburg Design Award of de Wilhelminaring.

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.

108. Art. 1:3 lid 2 Awb.

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

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.

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 Scharste 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

110. Zie o.a. ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. Den Ouden (*Coach4Kids*); CbB 21 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. Drahmman & Van Rijn van Alkemade; voorts M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen. Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011, afl. 1, 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. Den Ouden en ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7562, AB 2005/267, m.nt. 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. Den Ouden (*De Theatercompagnie*) en CbB 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. Hardy (*Energie Cirkel B.V.*).

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

115. Art. 8:29 lid 3 Awb.

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

117. Als startpunt geldt: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004. Daarna volgden o.a. F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 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. Wolswinkel (*Speelautomatenbal 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. 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. Van der Burg, *NJ* 1987/272, m.nt. Scheltema (*Amsterdam/IKON Beleidskonsulentent B.V.*); voor privaatrechtelijke overheidshandelingen via art. 3:14 BW.

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

121. F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.) 2011, p. 258.

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

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

124. ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. Van den Brink (1) en 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.

toegeschreven naar één specifieke deelnemer. Om voor iedere deelnemer gelijke kansen te creëren, heeft de organisatie de verplichting tot het garanderen van een ‘passen-de mate van openbaarheid’. Dat betekent: transparant zijn over de prijs en de daaraan gekoppelde activiteiten, over het reglement, de inschrijftermijn, de verdeelproce-dure 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 pro-cedure niet snel voor de hand.¹²⁸ Dat kan anders zijn wanneer een prijs wordt uitgereikt na een selectieproce-dure die eindigde in een rangschikking van de deelne-mers.¹²⁹ Een vervelende bijkomstigheid van verdeelproce-dures 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 doorge-trokken naar subsidies in de vorm van een prijs: wanneer er bijvoorbeeld meer finalisten zijn dan beschikbare prijzen. Ook dan zijn in principe alle finalisten ‘prijswaar-dig’, 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 rechtsbescher-ming 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 conclude-ren dat het prijzengeld een verhulde subsidie is. Overigens ligt de materiële zoektocht naar de subsidiedefinitie in een civiele procedure evenzeer voor de hand, zodra de juridische status van een geldverstrekking door de over-heid ter discussie staat.¹³¹

Vaststaat dat in de kunstensector de alertheid met betrek-king tot de juridische aspecten van financiële beslissingen is toegenomen.¹³² Het moment waarop niet-winnaars geen genoegen meer nemen met niet of nauwelijks gemo-tiveerde afwijzingen, is dan ook nabij.¹³³ Met lege handen naar huis gaan, terwijl de voorbereiding en wedstrijddeel-name tot aanzienlijke investeringen hebben geleid, is al-leen maar acceptabel wanneer de jurybeslissingen inzicht-elijk en concludent zijn. Ik verwacht dat teleurgestelde deelnemers in de toekomst niet zullen nalaten hun rechten te verzilveren, temeer daar de ontwikkeling in de subsi-dierechtspraak 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 rang-schikking.¹³⁵ De beschikking moet bovendien een verwij-zing 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 blokke-ren, zijn uit den boze. Het recht op bestuursrechtelijke rechtsbescherming mag een burger nimmer worden ont-zegd of ontnomen. Rechtsbescherming is echter gelimi-teerd in tijd: een prijs wordt na ommekomst van de daarvoor geldende bezwaartermijn ‘in rechte onaantast-baar’.¹³⁶

De prijswinnaars hoeven tussentijds gelukkig niet in on-zekerheid te verkeren over de rechtmatigheid van een

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. In beginsel is eerst bezwaar vereist.

128. Doorgaans wordt dit type prijzen toegekend via geheime nominaties door deskundigen. ‘Verliezers’ hebben dan geen notie van een nomi-natie.

129. Waarbij niet is vereist dat de prestaties van de deelnemers tegen elkaar zijn afgezet. Vgl. J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbe-scherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 52.

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

131. Zij het dat de civiele rechter nog weinig alert is op de materiële subsidiedefinitie, vgl. Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, BR 2014/34, m.nt. Houdijk & De Groot (*MuzyQ-I*) en Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 (*MuzyQ-II*).

132. P. van Klink 2005, p. 217-220.

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

134. Bijv. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.5, AB 2016/453, m.nt. Den Ouden (*Holland Opera*); in dezelfde lijn: CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. Hardy (*Eagle Energy*). Zie voorts E.M.J. Hardy, ‘De kunst van het subsidiëren. Rechtsbescherming in tenderprocedures: over belanghebbendheid en inzagerecht’, *JBplus* 2016/1, p. 13-36.

