



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verdeling van schaarse subsidiegelden: De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure

Jacobs, M.J.; Ouden, W. den; Ommeren, F.J van; Wolswinkel, C.J.

Citation

Jacobs, M. J., & Ouden, W. den. (2011). Verdeling van schaarse subsidiegelden: De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure. In F. J. van Ommeren & C. J. Wolswinkel (Eds.), *NILG: markt, overheid & recht* (pp. 203-233). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17634>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17634>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

9 VERDELING VAN SCHAARSE SUBSIDIEGELDEN

DE ROL VAN ADVISEURS, IN HET BIJZONDER CONCULLEGA'S, BIJ DE VERDELING VAN SUBSIDIES IN EEN TENDERPROCEDURE

M.J. Jacobs & W. den Ouden

1 INLEIDING

In het najaar van 2009 en het voorjaar van 2010 is in de media uitvoerig verslag gedaan van een rechtszaak over de afwijzing van de subsidieaanvraag van de stichting De Theatercompagnie. Dit bekende en gelauwerde Amsterdamse toneelgezelschap ontving al vele jaren subsidie toen in augustus 2008 werd besloten tot de afwijzing van haar subsidieaanvraag voor de periode 2009-2012. Het afwijzingsbesluit was gebaseerd op het advies van de 'Commissie Theater', een adviescommissie van het Fonds voor de Podiumkunsten. Een van de leden van deze commissie was zelf betrokken bij een concurrerende aanvraag van de theatergroep Likeminds, die wél was gehonoreerd. Om die reden oordeelden de Amsterdamse bestuursrechter en, in hoger beroep, de Afdeling bestuursrechtspraak dat het afwijzingsbesluit in strijd met het verbod op vooringenomenheid was genomen; de schijn van belangenverstrengeling was gewekt.¹

Deze zaak heeft niet alleen in de kunstwereld, maar ook in de rest van 'subsidieland' tot enige beroering geleid. Adviescommissies spelen binnen het subsidierecht een belangrijke rol. Vaak is er onvoldoende budget om alle aanvragen die binnenkomen te kunnen honoreren. Een veel gekozen manier om het schaarse subsidiegeld dan te verdelen onder de aanvragers is de tenderprocedure. Deze houdt in dat de ingediende aanvragen onderling inhoudelijk worden beoordeeld en ten opzichte van elkaar worden gerangschikt in het licht van vooraf bekendgemaakte criteria;² een 'beauty contest' dus. Nu komt het vaak voor dat het bevoegde bestuursorgaan zich niet met de inhoudelijke beoordeling van de aanvragen wil inlaten. Het heeft daarvoor bijvoorbeeld onvoldoende expertise in huis (zoals bij

¹ Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, *LJN* BK 1302, *Gst.* 2009, 123, m.nt. Neerhof, ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010, 137, m.nt. Den Ouden, *JB* 2010, 119.

² Vgl. de ABRvS in haar uitspraak van 24 maart 2010 (*Theatercompagnie*), r.o. 2.5.1.

innovatiesubsidies) of wil om principiële redenen op afstand blijven (zoals bij kunstsubsidies). In zulke gevallen biedt advisering door externe deskundigen een oplossing. Zij kunnen de aanvragen beoordelen op kwaliteit en prioriteren op grond van de relevante criteria. In de praktijk spelen deze adviezen veelal een doorslaggevende rol. Het is dus van groot belang dat de deskundigen zorgvuldig worden geselecteerd en zelf zorgvuldig en transparant te werk gaan.

Uit de jurisprudentie van de laatste jaren blijkt dat in de praktijk niet altijd gegarandeerd. De aangezochte deskundigen zijn vaak ‘concullega’s’ van de aanvragers; spelers in hetzelfde veld, collega’s en potentiële concurrenten van de aanvrager. Dat levert een inherente spanning op met het verbod op vooringenomenheid, dat geldt voor bestuursorganen én hun adviseurs. Adviseurs willen soms anoniem blijven, juist omdat ‘het wereldje’ waarin zij werkzaam zijn zo klein is en kwaad bloed snel gezet is. Adviseurs geven deels subjectieve en relatieve oordelen, die zich zeer lastig laten objectiveren. Daardoor zijn deze oordelen ook lastig draagkrachtig en overtuigend te motiveren. Vaak kunnen adviseurs – alleen al uit praktisch oogpunt – niet alle aanvragen op dezelfde manier beoordelen, waardoor zij als gevolg van zeer uiteenlopende aanvragen regelmatig appels met peren moeten vergelijken. Subsidieaanvragers blijken – al dan niet aangespoord door de gedachte dat overheids-handelen transparant dient te zijn en niet willekeurig mag zijn – steeds minder vaak genoegen te nemen met een besluit dat is gebaseerd op een oordeel van een adviescommissie dat uit een ‘black box’ komt rollen. Het lijkt er voorts op dat de bestuursrechter de laatste tijd strengere eisen stelt aan de zorgvuldige vormgeving van tenders in het algemeen, de procedures die adviseurs daarbinnen volgen en de inhoudelijke kwaliteit waaraan hun adviezen moeten voldoen.

Deze trends geven aanleiding om in deze bijdrage stil te staan bij de juridische normering van de verdeling van subsidiegelden op basis van deskundigenadviezen. Waarom wordt voor een dergelijk verdeelsysteem gekozen, welke deskundigen adviseren over welke (aspecten van) de aanvragen en wat zijn de randvoorwaarden die daarbij in acht moeten worden genomen? Deze vragen zijn voor de subsidiepraktijk van groot belang. De antwoorden zijn ook belangrijk voor meer inzicht in de algemene vragen die in de inleiding op deze bundel zijn gesteld: wie verdeelt schaarse publieke rechten nu eigenlijk onder gegadigden? Is dat de wetgever, het bestuur of (feitelijk) een andere partij, te weten (een commissie van) externe deskundigen? Hoe transparant moet de tenderprocedure zijn vormgegeven? En is feitelijk rechtsherstel nog wel mogelijk, als in een juridische procedure onregelmatigheden in (de uitvoering van) de tender worden vastgesteld?

Om op deze vragen antwoord te kunnen geven zal in de volgende paragraaf eerst het wettelijk kader bij de verdeling van schaarse subsidiegelden worden besproken. In de subsidietitel van de Awb zijn uitdrukkelijk mogelijkheden opgenomen om het totaal aan subsidiebudget te beperken. Veel minder aandacht had de wetgever voor (de normering van) verdeelsystemen die daardoor noodzakelijk worden. Die volgen uit de bijzondere subsi-

dieregelingen, die in beginsel zijn vereist om daarop concrete subsidieverstrekingen te baseren. In paragraaf drie zullen wij bespreken welke verdeelsystemen er zoal in die bijzondere subsidieregelingen zijn opgenomen, waarna in paragraaf vier wordt ingezoomd op de tenderprocedure en de belangrijkste juridische problemen die zich bij toepassing daarvan voordoen blijkens de jurisprudentie. Daarna concentreren wij ons, zoals aangekondigd, in paragraaf vijf op één categorie van die problemen; advisering door externe deskundigen. De belangrijkste knelpunten die zich voordoen worden in kaart gebracht waarna in paragraaf zes een aanzet voor mogelijke verbeteringen wordt gegeven. Wij sluiten af met enkele conclusies die de relevantie van het subsidierecht voor het algemene thema van deze bundel onderstrepen.

2 HET NEDERLANDSE SUBSIDIERECHT EN DE CREATIE VAN SCHAARSTE AAN MIDDELEN

Het subsidierecht kent een gelaagde opbouw. De subsidietitel in de Awb (titel 4.2) bevat algemene regels die gelden voor elke subsidie. Opgenomen zijn onder meer regels over het proces van subsidieverstreking, aan een subsidie te verbinden verplichtingen en bepalingen over intrekking en wijziging van subsidiebeschikkingen. Uit de Awb volgt echter niet voor welke activiteiten er precies subsidie kan worden aangevraagd. Artikel 4:23 Awb bepaalt alleen dat een bestuursorgaan in beginsel slechts subsidie verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Dit betekent voor bestuursorganen van het rijk dat een subsidiebevoegdheid direct of indirect moet berusten op een wet in formele zin of – in uitzonderingsgevallen – een zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Voor bestuursorganen van decentrale overheden betekent het dat de subsidiebevoegdheid moet zijn opgenomen in hun verordeningen.³

Voor de meeste subsidies geldt dat het beschikbare budget beperkt is. Openeinderegelingen, waarbij een subsidieregeling niet alleen een bevoegdheid, maar ook een verplichting tot subsidiëren schept, komen bijna niet meer voor.⁴ Meestal wordt er een budget beschikbaar gesteld en geldt de regel: op = op. In de Awb wordt dit een “subsidieplafond” genoemd. Een subsidieplafond is een bedrag dat gedurende een bepaalde periode beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift (art. 4:22 Awb).

³ Zie verder W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: 2004, p. 28 e.v.

⁴ Als de subsidieregeling alleen een bevoegdheid tot verstrekken van subsidie bevat (dus geen verplichting tot subsidiëren schept), kan de subsidie overigens ook als er geen subsidieplafond is ingesteld, worden geweigerd op de grond dat er onvoldoende middelen beschikbaar zijn (bijv. ABRvS 14 december 2005, AB 2006, 194, m.nt. NV).

De Awb bepaalt dus niet dat er (altijd of soms) een subsidieplafond moet worden ingesteld, maar alleen dat een subsidieplafond slechts bij of krachtens wettelijk voorschrift kan worden vastgesteld (art. 4:25, eerste lid, Awb). Of er een subsidieplafond geldt volgt uit de bijzondere subsidieregeling op basis waarvan subsidie kan worden aangevraagd en verstrekt. Dat de Awb hierover niets bepaalt, hoeft niet te verbazen. De omvang van het beschikbare budget en de wijze waarop dit budget wordt verdeeld, zijn typisch onderwerpen die zich niet lenen voor een algemene regeling, maar die bij de totstandkoming van iedere subsidie-regeling aan de orde kunnen c.q. moeten komen.

Als er een subsidieplafond is vastgesteld, volgt dwingend uit de Awb dat de subsidie moet worden geweigerd voor zover door de verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden (art. 4:25, tweede lid, Awb). Wij zien hier sporen van de doelstelling van de wetgever om te komen tot een betere beheersing van de overheidsuitgaven. Om te voorkomen dat een aanvrager nadeel ondervindt van het feit dat de definitieve beslissing omtrent de subsidieverstreking wordt verschoven naar een later tijdvak waarin minder geld beschikbaar is, is in het derde lid van artikel 4:25 Awb bepaald dat de verplichting om te weigeren bij overschrijding van het subsidieplafond slechts geldt, voor zover zij ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen of had moeten worden genomen. Wanneer het bestuursorgaan te laat op de aanvraag beslist of indien er in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechtelijke uitspraak op de aanvraag wordt beslist, mag de weigeringsgrond van het tweede lid dus alleen worden ingeroepen als op het moment waarop het besluit eigenlijk had moeten worden genomen (bij te laat beslissen) of als meteen het juiste besluit zou zijn genomen (bij de andere gevallen), het subsidieplafond al was overschreden.

Een andere uitzondering op de regel dat de subsidie moet worden geweigerd als door toewijzing van de aanvraag het subsidieplafond wordt overschreden, volgt uit artikel 4:51, tweede lid, Awb. Bij de beëindiging van een langdurige subsidie moet een redelijke termijn in acht worden genomen. In afwijking van artikel 4:25, eerste lid, Awb kan op grond van artikel 4:51 Awb subsidie worden verleend voor het nog niet verstreken deel van de redelijke termijn. De bescherming die artikel 4:51 Awb biedt aan langdurig gesubsidieerden, kan dus niet worden doorbroken door een beroep op het subsidieplafond.

