



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2009-07-22

Rijn Van Alkemade, J.M.J. van

Citation

Rijn Van Alkemade, J. M. J. van. (2010). Annotation: ABRvS 2009-07-22.
Administratiefrechtelijke Beslissingen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15985>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15985>

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

Essentie

Zorgvuldigheidsbeginsel en uitvoering vergelijkende toets. Inzichtigheid motivering subjectieve oordelen. Ongelijke behandeling nieuwkomers en gevestigde subsidieontvangers.

Samenvatting

Blijkens de toelichting bij art. 5 van de Deelregeling worden aanvragen beoordeeld aan de hand van het door de aanvrager ingediende beleidsplan 2009-2012 en de in de afgelopen periode door de aanvrager verrichte activiteiten. Het oordeel over de kwaliteit wordt gebaseerd op de artistieke kwaliteit van het eerdere werk, de kwalitatieve ontwikkeling van het werk, het beleidsplan en de begroting. Uit de Deelregeling en de toelichting daarop blijkt, anders dan Nomade betoogt, niet dat een aanvraag niet kan worden afgewezen zonder dat leden van de adviescommissie een voorstelling van een aanvrager hebben bezocht. In de stukken en ter zitting heeft het Fonds uiteengezet dat bij de beoordeling van subsidieaanvragen een onderscheid wordt gemaakt tussen aanvragers die in de voorgaande subsidieperiode (2005-2008) een structurele subsidie hebben ontvangen van de Raad voor Cultuur of de rechtsvoorgangers van het Fonds (bestaande aanvragers) en aanvragers die in die periode geen structurele subsidie hebben ontvangen (nieuwe aanvragers). De eerste groep aanvragers is in het kader van de aan hen in de voorgaande subsidieperiode verleende subsidie intensief gevolgd, in welk verband leden van de adviescommissie systematisch voorstellingen hebben bezocht. Hoewel de adviescommissie er naar streeft ook zoveel mogelijk voorstellingen te bezoeken van nieuwe aanvragers, is dat, gelet op het aantal nieuwe aanvragers en de beschikbare tijd tussen aanvraag en adviesdatum vaak uit praktisch oogpunt niet mogelijk. Het kan bij nieuwe aanvragers derhalve voorkomen dat hun aanvraag moet worden beoordeeld, zonder dat (recentelijk) een voorstelling van de desbetreffende aanvrager is bezocht. In die gevallen baseert de adviescommissie haar oordeel op de aanvraag, het daarbij overgelegde beleidsplan en de kennis en ervaring van de leden van de adviescommissie en, in voorkomende gevallen, dossiers die aanwezig zijn bij de Raad voor Cultuur of rechtsvoorgangers van het Fonds en informatie van derden. Deze werkwijze komt de Afdeling niet onredelijk voor en er bestaat, naar de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, dan ook geen grond voor het oordeel dat aanvragers het recht hebben dat hun voorstelling(en) worden gezien door de leden van de adviescommissie, voordat op hun aanvraag wordt beslist.

Anders dan de voorzieningenrechter is de Afdeling van oordeel dat de overweging van de bezwarencommissie dat het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit kan worden gedragen door de overige, niet onbegrijpelijk en inzichtelijk gemotiveerde overwegingen van de adviescommissie, er aan voorbij gaat dat het bezwaar van Nomade zich niet alleen richt tegen het negatieve oordeel over de spelkwaliteit, maar tegen het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit als geheel, waarvan het oordeel over de spelkwaliteit slechts één element is. In het advies van de adviescommissie is niet inzichtelijk gemaakt waarop het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van de projecten van Nomade is gebaseerd. Met name blijkt uit dit advies niet op welke onderdelen van de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken dit oordeel steunt. Evenmin is inzichtelijk gemaakt welke rol de door het Fonds benadrukte deskundigheid van de leden van de adviescommissie heeft gespeeld bij dit oordeel nu geen voorstellingen van Nomade zijn bezocht. De afwijzing van de aanvraag ontbeert op dit onderdeel een deugdelijke motivering en het besluit van 27 november 2008 kan derhalve in zoverre geen stand houden. De rechtbank heeft dat niet onderkend, zodat het betoog slaagt.

