

# Advisering in de kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigenadviesing en rechtsbescherming

Citation for published version (APA):

Hardy, E. M. J. (2009). Advisering in de kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigenadviesing en rechtsbescherming. *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus*, 2, 106-127.

## Document status and date:

Published: 01/01/2009

## 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](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

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

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Advisering in de kunst

## De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigen- advisering en rechtsbescherming

Mr. E.M.J. Hardy<sup>1</sup>

**Trefwoorden:** subsidie, advisering, deskundigen, contra-expertise, cultuur, Raad voor Cultuur, Cultuurnota.

Enemaal per vier jaar formuleert de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de uitgangspunten voor het cultuurbeleid ten aanzien van de procedure, de criteria, de subsidievoorwaarden en de verantwoordingsregels bij het verstrekken van subsidies aan culturele instellingen. In 2007 werd de nota 'Kunst van leven' uitgebracht, die de agenda voor het cultuurbeleid in de jaren 2009-2012 zal gaan vormgeven. In reactie daarop, dus eveneens vierjaarlijks, adviseert de Raad voor Cultuur de minister over de meerjarige rijksgesubsidieerde culturele instellingen. Zo ook in mei 2008, met het advies 'Basisinfrastructuur 1.0'.<sup>2</sup> Zo'n advies is overigens niet bindend; uiteindelijk beslist de minister, doorgaans in de persoon van de staatssecretaris, welke instellingen voor subsidie in aanmerking komen.

In de tweede helft van 2008 haalde de Cultuurnotaprocedure regelmatig het nieuws. Op het tumult na, dat werd veroorzaakt door instellingen die buiten de (subsidie)boot vielen, valt er over de subsidieperiode 2009-2012 nog weinig op te merken. De Cultuurnotaperiode 2005-2008 is op dit moment echter voltooid. Ook in die periode was er onvrede over subsidietoekenningen, waarbij het advies opvallend vaak het centrale discussiepunt is. Een aantal van de geschillen heeft inmiddels voor nieuwe rechtspraak gezorgd. Over de daaraan voorafgaande notaperiode, de jaren 2001-2004, verscheen een aantal publicaties.<sup>3</sup> Enkele veelvoorkomende geschilpunten waren de positie van deskundigen en het gewicht van het advies.

In deze bijdrage zal ik, aan de hand van de rechtspraak uit de Cultuurnotaperiode 2005-2008, onderzoeken hoe deskundigenadvisering op het terrein van de podiumkunsten functioneert. Daarbij gebruik ik de algemene uitgangspunten van deskundigenadvisering en van cultuursubsidiëring als context. Een specifieke vraag die ter beantwoording voorligt, is in hoeverre de deskundigenadvisering door de Raad voor Cultuur een eigen invulling geeft aan de algemene eisen voor advisering uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Eventuele consequenties hiervan voor de rechtsbescherming van de subsi-

- 1 Ellen Hardy is docent bij de capaciteitsgroep Publiekrecht van de Universiteit Maastricht. Dank gaat uit naar prof.dr. Ch.W. Backes voor zijn waardevolle commentaar bij eerdere versies van deze bijdrage.
- 2 [www.cultuur.nl/adviezen\\_subsidieplan\\_0912.php](http://www.cultuur.nl/adviezen_subsidieplan_0912.php).
- 3 F. Onrust, 'De positie van deskundigen bij beslissingen over kunstsubsidies', in: C. Smithuijsen en I.C. van der Vlies (red.), *Gepaste afstand. De 'cultuur-*

*notaprocedure' tussen de kunst, het recht en het openbaar bestuur*, Amsterdam / Den Haag: Boekmanstichting / Reed Business 2004, p. 61-72. Voorts: R. Snel en S. Verhage, *Bezwaar geen bezwaar*, Den Haag: Ministerie van OCW 2004. Daarnaast I.C. van der Vlies, *De kunst en het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 87-144.

*dieaanvragers zullen eveneens worden beschreven. Afgerond wordt met een voorzet ter verbetering van de juridische positie van de cultuursubsidieaanvrager.*

## 1. De Cultuurnotaprocedure 2005-2008

### 1.1 Cultuuradvisering: het wettelijke kader

Vanwege de centrale rol van de Raad voor Cultuur in de Cultuurnotaprocedure zal eerst het wettelijke kader van cultuuradvisering worden geschetst.<sup>4</sup>

Het algemene kader wordt gevormd door art. 3:2 van de Awb, dat het bestuursorgaan verplicht bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Het aspect 'advisering' is nader uitgewerkt in de art. 3:5 tot en met 3:9a Awb. Daarmee is het beeld nog niet volledig: ook art. 2:4 Awb speelt een rol in verband met de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de adviseurs, en de art. 3:49 en 3:50 Awb vanwege de motivering van het besluit waarop het advies betrekking heeft.

In de Cultuurnotaprocedure is voorts de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc) van belang.<sup>5</sup> Die voorziet in de instelling van een Raad voor Cultuur, die tot taak heeft de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over algemeen verbindende voorschriften of te voeren beleid van het Rijk op het terrein van de cultuur.<sup>6</sup> De Raad beoordeelt de kwaliteit

van de door cultuurinstellingen ingediende beleidsplannen. Hij onderscheidt zich daarmee van andere adviesorganen van de regering, die uitsluitend adviseren over de grote lijnen van hun beleidsterrein. Deze uitzonderlijke positie van de Raad is terug te voeren op het sinds 150 jaar gehuldigde uitgangspunt dat de overheid geen beoordelaar wil zijn van de kwaliteit van kunst en cultuur, het zogenoemde 'Thorbecke-principe'.<sup>7</sup>

De Raad voor Cultuur bestaat uit negen leden die voor vier jaar worden benoemd.<sup>8</sup> Zij zijn afkomstig uit de culturele sector, de media en de wetenschap. De leden zijn geselecteerd vanwege hun brede inhoudelijke deskundigheid op het gebied van cultuurbeleid. De Raad heeft per sector commissies ingesteld, die adviezen over sectorspecifieke onderwerpen voorbereiden. Daarnaast volgen de commissies de rijksge-subsidieerde cultuurinstellingen en houden zij zich bezig met de subsidieadviezen over deze instellingen. Commissieleden worden voor een periode van twee jaar geselecteerd vanwege een bepaalde deskundigheid op deelterreinen van cultuur. Voor specifieke onderwerpen kan de Raad bovendien externe adviseurs inschakelen.

Bij de podiumkunsten (dans, theater, muziek en muziektheater) maakt de Raad ook gebruik van concert- of voorstellingbezoekers, die

4 Binnen advisering worden drie typen onderscheiden: deskundigen-, representatie- en semi-rechterlijke advisering, waarover bijvoorbeeld J.C.A. de Poorter en Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 11-15. Vanwege de context van deze bijdrage zal ik mij beperken tot deskundigenadvisering aan het bestuursorgaan.

5 *Sib.* 1993, 193.

6 Art. 2a Wsc.

7 "Kunst is geen regeringszaak, in zoverre de Regering geen oordeel, noch eenig gezag heeft op het gebied der kunst", aldus J.R. Thorbecke op 22 september, 18 en 26 november 1862. W. Verkade, *Overzicht der staatkundige denkbeelden van Johan Rudolph Thorbecke*, Arnhem: Van Loghnum Slaterus 1935, p. 267. Verkade verwijst naar Parl. Red. Deel VIII, p. 136, 158 en 233.

8 [www.cultuur.nl/wie\\_zitten\\_er\\_in\\_de\\_raad.php?id=8](http://www.cultuur.nl/wie_zitten_er_in_de_raad.php?id=8).

over de voorstellingen van de gesubsidieerde instellingen schriftelijk<sup>9</sup> rapporteren aan de desbetreffende commissies. Deze bezoekers worden openbaar geworven en voor twee jaar benoemd.

## 1.2 *Subsidiesystematiek*

De Cultuurnotaprocedure 2005-2008 startte met het vooradvies, *Cultuur meer dan ooit*, uitgebracht door de Raad voor Cultuur in april 2003.<sup>10</sup> Enkele maanden later volgde de Staatssecretaris van OCW met zijn Uitgangspuntenbrief Cultuur.<sup>11</sup> Deze brief beperkte zich met nadruk tot de procedure, de criteria, de subsidievoorwaarden en de verantwoordingsregels die gelden bij het verstrekken van subsidies.

Eind 2003 hadden 833 instellingen hun plannen kenbaar gemaakt en subsidie aangevraagd voor het tijdvak 2005-2008.<sup>12</sup> De kwaliteitsoordelen daarover, zoals verwoord in *Spiegel van de cultuur*, het Cultuurnota-advies 2005-2008 van de Raad voor Cultuur en de aanvulling daarop, zijn door het kabinet gebruikt als grondslag voor de subsidiebeslissingen.<sup>13</sup> Uiteindelijk werden in de cultuurnota *Meer dan de som* de subsidietoekenningen voor de periode 2005/2008 gepresenteerd.<sup>14</sup>

Het verstrekken van subsidies aan culturele instellingen verloopt als volgt. Subsidieaanvragen worden ter advisering voorgelegd aan de Raad voor Cultuur, die de aanvragen (met name) beoordeelt op de kwaliteit van de plannen, indien

mogelijk tegen de achtergrond van de door de instellingen in de voorgaande jaren geleverde prestaties. Wanneer het aantal aanvragers dat kwalitatief geschikt wordt bevonden hoger is dan de subsidiebegroting toelaat, hetgeen in de voorliggende subsidieperiode het geval was, komt de Raad via aanvullende criteria tot een afweging. Voor het landelijk podiumbeleid in de sector Muziek & Muziektheater zijn dat bijvoorbeeld: bijzondere programmering, redelijk publieksaantal, groeiend circuit, kwalitatieve voorbeeldfunctie op landelijk niveau of een internationale positie.<sup>15</sup>

## 1.3 *Advisering onder de Cultuurnota 2005-2008*

Het uitgangspunt voor de meerjarige subsidie-toezeggingen onder de Cultuurnota 2005-2008 was de artistiek-inhoudelijke beoordeling van de ingediende beleidsplannen door de Raad voor Cultuur, op de wijze zoals gepubliceerd in het Cultuurnota-advies. Het vellen van een kwaliteitsoordeel over de subsidieaanvragen was voor de Raad dit keer moeilijker, omdat hij voor het eerst te maken had met een bezuiniging op het cultuurnotabudget. Hij diende scherpe keuzes te maken, met een gedegen onderbouwing. In het aanvullend advies dat de Raad heeft uitgebracht, is alsnog een aantal adviezen bijgesteld.

Het integrale advies van de Raad overschreed het financiële kader met ongeveer twee miljoen euro. Door de voorgenomen bezuiniging

9 Of commissieleden óók schriftelijk rapporteren (of uitsluitend mondelinge toelichtingen geven tijdens vergaderingen), vermeldt de Raad niet op zijn website. Vaststaat dat in 1999 van observaties van commissieleden uitsluitend *mondeling* verslag werd uitgebracht in de commissievergaderingen. Vgl. ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266 m.nt. MSV.

10 [www.cultuur.nl/files/pdf/advies/vooradvies\\_3\\_april.pdf](http://www.cultuur.nl/files/pdf/advies/vooradvies_3_april.pdf).

11 *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 989, nr. 1, Uitgangspuntenbrief Cultuur d.d. 1 juli 2003.

12 [www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf](http://www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf); p. 5.

13 [www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf](http://www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf); p. 5.

14 [www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf](http://www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf).