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

136. Art. 6:7 Awb: zes weken.

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 prijzenkast.¹³⁸ Het wettelijk verplichte rechtsherstel 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

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 subsidierelaties 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 cultuursubsidierelaties 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 in en de legitimiteit van de organisatie.

137. Aanvragers uit een 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. W. den Ouden, in: Barkhuysen e.a., *AB Klassiek 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-12.

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, 'Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief', Rapport 2014, § 2.2 (www.binnenlandsbestuur.nl/Uploads/2014/11/Tussen-betalen-en-bepalen.pdf).

141. Art. 4:37 Awb.

142. Art. 4:45 Awb. Dat geldt niet voor oeuverprijzen: de verstrekking van een waarderingssubsidie 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 voorgekomen.

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 (Rapport bij het Jaarverslag 2017; www.rekenkamer.nl).

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

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.

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 verholde 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.

5. Publiek prijzengeld, maar niet via publiekrecht verstrekt: consequenties voor de prijzen

5.1. Leidt de toekenning van een geldprijs tot een overeenkomst?

In § 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.

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 be-

152. 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.

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 meezijdige 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.

schouwt aanbod en aanvaarding daarbij als twee eenzijdige rechtshandelingen.¹⁶⁴ Eggens neemt daarentegen aan dat de aanvaarding bestaat in de wilsverklaring jegens de uitloper het uitgeloopte 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 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 publiekrechtelijke 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 § 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 krijgen 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.

164. J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 1: Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004 (5e druk), § 6.3.

165. Eggens, *WPNR* 1953, afl. 4294; in dezelfde zin: Schoordijk, *Verbintenissenrecht* 1979, p. 482 e.v.; Asser/Sieburgh 6-III 2018/171.

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. Rutten (*Baris/Riezenkamp*); HR 18 juni 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. 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. 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.

172. Vgl. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.4.4, *AB* 2003/365, m.nt. Van Ommeren, *JB* 2003/121, m.nt. Peters, *NJ* 2004/35, m.nt. Van den Berg (*RZG/ConforMed*). 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. 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. Van Ommeren, *JB* 2003/121, m.nt. Peters, *NJ* 2004/35, m.nt. Van den Berg (*RZG/ConforMed*). Voorts m.n. N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014.

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 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 ‘prijs’ 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.

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 Subsidie-titel in de Awb het licht, waarmee het subsidie-instrument 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

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.

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.

179. De eerste bespiegelingen dateren uit 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; gevolgd door F.J.P.M. Hoefnagel & A. Reinders, *Kunst, kunstbeleid en administratief recht* (preadvies voor de VAR-vergadering op 25 maart 1983), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1983; en door E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (preadvies voor de VAR-jaarvergadering op 29 april 1988), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1988.

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

121 geselecteerde prijzen qua vormgeving in het subsidie-model 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 Subsidie-titel knelt, zou de Wsc moeten voorzien in een afwijkingmogelijkheid.

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

6.2.2. Kunst- en cultuurprijzen versus Thorbecke’s adagium

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.

Overheidsbemoedienissen 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 Thorbecke’s

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 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 § 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 en rangschikking 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 concludent is geformuleerd dat het de keuze voor de prijswinnaar(s) volledig kan rechtvaardigen.

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 competitie of via een geheime nominatie worden toegekend. 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 § 4.1 werd toegelicht, moet daarop een vaststellingsbeschikking volgen. Om de subsidierelatie

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

182. Waarvan diverse voorbeelden in: J.E. van den Brink & W. den Ouden, NJB 2016/2000, p. 2888-2897; en in: W. den Ouden, NTB 2016/52, p. 387-392.

183. Bijv. J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel “subsidierelaties” niet of nauwelijks normeert’, in: B. Marseille e.a., 25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 222.

184. *Handelingen II* 1862/63, 36 (22 september 1862). Voorts bijv. R. 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).

187. Art. 4:30 lid 1 Awb.

formeel af te ronden, zou de organisatie na het voltooiën van de activiteiten haar oordeel over de prestaties schriftelijk aan de prijswinnaar moeten meedelen.

De laatste aanbeveling betreft de oeuvrepreizen. Dat de winnaar van een oeuvreprijs 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 oeuvrepreizen 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 oeuvreprijs 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

6.4. Specifieke aanbevelingen voor de geldprijzen die bijna subsidies zijn

In § 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 subsidie-definitie: 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 werklast 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.

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 subsidiekwificatie 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

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.

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

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 verdelregels 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.