Partijen

Uitspraak op het hoger beroep van: Stichting Nomade, te Amsterdam, appellante, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 3 februari 2009 in zaak nrs. 09/35 en 09/36 in het geding tussen:

Stichting Nomade

en

De raad van bestuur van Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten.

1. Procesverloop

Bij besluit van 21 augustus 2008 heeft de raad van bestuur van de stichting Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten (hierna: het Fonds) de subsidieaanvraag van de stichting Stichting Nomade (hierna: Nomade) in het kader van de Deelregeling Vierjarige subsidies Podiumkunstinstanties 2009-2012 (hierna: de Deelregeling), afgewezen.

Bij besluit van 27 november 2008 heeft het Fonds het door Nomade daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard, voor zover het is gericht tegen het overnemen van het advies van de adviescommissie waar het betreft de beoordeling van het spelniveau, voor het overige ongegrond verklaard en het bestreden besluit gehandhaafd.

Bij uitspraak van 3 februari 2009, verzonden op 4 februari 2009, heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam (hierna: de voorzieningenrechter), voor zover thans van belang, het door Nomade daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft Nomade bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 27 februari 2009, hoger beroep ingesteld. Het Fonds heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 juni 2009, waar Nomade, vertegenwoordigd door mr. I.H. van den Berg, advocaat te Amsterdam, bijgestaan door de directeur-bestuurder van Nomade en het Fonds, vertegenwoordigd door mr. R.W. Veldhuis, advocaat te 's-Gravenhage, vergezeld door de secretaris van het Commissie Theater van het Fonds, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1.

Ingevolge artikel 1 van het Algemeen reglement Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ (hierna: het algemeen reglement) verstrekt het bestuur van het Fonds in overeenstemming met artikel 2 van haar statuten en volgens bepalingen vastgesteld in de wet en dit reglement, subsidies aan natuurlijke personen en rechtspersonen werkzaam op het gebied van de professionele podiumkunsten en toonkunst, ter bevordering van de kwaliteit en diversiteit van het scheppen, produceren en programmeren van muziek, dans en theater en in het opbouwen van een publiek daarvoor.

Ingevolge artikel 10, eerste lid, kan het bestuur van het Fonds een subsidieaanvraag ter advisering voorleggen aan een adviescommissie of adviseur(s).

Ingevolge artikel 2 van de Deelregeling kan het bestuur van het Fonds op aanvraag van een podiumkunstinstantie, of een samenwerkingsverband van podiumkunstinstanties, voor de periode van 2009–2012 een vierjarige subsidie verstrekken. Deze subsidie wordt verstrekt voor het in continuïteit verrichten van activiteiten ter bevordering van de kwaliteit en diversiteit in het produceren en programmeren van professionele muziek, dans en theater en in het opbouwen van een publiek daarvoor in heel Nederland en het buitenland, alsmede ter bevordering van cultureel ondernemerschap.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, stelt het bestuur van het Fonds, indien een subsidieplafond als bedoeld in artikel 3, tweede lid, onvoldoende is om alle aanvragen in de categorie waarop het plafond betrekking heeft, te honoreren, met inachtneming van het advies van de adviescommissie per categorie in een rangorde vast op basis van de prioriteit die aan de aanvragen is gegeven aan de hand van de criteria, genoemd in artikel 5.

Ingevolge het vierde lid, dient, om in de rangorde te worden opgenomen, het oordeel over het criterium 'kwaliteit' als bedoeld in artikel 5, aanhef en onder a, in ieder geval positief te zijn.

Ingevolge artikel 5 worden aanvragen beoordeeld op de volgende aspecten:

- a. Kwaliteit
- b. Bijdrage aan diversiteit/verscheidenheid
- c. Bijdrage aan spreiding
- d. Relatie tussen scheppen, produceren, programmeren en publieksoptwikkeling
- e. Publiekshereik en -ontwikkeling
- f. Cultureel ondernemerschap en bedrijfsvoering.

Ingevolge artikel 6, derde lid, bevat een aanvraag in ieder geval de volgende informatie:

- a. een (beleids)plan 2009–2012;
- b. een begroting voor de betrokken periode;
- c. een jaarrekening 2006, indien voorhanden met accountantsverklaring;
- d. een kopie van de meest recente oprichtingsakte of statuten en een uittreksel uit het handelsregister (niet ouder dan 12 maanden).