15 [www.cultuur.nl/adviezen\\_cultuurnota\\_0508\\_vervolg\\_v2.php?id=21&deel=8&hfdst=14](http://www.cultuur.nl/adviezen_cultuurnota_0508_vervolg_v2.php?id=21&deel=8&hfdst=14).

zwaarder op de ondersteunende instellingen te laten drukken dan geadviseerd, was het voor het kabinet mogelijk instellingen met als kerntaak het produceren van cultuur relatief te ontzien. De door de Raad geadviseerde generieke korting op de orkesten en operagezelschappen van 4,3% kon op deze wijze worden beperkt tot 3%.

Kwaliteit staat voorop, zo stelt de Cultuurnota, maar het kabinet meet zich geen eigen oordeel aan over artistieke kwaliteit. Het maakt wel een eigen afweging op bestuurlijke, financiële, bedrijfsmatige en beleidsmatige gronden. Op die gronden kan het kabinet afwijken van een advies van de Raad, zonder dat dit iets afdoet aan de zorgvuldigheid en de kwaliteit ervan.<sup>16</sup>

#### 1.4 **Begrippenkader: definities en criteria**

##### *Definiëring 'cultuur'*

Er bestaan aantoonbare verschillen in het prestige en de erkenning van de diverse kunstdisciplines. Sommige disciplines lijken hoger te worden aangeslagen, hetgeen zich vertaalt in meer financiële ondersteuning, meer media-aandacht en meer aandacht in het cultuurbeleid.<sup>17</sup> In die zin kan er nog altijd worden gesproken van 'hogere' en 'lagere' cultuur.<sup>18</sup> Onder de eerste vorm vallen ballet, muziek en bepaalde vormen van theater en opera; onder de lagere cultuur popmuziek en musicals. Het onderscheid is de afgelopen decennia echter vervaagd en wordt evenmin gehanteerd door de Raad voor Cultuur. In zijn advies bij de Cultuurnota 2005-2008 schrijft de Raad onder meer:

'Talloze cross-overs doen de grenzen tussen de traditionele disciplines vervagen en *high* en *low culture* zijn geen strikt gescheiden werelden meer. (...) Cultuur is, in de zin van de Wet op het Specifiek Cultuurbeleid, een breed begrip. Het terrein dat de Raad voor Cultuur in het kader van die wet bestrijkt, varieert van kunsten tot media, van erfgoed tot bibliotheken. Iedereen heeft met cultuur te maken, of het nu voorstellingen zijn op een podium of elementen in de openbare ruimte'.<sup>19</sup>

De Raad definieert 'cultuur' niet, maar geeft slechts een omschrijving daarvan. Evenmin bakent hij de grenzen af tussen de verschillende kunstdisciplines. Voor de bestuursrechter is dat nog niet bezwaarlijk gebleken. De verstrekking van subsidies ten behoeve van cultuuruitingen is een discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan, in dezen de Staatssecretaris van OCW. De wijze waarop inhoud wordt gegeven aan deze beleidsvrijheid, zal de bestuursrechter daarom slechts marginaal toetsen. Dat wil zeggen dat een bestreden besluit alleen dan niet in stand kan blijven indien de rechter oordeelt dat het bestuursorgaan, na afweging van alle betrokken belangen, in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Aan een nadere invulling van bijvoorbeeld 'cultuur' zal de bestuursrechter niet toekomen.

Het vervagen van de grenzen tussen de kunstdisciplines kan op andere terreinen echter problemen opleveren, zoals recente rechtspraak van de Belastingkamer van de Hoge Raad illustreert.<sup>20</sup> De podiumkunsten vallen sinds

16 [www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf](http://www.cultuursubsidie.nl/downloads%20OCW/Cultuurnota%202005-2008.pdf); p. 5.

17 S. Janssen, *Het soortelijk gewicht van kunst in een open samenleving. De classificatie van cultuuruitingen in Nederland en andere Westerse landen na 1950* (oratie Rotterdam 2005), <http://repub.eur.nl/publications/index/552566462>.

18 Zie bijvoorbeeld het themanummer 'Hoge en lage cultuur' van Boekman, 2005 nr. 65, Amsterdam: Boekmanstichting.

19 [http://www.cultuur.nl/adviezen\\_cultuurnota\\_0508\\_ervolg\\_v2.php?id=21&deel=1&hfdst=183](http://www.cultuur.nl/adviezen_cultuurnota_0508_ervolg_v2.php?id=21&deel=1&hfdst=183).

20 HR 5 december 2008, LJN BB0678.

1998 namelijk onder een verlaagd tarief van omzetbelasting: 6% in plaats van 19%. Vanwege het ontbreken van helderheid over het begrip 'podiumkunst' was de belastingrechter in 2007 genoodzaakt zich te buigen over de vraag of peepshows voor de omzetbelasting als toneelvoorstelling zijn aan te merken. Advocaat-generaal Van Ballegooijen ging in zijn conclusie uitvoerig in op de reikwijdte van het begrip 'cultuur'.<sup>21</sup> De Memorie van Toelichting bij de Wet op de Omzetbelasting 1968 maakt geen onderscheid tussen hoge en lage cultuur, eist dus geen specifiek cultureel niveau, maar vereist wel een 'culturele prestatie'. De A-G stelt vast dat er pas sprake is van een 'culturele prestatie' indien het een uiting van kunst, muziek, toneel, literatuur en/of wetenschap betreft. Hij refereert daarbij aan de reikwijdte van de term 'podiumkunst' uit het Besluit tot toepassing van het verlaagde BTW-tarief voor de sector Podiumkunsten.<sup>22</sup> De uiting mag een vermaakelijkheidsaspect bevatten, maar het culturele aspect moet in belangrijke mate aanwezig zijn. Duidelijk is zijns inziens dat een peepshow niet onder een kunstuiting in de gebruikelijke betekenis van het woord 'kunst' kan worden aangemerkt.

De HR volgde de conclusie van de A-G echter niet.<sup>23</sup> Het Hof had in het betreffende geschil reeds geoordeeld dat het verlenen van toegang tot de onderhavige peepshow onderworpen is aan het verlaagde tarief.<sup>24</sup> Het Hof overwoog daartoe onder meer dat muziek- en toneeluitvoeringen onder het verlaagde tarief vallen, dat de nationale wetgever deze begrippen ruim heeft willen opvatten en dat het culturele karakter of niveau van een voorstelling geen

voorwaarde is voor toepassing van dat tarief. Het Hof kwalificeerde de peepshow als een toneelvoorstelling en stelde dat daaraan niet afdoet het karakter van de voorstelling of de omstandigheid dat de tijd die men naar de voorstelling kijkt afhankelijk is van de betaalde vergoeding, dat de bezoekers op een meer afgezonderde wijze de voorstelling volgen dan gebruikelijk is bij toneelvoorstellingen en dat een vocaal aspect aan de voorstelling ontbreekt. Deze uitspraak leidde zelfs tot Kamervragen.<sup>25</sup> Volgens de HR gaven de oordelen echter geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De andersluidende publieke opinie is inmiddels langs democratische weg verzilverd: op initiatief van de Kamer is de betreffende belastingtabel gewijzigd en vallen 'peepshows en andere optredens die primair zijn gericht op erotisch vermaak' niet langer onder het verlaagde tarief.<sup>26</sup>

#### *Definiëring 'artistieke kwaliteit'*

Uit het voorgaande blijkt dat het begrip 'cultuur' waar nodig wordt begrensd, al dan niet ondersteund met objectieve criteria. Met betrekking tot de term 'artistieke kwaliteit' ligt dat anders. De Raad voor Cultuur lijkt niet voornemens dit begrip af te bakenen of van objectieve criteria te voorzien. In de Cultuurnota 2005-2008 merkt hij ter zake op:

'Het is opmerkelijk dat juist vanuit het veld nu een roep klinkt om een politiek beleidskader, een systeem waarbinnen beoordelingen moeten plaatsvinden. (...) Getracht wordt 'artistieke kwaliteit' uiteen te rafelen in criteria, opdat de verschillende elementen getoetst kunnen

21 HR (Belastingkamer) 19 juli 2007, LJN BB0678, CPG 43908.

22 *Stb.* 1998, 520.

23 HR 5 december 2008, LJN BB0678.

24 Hof Amsterdam 22 januari 2007, LJN AZ7369; op grond van Wet op de Omzetbelasting 1968, post 14, letter d, van Tabel I, onderdeel b.

25 Van de zijde van het Tweede Kamerlid Van der Vlies. Brief staatssecretaris van Financiën ter beantwoording van Kamervragen, 9 maart 2007, DGB2007-960, VN 2007/15.14.

26 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 206, nr. 12; in werking getreden per 1 januari 2008.

worden zodat er uiteindelijk ‘objectief’ geconcludeerd kan worden welke instellingen voor subsidiëring in aanmerking komen en welke niet. Dit is bureaucratische planeconomie, waarmee intrinsieke kwaliteit wordt ontkend en waarmee de kunst wordt ontleed tot niets-zeggende elementen.<sup>27</sup>

Vanuit juridische optiek wekt deze stellingname nogal verbazing, aangezien geschillen omtrent cultuursubsidies doorgaans hun oorsprong vinden in andersluidende visies op ‘artistieke kwaliteit’. Uiterekend de ‘artistieke kwaliteit’ is de eerste toetssteen en daarmee de belangrijkste weigeringsgrond voor een cultuursubsidieaanvraag onder de Cultuurnota 2005-2008. Of een subsidieaanvraag op beleidsmatige gronden kan worden geweigerd, hangt af van de mate van beleidsvrijheid die de betreffende subsidieregeling biedt. Vaak is die vrijheid zo groot, dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de enige begrenzing vormen. Nu de weigeringsgrond niet nader wordt gedefinieerd, zal de aanvrager eerder het idee hebben aan willekeur te zijn overgeleverd. Het maakt bovendien het anticiperen op een positieve beschikking uiterst moeilijk. Wat te doen om de keurmeesters te behagen?<sup>28</sup>

27 [http://www.cultuur.nl/adviezen\\_cultuurnota\\_0508\\_vervolg\\_v2.php?id=21&deel=1&hfdst=183](http://www.cultuur.nl/adviezen_cultuurnota_0508_vervolg_v2.php?id=21&deel=1&hfdst=183).

28 Mijns inziens zou er wel eens een poging tot definiëring van ‘artistieke kwaliteit’ kunnen worden gewaagd. De conclusie van de A-G (HR (Belastingkamer) 19 juli 2007, LJN BB0678, CPG 43908) biedt daartoe alvast een opmaat. Overigens is in de Cultuurnota 2009-2012 een nieuw – wel geobjectiveerd – selectie criterium ingevoerd: ‘cultureel ondernemerschap’.

29 PG Awb I, p. 178-180. Naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State is het begrip ‘persoonlijk belang’ in de MvT bij het wetsontwerp aldus uitgelegd

## 2. Het deskundigenadvies

### 2.1 *Positie van de adviseurs*

Een van de beginselen voor overheidsop treden is dat besluiten worden genomen zonder aanzien des persoons, hetgeen is gecodificeerd in art. 2:4 Awb. Het eerste lid schrijft voor dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult; het tweede lid eist van het bestuursorgaan ‘ertegen te waken’ dat tot dit orgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden. De term ‘persoonlijk belang’ wordt in dat verband ruim opgevat: bedoeld is *ieder* belang dat niet behoort tot de belangen die het bestuursorgaan uit hoofde van de hem opgedragen taak behoort te vervullen.<sup>29</sup>

Art. 2:4 geeft daarmee niet alleen eisen voor de wijze waarop burgers tegemoet dienen te worden getreden, maar strekt zich zelfs uit tot de keuze voor deskundigenadviseurs, aangezien de bepaling ook van toepassing is op het functioneren van adviesorganen.<sup>30</sup> Ook de adviseur moet iedere schijn van verstrengeling van zakelijke en privébelangen vermijden. Is die verstrengeling er wel, dan is het advies niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand gekomen en mag het niet aan een besluit ten grondslag worden gelegd.

en voorzien van voorbeelden: niet slechts persoonlijke financiële of materiële belangen, maar ook belangen van een sportvereniging, een kunststichting of een actiegroep. Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze materie: A.R. Neerhof, ‘De reikwijdte van het verbod van vooringenomenheid’, «JBplus» 2004, p. 38-55.