Het subsidieplafond moet in beginsel worden bekendgemaakt voordat het tijdvak waarvoor het is vastgesteld aanvangt (art. 4:27, eerste lid, Awb). Potentiële aanvragers weten zo tijdig hoeveel geld er beschikbaar is. Wordt het subsidieplafond – of een eventuele verlaging daarvan – toch bekendgemaakt nadat het tijdvak waarvoor het is vastgesteld reeds is begonnen, dan heeft deze bekendmaking geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen (art. 4:27, tweede lid, Awb). Het woord “bekendgemaakt” moet hier worden begrepen op de in art. 3:42 Awb beschreven, algemene manier waarop besluiten die niet tot specifieke belanghebbenden zijn gericht moeten worden bekend gemaakt. Dit houdt in dat bestuursorganen van de centrale overheid kennisgeving van het subsidieplafond moeten

doen in de Staatscourant (tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald). Bestuursorganen die niet tot de centrale overheid behoren moeten een kennisgeving doen in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Eventueel kunnen zij de bekendmaking ook in een elektronisch uitgegeven overheidsblad doen of via een ander elektronisch medium, mits dit laatste bij wettelijk voorschrift is mogelijk gemaakt.⁵ Een subsidieplafond kan derhalve niet worden bekendgemaakt in bijvoorbeeld een persbericht, een brief of een e-mail aan potentiële aanvragers.⁶ Een verkeerde bekendmakingswijze kan bestuursorganen zeer duur komen te staan!

Artikel 4:28 Awb maakt een uitzondering op de regel die geldt wanneer een subsidieplafond (of een verlaging daarvan) te laat wordt bekendgemaakt ingevolge artikel 4:27, tweede lid. Wanneer op grond van de bijzondere subsidieregeling alle aanvragen voor het tijdvak waarvoor het subsidieplafond is vastgesteld, moeten zijn ingediend op een tijdstip waarop de begroting nog niet is vastgesteld of goedgekeurd, blijft artikel 4:27, tweede lid, Awb buiten toepassing als de vaststelling of goedkeuring van de begroting noopt tot verlaging van het subsidieplafond. Voorwaarde is dan wel dat er bij de bekendmaking van het subsidieplafond op is gewezen dat de vaststelling of goedkeuring van de begroting ertoe zou kunnen leiden dat het subsidieplafond wordt verlaagd. Zo wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de rechtszekerheid van aanvragers én aan het streven om de subsidie-uitgaven beheersbaar te houden.

Als er eenmaal een plafond is vastgesteld wordt het verdelingsvraagstuk relevant. Artikel 4:26 Awb regelt dat bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en dat bij de bekendmaking van het subsidieplafond ook de verdeelwijze moet worden vermeld. De te kiezen wijze van verdeling is dus helemaal vrij voor de bijzondere regelgever. Hoe het bedrag wordt verdeeld, wordt meestal geregeld in de bijzondere subsidieregeling zelf, doordat deze de criteria voor de verdeling bevat. Er kan echter ook voor worden gekozen de verdeelregels op te nemen in een plan, programma of ander besluit van het bestuursorgaan dat de subsidies verleent. Dit document bevat dan de beleidsprioriteiten.⁷ Het plan, programma of besluit kan niet later dan het subsidieplafond worden bekendgemaakt, omdat bij de bekendmaking van het subsidieplafond immers moet worden vermeld op welke wijze het beschikbare subsidiebedrag wordt verdeeld.

⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 31 084, nr. 3, p. 27.

⁶ Zie hierover: ABRvS 3 januari 2007, AB 2007, 224 en JB 2007/31. Zie ook: K. Lagrouw, W. den Ouden en M. Groothuis, 'Weer een strop? Vraagstukken rond de bekendmaking van het ESF-subsidieplafond', *NTB* 2006, p. 303-307.

⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

3 SUBSIDIEVERDEELSYSTEMEN

In de praktijk gebruiken bijzondere regelgevers en bestuursorganen verschillende manieren om het beschikbare budget te verdelen onder de aanvragers.⁸ Een veelvuldig gebruikte methode is de verdeling volgens het systeem “wie het eerst komt, het eerst maalt”. Bij de totstandkoming van de subsidietitel is door de regering gesteld dat dit niet het meest aantrekkelijke toedelingssysteem is:

“Nu het tijdstip van de indiening van de aanvraag vaak min of meer toevallig is, is dat niet het meest aantrekkelijke systeem. In sommige gevallen zal het echter, gelet op het grote aantal aanvragen en de noodzakelijkerwijs in de tijd gespreide indiening daarvan, het enige praktisch hanteerbare systeem zijn.”⁹

De behandeling van aanvragen op volgorde van binnenkomst is o.i. vooral bruikbaar als aan twee voorwaarden is voldaan: 1. de activiteiten waarvoor de subsidie bedoeld is, kunnen zodanig welomschreven worden in de subsidieregeling, dat de beoordeling van de aanvragen in wezen vrij eenvoudig is voor het bestuursorgaan en 2. de persoon van de aanvrager is niet relevant voor de subsidieverstrekker. Een voorbeeld hiervan vormen de subsidies die voor woningisolatie beschikbaar zijn.¹⁰ Bij dit soort subsidies is de persoon van de aanvrager niet erg interessant; het gaat erom dat de duurzaamheid van het woningbestand wordt bevorderd. Wat wel van belang is voor de subsidieverstrekker, is dat de woning in Nederland ligt. Vereist is dan ook dat de aanvrager eigenaar is van een woning die gelegen is in Nederland. Als hij een factuur kan overleggen waaruit blijkt dat hij bepaalde in de subsidieregeling genoemde isolatiewerkzaamheden aan deze woning heeft laten verrichten, komt hij in aanmerking voor de subsidie. Voor dit soort aanvragen is de behandeling op volgorde van binnenkomst bij uitstek geschikt.

Deze wijze van verdeling werkt alleen goed als de aanvragen enigszins gespreid in de tijd binnenkomen. Als bij het opstellen van de regeling al wordt verwacht dat zeer veel aanvragen tegelijk binnenkomen, bijvoorbeeld op de eerste dag waarop de aanvraag kan worden ingediend, blijkt de betreffende subsidieregeling, dan verdient het aanbeveling om een ander of aanvullend verdeelsysteem te kiezen. Immers als op de eerste dag al meer aanvragen binnen komen dan binnen het beschikbare budget kunnen worden gehonoreerd is het lastig te bepalen welke aanvraag het eerst was.

⁸ Deze manieren lijken overigens sterk op de verdeelmethoden die worden gebruikt bij schaarse vergunningen. Zie F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen: de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht* (oratie VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2004.

⁹ *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

¹⁰ Bijvoorbeeld de Tijdelijke subsidieregeling isolatieglas, *Stcrt.* 2009, nr. BJZ2009053722.

Dat brengt ons op een tweede verdeelmethode: de loting. Wettelijke regelingen waarin de loting als hoofdverdeelregel is opgenomen, zijn er niet veel.¹¹ Wel wordt er regelmatig noodgedwongen teruggegrepen naar deze verdeelmethode in de hiervoor geschetste situatie van te veel aanvragen op de eerste dag bij een systeem van behandeling op volgorde van binnenkomst.¹² In een uitspraak van 18 juli 2007¹³ oordeelde de Afdeling bestuursrechtsspraak dat dit niet in strijd is met artikel 4:26, tweede lid, Awb:

“De Afdeling is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de Staatssecretaris voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een nadere bepaling van de volgorde van binnenkomst van de aanvragen praktisch niet mogelijk was, omdat de aanvragen in groten getale en op diverse wijzen gedurende de dag van 1 juni 2005 binnenkwamen. Daarom heeft de Staatssecretaris ter uitvoering van artikel 7, vierde lid, van de Regeling, in dit geval mogen bepalen dat aanvragen die op dezelfde dag binnenkwamen, werden geacht tegelijkertijd te zijn ontvangen en dat tussen deze aanvragen zou worden geloot.”

In de casus waarop deze uitspraak betrekking had, voorzag de subsidieregeling uitsluitend in de mogelijkheid van verdeling van het beschikbare budget op volgorde van binnenkomst. Er zijn inmiddels ook subsidieregelingen waarin expliciet is bepaald dat indien het subsidieplafond van een subsidie die wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst, wordt bereikt op een dag waarop er meerdere aanvragen tegelijk binnenkomen, de onderlinge rangschikking van die aanvragen door middel van loting wordt bepaald.¹⁴ Daarnaast wordt loting soms ook ingezet bij de beauty contest. Als niet alle aanvragen die inhoudelijk gelijk zijn gewaardeerd in verband met een overschrijding van het subsidieplafond kunnen worden gehonoreerd, worden de gelijk gewaardeerde aanvragen vervolgens door loting gerangschikt.¹⁵

In de memorie van toelichting bij art. 4:26 Awb is gesteld dat een kwalitatief verdeelsysteem (de tenderprocedure c.q. de beauty contest) in veel gevallen meer voor de hand zal liggen als verdeelsysteem dan het principe ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’.¹⁶ Voor een tenderprocedure zal vooral worden gekozen wanneer de relatieve kwaliteit van de aanvragers en hun aanvraag (zeer) relevant wordt gevonden voor de realisering van de doelstelling van de desbetreffende subsidieregeling. Indien er meer aanvragen binnenkomen dan gehono-

11 Een zeldzaam voorbeeld geeft art. 2:43 Regeling LNV-subsidies.

12 Soms bepaalt de subsidieregeling dat de loting geschiedt door een door het bestuursorgaan aangewezen notaris (bijv. Opkoopregeling gereserveerde licenties 2003 en de Regeling tegemoetkoming SFM-premielasten).

13 AB 2008, 28, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden (onder nr. 29), JB 2007, 168.

14 Zie bijv. art. 27 Kaderbesluit EZ-subsidies en art. 58 Besluit stimulering duurzame energieproductie.

15 Zie bijv. art. 36 Openstellingsbesluit LNV-subsidies 2010 en § 5 van het Besluit vaststelling Subsidieprogramma Innovatieprogramma Kaderrichtlijn Water.

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

reerd kunnen worden, vindt een vergelijking van de aanvragen op relevante punten plaats. Het op deze wijze selecteren van de ‘beste of meest geschikte aanvragen’ moet leiden tot het zo goed mogelijk realiseren van de doelstellingen waarvoor de subsidie beschikbaar werd gesteld.

Op sommige beleidsterreinen is deze verdeelmethode de standaard verdeelmethode, zoals bij subsidies voor wetenschappelijk onderzoek en kunstuitingen. Als wordt gekozen voor de tender moeten er ook criteria worden vastgesteld aan de hand waarvan aanvragen zullen worden beoordeeld. Deze zijn in de primaire regelgeving vaak weinig concreet. Zo is bijvoorbeeld in de Wet op het specifiek cultuurbeleid bepaald dat de verdelingsregels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld (art. 8). In de algemene maatregel van bestuur, het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen, is bepaald dat de verdeling plaatsvindt op basis van “een vergelijking van geschiktheid om bij te dragen aan de doelstellingen van de subsidie” (art. 5b). Vervolgens wordt dit criterium verder uitgewerkt in de Regeling subsidies en uitkeringen cultuuruitingen. Criteria die meegewogen worden zijn (o.m.): belang van de activiteiten, positie van de aanvrager in het cultuurbestel, maar ook spreiding van het subsidiebudget over het land (art. 9p). Zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven, kunnen de criteria op basis waarvan het budget wordt verdeeld, ook worden neergelegd in een op grond van het wettelijk voorschrift vastgesteld plan, programma of ander besluit dat de beleidsprioriteiten aangeeft. Dit document – dat uiterlijk tegelijk met de bekendmaking van het subsidieplafond moet worden bekendgemaakt – bevat dan de beleidsprioriteiten.¹⁷

Varianten op de hierboven geschetste (klassieke) tenderprocedure zijn de subsidie die is gekoppeld aan een concessie en de subsidie die wordt verleend door middel van een aanbestedingsprocedure. In het openbaar vervoer is het gebruikelijk om vervoersondernemingen een exclusief recht te geven tot het aanbieden van openbaar vervoer in een bepaald gebied (concessie). Daarnaast wordt aan de concessiehouder een financiële bijdrage verstrekt voor het verrichten van het openbaar vervoer. Deze financiële bijdrage wordt aangemerkt als een subsidie in de zin van de Awb.¹⁸ Ook worden er soms subsidies verleend door middel van een aanbestedingsprocedure; de laatste tijd zien wij daarvan vooral in het kader van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning voorbeelden.¹⁹

Een laatste verdeelmethode die kan worden genoemd is de evenredige verdeling van het subsidiebudget over alle aanvragen die in aanmerking komen voor subsidie. In het

¹⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

¹⁸ CBb 24 februari 2005, *AB* 2005, 165, m.nt. JHvdV, *JB* 2005, 225, m.nt. AJB. Zie daarover J.R. van Angeren, ‘Overheidsoptreden in de markt voor het openbaar stads- en streekvervoer’, in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen en J.R. van Angeren, *Overheid en markt*, Kluwer 2004, p. 179 e.v.