Ingevolge artikel 7, eerste lid, worden de aanvragen die aan het bepaalde in de artikelen 1, 2, 6 en 8 voldoen, op grond van de criteria, genoemd in artikel 5, beoordeeld en geprioriteerd door een adviescommissie.

Ingevolge het derde lid, besluit het bestuur van het Fonds over de aanvragen met inachtneming van het advies van de adviescommissie.

2.2.

Het Fonds heeft de door Nomade ingediende aanvraag subsidie 2009–2012 ter advisering voorgelegd aan de Commissie Theater (hierna: de adviescommissie). De adviescommissie heeft een negatief advies uitgebracht, omdat hoewel de directeur van Nomade wordt beschouwd als een succesvol en fanatiek cultureel ondernemer, de artistieke kwaliteit van de projecten van Nomade onvoldoende is. De adviescommissie heeft aan haar advies onder meer ten grondslag gelegd dat de artistieke ontwikkeling en betekenis van de voorstellingen te beperkt is, dat de relatie die Nomade legt tussen actualiteit en klassiek repertoire geforceerd en weinig genuanceerd aandoet en bovendien iedere voorstelling wordt herhaald en dat het spelniveau onvoldoende is. Voorts ontbeert de aanvraag volgens de adviescommissie een overtuigende artistieke visie op de zaalvoorstellingen en getuigt de motivering van de uitbreiding van de afzetmogelijkheden van een wel erg optimistisch beeld van de markt. Het Fonds heeft het advies van de adviescommissie aan de afwijzing van de aanvraag ten grondslag gelegd.

2.3.

Nomade betoogt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat de werkwijze van het Fonds, waarbij het zich baseert op het advies van de adviescommissie, aan welk advies niet mede een (recent) bezoek aan een voorstelling van Nomade ten grondslag ligt, aanvaardbaar is. Volgens Nomade heeft zij het recht om in het kader van de beoordeling van haar aanvraag te worden gezien door de leden van de adviescommissie en is nergens opgenomen dat aanvragen van structurele aanvragers, zonder dat een voorstelling is bezocht, kunnen worden afgewezen. Verder betoogt Nomade dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat het advies van de adviescommissie niet onbegrijpelijk is en een inzichtelijke motivering bevat, zodat van schending van het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel geen sprake is. Nomade voert daartoe aan dat onbegrijpelijk is hoe het Fonds, zonder een voorstelling te hebben gezien, een oordeel heeft kunnen geven over de in de afgelopen periode verrichte activiteiten en dat oordeel ten grondslag heeft kunnen leggen aan het oordeel dat de artistieke kwaliteit onvoldoende is.

2.3.1.

Blijkens de toelichting bij artikel 5 van de Deelregeling worden aanvragen beoordeeld aan de hand van het door de aanvrager ingediende beleidsplan 2009–2012 en de in de afgelopen periode door de aanvrager verrichte activiteiten. Het oordeel over de kwaliteit wordt gebaseerd op de artistieke kwaliteit van het eerdere werk, de kwalitatieve ontwikkeling van het werk, het beleidsplan en de begroting. Uit de Deelregeling en de toelichting daarop blijkt, anders dan Nomade betoogt, niet dat een aanvraag niet kan worden afgewezen zonder dat leden van de adviescommissie een voorstelling van een aanvrager hebben bezocht. In de stukken en ter zitting heeft het Fonds uiteengezet dat bij de beoordeling van subsidieaanvragen een onderscheid wordt gemaakt tussen aanvragers die in de voorgaande subsidieperiode (2005–2008) een structurele subsidie hebben ontvangen van de Raad voor Cultuur of de rechtsvoorgangers van het Fonds (bestaande aanvragers) en aanvragers die in die periode geen structurele subsidie hebben ontvangen (nieuwe aanvragers). De eerste groep aanvragers is in het kader van de aan hen in de voorgaande subsidieperiode verleende subsidie intensief gevolgd, in welk verband leden van de adviescommissie systematisch voorstellingen hebben bezocht. Hoewel de adviescommissie er naar streeft ook zoveel mogelijk voorstellingen te bezoeken van nieuwe aanvragers, is dat, gelet op het aantal nieuwe aanvragers en de beschikbare tijd tussen aanvraag en adviesdatum vaak uit praktisch oogpunt niet mogelijk. Het kan bij nieuwe aanvragers derhalve voorkomen dat hun aanvraag moet worden beoordeeld, zonder dat (recentelijk) een voorstelling van de desbetreffende aanvrager is bezocht. In die gevallen baseert de adviescommissie haar oordeel op de aanvraag, het daarbij overgelegde beleidsplan en de kennis en ervaring van de leden van de adviescommissie en, in voorkomende gevallen, dossiers die aanwezig zijn bij de Raad voor Cultuur of rechtsvoorgangers van het Fonds en informatie van derden. Deze werkwijze komt de Afdeling niet onredelijk voor en er bestaat, naar de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, dan ook geen grond voor het oordeel dat aanvragers het recht hebben dat hun voorstelling(en) worden gezien door de leden van de adviescommissie, voordat op hun aanvraag wordt beslist.