30 Via art. 1:1 lid 1 sub a Awb indien het adviesorgaan als bestuursorgaan in de zin van de Awb kan worden aangemerkt (PG Awb I, p. 136); kan dat niet, dan strekt de werking van art. 2:4 Awb zich desondanks uit tot de ‘functionarissen’ van het bestuursorgaan.

Dat de grens tussen ‘vooringenomen’ en ‘standvastig’ nogal precair is, toont het volgende citaat uit de cultuursubsidiepraktijk: ‘Het is duidelijk dat als aan de advisering wordt deelgenomen door iemand die op grond van zijn eigen artistiek-inhoudelijk oordeel reeds lang van mening is dat een bepaald gezelschap onder de maat is en ook in het recent vertoonde geen aanleiding heeft gevonden in dat oordeel verandering te brengen, geen sprake is van “vooringenomenheid” in de zin van art. 2:4 Awb; deze bepaling beweegt zich niet op het grensvlak van vastgeroest dan wel standvastig zijn in zijn oordeel.’<sup>31</sup>

In subsidierelaties komt het betwisten van de positie van adviseurs regelmatig voor. De stichting Raz Dansvoorziening van het Zuiden ziet de continuering van haar werkzaamheden gevaar lopen als haar aanvraag om een meerjarige instellingssubsidie onverwacht wordt afgewezen. Zij stapt naar de voorzieningenrechter.<sup>32</sup> Een van haar bezwaren is dat de beschikking tot stand is gekomen onder invloed van een dansvoorstellingbezoekster die betrokken is bij Danshuis Limburg, een met Raz concurrerende instelling. De rechter overweegt dat uit de stukken volgt dat de Raad voor Cultuur zijn oordeel over Raz niet uitsluitend heeft gebaseerd op voorstellingbezoeken, maar ook op haar beleidsplan 05-08, op jaarverslagen, brochures en op een monitorgesprek. Daarnaast blijkt uit het nader advies van de Raad dat gedurende drie jaren op één na alle produc-

ties van Raz zijn bezocht, niet alleen door de betreffende dansvoorstellingbezoekster, maar ook door leden van de Commissie Dans van de Raad, van welke commissie de bezoekster geen lid is. Volgens de voorzieningenrechter ‘is aannemelijk geworden dat de invloed van W. [de bezoekster, (EH)] in het kader van de oordeelsvorming door de Commissie Dans daarom niet doorslaggevend kan zijn’. Hij concludeert dat onder deze omstandigheden de betrokkenheid van de voorstellingbezoekster bij een concurrerende instelling niet kan leiden tot het oordeel dat het besluit tot stand is gekomen in strijd met art. 2:4 Awb.<sup>33</sup>

Hierover kan verschillend worden gedacht. Het tweede lid van art. 2:4 Awb spreekt niet over invloed die *doorslaggevend* zou zijn op de besluitvorming, maar draagt het bestuursorgaan op ‘ertegen te waken dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming *beïnvloeden*’. [*cursivering: EH*]. De betrokkenheid bij een concurrerende instelling geeft de voorstellingbezoekster mijns inziens een persoonlijk belang, waarmee zij tenminste een schijn van belangenverstrengeling over zich afroept. Het verbod van vooringenomenheid komt reeds in de knel wanneer persoonlijke opvattingen van een adviseur een stempel *kunnen* drukken op de totstandkoming van een advies, of althans de indruk kan ontstaan dat dit het geval is.<sup>34</sup>

De vraag is dan ook of het rechterlijke criterium dat de invloed van de voorstellingbezoekster

31 Snel en Verhage 2004, p. 19-20: citaat uit een advies van de bezwaarschriftencommissie OCW in de Cultuurnotaronde 2001-2004.

32 Voorzieningenrechter Rb. Breda 1 april 2005, LJN AT3058.

33 Voorzieningenrechter Rb. Breda 1 april 2005, LJN AT3058, r.o. 2.7.

34 Vgl. Neerhof 2004, p. 41. Neerhof stelt dat aan de advisering over de afhandeling van een aanvraag van een subsidie in het kader van een project, geen leden van een adviescollege mogen deelnemen die nauw betrokken zijn geweest bij andere aanvragen in het kader van hetzelfde project. Indien dit voor een projectsubsidie al geldt, zal het voor een meerjarige subsidieverlening ongetwijfeld moeten gelden.



niet *doorslaggevend* kon zijn, wel een juiste maatstaf was. Ware het niet zuiverder geweest indien de voorzieningenrechter haar *betrokkenheid* bij de besluitvorming had afgekeurd, over de band van strijd met art. 2:4 Awb? De uitspraak had in dat geval waarschijnlijk niet anders geluid – afwijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening – aangezien anderszins is aangetoond dat de invloed van de voorstellingsbezoekster niet doorslaggevend was in de besluitvorming. Langs deze weg zou in ieder geval de algemeen geldende grens van art. 2:4 Awb zuiverder zijn weergegeven.

## 2.2 Deskundigheid van de adviseurs

Art. 3:9 Awb verplicht een bestuursorgaan, indien een besluit rust op een onderzoek naar feiten en gedragingen dat door een adviseur is verricht, ‘zich ervan te vergewissen’ dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Deze zogenoemde vergewisplicht verlangt daarbij onder meer dat het bestuursorgaan erop toeziet dat de adviseur over de voor het onderzoek vereiste kwalificaties beschikt.<sup>35</sup> Uit de wetgeschiedenis wordt afgeleid dat een bestuursorgaan, naarmate een adviesorgaan meer ervaring heeft met het uitbrengen van adviezen over bepaalde typen besluiten, meer zal mogen afgaan op de expertise van dat adviesorgaan. De betekenis van de vergewisplicht kan dus afnemen naarmate de ervaring van een adviesorgaan toeneemt.<sup>36</sup>

Sedert 1999 huldigt de Afdeling bestuursrecht spraak ten aanzien van de Raad voor Cultuur het standpunt dat de deskundigenstatus van de Raad inmiddels zodanig is dat ‘het niet onaanvaardbaar [is] dat de staatssecretaris bij zijn

oordeelsvorming (...) afgaat op een advies ter zake van de Raad voor Cultuur, mits dit advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen.<sup>37</sup> Het gegeven dat van observaties van de leden van commissies uit de Raad voor Cultuur sinds jaar en dag uitsluitend *mondeling* verslag wordt uitgebracht in commissievergaderingen, deert niet. De Afdeling onderkent dat dit afbreuk kan doen aan de mogelijkheid scherp inzicht te verkrijgen in de oordeelsvorming van de Raad, maar strijkt dit vervolgens glad met de ‘bestendige adviesrelatie’ die de opeenvolgende staatssecretarissen sinds jaren met de Raad – en zijn voorganger, de Raad voor de Kunst – hebben.<sup>38</sup>

De rechtbank Haarlem verwoordt het in 2006 nog stelliger: ‘buiten kijf staat dat de Raad voor Cultuur dient te worden aangemerkt als een orgaan dat bij uitstek deskundig is adviezen uit te brengen op het terrein van cultuur’. Daarna volgt enige relativering: een bestuursorgaan mag in beginsel afgaan op een advies van de Raad, maar wanneer een advies niet helder is, dient het bestuursorgaan zijn verantwoordelijkheid te nemen en de vereiste helderheid boven tafel te krijgen.<sup>39</sup>

Dit standpunt laat aan duidelijkheid niets te wensen over: de positie van de Raad wordt op geen enkele wijze betwijfeld en zijn adviezen hebben – althans inhoudelijk – een onaan-tastbare kwaliteit. De Raad heeft materieel beschouwd een onbegrensde vrijheid. Dat heeft, los van de vraag of zo’n positie wenselijk is voor een adviesorgaan en voor de beoogde verhoudingen in het bestuursrecht, een keerzijde: het betekent dat het betwisten van een Raad voor Cultuur-advies voor de gemiddelde

35 PG Awb I, p. 220.

36 PG Awb I, p. 218. Deze zienswijze wijkt overigens af van advisering aan de rechter. Daar is het uitgangspunt dat de procedure die leidt tot het advies, aan strengere eisen moet voldoen naarmate de invloed van het advies op het te nemen besluit groter is. Vgl.

EHRM 18 maart 1997, «JB» 1997/112 m.nt. AWH; NJ 1998/278, m.nt. HJS (Mantovanelli).

37 ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266 m.nt. MSV.

38 ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266 m.nt. MSV.

39 Rb. Haarlem 24 november 2006, LJN AZ4871. In dezelfde zin: ABRvS 12 maart 2008, LJN BC6448.

bezaamaker een heilloze exercitie is. Tegen zoveel overmacht is geen andere deskundige opgewassen. Hierop zal nader worden ingegaan in paragraaf 5.

### 2.3 **Eisen aan het advies: totstandkoming**

De vergewisplicht ingevolge art. 3:9 Awb betekent in concreto een onderzoeksplicht<sup>40</sup> voor het bestuursorgaan: het moet voldoende inzicht hebben (verkregen) in de wijze waarop het advies tot stand is gekomen. De in het advies gevolgde gedachtegang moet helder en voldoende controleerbaar zijn. Zij moet de verdere besluitvorming kunnen dragen. Het accent van de vergewisplicht ligt daarmee op de *totstandkoming* van het uitgebrachte advies. De controle op de *inhoud* ervan, en dan met name de vraag of het advies op een deugdelijke motivering berust, vloeit voort uit art. 3:49 Awb.<sup>41</sup>

In 2006 stelt de stichting Kasteelconcerten dat de staatssecretaris zich niet door het advies van de Raad voor Cultuur had mogen laten leiden, aangezien de Raad haar ten onrechte niet in de categorie ‘podium’ maar in die van ‘intermediair’ heeft ingedeeld.<sup>42</sup> De keuze voor een bepaalde categorie is van belang vanwege de daaraan verbonden nadere beoordelingscriteria. De Raad is volgens de stichting bovendien voorbijgegaan aan het gegeven dat zij al sinds

1998 concerten organiseert, dus als ‘podium’ actief is. Samengevat betwist de stichting de invulling van de ‘vergewisplicht’ door het bestuursorgaan.

Ook hier staat voor de bestuursrechter de deskundigheid van de Raad voor Cultuur niet ter discussie, om redenen die in de vorige paragraaf reeds zijn toegelicht. Dat neemt volgens hem echter niet weg dat ‘de eigen verantwoordelijkheid’ – lees: de onderzoeksplicht uit art. 3:9 Awb – ter zake van een zorgvuldige besluitvorming meebrengt dat het bestuursorgaan ‘niet mag schromen de adviseur kritisch te bevragen op punten die springend zijn in het desbetreffende advies’.<sup>43</sup>

Dit klinkt gelukkig al fermer dan de ‘steekproeven’ die in 2004 nog voldoende werden geacht ter invulling van de vergewisplicht.<sup>44</sup> In het onderhavige geschil vindt de rechtbank in hetgeen de stichting Kasteelconcerten heeft aangevoerd voldoende grond om te concluderen dat de staatssecretaris zijn onderzoeksplicht uit art. 3:9 Awb niet volledig in acht heeft genomen.