¹⁹ Bijv. ABRvS 9 september 2009, *AB* 2010, 87 en ABRvS 10 juni 2009, *AB* 2009, 369, beide m.nt. Den Ouden. Zie E.C.L. van Prenen, ‘Subsidietendering. In de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht’, *Gst.* 2009-7320, nr. 69 en Stellingwerff Beintema, ‘De dienstenrichtlijn en aanbestedingsregels’, *Gst.* 2010-7336, nr. 49.

Kaderbesluit EZ-subsidies wordt deze methode genoemd als een verdeelmethode waarvoor kan worden gekozen indien een subsidieplafond wordt vastgesteld, maar er is nog geen concrete regelgeving op basis van deze algemene maatregel van bestuur tot stand gekomen waarin dat ook daadwerkelijk is gebeurd. Een ander voorbeeld waarin het beschikbare bedrag evenredig wordt verdeeld over alle aanvragen, als er meer is aangevraagd dan het budget toelaat, geeft de Tegemoetkomingsregeling oogstschade 2002 van LNV.²⁰

De tot nu toe besproken verdeelsystemen worden gebruikt als er meerdere aanvragers in aanmerking kunnen komen voor een deel van het beschikbare subsidiebudget. Volledigheidshalve wijzen wij er hier op dat er niet altijd sprake is van verdeling van een subsidiebudget over meerdere aanvragers, maar dat er ook veel subsidies worden verstrekt aan individuele ontvangers, zonder dat er andere aanvragers (kunnen) zijn met wie moet worden geconcurrerd. Dit is het geval bij incidentele subsidies en bij zgn. begrotingssubsidies. Bij deze laatste figuur vermeldt de begroting van de subsidieverlener, het bedrag en de naam van de subsidie-ontvanger (zie art. 4:23, derde lid, onder c, Awb). Hoewel het zeker interessant zou zijn om te bezien hoe bestuursorganen in deze gevallen komen tot hun beslissing om al dan niet te subsidiëren en het de vraag is in hoeverre bijvoorbeeld het transparantiebeginsel zich verzet tegen het op deze wijze vermijden van mededinging tussen geïnteresseerde partijen,²¹ beperken wij ons in dit artikel tot de verdeling van op een subsidieplafond gebaseerde subsidiebudgetten over meerdere aanvragers.

4 JURIDISCHE PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING VAN EEN BEAUTY CONTEST

In het vervolg van deze bijdrage zullen wij ons concentreren op het verdeelsysteem voor subsidiegelden dat op dit moment tot de meeste jurisprudentie leidt; de tenderprocedure oftewel de beauty contest. Eerst zullen wij aan de hand van die jurisprudentie globaal weergeven wat de belangrijkste vraagstukken zijn bij de uitvoering van subsidie-tenderprocedures, waarna wij in de volgende paragraaf inzoomen op de rol van de externe adviseur daarbinnen.

4.1 *De rol van art. 4:5 Awb*

Bij een tendersysteem worden aanvragen beoordeeld op inhoudelijke criteria. Om die reden is het alleen relevant dat een aanvraag op tijd is ingediend; de volgorde waarin de

²⁰ *Stcrt.* 2006, 23. Hoewel in deze regeling de term subsidie wordt gebruikt voor de financiële verstrekking die aan de orde is, laat zich de vraag stellen of er eigenlijk wel sprake is van subsidie; de bijdrage heeft veel meer weg van een schadevergoedingsregeling.

²¹ Zie daarover: M.J. Jacobs en W. den Ouden, *Eerlijk zullen we alles delen*, JB-plus 2011, p. 35 e.v.

aanvragen zijn ingediend is niet van belang. In de praktijk rijzen er geregeld vragen over wat rechtens is als er een onvolledige aanvraag is ingediend of als de aanvrager tijdens of na de indieningstermijn aanvullingen of wijzigingen op zijn aanvraag aanbrengt. Het is vaste jurisprudentie van zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met het tendersysteem.²² Voor zover het gaat om het door de aanvrager op zijn eigen initiatief na sluiting van de indieningstermijn aanvullen of wijzigen van de aanvraag, kunnen wij zonder meer instemmen met deze jurisprudentie. De strenge lijn dat informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn niet meer kan worden meegenomen is bedenkelijker bij binnen de termijn ingediende *onvolledige* aanvragen. Artikel 4:5 Awb schrijft immers voor dat het bestuursorgaan pas kan besluiten tot buiten behandelingstelling van een aanvraag als het de aanvrager eerst in de gelegenheid heeft gesteld de aanvraag aan te vullen. De gedachte achter deze bepaling is dat een aanvrager de kans moet krijgen een onvolledige aanvraag aan te vullen.

Wat ons betreft zou het zo moeten zijn dat de aanvrager in de gelegenheid wordt gesteld zijn aanvraag aan te vullen, als de oorspronkelijke – tijdig ingediende – aanvraag niet voldoet aan bepaalde *procedurele of formele* vereisten voor het indienen daarvan. Als op grond van de subsidieregeling bijvoorbeeld is vereist dat een jaarrekening bij de aanvraag wordt gevoegd en die jaarrekening ontbreekt, dan moet de aanvrager in de gelegenheid worden gesteld om de jaarrekening alsnog in te leveren. Anders ligt het als de ongenoegzaamheid van de aanvraag is gelegen in inhoudelijke aspecten ervan. Die behoren na afloop van de indieningstermijn niet meer te mogen worden veranderd. De aanvrager is zelf verantwoordelijk voor de inhoud van de aanvraag. Hij moet er dus voor zorgen dat hij de juiste informatie die nodig is voor de inhoudelijke beoordeling tijdig aanlevert. Het zou aanbeveling verdienen dat in de Awb wordt geregeld hoe bij tendersubsidies moet worden omgegaan met onvolledige aanvragen.

In het verlengde van het voorgaande ligt de vraag of het bestuursorgaan na afloop van de indieningstermijn *contact* mag hebben c.q. van gedachten mag wisselen met de aanvragers in de tenderprocedure. Bestuursorganen plegen hier heel terughoudend mee te zijn; zij menen dat contact verboden is omdat indieners dan niet allemaal gelijke kansen krijgen. Voor zover het contact gericht zou zijn op inhoudelijke aspecten van de aanvraag, is dit o.i. een correct standpunt. Terughoudendheid is echter niet in alle gevallen nodig. Zoals ook blijkt uit jurisprudentie van het CBb is contact met de aanvrager aanvaardbaar als het een niet-inhoudelijk aspect van de aanvraag betreft. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in een zaak waarin het ging om de vraag of de aanvrager een andere subsidieaanvraag wel wilde handhaven nu de subsidieregeling waarop de aanvraag die het bestuursorgaan moest

22 ABRvS 20 december 2006, *LJN* AZ4815, ABRvS 15 juli 2009, *LJN* BJ2654, CBb 3 april 2001, *LJN* AB1115, CBb 11 augustus 2010, *LJN* BN4727, CBb 11 augustus 2010, *LJN* BN 4730.

beoordelen betrekking had, samenloop met een andere subsidieregeling niet toeliet.²³ Een ander voorbeeld is een zaak waarin de aanvrager in bezwaar had aangevoerd dat de Adviescommissie die de subsidiënt adviseerde over alle aanvragen, was uitgegaan van een onjuiste uitleg van de regelgeving. Subsidiënt meende dat het hier ging om nieuwe informatie die niet kon worden betrokken in de besluitvorming omdat alle aanvragers in de tender dezelfde kansen moesten krijgen. Het CBB ging niet mee in deze redenering. Het oordeelde dat het hier geen wijziging of aanvulling van de subsidieaanvraag betrof, maar een standpunt van appellant dat betrekking had op het rechtskader waarbinnen de subsidie werd verstrekt. Het bestuursorgaan diende hierover als subsidieverlenend orgaan een eigen oordeel te vellen.²⁴

4.2 *Geschillen over inhoudelijke oordelen*

De meeste problemen bij de uitvoering van de beauty contest gaan echter over de inzichtelijkheid van de selectieprocedure en de juistheid van de uitkomsten daarvan. Daarbij moeten twee soorten afwijzingen van elkaar worden onderscheiden. Ten eerste de afwijzingen omdat de subsidieaanvraag niet voldoet aan de criteria om voor subsidieverlening in aanmerking te komen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de aanvrager niet aan bepaalde drempelvereisten (bijv. een bepaalde rechtsvorm, omvang of vestigingsplaats) voldoet²⁵ of als er sprake is van samenloop met een andere subsidie, terwijl de subsidieregeling dat niet toestaat.²⁶

In dergelijke gevallen voeren appellanten regelmatig aan dat de subsidieaanvraag ten onrechte is afgewezen omdat zij ten tijde van de aanvraag wel voldeden aan de criteria om in aanmerking te komen voor subsidie. De bestuursrechter gaat in beroep na of dit inderdaad het geval was. In de al genoemde zaak van de ongewenste samenloop van subsidies, voerde appellante aan dat het materiële zorgvuldigheidsbeginsel met zich meebracht dat verweerder zich appellantes belangen had dienen aan te trekken. Verweerder was van meet af aan op de hoogte van het feit dat appellante ook op grond van een andere regeling subsidie had aangevraagd en had dan ook contact op moeten nemen met appellante om haar voor te houden welke consequenties het handhaven van beide aanvragen tegelijkertijd zou kunnen hebben en haar in de gelegenheid moeten stellen een (nader) standpunt te bepalen. Bij het niet voldoen aan de drempelvereisten kan nog verder worden onderscheiden tussen afwijzing wegens het niet voldoen aan een formeel vereiste – zoals het vereiste dat subsidie alleen wordt verleend indien de aanvrager een bepaalde rechtsvorm heeft – en afwijzing

²³ CBB 18 juli 2008, *LJN* BD8757.

²⁴ CBB 19 februari 2008, *LJN* BC4630.

²⁵ Zie bijv. ABRvS 15 juli 2009, *LJN* BJ2654.

²⁶ Bijv. CBB 18 juli 2008 (samenloop met andere subsidies), *LJN* BD8757.

wegens het niet voldoen aan een (meer) “kwalitatief” criterium. Een voorbeeld van dit laatste biedt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 juli 2009 waarin de afwijzing van een subsidieaanvraag van de Stichting Nomade in het kader van de Deelregeling Vierjarige subsidies Podiumkunstinstituten 2009-2012 werd beoordeeld. Op grond van deze subsidieregeling moeten aanvragen in ieder geval bepaalde stukken bevatten (zoals een kopie van de oprichtingsakte of statuten). Daarnaast worden aanvragen beoordeeld op aspecten als: “kwaliteit”, “bijdrage aan diversiteit/verscheidenheid” en “bijdrage aan spreiding”. Het oordeel over het aspect “kwaliteit” moet in ieder geval positief zijn, wil een aanvraag worden opgenomen in de onderlinge rangorde van concurrerende aanvragen op basis waarvan de beschikbare gelden worden verdeeld.²⁷

De tweede categorie van afwijzingen, zijn de (geheel) relatieve afwijzingen. In dat geval voldoet de aanvraag weliswaar aan de formele vereisten om in aanmerking te komen voor subsidie, maar is deze na vergelijking met andere aanvragers zodanig laag gerangschikt dat het subsidiebudget reeds is uitgeput voordat de aanvraag aan de beurt komt voor financiering.