2.3.2.

Nomade heeft in de voorgaande subsidieperiode geen structurele subsidie ontvangen van de Raad voor Cultuur of de rechtsvoorgangers van het Fonds, zodat zij moet worden beschouwd als een nieuwe aanvrager. Aangezien niet in geschil is dat de leden van de adviescommissie in de vijf jaren voorafgaand aan de aanvraag geen voorstellingen van Nomade hebben bezocht, heeft de adviescommissie, gelet op het in 2.3.1 overwogene, de aanvraag kunnen beoordelen aan de hand van het beleidsplan 2009–2012, de deskundigheid van de adviescommissie en de dossiers met betrekking tot Nomade die aanwezig waren bij de Raad voor Cultuur en de rechtsvoorgangers van het Fonds.

2.3.3.

In bezwaar heeft Nomade aangevoerd dat het advies van de adviescommissie niet inzichtelijk maakt waarop het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van Nomade, dat ten grondslag is gelegd aan de afwijzing van de aanvraag, is gebaseerd nu geen enkele voorstelling van Nomade is bezocht. Nomade voert daartoe — samengevat — aan dat degenen die Nomade de afgelopen jaren wel hebben gezien, waaronder tientallen schouwburgdirecteuren en andere cultuuraanbieders, haar werk wel interessant vinden en zullen volhouden dat Nomade haar artistieke formule, anders dan de adviescommissie heeft geoordeeld, niet steeds herhaalt. In het advies van de bezwarencommissie van 10 november 2008, dat het Fonds aan het in beroep bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd, is overwogen dat, nu de leden van de adviescommissie recentelijk geen voorstellingen van Nomade hebben bezocht en geen navraag hebben gedaan over de spelkwaliteit in breder en redelijk omschreven kring, het oordeel over de spelkwaliteit van Nomade niet wordt gedragen door het daaraan ten grondslag liggende onderzoek. Dit gebrek geeft naar het oordeel van de bezwarencommissie echter geen aanleiding het in bezwaar bestreden besluit te herroepen, omdat het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van de voorstellingen van Nomade voldoende kan worden gedragen door de overige, niet onbegrijpelijk en inzichtelijk gemotiveerde overwegingen van de adviescommissie.

2.3.4.

Anders dan de voorzieningenrechter is de Afdeling van oordeel dat de overweging van de bezwarencommissie dat het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit kan worden gedragen door de overige, niet onbegrijpelijk en inzichtelijk gemotiveerde overwegingen van de adviescommissie, er aan voorbij gaat dat het bezwaar van Nomade zich niet alleen richt tegen het negatieve oordeel over de spelkwaliteit, maar tegen het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit als geheel, waarvan het oordeel over de spelkwaliteit slechts één element is. In het advies van de adviescommissie is niet inzichtelijk gemaakt waarop het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van de projecten van Nomade is gebaseerd. Met name blijkt uit dit advies niet op welke onderdelen van de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken dit oordeel steunt. Evenmin is inzichtelijk gemaakt welke rol de door het Fonds benadrukte deskundigheid van de leden van de adviescommissie heeft gespeeld bij dit oordeel nu geen voorstellingen van Nomade zijn bezocht. De afwijzing van de aanvraag ontbeert op dit onderdeel een deugdelijke motivering en het besluit van 27 november 2008 kan derhalve in zoverre geen stand houden. De rechtbank heeft dat niet onderkend, zodat het betoog slaagt.

2.4.

Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 27 november 2008 van het Fonds alsnog gegrond verklaren. Dat besluit dient te worden vernietigd wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Het Fonds dient een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

2.5.

Van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen, is niet gebleken.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State recht doende:

1. verklaart het hoger beroep gegrond;

- II. vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 3 februari 2009 in zaak nrs. 09/35 en 09/36;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van de raad van bestuur van de stichting Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ van 27 november 2008, kenmerk NFPK/mi PU-248578;
- V. gelast dat de raad van bestuur van de stichting Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ aan de stichting Stichting Nomade het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 735 (zegge: zevenhonderdvijfendertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot van J.M.J. van Rijn van Alkemade^[*]

1.

Om twee redenen verdient deze al wat oudere uitspraak het om alsnog geannoteerd te worden. Allereerst vormt de uitspraak een duidelijke illustratie van een netelig probleem dat zich in de praktijk bij de uitvoering van vergelijkende toetsen vaak voordoet: de controleerbaarheid van (min of meer) subjectieve oordelen. De uitspraak bevat op dit punt een aantal interessante overwegingen met betrekking tot de vraag hoe inzichtelijk dergelijke oordelen gemotiveerd dienen te worden. Daarnaast is interessant dat de Afdeling bestuursrechtspraak een verschillende behandeling van aanvragen van nieuwkomers en gevestigde subsidieontvangers onder de omstandigheden van dit geval niet onredelijk acht.

2.

Een korte schets van het geschil. In geding is de afwijzing van een subsidieaanvraag van toneelgezelschap Nomade door de Stichting Fonds voor de Podiumkunsten (het Fonds). Aan deze afwijzing lag een negatief advies van de Commissie Theater (een adviescommissie) ten grondslag, waarin de artistieke kwaliteit van de projecten van Nomade als onvoldoende was bestempeld. Aangezien een 'voldoende' voor artistieke kwaliteit als drempelvoorwaarde voor subsidiering gold, kon de aanvraag van Nomade niet worden toegelaten tot het vergelijkende onderdeel van de beoordelingsprocedure, maar moest deze direct worden afgewezen. Kern van het geschil is dat de adviescommissie tot dit negatieve oordeel is gekomen zonder een recente voorstelling van Nomade te bezoeken. Nomade stelt dat er zonder voorstellingsbezoek geen gefundeerd (zorgvuldig) en draagkrachtig gemotiveerd oordeel over de artistieke kwaliteit van haar voorstellingen mogelijk is. Het Fonds bestrijdt dit. Ook zonder voorstellingsbezoek is er volgens het Fonds een kwaliteitsoordeel mogelijk. De adviescommissie heeft haar artistieke oordeel immers kunnen baseren op de aanvraag en het beleidsplan van Nomade, de deskundigheid van de adviescommissie en de dossiers met betrekking tot Nomade die aanwezig waren bij de Raad voor Cultuur en de rechtvoorgangers van het Fonds (r.o. 2.3.2). Het streven is er weliswaar op gericht om voorstellingen van nieuwe subsidieaanvragers ook zo veel mogelijk te bezoeken, maar gelet op het grote aantal nieuwe aanvragers en de beschikbare tijd tussen aanvraag en adviesdatum, is dit 'uit praktisch oogpunt vaak niet mogelijk' (r.o. 2.3.1). De Afdeling geeft het Fonds deels gelijk. Enerzijds acht zij de door het Fonds gevolgde werkwijze 'niet onredelijk' (r.o. 2.3.1), anderzijds vindt zij wel dat het negatieve oordeel van de adviescommissie onvoldoende inzichtelijk is gemotiveerd (r.o. 2.3.4). Met andere woorden: de vormgeving van de besluitvormingsprocedure kan door de beugel, maar het resultaat ervan ten aanzien van Nomade is niet goed gemotiveerd.

3.