Dit is, voor zover mij bekend, in de Cultuurnotaperiode 2005–2008 de enige uitspraak waarin een schending van art. 3:9 werd aangenomen.<sup>45</sup> Zij kreeg overigens nog een bijzonder staartje: toen de Raad na de uitspraak in zijn negatieve advies volhardde, passeerde de Minister het advies en kreeg de stichting alsnog een subsidie toegekend – een ‘schik-

40 Annotator Verheij vraagt dan ook bij de aanblik van het woord ‘vergewisplicht’ in een Afdelingsuitspraak: “Kan dat woord niet weg? Waarom niet gewoon ‘onderzoeksplicht?’”; ABRvS 1 december 2004, AB 2005, 240, noot onder punt 5.

41 PG Awb I, p. 220. De Poorter en Van Soest-Ahlers zijn op dit punt overigens een andere mening toegedaan: zij leiden laatstgenoemde verplichting niet af uit art. 3:49 Awb, maar uit het algemene zorgvuldigheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 3:2 Awb (De Poorter en

Van Soest-Ahlers 2008, p. 64).

42 Rb. Haarlem 24 november 2006, LJN AZ4871.

43 Rb. Haarlem 24 november 2006, LJN AZ4871, r.o. 2.8.

44 ABRvS 11 februari 2004, LJN AO3350, r.o. 2.3.

45 Naar ik heb kunnen traceren is in de Cultuurnotaperiode 2004–2007 geen schending geconstateerd. De laatste ABRvS-uitspraak op dit terrein dateert van 5 december 2001, AB 2002, 110 (Toneelgroep De Appel), waarin de schending van 3:9 Awb was gelegen in het negeren van het tegenadvies.

king' volgens OCW – voor het restant van de Cultuurnotaperiode.<sup>46</sup>

Dit is bij rijkscultuursubsidiëring ongewoon, maar bestuursrechtelijk beschouwd niet vreemd: in een adviesrelatie behoudt het bestuursorgaan de vrijheid om een uitgebracht advies niet te volgen. In casu kon dat zelfs zonder daaraan een uitdrukkelijke motivering te wijden, omdat het een adviesrelatie betrof waarin geen belanghebbenden werden geschaad bij een positieve beslissing op de aanvraag.<sup>47</sup>

Uit de toepassing van art. 3:9 Awb is een tegenstrijdigheid af te leiden, die zich duidelijk manifesteert bij cultuursubsidies. Vanwege het beginsel van zorgvuldige voorbereiding dient het bestuursorgaan zich te laten adviseren ten aanzien van feiten waarover het zelf niet deskundig is; via art. 3:9 Awb dient het vervolgens het werk van de adviseur te controleren en terzake tot een zelfstandig oordeel te komen. Dat wringt uiteraard met de reden van het inschakelen van adviseurs: het feit dat het bestuursorgaan zelf de benodigde (ter zake van cultuursubsidies: *iedere*) deskundigheid ontbeert. De Poorter en Van Soest-Ahlers stellen dat deze frictie consequenties heeft voor de invulling van de vergewisplicht, die daardoor een zekere differentiatie lijkt te ondervinden.<sup>48</sup> De omvang van de vergewisplicht blijkt samen te hangen met de aard van de advisering: hoe 'deskundiger' het advies, hoe meer differentiatie in de invulling van de vergewisplicht. Bij adviezen van de Raad voor Cultuur resulteert dit in het volgende: de positie van de adviseurs en de totstandkoming van het advies

zullen (want: kunnen) door de staatssecretaris ten volle worden getoetst; de inhoud en motivering van het advies daarentegen kunnen slechts terughoudend worden beoordeeld.

Daarnaast kan worden vastgesteld dat de onderzoeksplicht uit art. 3:9 Awb zwaarder is indien het bestuursorgaan van de aanvrager een deskundig tegenadvies verlangt. In dat geval is het bestuursorgaan vanwege de bewijspositie van de aanvrager verplicht tot het vragen van nadere uitleg en leiden onvolkomenheden in het eigen advies eerder tot een schending van de Awb-plicht.<sup>49</sup> Art. 3:9 Awb beoogt een evenwicht te creëren tussen bestuurlijke verantwoordelijkheid en deskundig oordeel. Het is aan het bestuur en vervolgens aan de rechter om die balans te bewaken.

#### 2.4 **Eisen aan het advies: inhoud en motivering**

Naast de onderzoeksverplichting uit art. 3:9 Awb dient het bestuursorgaan ingevolge art. 3:49 Awb te beoordelen of het advies inhoudelijk concludent is. Alleen dan kan ter motivering van een besluit worden volstaan met een verwijzing naar het bijbehorende advies.<sup>50</sup> Voor het adviesorgaan gelden terzake dezelfde eisen als van toepassing zouden zijn geweest op het bestuursorgaan. Het advies moet duidelijk en voldoende consistent zijn, zodanig dat het het besluit kan dragen. Onder consistent worden bijvoorbeeld eerdere negatieve oordelen verstaan, die in het advies worden bevestigd. De aanvrager kan dan niet stellen dat het oordeel in het advies 'thans volledig uit de lucht komt

46 Aldus de NRC op 11 mei 2007; [www.nrc.nl/kunst/article709646.ece/OCW](http://www.nrc.nl/kunst/article709646.ece/OCW). In dit geval was het niet de staatssecretaris, maar minister Plasterk die de schikking trof.

47 PG Awb I, p. 275.

48 De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 74-75.

49 Rb. Haarlem 24 november 2006, LJN AZ4871.

50 Dit is terug te voeren op art. 3:46 Awb: aan een besluit moet een deugdelijke motivering ten grondslag liggen. Dit vereiste dient een tweetal doelen: het biedt een controlemogelijkheid aan het bestuursorgaan en het werkt legitimerend ten aanzien van de aanvaarding van het advies door betrokkenen. Vgl. De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 61.

vallen'.<sup>51</sup> Ook kunnen bij de beoordeling van een advies van de Raad voor Cultuur de adviezen van gemeentelijke of provinciale cultuuradviescommissies worden betrokken. Zitten zij op dezelfde lijn, dan is consistentie aannemelijk. Uit het advies moet voorts blijken volgens welke criteria het deskundigenonderzoek is verricht.

#### *Inhoud advies*

De inhoud van het advies lijkt in de rijks-subsidierelatie steeds marginaler te worden getoetst; op voorhand wordt niet getwijfeld aan de inhoudelijke juistheid van een advies van de Raad voor Cultuur. Het feit dat het inhoudelijke oordeel van de adviseur niet door eenieder wordt gedeeld, betekent niet dat het oordeel onjuist is. Van dat oordeel afwijkende recensies of verkregen onderscheidingen betekenen dat evenmin. De bestuursrechter toetst of de Raad bij zijn advisering aangaande een cultuursubsidieaanvraag niet buiten de grenzen van de criteria uit de Uitgangspuntenbrief van de staatssecretaris en van de aanvullende criteria is getreden. Indien de Raad bijvoorbeeld heeft vastgesteld dat het werk van de artistiek leider van een dansgroep zeer wisselend is beoordeeld, ziet de bestuursrechter geen ruimte meer om dit inhoudelijke kwaliteitsoordeel, dat immers een subjectief element bevat, te toetsen.<sup>52</sup>

De aandacht verlegt zich daarmee naar de totstandkoming en de motivering van het advies. Het is vervolgens aan de bezwaarmaker om aan te tonen dat daarin zodanige gebreken voorkomen dat de staatssecretaris het advies niet aan het bestreden besluit ten grondslag had mogen leggen.

#### *Motivering advies*

Het betwisten van de motivering van een cultuuradvies is bepaald geen sinecure. Het standpunt van de rijksoverheid dat kwaliteit zich nauwelijks in een definitie laat vangen, voortdurend in beweging is en zich niet objectief en sluitend laat definiëren, wordt in 2001 door de President van de Rechtbank Den Haag onderschreven.<sup>53</sup> Daaraan verbindt hij de conclusie dat aan het oordeel van de Raad voor Cultuur inzake de artistiek-inhoudelijke kwaliteit van bepaalde producties 'dus ook in redelijkheid niet de eis kan worden gesteld dat het sluitend is onderbouwd'. Het betreft immers – hoe dan ook – een subjectief deskundigenoordeel. Het enige wat kan worden geëist, is een op voldoende feiten gebaseerd, kenbaar en voldoende gemotiveerd oordeel. Ook de Afdeling volgt deze lijn:

'In gevallen (...) waarbij het gaat om objectivering van naar hun aard subjectieve oordelen die zich niet licht in woorden laten (samen)vatten, kunnen aan dergelijke adviezen slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld. Het gaat erom dat de aanvrager enigermate inzicht wordt verschaft in de gedachtegang die eraan ten grondslag ligt.'<sup>54</sup>

Het resultaat moet bestaan uit een begrijpelijk en verdedigbaar oordeel over de artistiek-inhoudelijke kwaliteit. Daarbij telt dat uitsluitend verrichtingen uit het verleden – dus *tot* het moment van de subsidieaanvraag – worden beoordeeld én dat veel belang wordt gehecht aan de beoordeling van de kwaliteiten van de artistiek leider als drager van de voorgenomen ambities.

51 Pres. Rb. Den Haag 20 juli 2001, KG 2001/205, r.o. 9.1.

52 Voorzieningenrechter Rb. Breda 1 april 2005, LJN AT3058, r.o. 2.10.

53 Dit standpunt werd verwoord door de staatssecretaris

in het geschil inzake de subsidieafwijzing van Toneelgroep De Appel; Pres. Rb. Den Haag 20 juli 2001, KG 2001/205, r.o. 9.2.

54 ABRvS 25 juni 2003, LJN AH8613, r.o. 2.4.2.

In 2007 wordt opnieuw gepoogd het gewicht van het advies van de Raad ter discussie te stellen.<sup>55</sup> De door de Raad geadviseerde – aan alle orkesten en operagezelschappen op te leggen generieke – korting van 4,3% wordt door de staatssecretaris verlaagd tot een korting van 3%. Intussen is – na een amendement<sup>56</sup> – de generieke korting geheel weggestreept voor een drietal begeleidingsorkesten, een besluit waartegen Het Brabants Orkest (HBO) en Het Gelders Orkest (HGO) bezwaar aantekenen. De commissie voor de bezwaarschriften geeft hen gelijk en oordeelt dat de staatssecretaris zich niet langer op het advies van de Raad kan baseren, omdat hij met het ongedaan maken van de kortingen voor drie orkesten de samenhang heeft verbroken tussen de Raadsadviezen en de verleningsbeschikkingen aan de orkesten. Aangezien HBO en HGO ook begeleidingstaken van betekenende omvang hebben, is volgens de commissie niet te rechtvaardigen dat voor drie begeleidingsorkesten de 3% korting geheel ongedaan wordt gemaakt en voor hen zelfs ten dele niet.<sup>57</sup>

De staatssecretaris maakt vervolgens de korting van HBO en HGO gedeeltelijk ongedaan, maar laat de reeds aan de drie begeleidingsorkesten uitgekeerde bedragen ongemoeid. Daarmee nemen beide orkesten geen genoegen: zij stellen dat zij ten opzichte van de randstedelijke orkesten minder mogelijkheden hebben om de subsidiekorting op te vangen. De staatssecretaris heeft in hun optiek het besluit ondeugdelijk gemotiveerd door vast te houden aan de korting op basis van de adviezen van de Raad.

De bestuursrechter gaat daaraan echter voorbij: de staatssecretaris mocht zich, 'gegeven de expertise van de Raad en de door deze in zijn advies neergelegde motivering', bij zijn besluit tot het hanteren van een generieke korting op

het Raadsadvies baseren. Temeer nu de staatssecretaris 'heeft besloten om de generieke korting terug te brengen tot 3% is het hanteren daarvan niet onredelijk te achten'.<sup>58</sup> Dit oordeel wordt later bevestigd door de Afdeling.<sup>59</sup>

Ook de stichting Gaudeamus ageert tegen de motivering inzake een subsidiekorting: zij poneert in haar bezwaarschrift de opvatting dat de staatssecretaris met betrekking tot een opgelegde korting van 10% als zodanig op het subsidiebedrag voor het jaar 2005 ten onrechte betekenis heeft gehecht aan het advies van de Raad. Daarnaast stelt zij dat op dat punt aan het advies geen motivering ten grondslag ligt. De Raad heeft namelijk gekozen voor een integrale toepassing van dat percentage op een afgebakende groep instellingen, om te voorkomen in allerlei casuïstiek verzeild te raken. De rechter vindt dat een afdoende motivering, mede 'gelet op het feit dat verweerder het advies van de Raad heeft overgenomen'. Ook overigens ziet hij geen aanleiding voor het oordeel dat het van de Raad overgenomen advies om het betreffende kortingspercentage op het gehele budget te hanteren onredelijk of anderszins onjuist was.<sup>60</sup>

## 2.5 *Toetsing advies door bestuursrechter*

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat, algemeen beschouwd, de rechterlijke toetsing van de totstandkoming, de inhoud en de motivering van een cultuuradvies 'afstandelijk' te noemen is. Dat wekt geen verbazing, gezien de discretionaire ruimte van het bestuur op dit terrein. Desondanks tekent zich ook hier enige differentiatie af. Ter zake van de totstandkoming is de onderzoeksplicht uit art.

55 Rb. Arnhem 5 maart 2007, LJN BA0950.

56 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 800 VIII, nr. 96; amendement Dittrich.

57 Rb. Arnhem 5 maart 2007, LJN BA0950, r.o. 3.

58 Rb. Arnhem 5 maart 2007, LJN BA0950, r.o. 3.

59 ABRvS 12 maart 2008, LJN BC6448, r.o. 2.4.

60 Rb. Amsterdam 12 april 2007, LJN BA4052, punt 2.

3:9 Awb een rechterlijke toetssteen, waaraan de staatssecretaris zich in de voorliggende Cultuurnotaperiode toch minstens éénmaal heeft gestoten. Uit de aangehaalde rechtspraak zou kunnen worden afgeleid dat de ‘formele’ aspecten, de positie van de adviseurs en de totstandkoming van het advies, ten volle door de rechter worden beoordeeld. De inhoud en de motivering van het advies daarentegen worden uiterst marginaal in beschouwing genomen; aan de motivering worden bovendien lagere eisen gesteld. Op deze punten lijkt het Raad voor Cultuur-advies inderdaad een onaantastbare status te hebben verworven.

Het bestaan van een bestendige adviesrelatie en de daaraan gerelateerde terughoudende beoordeling van het advies heeft overigens een aantal belangrijke consequenties.

De eerste is dat de adviseur steeds minder op kritische opmerkingen zal zijn ingesteld. Dat valt te betreuren, omdat kritiek kan bijdragen aan de kwaliteit van het onderzoek door het adviesorgaan en aan de grondslag van het vertrouwen van de subsidieaanvrager.<sup>61</sup>

De tweede consequentie is dat, nu zowel het bestuursorgaan als de bestuursrechter zich niet anders dan terughoudend kunnen opstellen met betrekking tot de inhoud van het advies, deskundigen een grote(re) invloed krijgen op de inhoud van bestuurlijke besluiten en rechterlijke uitspraken.<sup>62</sup> De kwaliteitsbeoordeling van de podiumkunsten ligt daardoor vrijwel volledig bij de Raad voor Cultuur, en zo goed als niet meer bij de bestuursorganen of de bestuursrechter. Daaraan zou de vraag kunnen worden verbonden of dat geen juridische ‘bijstelling’ behoeft. In paragraaf 7 zal hierop nader worden ingegaan.

In verwante, niet door de Raad voor Cultuur geadviseerde sectoren, klinken geen andere geluiden met betrekking tot de toetsingsintensiteit van de rechter. De stichting Fonds voor de beeldende kunsten, vormgeving en bouwkunst is eveneens een subsidieverstrekker. Een kunstenaar vroeg een projectsubsidie aan voor een werk waarin met een in twee landelijke dagbladen op te nemen advertentie de idee ‘anti-performance’ naar buiten zou worden gebracht. De aanvraag werd afgewezen aangezien het bevoegde adviesorgaan negatief adviseerde. De kunstenaar stelde dat het advies inadequaaf was, want de adviescommissie had zijn werk niet begrepen. Omdat de commissie bij haar oordeelsvorming ook had meegewogen dat de resultaten en effectiviteit van het werk te klein zijn en het daardoor zijn doel voorbijschiet, vond de Afdeling dat de aanvraag inhoudelijk door deskundigen was beoordeeld en dat ‘met inachtneming van het beperkte toetsingskader dat de rechter in gevallen als hier aan de orde toe komt, niet is gebleken dat het bestuur niet op het advies van de werkgroep heeft kunnen afgaan of dat het besluit ondeugdelijk is gemotiveerd. De stelling van de kunstenaar dat zijn deskundigheid inzake beeldende kunst niet onderdoet voor die van een beoordelingscommissie, doet daaraan (...) niet af.’<sup>63</sup>

Het past niet in de systematiek van het bestuursrecht dat een belanghebbende, ook al beschikt hij over de vereiste deskundigheid, een contra-expertise over zijn eigen werk inbrengt. Zou zo’n tegenadvies gewicht in de schaal leggen, dan zou dat betekenen dat een bezwaarmaker (mee)beslist over zijn eigen aanvraag. Het bestuursorgaan kan daarom nooit afgaan op de deskundigheid van iemand die belang heeft bij het toekennen van de aanvraag.<sup>64</sup>

61 De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 76. Met dezelfde strekking: annotator Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266.

62 L.M. Koenraad, ‘Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het

bestuursrecht’, «JBplus» 2006, p. 33.

63 ABRvS 9 juli 2008, LJN BD6691, r.o. 2.4.

64 ABRvS 6 maart 2002, «JB» 2002/120; AB 2002, 111 m.nt. NV, r.o. 2.2.1.

### 3. **Bezwaar tegen subsidiebeschikking: volledige heroverweging**

In de bezwaarfase dient het bestuursorgaan het subsidiebesluit aan een volledige heroverweging te onderwerpen. In de subsidiepraktijk komt het echter regelmatig voor dat aanvragen worden geselecteerd via een aantal criteria, die achtereenvolgens worden getoetst. Een 'onvoldoende' voor het eerste criterium kan dan leiden tot het terzijde schuiven van de betreffende aanvraag. Dat is toegestaan: het bestuursorgaan kan bijvoorbeeld 'kwaliteit' als minimumeis hanteren. Wanneer de kwalitatief goede instellingen langs deze meetlat zijn geselecteerd, kan vervolgens via aanvullende criteria het subsidiebudget over hen worden verdeeld. In bezwaar zal dan moeten worden aangetoond dat het kwaliteitsoordeel niet deugt. Zou dat tot de conclusie leiden dat de kwaliteit van de instelling toch voldoende is, dan moet alsnog naar de andere criteria worden gekeken.

Een volledige heroverweging betekent overigens ook dat evident positieve bevestigingen van kwaliteit, daterend vanaf het moment ná de subsidieaanvraag, moeten worden meegewogen. Voor de stichting Raz hield dat in dat tussentijds behaalde individuele dansprijzen en de nominatie voor de beste dansproductie 2005 zouden 'meegaan' in de heroverweging van de afwijzingsbeschikking. De voorzieningenrechter temperde echter meteen de verwachtingen, want 'op voorhand bestaat (...) geen aanleiding om het oordeel van de Raad voor Cultuur op het punt van artistieke aanpak te merken als onredelijk'.<sup>65</sup>

Dit is een bevestiging van de autonomie van de Raad waar het de beoordeling van de artistiek-

inhoudelijke kwaliteit van een aanvraag betreft. Daarin kan zelfs een heroverweging ex nunc blijkbaar geen enkele rimpeling meer veroorzaken. Opnieuw rijst bij mij de vraag of deze autonomie wel past binnen de systematiek van het Nederlandse bestuurs(proces)recht. Daarover meer in paragraaf 7.

### 4. **Contra-expertise door de subsidieaanvrager: betwisten van het deskundigenoordeel**

#### *Eisen contra-expertise*

De Afdeling hanteert het bewijsrechtprincipe dat voor zover een besluit berust op een gemotiveerd, onafhankelijk en zorgvuldig deskundigenadvies, het voor juist wordt gehouden, *tenzij* een belanghebbende een tegenadvies van een onafhankelijke deskundige overlegt.<sup>66</sup> Het inbrengen van een contra-expertise is aldus de enige wijze waarop het artistieke oordeel van de Raad voor Cultuur kan worden betwist. Een tegenadvies moet worden onderscheiden van een adhesiebetuiging: van een contra-expertise is pas sprake wanneer de opsteller zowel deskundig als onafhankelijk is.<sup>67</sup> De subsidieaanvrager moet voldoende inspanningen verrichten om een contra-expertise te (laten) produceren. Een en ander geschiedt bovendien voor eigen rekening.<sup>68</sup>

De contra-expertise zal worden meegenomen in de volledige heroverweging na bezwaar. Indien het bestuursorgaan zelf niet bekwaam<sup>69</sup> is om de inhoudelijke grieven in beschouwing te nemen en daarover zelfstandig een standpunt te bepalen, dient het deze voor te leggen aan zijn adviesorgaan.

Aanvankelijk was de staatssecretaris van mening

65 Voorzieningenrechter Rb. Breda 1 april 2005, LJN AT3058, r.o. 2.10.

66 ABRvS 6 maart 2002, «JB» 2002/120; AB 2002, 111 m.nt. NV, r.o. 2.2.

67 ABRvS 6 maart 2002, «JB» 2002/120; AB 2002, 111 m.nt. NV, r.o. 2.2.1.

68 ABRvS 14 november 2007, AB 2007, 397 m.nt. Van Hall, r.o. 2.5.

69 In de Cultuurnotaprocedure is het niet vanwege onbekwaamheid, maar vanwege het Thorbecke-principe dat de staatssecretaris zich niet mengt in een discussie tussen deskundigen.

dat niet alle tegenadviezen voor een reactie aan de Raad voor Cultuur hoefden te worden voorgelegd.<sup>70</sup> Dat gebeurde alleen indien de contra-expertise afkomstig was van een ‘in zwaarte met de Raad vergelijkbare autoriteit, die, evenals de Raad, in zijn oordeelsvorming uitgaat van het beleidsplan’.<sup>71</sup> Dat vond de voorzieningenrechter echter een stap te ver, aangezien niet te verwachten valt dat bezwaarmakers aan deze hoge eisen kunnen voldoen. De mogelijkheid om de adviezen van de Raad langs de weg van een contra-expertise ter discussie te stellen, mag niet illusoir zijn. De rechter achtte die handelwijze van de staatssecretaris in strijd met het karakter van en de wettelijke bepalingen inzake de bezwarenprocedure.<sup>72</sup>

Kortom: wanneer een tegenadvies is opgesteld door personen wier deskundigheid niet wordt betwist, mag daaraan niet worden voorbijgegaan door het bestuursorgaan en dient het de contra-expertise voor te leggen aan zijn eigen adviesorgaan.<sup>73</sup> Dat geldt evenzeer voor adviezen met een artistiek-inhoudelijk oordeel. Dit is te herleiden tot art. 3:9 Awb, waarin het bestuursorgaan verantwoordelijk wordt gesteld voor zijn eigen besluiten, met inbegrip van een eventueel advies.

#### *Uitgangspunt gelijkloidend*

Een contra-expertise dient overigens wel van hetzelfde ‘speerpunt’ uit te gaan als het advies van de Raad. Het tegenadvies dat de stichting Raz inbracht, wees op het unieke karakter van de producties, hetgeen volgens de voorzieningenrechter niet hetzelfde is als het aspect ‘kwaliteit’, waarop het advies van de Raad was

gericht. Daarmee gaf het tegenadvies onvoldoende aanleiding om het advies van de Raad als onredelijk aan te merken.<sup>74</sup>

Wanneer de Raad – in een nader advies – ‘volledig’ reageert op hetgeen in een contra-expertise naar voren is gebracht, geldt het advies als voldoende gemotiveerd. Daarbij wordt wel betrokken of de verschillende rapportages van de Raad onderling consistent zijn.<sup>75</sup>

In de context van contra-expertise wil ik graag een vergelijking maken met een verwante vorm van kunstsubsiëring. De Mondriaanstichting is een fonds dat op het terrein van de beeldende kunst subsidies verstrekt aan galeries. Het fonds heeft een Regeling vastgesteld waarin de subsidiëcriteria en -voorwaarden zijn opgenomen. Aanvragen op basis van de Regeling worden aan deskundige adviseurs voorgelegd, zoals de Advies Commissie Kunstkoop. Toelating tot de Regeling geschiedt voor twee kalenderjaren. Na afloop van deze termijn kan de galerie geen kunstwerken verkopen met toepassing van de Regeling, tenzij zij tijdig een nieuwe aanvraag heeft ingediend en opnieuw tot de Regeling is toegelaten.

Een galerie valt sinds 1998 onder de Regeling, maar haar aanvraag voor het tijdvak 2007-2008 is afgewezen, omdat de kwaliteit van het tentoonstellingsprogramma alsmede de ambachtelijke kwaliteit van de getoonde werken onvoldoende is. Al bij eerdere aanvragen (in 2002 en 2004) was kenbaar gemaakt dat de galerie zich duidelijker artistiek-inhoudelijk zou moeten profileren en dat haar niveau onvoldoende was voor honorering van de

70 Wederom: Thorbecke indachtig; indien het de inhoud betreft is staatsonthouding het devies. De staatssecretaris legde aanvankelijk alleen in ‘kennelijke gevallen’ bezwaren en reacties voor aan de Raad; Pres. Rb. Den Haag 20 juli 2001, *KG* 2001/105, r.o. 10.

71 Pres. Rb. Den Haag 20 juli 2001, *KG* 2001/205, r.o. 10.

72 Pres. Rb. Den Haag 20 juli 2001, *KG* 2001/205, bevestigd in ABRvS 5 december 2001, «JB» 2002/25; AB

2002, 110, r.o. 2.2.2. De voorzieningenrechter doelde op de art. 3:9 jo. 7:11 Awb.

73 ABRvS 20 september 2006, *AB* 2007, 46 m.nt. A.R. Neerhof.

74 Voorzieningenrechter Rb. Breda 1 april 2005, LJN AT3058.

75 Voorzieningenrechter Rb. Breda 1 april 2005, LJN AT3058.



aanvraag in 2006. De Advies Commissie Kunstkoop adviseerde vervolgens inderdaad negatief, aangezien – binnen het geheel van ingediende aanvragen – het kwaliteitsniveau van de galerie niet meer toereikend was.

Ook in deze casus stelt de rechter, onder verwijzing naar een uitspraak van de Afdeling in een Raad voor Cultuur-geschil, dat ‘aan dergelijke adviezen slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld’.<sup>76</sup> Het feit dat de galerie positieve adhesiebetuigingen van vijf deskundigen had ingebracht, mocht niet baten: de wijze van beoordeling in de contra-expertise verschilde te veel van de werkwijze van de Commissie Kunstkoop. De Commissie komt tot haar advies na een vergelijkende beoordeling van alle aanvragen in een gezamenlijke discussie aan de hand van de criteria uit de Regeling, op basis van de door de galeries ingediende beleidsplannen en programma’s. De commissieleden doen niet aan galeriebezoek en gebruiken geen recensies. Het oordeel van de door bezwaarmaker geraadpleegde deskundigen daarentegen, staat op zichzelf en is niet in vergelijking tot stand gekomen, aangezien zij niet beschikken over de stukken die de Commissie in haar beoordeling betreft. De rechtbank achtte het dan ook niet onredelijk dat de Commissie in de adhesiebetuigingen geen aanleiding zag op haar advies terug te komen.<sup>77</sup>

#### *Inbrengen contra-expertise niet illusoir?*

Deze uitspraak is mijns inziens vatbaar voor discussie. Het oordeel lijkt tegenstrijdig met het standpunt van de Afdeling dat de mogelijkheid om een advies van de Raad voor Cultuur via een contra-expertise ter discussie te stellen, niet illusoir mag zijn.<sup>78</sup> Als echter geen inzage kan

worden verkregen in de gegevens die hebben geleid tot het advies, is het moeilijk om tot een bruikbare contra-expertise te komen. Of mag hieruit worden geconcludeerd dat de opstellers van een tegenadvies inzage (moeten) krijgen in alle stukken die de ‘primaire’ adviescommissie in haar beoordeling betreft? De motivering van een advies dient niet alleen kenbaar te zijn voor het bestuursorgaan, maar ook voor degene tot wie het besluit is gericht. De enkele verwijzing naar een advies als motivering van het besluit is onvoldoende wanneer niet op enige wijze de inhoud van het advies kenbaar is gemaakt aan betrokkenen.<sup>79</sup> De belanghebbende moet de bevindingen van de adviseur op effectieve wijze kunnen controleren, desnoods door het laten verrichten van een contra-expertise. Dat betekent dat uit het advies moet blijken langs welke criteria het is vastgesteld, wie de onderzoekers waren en of er derden bij betrokken waren. Eventuele onderliggende stukken maken geen deel uit van het advies, maar moeten wel zijn op te vragen door betrokkenen.<sup>80</sup>

Tot op heden zijn cultuuradviescommissies niet snel geneigd om daaraan mee te werken. Pogingen van belanghebbenden om via een Wob-procedure inzage te verkrijgen in Raad voor Cultuur-dossiers leidden tot dusver niet tot het gewenste resultaat.<sup>81</sup> De staatssecretaris zal antwoorden dat hij niet beschikt over de dossiers. Dat is correct, want die liggen bij de Raad. De Raad doet het in het ene geval af met een parafrase van de dossiers<sup>82</sup>, in het andere geval met een beroep op art. 11 van de Wob: er wordt geen informatie verstrekt over persoonlijke beleidsopvattingen – van de voorstellingbezoekers – als het documenten betreft die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad.<sup>83</sup> Een

76 Rb. Den Haag 20 juni 2008, LJN BD6786, r.o. 3.4; verwezen werd naar ABRvS 25 juni 2003, LJN AH8613.

77 Rb. Den Haag 20 juni 2008, LJN BD6786, r.o. 3.5 en 3.6.

78 ABRvS 5 december 2001, «JB» 2002/25; AB 2002,

110, r.o. 2.2.2.

79 PG Awb I, p. 274.

80 De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 85.

81 Snel en Verhage 2004, p. 23.

82 ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266 m.nt. MSV.

en ander deed annotator Schreuder-Vlasblom al in 1999 verzuchten dat ‘de defensieve houding van de Raad de indruk wekt dat hij niet op kritische opmerkingen is ingesteld’.<sup>84</sup>

Voor zover ik kon traceren heeft de Afdeling nog niet uitgesproken dat het niet verkrijgen van inzage in een Raad-dossier eraan in de weg staat dat de staatssecretaris mag afgaan op het advies van de Raad.<sup>85</sup> Een vergelijkbaar standpunt werd ingenomen ter zake van het niet verkrijgen van de namen van deskundigen, wier advies doorslaggevend was bij de afwijzing van een NWO-subsidie.<sup>86</sup>

Het hiervoor beschrevene illustreert dat het betwisten van het oordeel van de Raad voor Cultuur langs de weg van een contra-expertise een uiterst moeizame, zo niet illusoire, route is. De bezwaarmaker staat ten eerste op een informatieachterstand, omdat hij niet over alle stukken kan beschikken die de Raad voor zijn oordeelsvorming heeft gebruikt. Daarnaast dienen tegenadviseurs dezelfde uitgangspunten te hanteren als de Raad deed. Voorts moet de contra-expertise qua werkwijze overeenstemmen met het primaire advies. Werkwijzen van rijksadviescommissies zijn echter niet zonder meer na te bootsen. Wanneer een advies via een vergelijkende beoordeling van alle aanvragen tot stand kwam, is het niet realistisch van de tegenadviseur hetzelfde te verlangen. Hieraan zal hij nimmer kunnen voldoen. Ten slotte moet de deskundigheid van de tegenadviseurs het niveau van de Raadsadviseurs benaderen. Dat is, gezien het ‘kleine circuit’ in de cultuursector, een zeer zware, voor sommige deelsectoren zelfs

een niet te vervullen, eis.

De Raad voor Cultuur heeft een niet te betwisten status, met een donkere keerzijde: zijn werk is nauwelijks te controleren. Het weerleggen van een Raadsadvies via een contra-expertise is praktisch onmogelijk. De bezwaarmaker staat met zwakke wapens én zonder rugdekking, omdat er alleen rechtsbescherming is met betrekking tot formele aspecten van de advisering. Ten aanzien van de inhoud van de besluitvorming is zij volledig afwezig.

## 5. Afwijken van het advies

Het voorliggen van een deugdelijk en doortimmerd advies tast de beslissingsvrijheid van het bestuursorgaan om het advies al dan niet te volgen, niet aan. Er bestaat geen rechtsplicht terzake die tot het volgen van het advies dwingt. De aard van het advies speelt echter wel een rol: het terzijde schuiven van een specifiek deskundigenadvies werkt uiteraard bevreedend. Uit de algemene jurisprudentie is af te leiden dat, wanneer het gaat het om beoordelingen waarin de visie van de deskundige *minder* kan worden geobjectiveerd, het bestuursorgaan een grotere mate van beslissingsvrijheid wordt gelaten om af te wijken van het advies. De rechterlijke toetsing van de invulling van deze vrijheid zal vervolgens uiterst terughoudend zijn.<sup>87</sup>

Wanneer ik deze lijn doortrek naar cultuursubsidiëring, betekent dit dat de staatssecretaris in principe een grote vrijheid heeft om de adviezen van de Raad voor Cultuur te passeren. De beoordeling van cultuursubsidieaanvragen vindt immers slechts deels langs objectieerbare

83 ABRvS 26 november 2003, «JB» 2004/45 m.nt.

G. Overkleef-Verburg; AB 2004, 48 m.nt. PJS.

84 ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266 m.nt. MSV.

85 De rechtbank evenmin: vgl. Snel en Verhage 2004, p. 23: De rechtbank Amsterdam heeft een aantal keer uitgesproken dat het feit dat een instelling ‘geen inzage heeft gevraagd of gekregen in de bij de Raad aanwezige en onder zijn verantwoordelijkheid opgestelde

stukken, op zichzelf niet tot de conclusie kan leiden dat het advies onzorgvuldig tot stand is gekomen’, 12 februari 2003 (AWB 02/399) en 14 februari 2003 (AWB 01/3482), beide niet gepubliceerd.

86 ABRvS 7 februari 2007, AB 2008, 86 m.nt. NV.

87 De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 78. Zie verwijzen o.a. naar ABRvS 14 maart 2007, AB 2007, 213 en ABRvS 24 mei 2006, LJN AX4406.

criteria plaats. Het aspect ‘artistieke kwaliteit’ was in de Cultuurnota 2005-2008 in ieder geval niet gedefinieerd. Het in paragraaf 3.3 beschreven geschil inzake de stichting Kasteelconcerten toont dat het bestuursorgaan inderdaad wel eens van deze bevoegdheid gebruikmaakt. Dit gebeurt niet frequent; juist de status van de Raadsadviezen veroorzaakt dat de staatssecretaris zich terughoudend opstelt in dezen.

Art. 3:50 Awb vereist dat de redenen voor afwijken van een krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies in de motivering worden vermeld. Wanneer het echter een adviesrelatie betreft waarin geen belanghebbenden worden geschaad bij een positieve beslissing op de aanvraag, is een uitdrukkelijke motivering niet vereist.<sup>88</sup>

Een expliciete motivering is eveneens overbodig wanneer het bestuursorgaan simpelweg het beleid volgt. De gemeente Amsterdam kent sinds 1993 een aparte systematiek voor de meerjarige subsidiëring van professionele kunstgezelschappen. Voor amateur-gezelschappen geldt dat slechts (jaarlijkse) waarderingssubsidies kunnen worden aangevraagd. Amateur-theatergroep Toetssteen diende desondanks een aanvraag in voor een structurele meerjarige subsidie in het kader van het Amsterdamse Kunstenplan 2005-2008. De Kunstraad, het adviesorgaan van het Amsterdamse gemeentebestuur, adviseerde positief op de aanvraag. Het college van B&W weigerde dit advies te volgen, omdat Toetssteen een amateur-gezelschap is. De rechtbank vond deze motivering afdoende, mede omdat de Kunstraad niet had gemotiveerd op welke gronden van het geldende beleid zou moeten worden afgeweken.<sup>89</sup>

Indien een bestuursorgaan een advies niet volgt omdat het afwijkt van het geldende beleid, is

het dus aan het adviesorgaan om zijn wens tot afwijken nader te motiveren.

## 6. Procedure: moment van beoordeling van het advies door bestuur of rechter

Het moment waarop het deskundigenadvies door het orgaan dat daarom heeft verzocht, wordt beoordeeld, ligt in de bestuurlijke fase anders dan tijdens de procedure voor de rechter. Tijdens de bestuurlijke besluitvorming staat centraal dat het bestuur actief de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. Kiest het bestuur ervoor zich te laten bijstaan door een deskundige adviescommissie, dan dient het zich ervan te vergewissen dat die commissie op zorgvuldige wijze het gevergd onderzoek heeft uitgevoerd. Het uiteindelijke advies dient gedragen te kunnen worden door de resultaten van dat onderzoek. Belanghebbenden krijgen vervolgens de gelegenheid te reageren op het advies, waarbij zij desgewenst een tegenadvies kunnen overleggen. De volgorde in de primaire fase is aldus: deskundigenadvies op verzoek bestuursorgaan – indienen advies bij bestuursorgaan – besluit – reactie aanvrager op advies, eventueel middels een tegenadvies.

De rechterlijke procedure kent een andere volgorde, die door het EHRM reeds in het Mantovanelli-arrest werd uiteengezet en onlangs nog eens door de Afdeling is bevestigd.<sup>90</sup> Indien een rechter een vraag die hem ter beantwoording is voorgelegd in identieke bewoordingen voorlegt aan een deskundige, dienen partijen hun standpunt over het deskundigenrapport kenbaar te (kunnen) maken *voordat* de deskundige zijn rapport bij de rechter indient. Essentieel is dat partijen in een gerechtelijke procedure

88 PG Awb I, p. 275.

89 Rb. Amsterdam 7 maart 2007, LJN BA1496.

90 EHRM 18 maart 1997, «JB» 1997/112 m.nt. AWH;

NJ 1998/278 m.nt. HJS (Mantovanelli) en ABRvS 22 november 2006, «JB» 2007/12 m.nt. AB; AB 2008, 62 m.nt. NV.

adequaat kunnen participeren.<sup>91</sup> Daaruit wordt afgeleid dat, naarmate de invloed van het advies op de rechterlijke oordeelsvorming groter is, de belanghebbenden in een zo vroeg mogelijk stadium bij het deskundigenonderzoek dienen te worden betrokken.<sup>92</sup> Gebeurt dat niet, dan is – in de context van de rechterlijke procedure – het beginsel van hoor en wederhoor geschonden. De volgorde is in dit geval aldus: deskundigenadvies op verzoek rechter – reactie appellant op advies – indienen advies bij rechter – uitspraak.

Toen de Mondriaanstichting de subsidieaanvraag voor een tentoonstelling in New York afwees, overwoog de rechtbank, onder verwijzing naar de Mantovanelli-uitspraak, dat het hoor-wederhoorbeginsel zou zijn geschonden omdat de aanvragende stichting niet in de gelegenheid was gesteld haar standpunten nader toe te lichten bij de adviescommissie vóór het uitbrengen van het advies, noch haar commentaar te leveren op het advies voorafgaand aan het uiteindelijke besluit. De Mondriaanstichting stelde zich ervan te hebben vergewist dat de adviezen zorgvuldig tot stand waren gekomen en heeft deze vervolgens in haar overwegingen betrokken. Dat is correct, oordeelde de Afdeling: een zorgvuldig onderzoek in het licht van art. 3:9 Awb vergt niet dat de wederpartij in de gelegenheid moet worden gesteld haar standpunt nader toe te lichten bij de adviescommissie vóór het uitbrengen van het advies.<sup>93</sup>

Deze uitspraak is te verdedigen door te wijzen op het principiële andere karakter dat participatie door belanghebbenden in de bestuurlijke besluitvormingsfase heeft. In de rechterlijke procedure staat de rechtsbescherming cen-

traal; om die reden moeten partijen op elkaars stellingen en op vanwege de rechter verricht feitenonderzoek reageren. Bij de bestuurlijke fase daarentegen worden belanghebbenden slechts betrokken met het doel om op correcte wijze de benodigde gegevens te verzamelen en vast te stellen.<sup>94</sup>

Een andere verklaring voor het oordeel van de Afdeling zou kunnen liggen in het feit dat er in de fase van bestuurlijke besluitvorming reeds een ronde is waarin de subsidieaanvrager zijn zegje kan doen. Daarin komt echter geen ‘nieuw’ adviesorgaan in beeld; bovendien tonen de hiervoor beschreven knelpunten ter zake van contra-expertises bij cultuursubsidies dat het betwisten van een deskundigenoordeel in die praktijk nagenoeg illusoir is. De ‘herkansingsronde’ is dus niet in alle gevallen even objectief.

Het is echter niet ondenkbaar dat de Afdeling veel waarde hecht aan het feit dat het bestuur – vaker dan de rechter – over inhoudelijke deskundigheid beschikt en daardoor minder afhankelijk is van het advies. Annotator Verheij plaatst hierbij een terechte kanttekening; wat te doen indien het bestuur *niet* deskundig is?<sup>95</sup> Bij cultuursubsidies *is* dat het geval: vandaar de instelling van de Raad voor Cultuur en verwante adviescommissies. De gesignaleerde problematiek bij contra-expertises toont dat er allermist sprake is van een mogelijkheid om effectief te kunnen reageren op het belangrijkste stuk uit de procedure: het deskundigenadvies.

#### *Rijkscultuursubsidies: ‘Mantovanelli’ in de bestuurlijke fase?*

De positie van de Raad voor Cultuur, het gewicht van zijn adviezen, de heilloze weg van de contra-expertise: bij rijkscultuursubsidies is er alle aanleiding om eens na te denken over

91 EHRM 18 maart 1997, «JB» 1997/112 m.nt. AWH; NJ 1998/278 m.nt. HJS (Mantovanelli), r.o. 33.

92 De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 58-59.

93 ABRvS 22 november 2006, «JB» 2007/12 m.nt. AB;

AB 2008, 62 m.nt. NV, r.o. 2.5.

94 De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 60.

95 ABRvS 22 november 2006, «JB» 2007/12 m.nt. AB; AB 2008, 62 m.nt. NV.

de optie om de subsidieaanvrager wél de gelegenheid te geven zijn standpunten nader toe te lichten voorafgaand aan het uitbrengen van het advies. Dat zou de informatievergaring en daarmee de zorgvuldigheid van de advisering ten goede kunnen komen.

Koenraad pleitte reeds in 2006 voor harmonisatie op dit punt: naar zijn overtuiging zou het uitgangspunt uit het Mantovanelli-arrest ook behoren te gelden voor de bestuurlijke besluitvormingsfase. Ook in die fase zou de procedure die tot het advies leidt, aan strengere eisen moeten voldoen naarmate de invloed van het advies op het te nemen besluit groter is. Dit geldt temeer wanneer de procedure door nadere uitvoeringsvoorschriften is vastgelegd. Alle betrokken partijen zouden dezelfde kansen moeten krijgen om invloed uit te oefenen op het advies en het daaraan voorafgaande onderzoek, inclusief het recht om inzage te krijgen in de stukken die een adviseur aan zijn conclusies ten grondslag legt.<sup>96</sup>

Het realiseren van deze gedachte zou echter betekenen dat beginselen van behoorlijke rechtspraak worden overgeheveld naar de fase van bestuurlijke besluitvorming. Uit de uitspraak zou kunnen worden afgeleid dat de Afdeling vooralsnog zo ver niet wil gaan.

Dat is te betreuren, want er is haast geboden. Ik ben van mening dat bij cultuursubsidiëring de positionering van de actoren – met name in de bestuurlijke fase – dringend om nadere aandacht vraagt. Uit het voorliggende onderzoek kan worden geconcludeerd dat het bestuursorgaan en de rechter een vergelijkbare positie innemen ten opzichte van de Raad: de formele aspecten met betrekking tot het advies kunnen volledig worden getoetst; het materiële aspect blijft om verklaarbare redenen buiten het aandachtsveld. Dat betekent dat het *materiële* besluit volledig aan de controle van het bestuursorgaan én van de rechter is onttrokken. De slager keurt aldus voor een deel zijn eigen

vlees. Geeft dat niet voldoende aanleiding om de belanghebbenden meer kansen te bieden invloed uit te oefenen op het advies en het daaraan voorafgaande onderzoek?

## 7. Conclusie

In het voorgaande heb ik een overzicht gegeven van de rechtspraak uit de Cultuurnotaperiode 2005-2008, waarbij het accent lag op de rol van het deskundigenadvies in de subsidiebesluitvorming. Hieruit komt het volgende beeld naar voren.