Bij dit type afwijzingsbesluiten zijn de afgelopen periode veel vragen gerezen over de plicht tot een draagkrachtige motivering ervan en de toegankelijkheid van de op de zaak betrekking hebbende stukken. Nu deze kwesties elders in deze bundel uitgebreid aan bod komen,²⁸ volstaan wij met een korte schets van de problematiek. Een aanvrager wiens aanvraag is afgewezen op de enkele grond dat andere aanvragen beter waren, zal zich een oordeel willen kunnen vormen over de achtergronden van dit relatieve oordeel en de kwaliteit van die andere aanvragen. Andere gronden om tegen het afwijzingsbesluit op te komen zijn er immers meestal niet. Dit brengt mee dat de afgewezen aanvrager behoefte heeft aan een motivering die ingaat op de vraag waarom zijn aanvraag in verhouding tot de andere aanvragen, als minder goed is beoordeeld. In hoeverre het bestuursorgaan aan deze wens tegemoet dient te komen, is een vraag die nog niet helder en eenduidig is beantwoord in de jurisprudentie. In verschillende recente uitspraken stellen bestuursrechters dat uit de motivering van een afwijzingsbesluit helder dient te worden hoe de afgewezen aanvraag zich verhoudt tot de overige wel gehonoreerde aanvragen.²⁹ Het CBB lijkt dit anders te zien. In een uitspraak over de afwijzing van een aanvraag van subsidie voor de aanpak van urgente bedrijfslocaties overwoog het:

27 ABRvS 22 juli 2009, AB 2010, 138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade, zie ook ABRvS 10 februari 2010, LJN BL3336 (Sam's story) en van dezelfde datum LJN BL3339 ('Separation City').

28 J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: transparantie en openbaarheid*, elders in deze bundel.

29 Zie bijv. Rb. Arnhem 20 juli 2007, LJN BB1054, Rb. Arnhem 31 januari 2008, LJN BC3256 en Rb. Haarlem, 16 april 2009, LJN BI2367.

“Met betrekking tot de motivering van de rangschikking van de projecten overweegt het College dat in een geval als het onderhavige, waarin op basis van een rangschikking subsidiegelden worden verdeeld, aan de aanvrager inzicht moet worden geboden in de gronden voor de rangschikking van diens eigen project. (...) Anders dan appellante stelt, brengt het gebruik maken van de methode van rangschikking niet met zich dat verweerder bij zijn motivering van de rangschikking van een project moet ingaan op de sterke en zwakke punten van andere projecten en de redenen voor toekenning van een rang in de uiteindelijke rangschikking.”

Wanneer in de motivering van één afwijzingsbesluit niet hoeft te worden ingegaan op de onderlinge verhoudingen tussen alle verschillende aanvragen, een regel die naar ons idee vooral vanuit praktisch oogpunt kan worden verklaard, is het van groot belang dat een afgewezen aanvrager op zijn minst zelf kan controleren of concurrerende aanvragen op goede gronden hoger zijn gewaardeerd. Daarvoor is inzage in concurrerende aanvragen en stukken over de besluitvorming en advisering in de tender noodzakelijk. Hoewel er goede redenen kunnen zijn om die inzage te beperken (bijvoorbeeld de concurrentiebelangen van de overige aanvragers), dient beperking van de toegang tot die stukken zoveel mogelijk te worden voorkomen. De bestuursrechter zal moeten voorkomen dat de rechtsbescherming bij relatieve afwijzingsbesluiten illusoir wordt omdat onduidelijk blijft op welke gronden het afwijzingsbesluit is genomen. Dat kan naar ons oordeel alleen door uit te gaan van de plicht tot het overleggen van alle stukken die bij de besluitvorming een rol hebben gespeeld,³⁰ tenzij er een gewichtige reden is om dat te weigeren zoals bedoeld in artikel 8:29 van de Awb. Juist vanwege het belang van de kans om een reële verdediging te kunnen voeren bij een relatief afwijzingsbesluit zal de bestuursrechter deze redenen in een tenderprocedure terughoudend moeten invullen.³¹

Ten slotte is er een categorie geschillen die draait rond de rol van de adviseur in de tenderprocedures. Die categorie zal, zoals aangekondigd, in de volgende paragraaf nader worden onderzocht.

30 Zie in die zin ook *Damen* onder HR 25 april 2008, AB 2009, 407 (*KB-lux-affaire*). In die richting lijkt ook te gaan: Vz. CBb 29 juli 2010, LJN BN4119. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt dat tot op heden anders te zien. Klassiek is ABRvS 24 januari 1998, *zaaknr.* H01.96.0308, JB 1998, 145, m.nt. R.J.N.S. Zie voor een vergelijkbaar subsidietendergeval bijvoorbeeld ABRvS 10 december 2008, LJN BG6429 (*Stichting Plan Nederland*) waarin door de adviescommissie opgestelde beoordelingshandleidingen en beoordelingsformulieren niet als tot op de zaak betrekking hebbende stukken worden gekwalificeerd. Zie ook Rb. Utrecht 25 september 2009, LJN BJ8852.

31 Vgl. Van Rijn van Alkemade elders in deze bundel en De Poorter & Van Soest Ahlers 2008, p. 86.

5 Kwaliteitsoordelen door externe deskundigen

Als gezegd wordt met een tenderprocedure getracht door middel van een onderlinge vergelijking van concurrerende aanvragen de realisering van de doelstelling van de betreffende subsidieregeling te maximaliseren. De aanvragen moeten dus in een rangorde worden geplaatst die kan worden afgelopen met honoreringsbesluiten tot het beschikbare budget is verdeeld en het subsidieplafond is bereikt. Die rangorde (ranking) is vaak gebaseerd op adviezen van externe deskundigen. De precieze invulling van de adviesprocedure verschilt. Soms worden al eerder besproken ‘drempelvoorwaarden’ als geschiktheid of voldoende kwaliteit van de aanvraag beoordeeld door het bestuursorgaan zelf en wordt na het passeren van die horde een aanvraag voor advies doorgezonden naar deskundigen. Soms vindt een eerste selectie op ‘kansrijkheid’ plaats door een breed samengestelde adviescommissie, die vervolgens een door haar gemaakte selectie doorstuurt voor advies naar de echte experts. In weer andere gevallen beoordeelt een externe adviescommissie alle aanvragen, al dan niet na te zijn voorzien van beoordelingen van specialisten op het betreffende onderwerp. Soms beoordelen deskundigen slechts één aanvraag en draagt het bestuursorgaan zelf zorg voor een ranking op basis van hun adviezen en zo doen zich in de praktijk talloze variaties voor.

Die variaties volgen niet steeds uit wettelijke voorschriften. Het komt regelmatig voor dat in de relevante subsidieregeling is bepaald dat de werkwijze van de adviescommissie door haarzelf moet worden vastgesteld.³² Juist in die gevallen zijn er klassieke valkuilen. De aangezochte deskundigen zijn immers (doorgaans) geen expert in het vormgeven van transparante verdeelprocedures bij de verdeling van schaarse gelden. Bovendien is er meestal – zoals op andere rechtsterreinen als de ruimtelijke ordening en de sociale zekerheid veel gebruikelijker is – geen sprake van professionele adviseurs die daaraan een dagtaak hebben en daarvoor een kostendekkend tarief rekenen. Bij advisering over subsidieaanvragen is de expert bovendien vaak ook een potentiële aanvrager van dezelfde of gelijksoortige subsidies en dus een concurrent van de aanvrager, die voor zijn advieswerkzaamheden geen of slechts een symbolische vergoeding ontvangt. Hoewel er dus de nodige vragen kunnen worden gesteld bij deze adviseurs, is hun invloed op de uitkomst van de tenderprocedure in veel gevallen groot. Het oordeel van de adviescommissie is doorgaans doorslaggevend voor de plaats die word toebedeeld in de ranking. Bovendien is haar oordeel zeer lastig inhoudelijk aanvechtbaar in juridische procedures. Die omstandigheden leiden tot vragen over (juridische) waarborgen voor aanvragers binnen subsidietenders waarin deskundigenadviezen een grote rol spelen. Van die vragen willen wij er hierna enkele behandelen.

³² Zie bijv. art. 18 Kaderbesluit EZ-subsidies.

5.1 *Waarom zou een bestuursorgaan kiezen voor advisering door concullega's?*

Een eerste vraag die zich opdringt betreft de reden van de advisering door concullega's; waarom zou een bestuursorgaan kiezen voor advisering door (min of meer rechtstreekse) concurrenten en bekenden van de aanvragers? Het ligt voor de hand dat de benodigde deskundigheid van de adviseurs hierbij vaak een rol zal spelen; beoordelaars van voorstellen voor wetenschappelijk onderzoek zullen zelf veel verstand moeten hebben van wetenschappelijk onderzoek en doorgaans zelf onderzoeker zijn. Zij moeten bovendien verstand hebben van het onderwerp dat in het voorstel wordt aangedragen. Zij zullen dus vaak bekenden zijn van de aanvrager, die in de dagelijkse praktijk allerlei banden met vakgenoten onderhoudt. De bron waar uit kan worden geput bij het aanzoeken van deskundige adviseurs zal in sommige gevallen niet zo rijk zijn dat alleen met werkelijk onafhankelijke adviseurs kan worden gewerkt; dat wordt in de praktijk in ieder geval met stelligheid beweerde.³³ Opvallend is wel dat een concrete onderbouwing van die stelling meestal niet wordt gegeven.

Een tweede reden om te kiezen voor advisering door concullega's kan zijn gelegen in de kostenbeheersing. Het inwinnen van adviezen bij onafhankelijke deskundigen die daarvoor een marktconform tarief vragen, is al snel een kostbare aangelegenheid.³⁴ Dat lijkt in strijd te komen met de gedachte dat zoveel mogelijk geld moet worden ingezet om de beleidsdoelstellingen van de subsidieregeling te verwezenlijken, geld dat weglekt naar uitvoeringskosten is verspilling. Waarom adviseurs bereid zijn om gratis of tegen symbolische betaling te adviseren is, voor zover wij konden nagaan, niet recentelijk onderzocht. Wij kunnen verschillende redenen bedenken. Naast intrinsieke motivering voortkomend uit enthousiasme voor de realisering van de beleidsdoelstellingen van de subsidieregeling, is het goed voorstelbaar dat medewerking voortkomt uit het feit dat de adviseurs zelf ook financieel afhankelijk zijn van de subsidieregeling die zij helpen uitvoeren. Deelname aan een in het veld belangrijke adviescommissie kan statusverhogend werken en inzicht geven in de gevolgde procedures waarmee de kansrijkheid van eigen voorstellen kan worden vergroot. Een gevaar dat wellicht kleeft aan 'goedkope' adviezen is dat door de karige beloning die er tegenover staat, de kans bestaat dat adviseurs weinig tijd in de beoordeling van aanvragen (kunnen) steken, waardoor uiteindelijke toe- of afwijzingsbesluiten worden gebaseerd op onvoldragen deskundigenoordelen.

³³ Daarover Neerhof onder Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, *Gst.* 2009, 123.

³⁴ Vgl. Hans Radder, Hoe de universiteit weer wat geld kan maken; Universitaire wetenschappers kunnen NWO een beloning vragen voor beoordelen van subsidieaanvragen, *NRC Handelsblad* 19 april 2010.