Bij vergelijkende toetsen zoals de onderhavige vormt de inzichtelijkheid van de gevolgde procedure en de resultaten hiervan een algemeen probleem. Hoewel de vergelijkende toets de belofte inhoudt van een doelmatiger aanwending van schaarse middelen, blijkt een doorzichtige uitvoering van dit type verdeelprocedure in de praktijk vaak lastig. Voor een deel komt dit doordat de vergelijking van aanvragen veelal geschiedt op basis van (min of meer) subjectieve criteria, die zich vaak lastig laten objectiveren. De uitslag van een vergelijkende toets is daardoor van nature enigszins onvoorspelbaar en voor discussie vatbaar. Belangrijke randvoorwaarden zijn daarom dat de verdelingsregels vooraf helder zijn en dat deze consequent en zonder onderscheid worden toegepast, op een wijze die achteraf controleerbaar is (deze eisen stammen uit het aanbestedingsrecht, maar lenen zich in beginsel voor overeenkomstige toepassing op bestuursrechtelijke verdeelprocedures; vgl. F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 39-56). Zo niet, dan slaat onvoorspelbaarheid gemakkelijk om in (de schijn van) willekeur.

4.

Ook in deze zaak vormt de inzichtelijkheid van de procedure en de uitslag daarvan het punt van geschil. Centraal stond de vraag of de adviescommissie terecht had geoordeeld dat de artistieke kwaliteit van de voorstellingen van Nomade onvoldoende was. Het moge duidelijk zijn dat de bestuursrechter die vraag niet kan beantwoorden. De overheid, waaronder de bestuursrechter, wil geen beoordelaar van kunst er cultuur zijn (het zgn. 'Thorbecke-principe'). De Afdeling beperkt zich in deze zaak dan ook tot een toetsing van de totstandkoming en motivering van het advies van de adviescommissie. Een dergelijke formele benadering is in zaken over kunstsubsidies de standaard (vgl. E.J.M. Hardy, 'Advisering in de kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigenadvies en rechtsbescherming', *JE Plus* 2009, p. 106 e.v.). Ook in andere geschillen over vergelijkende toetsen wordt zij vaak gevolgd, bijvoorbeeld omdat de rechter onvoldoende expertise heeft om het oordeel van het bestuur inhoudelijk te kunnen toetsen (zie bijv. ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009, 222; CBB 7 juni 2007, *LJN*: BA7445) of omdat de bestuursrechter de nodige afstand dient te bewaren (zie bijv. CBB 21 maart 2007, *AB* 2007, 215, waarin een vergelijkende toets op onder meer het criterium 'kwaliteit van de voorgenomen radio-programmering' in het geding was).

In het kader van deze controle op de totstandkoming en motivering van het advies wordt vastgesteld dat de adviescommissie, nu er geen recente voorstellingen van Nomade waren bezocht, zich heeft moeten baseren op de aanvraag en het beleidsplan van