Het verbod van vooringenomenheid uit art. 2:4 Awb, dat ook van toepassing is op adviseurs, lijkt bij cultuursubsidiebesluiten minder stringent te worden ingevuld dan vereist. Van een in opdracht van de Raad voor Cultuur observerende voorstellingbezoekster wordt een persoonlijk belang bij een concurrerende instelling door de voorzieningenrechter getoleereerd, zolang haar invloed maar niet doorslaggevend is in de besluitvorming. Dat wijkt af van de algemene lijn.<sup>97</sup>

Art. 3:9 Awb bevat de plicht van het bestuursorgaan om te onderzoeken of het adviseurswerk op zorgvuldige wijze is verricht. Deze bepaling beoogt een evenwicht te creëren tussen bestuurlijke verantwoordelijkheid en deskundig oordeel. De wetgeschiedenis laat die balans nadrukkelijk doorslaan naar de deskundigen: de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan neemt af naarmate de ervaring van het adviesorgaan toeneemt. Ter zake van de Raad voor Cultuur is dat overduidelijk: de Raad heeft inmiddels een onaantastbare positie verworven. Aan de inhoud van zijn adviezen wordt niet meer getwijfeld, noch door het bestuursorgaan, noch door de bestuursrechter. De vergewisplicht uit art. 3:9 en de controle op de inhoud en motivering van het advies ex art. 3:49 Awb zijn verworpen tot een toetsing van de totstandkoming van het advies. Van de

<sup>96</sup> Koenraad 2006, p. 26.

<sup>97</sup> Waarover Neerhof 2004, p. 38-55.

inhoud wordt slechts van grote afstand kennis genomen en voor de motivering gelden lagere eisen. Het beoogde evenwicht tussen bestuurlijke verantwoordelijkheid en deskundig oordeel is in deze adviesrelatie *niet* in balans. Alle eisen die in algemene zin worden gesteld aan advisering, lijken in de rijkscultuurrelatie op de spits gedreven.

Voorgaande constatering heeft consequenties voor de rechtsbescherming: zij is voelbaar in de bezwaarprocedure en in de wijze waarop het bestuur en de rechter het besluit beoordelen. Een bezwaarschrift tegen een cultuursubsidiebesluit heeft alleen effect wanneer het vergezeld gaat van een contra-expertise. Hieraan stelt de bestuursrechter zware eisen. De opstellers dienen onafhankelijke experts te zijn wier deskundigheid op het betreffende terrein niet wordt betwist; daarnaast moeten zij dezelfde uitgangspunten hanteren als de Raad deed in zijn advies. In de beeldende kunst wordt zelfs de eis gesteld dat de werkwijze van de tegenadviseurs gelijk dient te zijn aan die van de adviescommissie bij het primaire besluit.

De mogelijkheid om de adviezen van de Raad via een contra-expertise ter discussie te stellen, mag niet illusoir zijn. Dat biedt voor de belanghebbende een juridisch perspectief. Over de waarde hiervan ben ik sceptisch: de onderzochte rechtspraak toont dat de Raad de tegenadviezen 'beschouwt', maar ook dat dit zelden of nooit leidt tot een bijstelling van het advies. Daarnaast heeft de bezwaarmaker een onoverbrugbare informatieachterstand, aangezien de Raad geen volledige inzage hoeft te verschaffen in de dossiers, Wob-verzoeken ten spijt.

Uit dit onderzoek blijkt dat zowel het bestuursorgaan als de bestuursrechter op grote afstand blijven waar het de beoordeling van de artistiek-inhoudelijke component in het Raadsadvies betreft. Die opstelling is eenvoudig

te verklaren: het bestuursorgaan vanwege het in Nederland gehuldigde Thorbecke-principe; de rechter vanwege zijn positie in het staatsbestel.

Met deze verklaring is de belanghebbende echter niet geholpen. Geschillen over de Cultuurnotaprocedure betreffen namelijk doorgaans het kwaliteitsoordeel van de Raad. Opvallend is dat het voornaamste criterium waarop subsidieaanvragen worden beoordeeld, 'artistieke kwaliteit', niet van objectieve criteria is voorzien. Daarin zal voorlopig geen verandering komen, zo blijkt uit de Inleiding bij de Cultuurnota 2005-2008.

Dit alles schetst een beeld van een rechtsbeschermingstraject waarbij het advies zodanig veel gewicht in de schaal legt, dat er nauwelijks ruimte resteert voor de overige actoren. Er staat weliswaar een met waarborgen omringde bestuursrechtelijke weg open, maar de kans op een materieel andersluidende beslissing is uiterst klein. Politieke principes en staatsrechtelijke posities houden elkaar in een onvermijdelijke greep. De subsidieaanvrager is overgeleverd aan de experts, die ten aanzien van het kwaliteitsoordeel vrij spel hebben. Er zijn nauwelijks objectieve criteria. De Raad voor Cultuur is per definitie deskundig en zijn medewerkers onafhankelijk. Inzage verkrijgen in de Raadsdossiers is praktisch onmogelijk. De art. 2:4, 3:9 en 3:49 Awb bieden op dit punt weinig waarborgen.

Toegegeven; het cultuursubsidiesysteem is gecompliceerd en past niet goed in de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure. Bij een ingebrachte contra-expertise is de staatssecretaris genoodzaakt zich opnieuw tot de Raad te wenden voor een hernieuwd deskundigenadvies, hetgeen het vrijwel onmogelijk maakt nog tijdig op het bezwaarschrift te beslissen. Verheij opperde reeds in 2002 om kunstsubsidieëring in handen te leggen van een zelfstandig bestuurs-

orgaan.<sup>98</sup> Daarmee zou het subsidiesysteem in ieder geval zijn verlost van de knellende band met het Thorbecke-principe, aangezien politieke bemoeienis met de inhoud van de kunsten dan kan worden uitgesloten.<sup>99</sup>

In de Cultuurnota 2009-2012 is de systematiek al enigszins bijgesteld: er is een Culturele Basisinfrastructuur gecreëerd waarin instellingen zijn opgenomen die structureel door het Rijk worden gesubsidieerd. Overige subsidies worden verstrekt door daartoe opgerichte fondsen. De minister blijft echter verantwoordelijk voor het gehele subsidiestelsel en de Raad voor Cultuur blijft zijn adviesorgaan.<sup>100</sup> Het valt te bezien of deze bijstelling zal leiden tot minder cultuursubsidiegeschillen.

Met het oog op de rechtsbescherming is er nog werk aan de winkel en onderschrijf ik het pleidooi van Koenraad<sup>101</sup> om het Mantovaneli-uitgangspunt ook te laten gelden in de bestuurlijke besluitvormingsfase. Bij cultuursubsidiëring legt het Raadsadvies een maximaal gewicht in de besluitvormingsschaal. Dit maakt het noodzakelijk om voor belanghebbenden de mogelijkheid te creëren om *effectief* te kunnen reageren op dat advies. Dat kan alleen wanneer zij reële kansen krijgen om invloed uit te oefenen op het advies en het daaraan voorafgaande onderzoek, inclusief het recht op inzage in de stukken die een adviseur aan zijn conclusies ten grondslag legt.

98 In zijn annotatie bij ABRvS 6 maart 2002, AB 2002, 111; «JB» 2002/120.

99 Recentelijk werd betoogd dat het Thorbecke-principe al is losgelaten; niet door de oprichting van culturele zbo's, maar omdat de overheidsbemoeienis met de cultuursector sterk is toegenomen onder

de Cultuurnota 2009-2012; I.C. van der Vlies, 'Oordelen over kunst', *NJB* 2008, p. 2209.

100 [www.cultuur.nl/adviezen\\_subsidieplan\\_0912\\_volg\\_v2.php?id=22&deel=1&hfdst=1](http://www.cultuur.nl/adviezen_subsidieplan_0912_volg_v2.php?id=22&deel=1&hfdst=1).

101 Koenraad 2006, p. 26.

Geniet van de zomer  
en gebruik hem  
efficiënt!

## Nieuw: Jurisprudentielunches.

In twee uur weer helemaal bij op  
uw vakgebied voor maar €195,-

Kijk voor meer informatie op  
[www.sdu.nl/opleidingen](http://www.sdu.nl/opleidingen)

Anmelden kan per e-mail,  
[opleidingen@sdu.nl](mailto:opleidingen@sdu.nl),  
via telefoon: 070 - 378 98 96  
of via [www.sdu.nl/opleidingen](http://www.sdu.nl/opleidingen).



per bijeenkomst

**Sdu** JURIDISCHE  
OPLEIDINGEN

## Jurisprudentie Bestuursrecht plus

is een uitgave van Sdu Uitgevers en verschijnt vier maal per jaar.

### Redactie

Prof. dr. Ch.W. Backes, *Universiteit Maastricht*  
Mr. P.B.J.M. van der Beek-Gillessen, *Lid Raad van State i.b.d.*  
Mr. H.J.M. Besselink, *Pels Rijken & Droogleeuw Fortuyn*  
Prof. mr. H.E. Bröring, *Rijksuniversiteit Groningen*  
Mr. M.J. Jacobs, *Ministerie van Justitie/Universiteit Leiden*  
Mr. C.L. Knijff, *Van Mens & Wisselink*  
Prof. mr. F.J. van Ommeren, *Vrije Universiteit Amsterdam*  
Mr. drs. D.A. Verburg, *Rechtbank Utrecht*  
Prof. mr. B.W.N. de Waard, *Universiteit van Tilburg*  
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, *Universiteit Utrecht*

### Redactieadres

Mw. mr. C.L. Knijff, *Van Mens & Wisselink*  
Postbus 2911, 1000 CX Amsterdam  
Telefoon 020 - 301 66 33, fax 020 - 301 66 22  
E-mail [knijff@vmw.nl](mailto:knijff@vmw.nl)

### Beoordeling van artikelen

- Auteurs dienen een bijdrage voor «JBplus» in bij de redactiesecretaris (Cathine Knijff: [knijff@vmw.nl](mailto:knijff@vmw.nl)). De redactiesecretaris beslist - na overleg met een of meer leden van de redactie - of de bijdrage geschikt is voor «JBplus». Zo ja, dan wordt de bijdrage onderworpen aan de peer review-procedure.
- In deze procedure worden bijdragen schriftelijk beoordeeld door ten minste twee leden van de redactie. In bijzondere omstandigheden wordt een externe deskundige als peer ingeschakeld. De beoordeling vindt plaats volgens een vast formulier, op te vragen bij de redactiesecretaris.
- De redactie beslist aan de hand van de beoordelingsformulieren over plaatsing van de bijdrage in JBplus. Daarbij kan aan de auteur worden gevraagd het artikel meer of minder ingrijpend te herzien. Als de bijdrage wordt geaccepteerd voor de rubriek Rechtspraak of voor de rubriek Opinie, wordt dit aan de auteur meegedeeld.

### Abonnementen

Paginaprijs €0,66, exclusief BTW en inclusief verzending. Als onderdeel van uw abonnement ontvangt u de verzamelband 2004 - 2008 à €25,95 exclusief BTW. Jurisprudentie Bestuursrecht plus maakt deel uit van Jurisprudentie Bestuursrecht.  
© 2009 Sdu Uitgevers Den Haag

### Abonnementsadministratie

Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag  
Telefoon 070 - 378 98 80, [www.sdu.nl/service](http://www.sdu.nl/service)

### Advertentieacquisitie

Sdu uitgevers  
drs. Veerle Sanderink, accountmanager advertenties  
Prinses Beatrixlaan 116  
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag  
Telefoon: 06 22 94 80 84, email: [advertentie.juridisch@sdu.nl](mailto:advertentie.juridisch@sdu.nl)

Citeertitel: «JBplus» 2009

*Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en andere zorgvuldig geselecteerde bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl). Abonnementen gelden voor minimaal één jaar.*

Nederlands  
**uitgeversverbond**  
Groep uitgevers voor  
vak en wetenschap

**Sdu** UITGEVERS