5.2 *Hoe dienen adviseurs in tenders te worden geselecteerd?*

Juist omdat vaak wordt beweerd dat het niet mogelijk is een deskundige adviescommissie samen te stellen zonder concullega's, dringt zich de vraag op op welke manier de adviseurs dienen te worden aangezocht en geselecteerd. Betoogd zou bovendien kunnen worden dat de genoemde voordelen van een adviseurschap niet willekeurig (steeds aan dezelfde adviseurs) mogen worden toebedeeld. Dat zou pleiten voor een brede, objectieve en transparante wervingsprocedure. De rechtbank Amsterdam hecht in haar uitspraak in de in de inleiding genoemde Theatercompagniecasus in ieder geval belang aan het feit dat het deskundig tegenadvies dat door de Theatercompagnie was ingebracht in de procedure *niet* was gegeven door 'een onafhankelijke commissie, geselecteerd via een uitgebreide openbare procedure'.³⁵ Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de uitvoeringskosten van de subsidieregeling daarmee zullen toenemen.

Vast staat dat bij de inrichting van een adviescommissie scherp moet worden gekeken naar de eventuele betrokkenheid die aan te trekken deskundigen hebben bij aanvragen waarover moet worden geadviseerd. Blijkens de jurisprudentie gelden de regels van artikel 2:4 Awb onverkort voor adviseurs van bestuursorganen.³⁶ Dat wil zeggen dat adviseurs hun taak zonder vooringenomenheid moeten vervullen (lid 1) en dat adviseurs die een persoonlijk belang hebben bij een besluit over een subsidieaanvraag de besluitvorming daarover niet mogen beïnvloeden (lid 2). Overigens hoeft de vooringenomenheid van een adviseur niet per se samen te hangen met belangen die hij heeft bij concurrerende aanvragen. Zo voerde de appellant in de Veni-subsidie-uitspraak uit 2009³⁷ heel in het algemeen aan dat één van de leden van de adviescommissie geen onbevooroordeelde houding had, waarna de Afdeling bestuursrechtspraak vaststelt dat uit de stukken blijkt dat zijn aanpak inderdaad 'niet op alle onderdelen blijk geeft van de zakelijke afstandelijkheid en de helderheid' die van een adviseur mogen worden verwacht.

In de meeste gevallen zijn klachten over vooringenomenheid echter wel terug te voeren op de betrokkenheid van adviseurs bij concurrerende aanvragen. De Theatercompagniecasus geeft daarvan een duidelijk en recent voorbeeld. Uit de uitspraak wordt duidelijk dat de Afdeling in dat soort gevallen conform de tekst van artikel 2:4 Awb, tweede lid, aan

35 Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, *LJN* BK1302, r.o. 6. Zie ook ABRvS 26 juni 2002, *AB* 2003, 407 en ABRvS 11 februari 2004, *LJN* AO3350.

36 Gediscussieerd kan worden over de vraag of artikel 2:4 Awb, tweede lid, rechtstreeks van toepassing is op adviescommissies, zoals uit de jurisprudentie lijkt te volgen (zie bijv. ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010, 137, m.nt. WdO (*Theatercompagnie*)), of dat deze bepaling zich 'doet gevoelen' in adviessituaties via de band van artikel 3:2 Awb (inzake de zorgvuldige voorbereiding van besluiten) en artikel 3:9 Awb (inzake de vergewisplicht die geldt indien een besluit berust op een advies), zoals De Poorter & Van Soest-Ahlers (J.C.A. de Poorter, Y.M. van Soest – Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 36 e.v.) stellen, maar voor het resultaat maakt dat niet veel uit.

37 ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009, 222, m.nt. Den Ouden & Van Rijn van Alkemade.

de hand van twee vragen toetst: (1) is er sprake van beïnvloeding van de besluitvorming door (2) een adviseur met een persoonlijk belang? Daarbij geldt – vreemd genoeg³⁸ – dat een adviseur in een adviescommissie niet per definitie invloed uitoefent op de besluitvorming rond een aanvraag waarover hij (mede) adviseert. De Afdeling blijkt de formulering ‘de besluitvorming beïnvloeden’ niet uit te leggen als ‘invloed (kunnen) uitoefenen op de besluitvorming’, maar meer in te vullen als ‘de besluitvorming naar zijn hand (kunnen) zetten’. In dat kader bestudeert zij bijvoorbeeld nauwgezet of in de gevolgde stemprocedure de stem van één lid van doorslaggevend belang kon zijn. Wij achten deze invulling van het begrip ‘de besluitvorming beïnvloeden’ minder gelukkig. Ten eerste geeft zij weinig handvatten; er zijn in de praktijk zeer veel manieren om adviseurs mee te laten werken aan een advies voor een bestuursorgaan dat subsidies verstrekt en het is lastig te voorspellen onder welke omstandigheden de Afdeling zal oordelen dat er een (doorslaggevende) invloed is of kan zijn geweest van een bepaalde adviseur. Ten tweede past deze invulling naar ons idee niet goed bij het streng klinkende criterium ‘de schijn van belangenverstrengeling vermijden’, waaraan de Afdeling onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van artikel 2:4 Awb standaard toetst.³⁹

In de Theatercompagnie-uitspraak wordt, in lijn met eerdere jurisprudentie,⁴⁰ verder geoordeeld dat een adviseur geacht wordt een persoonlijk belang te hebben in de verdeelprocedure wanneer hij betrokken is bij een concurrerende aanvraag en er onvoldoende geld beschikbaar is om alle aanvragen binnen de betreffende tenderprocedure te kunnen honoreren. Onder die harde grens liggen de twijfelgevallen; uit de uitspraak blijkt namelijk ook dat het enkele feit dat de adviseur een concullega is, niet voldoende is om hem te disqualificeren als adviseur in een tenderprocedure. De Afdeling lijkt de mate van betrokkenheid te bepalen aan de hand van de specifieke, concrete omstandigheden van het geval. Dat zal al snel leiden tot een glijdende schaal van allerlei verbanden tussen aanvragers en hun concullega’s, die lopen van ‘waarschijnlijk zeer betrokken’ (bijvoorbeeld de vader van de aanvrager) via ‘misschien wel betrokken’ (iemand is jaren geleden opgetreden als promotor van de aanvrager) tot ‘niet per definitie niet betrokken’ (een collega werkzaam binnen dezelfde organisatie als de aanvrager). Uitvoerige discussies over de vraag wanneer de mate van betrokkenheid dusdanig is dat een persoonlijk belang bij de vergelijkende besluitvorming moet worden aangenomen liggen dus voor de hand. De bestuursrechter zou bij het aangeven van de grenzen naar ons idee niet te coulant te werk mogen gaan; deskundigenadvisering dient naar haar aard (in beginsel) te gebeuren door onafhankelijke

38 Vgl. E.M.J. Hardy, ‘Advisering in de kunst’, *JB-plus* 2009, p. 112 en MSV onder AB 1999, 266, die terecht opmerkt dat het niet zou moeten gaan om de omvang van de invloed, maar om de oorbaarheid daarvan.

39 Klassiek op dit punt: ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 3, m.nt. Neerhof.

40 Vgl. ABRvS 16 maart 1997, AB 1998, 75 (*Aorta B.V.*) Zie ook Rb. Amsterdam 26 augustus 2003, *LJN* AJ6842, Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, *LJN*: BK1302, *Gst.* 2009, 123, m.nt. A.R. Neerhof.

deskundigen.⁴¹ Als het bestuursorgaan dat zich laat adviseren beweert dat dat in een concreet geval niet mogelijk is, ligt de bewijslast voor die stelling bij het bestuursorgaan. Als de stelling juist blijkt zal het bestuursorgaan aanvullende maatregelen moeten treffen ten behoeve van een objectieve besluitvorming.

Uit de Theatercompagnie-uitspraak blijkt dat wanneer eenmaal is vastgesteld dat een adviseur een persoonlijk belang heeft bij de besluitvorming binnen een tender, dergelijke aanvullende waarborgen door de bestuursrechter streng worden getoetst. In de praktijk worden regelmatig compenserende maatregelen getroffen, zoals het zich verschonen van commissieleden bij de beoordeling en rangschikking van de projecten waar zij zelf bij betrokken zijn of het toevoegen van leden aan de adviescommissie zodat het percentage 'betrokken adviseurs' afneemt.⁴² De Afdeling stelt in de Theatercompagniezaak echter vast dat die maatregelen onvoldoende zijn om de schijn van belangenverstrengeling weg te nemen.⁴³ Dat ligt natuurlijk anders wanneer een adviseur geen persoonlijk belang heeft bij een aanvraag maar daarbij wel (enigszins) is betrokken; in die gevallen kunnen aanvullende waarborgen de geloofwaardigheid van de adviezen vergroten.

Al met al zien wij reden genoeg voor bestuursorganen die een subsidietenderprocedure gebruiken, om voor advisering daarbij actief op zoek te gaan naar werkelijk onafhankelijke deskundigen. Hen vinden zal in de praktijk wellicht niet altijd eenvoudig zijn, maar wij krijgen ook sterk de indruk dat bij voorbaat wordt aangenomen dat zij er niet zijn. Dat, terwijl een geheel onafhankelijke commissie de geloofwaardigheid van de uitkomsten van tenderprocedures, waarin veelal subjectieve oordelen geobjectiveerd moeten worden, beslist zal doen toenemen, waardoor procedures kunnen worden voorkomen.

5.3 *Welke externe deskundigen adviseren binnen een tenderprocedure?*

In het verlengde van de vraag *hoe* deskundigen dienen te worden geselecteerd, ligt de vraag *welke* deskundigen er nodig zijn om een zorgvuldig advies over rangschikking van de ingediende aanvragen uit te brengen. Daarbij is van groot belang hoe breed het gebied van activiteiten waarvoor subsidie kan worden aangevraagd is gedefinieerd. Zogenaamde multidisciplinaire tenders zijn aan de orde van de dag. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat in procedures tegen een afwijzingsbesluit door de aanvrager regelmatig naar voren wordt gebracht dat er binnen de adviescommissie onvoldoende expertise aanwezig was om te kunnen oordelen over deze specifieke aanvraag.

Belangrijk bij dit onderwerp is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van mening lijkt dat deskundigen op een breed terrein mogen adviseren. Wanneer er subsidies beschikbaar

41 Vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 35.

42 Vgl. bijv. de Gedragscode belangenverstrengeling NWO.

43 Vgl. ook ABRvS 16 april 1997, AB 1998, 75.

zijn voor onderzoek op het gebied van ‘de geesteswetenschappen’ is het aanvaardbaar dat er geen adviseur werkzaam is in de musicologie wanneer moet worden geoordeeld over de relatieve kwaliteit van een onderzoeksvoorstel op dat terrein. De commissie, die bestond uit adviseurs die op grond van hun onderzoekservaring en brede blik op het geesteswetenschappelijk terrein zijn geselecteerd, mocht in haar relatieve oordeel zelfs afwijken van de kwaliteitsoordelen van de inhoudelijke experts (de musicologen) die zij gaven specifiek met betrekking tot het desbetreffende voorstel. De Afdeling beargumenteert dit oordeel met een verwijzing naar de taak van de commissie die moet prioriteren en dus de aanvragen *ten opzichte van elkaar* moet beoordelen, waar de inhoudelijke experts slechts over één aanvraag advies uitbrengen aan de commissie en van de andere aanvragen niet op de hoogte zijn.⁴⁴

Dat men als breed georiënteerde wetenschapper tot een (iets) ander, vergelijkend oordeel kan komen ten aanzien van een specifieke aanvraag dan een expert die slechts een aanvraag onder ogen kreeg, lijkt een aanvaardbare redenering. Toch laat een aanzienlijk afwijkend oordeel van de generalist over de kwaliteit van een aanvraag van het oordeel van de specialist op dat gebied een onbehaaglijk gevoel achter. De specialist wordt er nu juist bijgeroepen vanwege zijn specifieke kennis. Bovendien roepen zeer breed gedefinieerde subsidiabele activiteiten zoals ‘onderzoek op het gebied van de geesteswetenschappen’ de vraag op of de generalisten op dat wetenschapsgebied die adviseren over de onderlinge rangschikking van de aanvragen niet per definitie worden gedwongen om appels met peren te vergelijken. Een gedegen motivering van het oordeel dat (substantieel) afwijkt van het advies van de specialist lijkt ons op grond van de eis van een draagkrachtige motivering van het afwijzingsbesluit vereist.⁴⁵ In het verlengde daarvan ligt het onbehaaglijke gevoel dat ons bekruipt bij lezing van de jurisprudentie waarin de Afdeling het aanvaardbaar acht dat bij uitstek gekwalificeerde adviseurs in de commissie zich verschonen vanwege hun betrokkenheid bij concurrerende voorstellen, waarmee specifieke deskundigheid in de adviescommissie verloren gaat.⁴⁶ De hiervoor beschreven nadelen van betrokken adviseurs worden in deze uitspraak pijnlijk geïllustreerd; in casu leidt dat tot verschoningspraktijken waardoor specifieke deskundigheid verloren gaat en de brede samenstelling van de adviescommissie versmalt.

⁴⁴ ABRvS 15 maart 2006, LJN AV5088.

⁴⁵ Dat lijkt ook te kunnen worden afgeleid uit ABRvS 25 februari 2009, AB 2009, 222, m.nt. Den Ouden & Van Rijn van Alkemade (*Veni-subsidie*), r.o. 2.5.2 waarin de Afdeling bijzonder belang hecht aan het oordeel van ‘bij uitstek deskundige referenten’.

⁴⁶ ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266, m.nt. MSV (*mimetheater*). Ook kritisch op dit punt MSV in haar annotatie en De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 71.

5.4 *Hoe is de advisering genormeerd?*

Is een adviescommissie eenmaal samengesteld dan volgt de vraag naar de door haar te volgen werkwijze. Het is logisch dat de Awb weinig bepalingen bevat ten aanzien van de werkwijze die adviseurs zouden moeten volgen of randvoorwaarden waaraan hun adviezen moeten voldoen. Een en ander zal afhankelijk zijn van de aard van de tender en de rol van het advies daarbinnen. Uit afdeling 3.3 Awb kan bovenal worden afgeleid dat adviseurs zorgvuldig te werk moeten gaan.⁴⁷ Soms wordt die basiseis verder uitgewerkt in specifieke wettelijke bepalingen over de uitvoering van een tenderprocedure; vaak ook wordt in de relevante subsidieregeling bepaald dat de werkwijze van de adviescommissie door haarzelf moet worden vastgesteld.⁴⁸

Door adviescommissies gekozen werkwijzen worden regelmatig ter discussie gesteld voor de bestuursrechter. In de uitspraak 'Stichting Nomade' gaat de Afdeling bestuursrechtspraak onder meer in op de vraag of de werkwijze van de 'Adviescommissie Theater' aanvaardbaar kon worden genoemd nu zij een onderscheid maakte tussen verschillende categorieën aanvragers.⁴⁹ De eerste groep aanvragers werd in het kader van de aan hen in een voorafgaande subsidieperiode verleende subsidie intensief gevolgd; leden van de adviescommissie hadden hun voorstellingen systematisch bezocht. Dat lag anders bij 'nieuwe aanvragers'; gezien hun aantal en de beschikbare tijd tussen aanvraag en adviesdatum was een voorstelling van ieder van hen bezoeken uit praktisch oogpunt niet mogelijk. Zo kon het voorkomen dat hun aanvraag werd beoordeeld, zonder dat een voorstelling van de desbetreffende aanvrager was bezocht. Slechts konden het beleidsplan en de kennis en ervaring van de leden van de adviescommissie en, in voorkomende gevallen, dossiers die aanwezig waren bij de Raad voor Cultuur of rechtsvoorgangers van het Fonds en informatie van derden aan het subsidiebesluit ten grondslag worden gelegd. Deze werkwijze kwam de Afdeling, overigens zonder veel nadere toelichting, 'niet onredelijk voor'. Het is opvallend dat de Afdeling vrij gemakkelijk over dit punt heen stapt:⁵⁰ de (vermeende) bevoordeling van gevestigde partijen ten opzichte van nieuwkomers is een terugkerend thema in de jurisprudentie over de verdeling van schaarse publieke rechten⁵¹ en kan, zoals annotator Van Rijn van Alkemade opmerkt, niet steeds op grond van praktische overwegingen terzijde worden geschoven.

47 Vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 39 e.v.

48 Zie bijv. CBb 29 juli 2004, *LJN* AQ6926.

49 ABRvS 22 juli 2009, *AB* 2010, 138, m.nt. Van Rijn van Alkemade.

50 Alleen al omdat zij eerder vaststelde dat over zangkwaliteiten niet kon worden geoordeeld zonder dat een deskundige de stem in kwestie daadwerkelijk had beluisterd: ARRvS 27 maart 1979, *AB* 1979, 367, m.nt. S.V. Hoogendijk-Deutsch.

51 Zie o.a. ABRvS 9 september 2005, *JV* 2005, 31, r.o. 2.6.4; CBb 21 maart 2007, *AB* 2007, 215, r.o. 3.1.4; CBb 29 maart 2004, *AB* 2005, 293, r.o. 6.5.

Ook wat betreft de motivering van adviezen van deskundigen in tenderprocedures is de Nomade-uitspraak interessant. De Afdeling vernietigt de beslissing op bezwaar uiteindelijk toch omdat niet inzichtelijk is gemaakt waarop het negatieve oordeel van de adviseurs berust. Ook is het de Afdeling niet duidelijk hoe de deskundigheid van de adviescommissie heeft kunnen compenseren voor het feit dat er geen voorstellingen zijn bezocht. Deze toetsing van de motivering van een afwijzingsbesluit in een tender op basis van een negatief advies van een deskundigencommissie lijkt strenger dan in het verleden gebruikelijk was.⁵² Veel aangehaald is in dat verband een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake een subsidieaanvraag voor composities.⁵³ Daarin overwoog de Afdeling:

“In gevallen als het onderhavige, 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. Het aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde advies voldoet aan die eis.”

Het lijkt wenselijk dat de ogenschijnlijk strengere toetsingmaatstaf van inzichtelijkheid, zoals geformuleerd in de Nomade-uitspraak, door de bestuursrechter blijvend zal worden gehanteerd, gezien het doorslaggevende karakter dat adviezen van deskundigen in tenderprocedures in de praktijk blijken te hebben. Indien deze adviezen geen inzicht bieden in de achtergrond van het deskundigenoordeel, worden zij oncontroleerbaar. Daarmee wordt de rechtsbescherming tegen afwijzingsbesluiten illusoir.

5.5 *Wat is de rol van het advies in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure?*

Wanneer een bestuursorgaan om te komen tot een besluit, gebruik maakt van het advies van een deskundige, dient het daarbij zeker te stellen dat deze deskundige zorgvuldig te werk is gegaan. Deze zogenaamde ‘vergewisplicht’ volgt uit artikel 3:9 Awb. De precieze invulling daarvan is in de jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd. Het is ook een inherent lastige kwestie. Het bestuursorgaan ontbeert de nodige kennis of wil op afstand blijven van de besluitvorming en schakelt daarom externe deskundigen in, maar op grond van de vergewisplicht moet het werk van die deskundigen worden gecontroleerd en moet tot een zelfstandig oordeel worden gekomen.

⁵² Vgl. ook Daalder in zijn Kroniek van het algemeen bestuursrecht, *NJB* 2009, p. 2184-2185.

⁵³ ABRvS 25 juni 2003, *LJN* AH8613.

In het algemeen wordt aangenomen dat op grond van de vergewisplicht zowel de totstandkomingsprocedure⁵⁴ als de inhoud⁵⁵ van het advies moeten worden gecheckt door het bestuursorgaan. Hoe diepgaand dat onderzoek moet zijn is de vraag. In het verleden nam de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat in geval van een bestendige adviesrelatie een gebrek aan inzicht in de oordeelsvorming van de deskundige kon worden geaccepteerd.⁵⁶ Op die lijn is stevige kritiek geuit; de macht van de adviseur wordt daarmee te groot.⁵⁷ Hardy heeft beschreven hoe de positie van de Raad voor Cultuur bij de verdeling van subsidies voor de kunsten welhaast onaantastbaar is geworden.⁵⁸ In recentere jurisprudentie lijken bestuursrechters terecht kritischer.⁵⁹ Zo benadrukte de Rechtbank Haarlem in een uitspraak inzake een muziektheatersubsidie dat – hoewel buiten kijf stond dat de Raad voor Cultuur bij uitstek deskundig moest worden geoordeeld om advies uit te brengen in deze zaak en ondanks de langdurige adviesrelatie – het beslissend bestuursorgaan een eigen verantwoordelijkheid blijft houden voor een zorgvuldige besluitvorming.

“Deze eigen verantwoordelijkheid brengt naar het oordeel van de rechtbank mee dat verweerder in voorkomende gevallen niet mag schromen de adviseur kritisch te bevragen op punten die springend zijn in het desbetreffende advies”, aldus de Rechtbank.⁶⁰

Ook de Rechtbank Arnhem stelde onlangs vrij diepgaande eisen op grond van de vergewisplicht aan het bestuursorgaan dat een invoervergunning weigerde op grond van een deskundigenadvies:⁶¹

“In het geval dat een besluit berust op een onderzoek naar feiten en gedragingen dat door een adviseur is verricht, moet het bestuursorgaan zich op grond van artikel 3:9 van de Awb ervan vergewissen dat dit onderzoek op een zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. In dat verband dient het advies zowel qua wijze van totstandkoming als qua inhoud te voldoen aan dezelfde eisen van zorgvuldigheid die gelden bij de voorbereiding van het besluit zelf. Daarnaast dient het advies inzichtelijk en logisch te zijn. Daarmee wordt bedoeld dat duidelijk moet zijn of de bevindingen van de adviseur op eigen onderzoek zijn gebaseerd

54 Waarbij geldt dat wanneer van een onjuist uitgangspunt is vertrokken betreffende het wettelijk kader; het advies als niet zorgvuldig tot stand gekomen moet worden geoordeeld: CBB 19 februari 2008, *LJN* BC4630.

55 Zo niet op grond van art. 3:9 Awb, dan wel op basis van art. 3:2 en art. 3:49 Awb.

56 Klassiek op dit punt: ABRvS 29 april 1999, *AB* 1999, 266, m.nt. MSV.

57 Vgl. onder meer MSV onder *AB* 1999, 266 en De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 76.

58 Hardy 2009, p. 113 e.v.

59 Zie bijv. CBB 7 juni 2007, *LJN* BA7445.

60 Rb. Haarlem 24 november 2006, *LJN* AZ4871.

61 Rb. Arnhem 23 maart 2010, *LJN* BM2219.

en dat moet worden vermeld of andere deskundigen zijn ingeschakeld en zo ja, welke invloed hun standpunten op het advies hebben gehad. Voorts zullen, om recht te doen aan de eis van inzichtelijkheid van het advies, de onderliggende stukken moeten worden bijgevoegd. In het algemeen geldt nog dat het advies aan strengere eisen moet voldoen naarmate de invloed van het advies op het te nemen besluit groter is. Tot slot zal verweerder zich, alvorens tot besluitvorming over te gaan, ervan moeten vergewissen dat het advies aan de hierboven vermelde eisen voldoet.”

Ook de vraag in hoeverre het bestuursorgaan *ten gunste* van de aanvrager mag afwijken van een negatief advies van de adviescommissie is het overdenken waard. Op het eerste gezicht lijkt daartegen weinig bezwaar te bestaan. Echter, wanneer men bedenkt dat toedeling aan de ene aanvrager binnen een druk bezette tender automatisch betekent dat een andere aanvraag moet worden afgewezen, lijkt een gedegen motivering toch vereist. Overigens zijn toewijzende subsidiebesluiten in afwijking van het advies van de deskundigen vrijwel steeds het gevolg van een juridische procedure waarin duidelijk werd dat het afwijzingsbesluit niet in stand kon blijven. Dergelijke subsidieverstrekkings hebben vaak veel weg van een schikking tussen bestuursorgaan en aanvrager.⁶²

5.6 *Wat is de rol van het advies in een eventuele procedure voor een bestuursrechter?*

De eerder genoemde spanning tussen het ontbreken van de deskundigheid bij bestuursorganen om zelf tot een vergelijkend oordeel te komen over subsidieaanvragen in een tender en de plicht om adviezen van deskundigen (die tot stand komen om dat expertisegebrek weg te nemen) zelf te controleren, doet zich ook gevoelen bij de bestuursrechter. Ook voor de bestuursrechter geldt dat hij vaak onvoldoende deskundig is om het uitgebrachte advies en de daarop gebaseerde ranking van aanvragen inhoudelijk te beoordelen. Het verbaast dus niet dat de inhoud van deskundigenadviezen in dat soort gevallen doorgaans⁶³ marginaal wordt toetst. Dat geldt niet voor de toetsing van de gevolgde *procedures*. In haar uitspraak over het gewraakte NWO-interview overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak expliciet dat de beleidsvrijheid die NWO heeft bij het nemen van subsidiebesluiten ertoe leidt dat deze

⁶² Vgl. Hardy 2009, p. 114-115. Dit roept overigens wel vragen op rond art. 4:25 Awb, lid 2 dat zegt dat de subsidie moet worden geweigerd als het subsidieplafond is bereikt.

⁶³ Zie voor een uitzondering bijv. CBb 7 juni 2007, *LJN* BA7445.

“door de rechter terughoudend dienen te worden getoetst. Slechts indien geoordeeld moet worden dat het algemeen bestuur niet in redelijkheid tot voormeld besluit heeft kunnen komen dan wel dat het besluit is genomen in strijd met de wet of in strijd met enig algemeen rechtsbeginsel, is plaats voor vernietiging van dat besluit. Hieruit vloeit voort dat de rechter wel de zorgvuldigheid van de gevolgde selectieprocedure in zijn oordeel dient te betrekken.”⁶⁴

Via de toetsing van formele aspecten van het besluit zoals de gevolgde procedures en de motivering van adviezen en besluiten, komt de bestuursrechter soms toch dicht bij een inhoudelijke beoordeling van een gewraakt advies. In de al eerder besproken *Nomade*-zaak wijst de Afdeling op twee concrete motiveringsgebreken ten aanzien van het advies van de deskundigen die de inhoud van dat advies raken. Een ander voorbeeld van een behoorlijk inhoudelijke beoordeling van een deskundigenadvies geeft een uitspraak van het CBB inzake subsidie voor demo en transitie-experimenten, waarin het CBB zelf wijst op onduidelijkheden in het deskundigenrapport bekeken in het licht van de aanvraag van appellant en op die grond de beslissing op bezwaar vernietigt wegens strijd met art. 3:2 Awb.⁶⁵

In dat soort gevallen heeft de aanvrager weliswaar gelijk gekregen in zijn kritiek op het advies van de externe deskundigen, maar hij heeft daarmee nog geen subsidie in handen. Het feit dat er iets valt aan te merken op de gekozen deskundigen of (de motivering van) hun advies, wil natuurlijk ook niet per definitie zeggen dat de op basis van het advies afgewezen aanvraag wel had moeten worden gehonoreerd. In de jurisprudentie bevestigt de bestuursrechter dan ook met enige regelmaat dat de aanvraag, na verbetering van fouten, in de herkansing van een nieuwe beslissing op bezwaar opnieuw mag worden afgewezen.⁶⁶ Als er echt inhoudelijk iets mankeert aan het deskundigenadvies, stellen aanvragers regelmatig op basis van een deskundig tegenadvies dat hun aanvraag wel zou moeten worden gehonoreerd, al dan niet doordat de rechter zelf in de zaak voorziet. Dergelijke claims hebben nauwelijks kans van slagen. De bestuursrechter stelde al vele malen vast dat oordelen van andere deskundigen in de vorm van verklaringen, prijzen en adhesieverklaringen in dit verband geen of onvoldoende waarde kan worden gehecht.⁶⁷ Wanneer een afgewezen aanvrager een deskundig tegenadvies inbrengt afkomstig van onafhankelijke⁶⁸ experts, mag het bestuursorgaan daar weliswaar niet zomaar aan voorbij gaan,⁶⁹ maar meer dan grond voor hernieuwd onderzoek door het bestuursorgaan is het niet. In de genoemde

⁶⁴ ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009, 222, m.nt. W. den Ouden.

⁶⁵ CBB 17 juni 2007, *LJN* BA7445.

⁶⁶ Zie bijv. CBB 17 juli 2001, *LJN* AB9987.

⁶⁷ Zie bijv. Rb. Breda 1 april 2005, *LJN* AT3058.

⁶⁸ vgl. ABRvS 6 maart 2002, *AB* 2002, 111, m.nt. NV.

⁶⁹ ABRvS 5 december 2001, *AB* 2002, 110, m.nt. NV.

Theatercompagnie-uitspraak overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak dat, daar gelaten of de door de Theatercompagnie ingeschakelde commissie voor het deskundig tegenadvies als onafhankelijk en deskundig kan worden beschouwd, uitgesloten is dat de bestuursrechter op basis van het tegenadvies zelf in de zaak zou kunnen voorzien.

“De leden van de commissie-Barkhuysen hebben alleen de aanvraag van De Theatercompagnie beoordeeld en niet, zoals de adviescommissie, alle aanvragen met elkaar vergeleken. De commissie-Barkhuysen heeft zich daardoor geen integraal oordeel kunnen vormen over de gemiddelde kwaliteit van alle aanvragen.”

Vastgesteld kan worden dat een zelf samengestelde adviescommissie meestal niet zal kunnen beschikken over concurrerende aanvragen en dus niet tot een integraal oordeel kan komen. Zelfs als deze stukken wel ter beschikking worden gesteld is het vrijwel ondoenlijk om tot een integraal tegenadvies te komen. In grote tenders vraagt dat al snel buitensporige inspanningen en financiële investeringen van de individuele afgewezen aanvrager. Die zal dus genoeg moeten nemen met een hernieuwde beoordeling van zijn aanvraag door de adviescommissie van het bestuursorgaan, die eerder een negatief advies gaf;⁷⁰ voorstelbaar is dat dat voor de aanvrager een weinig bevredigende uitkomst van een (langdurige) juridische procedure is.

5.7 *Moet de identiteit van de adviseurs bekend worden gemaakt?*

Zoals aangegeven in paragraaf 4 is de transparantie van de besluitvorming in tenderprocedures een onderwerp dat tot flinke discussies leidt. Vragen rond de precieze inhoud van de motiveringsplicht en de reikwijdte van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ moeten worden gesteld. Ten aanzien van de concullega willen wij ons hier beperken tot de vraag of zijn of haar identiteit bekend moet zijn bij de aanvrager die met een afwijzingsbesluit wordt geconfronteerd dat op zijn of haar advies is gestoeld. Dat lijkt ons, juist gezien de precare verhoudingen tussen aanvrager, concullega en bestuursorgaan, evident. Dit is alleen al nodig voor de aanvrager om te kunnen nagaan of aan de eisen van onbevooroordeelde besluitvorming zoals vereist door artikel 2:4 Awb is voldaan en of de adviseur over voldoende kwaliteiten beschikt om advies te geven over de betreffende aanvraag.⁷¹ In de memorie van toelichting bij artikel 3:8 Awb wordt in dit verband ook gesteld

⁷⁰ Zie bijv. CBb 17 juli 2001, L/JN AB9987.

⁷¹ Vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 38.

dat goed bestuur vereist dat wanneer bij een besluit advies is gevraagd, dit in of bij het besluit wordt aangegeven, onder vermelding van de adviseurs.⁷²

Toch lijkt de jurisprudentie terughoudend. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft al verschillende malen overwogen dat de identiteit van adviseurs in een subsidie-tenderprocedure niet (steeds) bekend hoeven te worden gemaakt. Zij kijkt goed of de betreffende adviseur zoals art. 3:5 lid 1 Awb vermeldt *bij of krachtens wettelijk voorschrift* met advisering over te nemen besluiten is belast. Soms laat een adviseur zich op zijn beurt weer adviseren. Gaat het om een adviseur van de adviseur dan is Afdeling 3.3 Awb strikt genomen niet van toepassing omdat deze adviseur van de adviseur niet bij of krachtens wettelijk voorschrift met advisering over het te nemen besluit is belast.⁷³ Deze invulling lijkt, zoals annotator Verheij terecht opmerkt, in strijd met de ratio van art. 3:8 Awb, inhoudende dat aanvragers de deskundigheid of betrouwbaarheid moet kunnen betwisten van niet onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzame personen, op wier oordeel het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit materieel is afgegaan.

Opvallend genoeg is de toetsnorm in deze kwestie meestal niet artikel 3:8 Awb. Soms blijft het toetsingskader in het geheel onbesproken en merkt de Afdeling slechts op

“dat de namen van deskundigen niet aan aanvragers worden vrijgegeven, in het kader van de gehanteerde beoordelingsprocedure begrijpelijk moet worden geacht.”⁷⁴

Soms komt de vraag op doordat de subsidieontvanger vraagt om de namen van in de tender betrokken deskundigen in de vorm van een Wob-verzoek. In dat kader overwoog de Afdeling ten aanzien van de identiteit van zogenaamde voorstellingbezoekers dat

“gelet op de reeds aan appellante verstrekte informatie, waarbij ook de namen van alle voorstellingsbezoekers die aan de raad plegen te rapporteren bekend zijn geworden, de relatieve beslotenheid van het culturele werkkterrein waardoor vele rapporteurs bekend kunnen zijn binnen het circuit van de podiumkunsten en de noodzakelijkheid dat de rapporteurs hun werk vrijelijk en openhartig kunnen verrichten, de raad zich voorts in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat daaromtrent geen informatie diende te worden verstrekt.”⁷⁵

⁷² *Parl Gesch. Awb* I, p. 219.

⁷³ ABRvS 1 december 2004, *AB* 2005, 240, m.nt. NV, *JB* 2005, 38.

⁷⁴ ABRvS 9 april 2003, *LJN* AF7021.

⁷⁵ ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 48, m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2004, 45, m.nt. G. Overkleef-Verburg.

In een uitspraak over deskundigen die de adviescommissie van NWO adviseerden, ten slotte, wordt de kwestie benaderd onder de vraag of de namen van deskundigen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn die geheim mogen worden gehouden. De Afdeling achtte beperking van de kennisneming van de stukken door deze te anonimiseren gerechtvaardigd, een oordeel dat annotator Verheij terecht onbegrijpelijk noemt.⁷⁶ Bovendien legt de Afdeling het ontbreken van toestemming van appellant ex art. 8:29 Awb, vijfde lid, om mede op basis van deze stukken recht te spreken, in zijn nadeel uit. Nu er geen inzage is geweest in de referentenrapporten is niet komen vast te staan dat de aangezochte deskundigen onvoldoende objectief waren. Feitelijk blijft er op basis van dit oordeel soms geen andere optie over voor afgewezen aanvragers dan te vertrouwen op de bestuursrechter om een oordeel te vellen over de aangezochte adviseurs en hun adviezen. Over de objectiviteit en kwaliteit daarvan kan de appellant weinig naar voren brengen nu hij hun identiteit niet kan achterhalen.

6 DESKUNDIGE ADVISEURS IN TENDERS; LESSEN UIT DE SUBSIDIEJURISPRUDENTIE

In subsidietenderprocedures wordt vaak gebruik gemaakt van externe deskundigen voor een inhoudelijke beoordeling van de subsidieaanvragen. Met onze bijdrage hebben wij duidelijk willen maken dat er in de praktijk een spanning bestaat of wordt ervaren tussen de behoefte aan deskundigheid en de vereiste onafhankelijkheid van de aan te trekken adviseurs. De kring van deskundigen zou te klein zijn. Iedereen in ‘het kringetje’ kent elkaar, werkelijk onafhankelijke deskundigen zouden nauwelijks beschikbaar zijn. Wij hebben betoogd dat de aard van het advieswerk in een vergelijkende tender onafhankelijkheid in beginsel noodzakelijk maakt. Daar waar wordt gesteld dat dit niet mogelijk is, moet op zijn minst worden aangetoond dat noemenswaardige inspanningen zijn geleverd om onafhankelijke deskundigen te werven. Daarnaast pleiten wij voor een strenge(re) toets op de onafhankelijkheid van adviseurs. Dit is van belang omdat in de meeste gevallen noch het bestuursorgaan, noch de bestuursrechter goed in staat is om de adviseur inhoudelijk te controleren. De vergelijkende oordelen van de deskundige adviseurs zijn bovendien vaak subjectief van aard. Die twee gegevens tezamen maken het advies van de deskundigen uitermate lastig aanvechtbaar voor degene wiens aanvraag wordt afgewezen. Een onafhankelijk deskundig advies is vanuit dat perspectief een eerste vereiste en het streven daarnaar moet dus voorop worden gesteld door bestuursorganen én worden gecontroleerd door de bestuursrechter. Waar werkelijke onafhankelijkheid niet mogelijk blijkt te zijn, moeten aanvullende waarborgen in de besluitvormingsprocedure worden ingebouwd.

⁷⁶ ABRvS 7 februari 2007, AB 2008, 86, m.nt. Verheij. Vgl. ook Michiels onder Rb Arnhem 23 juni 2009, AB 2009, 307.

De eerste waarborg ziet op de op de zaak betrekking hebbende stukken. Uit de jurisprudentie is duidelijk geworden dat er vaak beperkte motiveringseisen worden gesteld aan de oordelen van deskundigen in een tender. Gezien het eerder gesignaleerde subjectieve karakter van veel deskundigenoordelen in subsidietenders is dat een verklaarbare lijn in de jurisprudentie. Toch heeft het iets onbevredigends dat niet (echt) hoeft te worden uitgelegd waarom de deskundigen een bepaalde aanvraag lager ‘ranken’ dan een concurrerende aanvraag. Juist vanuit dat perspectief pleiten wij ervoor om *alle* stukken die een rol hebben gespeeld bij de oordeelsvorming van de deskundigen te kwalificeren als op de zaak betrekking hebbende stukken. De bestuursrechter zou het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ zo moeten uitleggen, als in de wetsgeschiedenis lijkt te zijn bedoeld. Dit betekent dat alle stukken die relevant zijn geweest voor het afwijzingsbesluit daartoe behoren. Is het afwijzingsbesluit vergelijkend van aard, dan dient de aanvrager in beginsel ook inzicht te kunnen krijgen in concurrerende aanvragen die wél werden gehonoreerd. Wanneer er dringende redenen zijn om toegang tot die stukken te beperken, dient dat te worden gemotiveerd door het bestuursorgaan en (streng) te worden gecontroleerd door de bestuursrechter.

De tweede waarborg heeft betrekking op de adviseurs. Vanuit het perspectief van het onvermogen van bestuursorganen en bestuursrechters om het werk van deskundigen inhoudelijk te controleren, pleiten wij verder voor openbaarmaking van de namen van de adviseurs, óók de namen van de adviseurs van de adviseurs. Juist in gevallen waarin het oordeel van “concullega’s” doorslaggevend is, moet hun onafhankelijkheid en deskundigheid kunnen worden betwist! Een wijziging van de Awb lijkt op dit punt niet nodig; een uitleg van art. 3:8 Awb in het licht van de ratio achter deze bepaling is volgens ons ook goed mogelijk.

Ten slotte zou kunnen worden nagedacht over verruiming van de mogelijkheden voor de aanvrager om van gedachten te wisselen met de deskundigen, wier oordeel vaak van doorslaggevend belang is. Op dit moment wordt het oordeel van de adviescommissie vaak pas kenbaar voor de aanvrager bij bekendmaking van het afwijzingsbesluit. Wanneer de aanvrager daartegen opkomt discussieert hij (als deskundige!) niet met de adviescommissie (ook deskundigen), maar met het bestuursorgaan (of de bezwaarschriftenadviescommissie). Weliswaar nam het bestuursorgaan het officiële afwijzingsbesluit, maar het had daarvoor het advies van de adviescommissie wel nodig, meestal omdat het zelf de benodigde deskundigheid niet in huis heeft. Dat roept de vraag op of het toch niet verstandig zou zijn om in dit soort gevallen de zogenaamde Mantovanelli-regels⁷⁷ bij tenders al in de bestuurlijke fase van toepassing te achten. De Mantovanelliregel houdt in dat indien een rechter een vraag aan een deskundige voorlegt die identiek is aan de vraag waarover hij zelf moet beslissen, het beginsel van hoor en wederhoor vergt dat partijen hun standpunt over het

⁷⁷ EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997, 112, m.nt. AWH, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS.

deskundigenrapport naar voren kunnen brengen voordat de deskundige zijn rapport bij de rechter indient. Zoals bekend heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat deze jurisprudentie van het EHRM niet geldt in de bestuurlijke fase.⁷⁸ Dat oordeel lijkt, zo stelt ook annotator Verheij, uit te gaan van de veronderstelling dat het bestuursorgaan, anders dan de rechter, zelf beschikt over materiedeskundigheid. Wie zelf over materiedeskundigheid beschikt, is minder afhankelijk van een advies dan wie daar niet over beschikt. Bij subsidietenders wordt de adviescommissie vaak ingesteld juist omdat bestuursorganen zelf niet over de benodigde materiedeskundigheid beschikken of omdat zij (om politieke redenen) verre willen blijven van een inhoudelijke beoordeling van de aanvragen. Juist deze omstandigheden pleiten ervoor dat er streng wordt gekeken hoeveel invloed het advies op de oordeelsvorming van het bestuursorgaan heeft. Hoe meer invloed, hoe belangrijker het is dat een partij zijn inbreng kan geven op een moment dat deze ook nog effect kan hebben; tijdens de bestuurlijke fase dus! Regeling van dit onderwerp in de subsidietitel van de Awb zou naar ons idee het overdenken waard zijn.

Wij realiseren ons dat deze aanbevelingen veel werk zullen opleveren voor bestuursorganen én hun adviescommissies. Toch lijken zij niet meer dan een kwestie van zorgvuldigheid.

7 TOT SLOT

Een van de aanleidingen voor de expertmeetings die uiteindelijk hebben geresulteerd in deze bundel, vormde de veronderstelling dat het “klassieke” bestuursrecht geen of onvoldoende antwoord geeft op de vragen die zich voordoen bij de verdeling van schaarse publieke rechten. Uit het voorgaande blijkt dat dit voor subsidies zeker opgaat.

Subsidie is meestal schaars. Regelgevers zijn gewoon te bepalen dat voor een bepaalde subsidieregeling een beperkt budget beschikbaar wordt gesteld. Schaarste wordt dus, in subsidierechtelijke termen, gecreëerd door het instellen van een subsidieplafond. Bij overschrijding van het plafond moet een subsidie-aanvraag worden afgewezen. In technische zin is de schaarste echter niet absoluut, zoals bij sommige andere in deze bundel besproken schaarse rechten. Soms wordt er na een juridische procedure geschikt en ontvangt de aanvrager alsnog geld.

Bij de totstandkoming van de subsidietitel in de Awb, die algemene bepalingen bevat die gelden voor het gehele nationale subsidierecht, is praktisch geen aandacht besteed aan de keuze van de verdeelmethode van subsidie en de juridische vormgeving daarvan. Bij opstellers van subsidieregelingen is er nu, 13 jaar na de inwerkingtreding van de subsidietitel, nog steeds weinig aandacht voor deze onderwerpen, terwijl bestuursorganen, aanvra-

⁷⁸ ABRvS 22 november 2006, AB 2008, 62, m.nt. NV.

gers en bestuursrechters worstelen met de materie, met name als er is gekozen voor de verdeling via een tenderprocedure.

Vaak wordt voor de verdeling van schaarse subsidies via een tenderprocedure of beauty contest gekozen als “het beste of meest kansrijke project” moet worden geselecteerd. Na bestudering van de relevante subsidieregelgeving en jurisprudentie over dit onderwerp is onze indruk dat zeer kan worden betwijfeld of deze verdeelmethode daar wel steeds toe leidt. Een tenderprocedure kost veel tijd en geld en bij de uitvoering loopt, door gebrek aan beide nog wel eens iets mis, zo bleek uit de in paragraaf 5 besproken jurisprudentie. Indien het misgaat, kan het gevolg zijn dat de doelstellingen van de subsidieregeling niet optimaal worden gerealiseerd omdat niet ‘de beste of meest geschikte aanvragen’ zijn gehonoreerd. Onregelmatigheden leiden in ieder geval steeds vaker tot procedures. In de afgelopen jaren wordt assertiever geprocedeerd tegen afwijzingsbesluiten in tenders. Ook bestuursrechters worden kritischer. Voorzichtig aan wordt van het bestuursorgaan verlangd dat gevolgde procedures en kwaliteitsoordelen inzichtelijk(er) worden gemaakt.

De meer kritische houding van de bestuursrechter lijkt ons niet meer dan terecht. Het verdelen van schaarse publieke middelen moet op een objectieve, transparante en zorgvuldige wijze worden vormgegeven. Wel geven de geconstateerde tendensen aanleiding tot enkele overdenkingen. Wanneer een (subsidie)regelgever kiest voor verdeling via een tenderprocedure, zou deze zich naar onze mening altijd moeten afvragen of de nadelen (vaak lastig objectief vorm te geven, hoge uitvoeringslasten) van deze verdeelmethode opwegen tegen de voordelen. Is het niet beter of zelfs efficiënter om voor een andere verdeelmethode of een combinatie van verdeelmethoden te kiezen? Is een combinatie van verdeelmethoden, bijv. “wie het eerst komt, het eerst maalt” met een tender wenselijk om het aantal te beoordelen aanvragen binnen de perken te houden en zo een zorgvuldige procedure beter te kunnen waarborgen? Kan de tenderprocedure soms niet beter worden vervangen door een loting? Nadat is gezien welke aanvragen voldoen aan de minimale criteria beslist het lot. Het realiteitsgehalte van deze mogelijkheden zal in de praktijk sterk afhangen van allerlei omstandigheden zoals de aanvraagdruk en de aard van de gesubsidieerde activiteiten, maar zouden naar onze smaak meer serieuze aandacht verdienen.

Indien een regelgever na beantwoording van deze vragen toch kiest voor een tender, zal hij rekening moeten houden met enkele in de jurisprudentie geformuleerde minimumvereisten waaraan een zorgvuldige verdeelprocedure moet voldoen. De vraag rijst of de normering van de verschillende verdelingssystemen voor subsidies geen plaats zou verdienen in de subsidietitel van de Awb, of ten minste de hoofdlijnen daarvan. Naast de al genoemde mogelijkheid om de Mantovanelliregel toe te passen in tenders waarin gebruik wordt gemaakt van deskundige adviseurs, zou kunnen worden gedacht aan een regeling voor onvolledige aanvragen binnen subsidieverdeelprocedures. Ook een regel inhoudende dat bij het vaststellen van een plafond steeds een reserveregeling zou moeten worden getroffen

voor aanvragen die na vastgestelde onregelmatigheden opnieuw moeten worden beoordeeld, zou voor de praktijk nuttig kunnen zijn.

Wellicht biedt de subsidietitel naar haar aard – een regeling tussen het algemene en meer specifieke bestuursrecht in – goede mogelijkheden om eens te experimenteren met algemene regels over verdeelmethoden. Van dergelijke regels en de ervaringen daarmee zou op termijn gebruik kunnen worden gemaakt bij het nadenken over de wenselijkheid en vormgeving van een meer algemene Awb-regeling voor schaarse publieke rechten!