Nomade, haar eigen deskundigheid en de dossiers met betrekking tot Nomade die aanwezig waren bij de Raad voor Cultuur en de rechtvoorgangers van het Fonds. Met het oog op de rechtbescherming van afgewezen aanvragers is deze werkwijze niet zonder haken of ogen. Deels zijn dit namelijk informatiebronnen die voor Nomade waarschijnlijk moeilijk toegankelijk (de dossiers) of te betwisten zijn (de deskundigheid van de adviescommissie). Zo nam de Raad voor Cultuur een defensieve houding aan als het ging om het bieden van inzage in onder haar berustende dossiers (zie de kritische noot van Schreuder-Vlasblom onder AB 1999, 266) en ook een daartoe strekkend beroep op de Wob bood niet altijd soelaas (zie ABRvS 26 november 2003, AB 2004, 48). Verder houdt de Afdeling een gemotiveerd, onafhankelijk en zorgvuldig advies voor juist, tenzij de eiser een contra-expertise overlegt. Hieraan worden strenge eisen gesteld, zoals de in deze aflevering opgenomen uitspraak over de afgewezen subsidieaanvraag van toneelgezelschap De Theatercompagnie (ABRvS 24 maart 2010, AB 2010, 137, m.nt. W. den Ouden.) illustreert: een contra-expertise moet worden verricht door een onafhankelijke deskundige, volgens een werkwijze die overeenstemt met de door de 'primaire' adviseur gevolgde werkwijze. Dat laatste is in het geval van een vergelijkende toets eigenlijk nauwelijks mogelijk; omdat de contra-expert niet kan beschikken over de dossiers behorende bij de andere aanvragen, kan hij zich, anders dan de 'primaire' adviseur, geen oordeel vormen over de gemiddelde kwaliteit van de ingediende aanvragen. Loutere adhesiebetuigingen worden hoe dan ook niet geaccepteerd (vgl. ABRvS 6 maart 2002, AB 2002, 111). Aan steunverklaringen van de 'tientallen schouwburgdirecteuren en andere cultuuraanbieders' die haar werk wel interessant vinden (r.o. 2.3.3), heeft Nomade op zichzelf dus weinig. Al met al kunnen er bij het summier gemotiveerde oordeel van de Afdeling dat de door de adviescommissie gevolgde werkwijze 'niet onredelijk' is (r.o. 2.3.1), vanuit rechtsbeschermingsperspectief dus wel enige vraagtekens worden geplaatst. Op het punt van de vereiste inzichtelijkheid van de motivering lijkt de Afdeling zich daarentegen strenger op te stellen dan voorheen. Tot nu toe was de lijn van de Afdeling dat 'in gevallen (...) waarbij het gaat om naar hun aard subjectieve oordelen die zich niet licht in woorden laten (samen)vatten, aan dergelijke adviezen slechts beperkte motiveringseisen [kunnen] worden gesteld. Het gaat erom dat de aanvrager *enigermate inzicht* [mijn curs.] wordt verschaft in de gedachtegang die eraan ten grondslag ligt' (ABRvS 25 juni 2003, LJN: AH8613). Nu overweegt zij: 'In het advies is *niet inzichtelijk* [mijn curs.] gemaakt waarop het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van de projecten van Nomade is gebaseerd' (r.o. 2.3.4). Het lijkt er dus op dat de Afdeling de teugels hier wat aantrekt. Vervolgens wijst de Afdeling op twee concrete motiveringsgebreken in het besluit die zich, zo komt mij voor, niet eenvoudig laten herstellen. Uit het advies blijkt ten eerste niet op welke onderdelen van de aanvraag en het beleidsplan het negatieve oordeel steunt. Daarnaast geeft de Afdeling met zoveel woorden aan dat niet inzichtelijk is gemaakt hoe de deskundigheid van de adviescommissie heeft kunnen compenseren voor het feit dat er geen voorstellingen zijn bezocht. Vooral het tweede punt is lastig: het is voor mij althans een raadselachtige kwestie hoe een adviseur, hoe deskundig ook, een kunstwerk kan beoordelen zonder het met eigen ogen te hebben gezien.

In dit geval lijkt het Fonds er inderdaad niet in te zijn geslaagd om een (althans in de ogen van Nomade) overtuigende motivering aan diens 'ongeziene oordeel' te geven: inmiddels is Nomade in beroep gegaan tegen de aangepaste motivering van de nieuwe beslissing op bezwaar, waarin haar aanvraag alsnog is afgewezen (*NRC Handelsblad* 14 december 2009, p. 9). Een definitieve oplossing voor dit geschil zal dus nog wel enige tijd op zich laten wachten.

5.

Een tweede in het oog springend punt in de uitspraak is tot slot dat de Afdeling vrij gemakkelijk heenstapt over het gegeven dat het Fonds aanvragen van nieuwkomers en gevestigde subsidieontvangers verschillend behandelt. Dat verbaast niet: bij het inrichten en uitvoeren van een verdeelprocedure heeft het bestuur rechtens doorgaans veel vrijheid, welke correspondeert met een terughoudende rechterlijke toetsing (vgl. CBB 21 maart 2007, AB 2007, 215, r.o. 8.5 e.v.). Op dit punt is de uitspraak, zoals gezegd, summier gemotiveerd, maar het lijkt erop dat de Afdeling van oordeel is dat praktische bezwaren (een tekort aan voorstellingbezoekers en een korte tijdsperiode tussen aanvraag en besluit) in casu in redelijkheid mogen leiden tot een verschillende behandeling; reeds gesubsidieerde instellingen worden immers in de loop van de subsidieperiode al regelmatig bezocht. De rechtsontwikkeling zal op dit punt vermoedelijk echter niet stil kunnen blijven staan. De (vermeende) bevoordeling van gevestigde partijen ten opzichte van nieuwkomers is een terugkerend thema in de jurisprudentie over de verdeling van schaarse publieke rechten (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) en kan niet steeds op grond van praktische overwegingen terzijde worden geschoven.

Voetnoot

[*] Mr. J.M.J. van Rijn van Alkemade is als onderwijs- en onderzoeksmedewerker verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden.