



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2010-03-24

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2010). Annotation: ABRvS 2010-03-24. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15876>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15876>

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

AB 2010/137

- Documentnummer - Documentdatum - Rolnummer - Auteur - Wetsbepaling - Titel - Samenvatting - Tekst - Noot -

▲ Documentnummer

AB 2010/137

▲ Documentdatum

24-03-2010

▲ Rolnummer

200909482/1/H2

▲ Auteur**RAAD VAN STATE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK (MEERVOUDIGE KAMER)**

24 maart 2010, nr. 200909482/1/H2

(Mrs. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek, R.R. Winter, J.A. Hagen)

m.nt. **W. den Ouden**

LJN BL8723

▲ Wetsbepaling

Awb art. 1:2, 2:4, 3:9, 8:26

▲ Titel**Advisering in een tenderprocedure, schijn van belangenverstrengeling.****▲ Samenvatting**

Ingevolge art. 2:4, eerste lid, van de Awb vervult een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid. Ingevolge het tweede lid waakt het ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Uit art. 4, eerste lid, van de Deelregeling volgt dat de beoordeling van de aanvragen om subsidie verloopt volgens een zogenoemd tendersysteem, hetgeen inhoudt dat de ingediende aanvragen onderling inhoudelijk worden beoordeeld en ten opzichte van elkaar worden gerangschikt in het licht van de in art. 5 genoemde criteria. Om in de rangorde te worden opgenomen dient ingevolge art. 4, vierde lid, het oordeel over het criterium kwaliteit in ieder geval positief te zijn. Van het beschikbare budget hangt vervolgens af welke in de rangorde opgenomen aanvragen kunnen worden gehonoreerd. Dat ten aanzien van het criterium kwaliteit per aanvraag een op zichzelf staand oordeel wordt gegeven, waarbij geen vergelijking wordt gemaakt tussen de kwaliteit van de afzonderlijke instellingen en dat Jarrod Francisco derhalve door een negatieve beoordeling van De Theatercompagnie niet kon bevorderen dat de Stichting Likeminds beter werd beoordeeld, doet er niet aan af dat dit systeem, naar de rechtbank met juistheid heeft overwogen, met zich brengt dat een commissielid dat daarbij belang heeft, door middel van zijn negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. (...) Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of Jarrod Francisco een zodanig belang had of had kunnen hebben bij de advisering over de aanvraag van De Theatercompagnie dat, gelet op het bepaalde in art. 2:4 van de Awb, geconcludeerd moet worden dat hij daaraan niet had behoren deel te nemen. Vast staat dat de Stichting Likeminds, waarvan Jarrod Francisco directeur is, voor dezelfde periode een subsidie heeft aangevraagd op grond van de Deelregeling. Voorts staat vast dat het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren. Gelet hierop had de Stichting Likeminds belang bij de

uitkomst van de advisering over andere aanvragers die voor dezelfde periode subsidie hebben aangevraagd op grond van de Deelregeling, waaronder De Theatercompagnie, en bestaat ten aanzien van Jarrod Francisco de schijn van belangenverstrengeling. Dat hij zich heeft verschoond bij de advisering over zijn eigen aanvraag is onvoldoende om die schijn weg te nemen. Evenmin is van belang dat er geen concrete aanwijzing is dat hij negatief stond tegenover de aanvraag van de Theatercompagnie, aangezien, zoals de Afdeling eerder (onder meer bij uitspraak van 7 augustus 2002 in zaak nr. 200200897/1; www.raadvanstate.nl) heeft overwogen, uit art. 2:4, tweede lid, van de Awb mede voortvloeit dat het bestuursorgaan ook de schijn van belangenverstrengeling heeft te vermijden.

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat het advies van de adviescommissie niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en het Fonds dit advies dan ook niet aan het in beroep bestreden besluit ten grondslag had mogen leggen. Het betoog faalt.

▲ Tekst

Uitspraak op de hoger beroepen van: de raad van bestuur van Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+, te Den Haag, Stichting De Theatercompagnie, te Amsterdam, en de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, appellanten, tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 27 oktober 2009 in zaak nr. 09/532 in het geding tussen: Stichting De Theatercompagnie 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 De Theatercompagnie (hierna: De Theatercompagnie) in het kader van de Deelregeling Vierjarige subsidies Podiumkunstinstellingen 2009-2012 (hierna: de Deelregeling), afgewezen.

Bij besluit van 12 januari 2009 heeft het Fonds het door De Theatercompagnie daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 27 oktober 2009, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank), voor zover thans van belang, het door De Theatercompagnie daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard en het besluit van 12 januari 2009 vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben het Fonds bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 4 december 2009 en De Theatercompagnie en de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de minister) bij brieven, bij de Raad van State ingekomen op 7 december 2009, hoger beroep ingesteld. Het Fonds heeft zijn hoger beroep aangevuld bij brief van 5 januari 2010, De Theatercompagnie heeft haar hoger beroep aangevuld bij brief van 5 januari 2010 en de minister heeft zijn hoger beroep aangevuld bij brief van 8 januari 2010.

Het Fonds en De Theatercompagnie hebben verweerschriften ingediend.

De minister en het Fonds hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 10 februari 2010, waar De Theatercompagnie, vertegenwoordigd door mr. J.H.A. van der Grinten, advocaat te Amsterdam, vergezeld door J. Brouwer, zakelijk directeur en M.A.I.C. Boermans, artistiek directeur, en het Fonds en de minister, tezamen vertegenwoordigd door mr. S. van Heukelom-Verhage en mr. J. Dijkgraaf, beiden advocaat te Den Haag, vergezeld door R. Ligthert en drs. A. Hogevoorst, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 2 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid (hierna: de Wsc) is de minister belast met het scheppen van voorwaarden voor het in stand houden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen; hij laat zich daarbij leiden door overwegingen van kwaliteit en verscheidenheid.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, wordt de minister gemachtigd om namens de Staat tot oprichting of mede-oprichting over te gaan van privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die tot doel hebben het instandhouden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van één of meer cultuuruitingen te bevorderen door daartoe subsidies te verstrekken.

Ingevolge artikel 11 verstrekt het bestuur van een fonds subsidies als bedoeld in artikel 9, eerste lid, bij beschikking.

Ingevolge artikel 2 van de Deelregeling kan het bestuur van het Fonds op aanvraag van een podiumkunstinstituut, of een samenwerkingsverband van podiumkunstinstituten, 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 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 publieksonwikkeling
- e. Publieksbereik en -ontwikkeling
- f. Cultureel ondernemerschap en bedrijfsvoering.

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 De Theatercompagnie ingediende aanvraag subsidie 2009-2012 ter advisering voorgelegd aan de Commissie Theater (hierna: de adviescommissie). Deze heeft op 21 augustus 2008 een negatief advies uitgebracht, omdat, hoewel de artistiek leider van De

Theatercompagnie, Theu Boermans, wordt beschouwd als een belangrijke en productieve regisseur die een indrukwekkend oeuvre heeft opgebouwd, de toegevoegde waarde van De Theatercompagnie in het theaterlandschap te gering is om het gezelschap nog langer structurele ondersteuning te bieden. De adviescommissie heeft aan het advies onder meer ten grondslag gelegd dat in de laatste jaren nauwelijks meer sprake is geweest van een herkenbaar, spraakmakend ensemble dat zijn plaats in het bestel of bijvoorbeeld in Amsterdam heeft weten te versterken en dat een groot verloop van medewerkers zonder noemenswaardige opvolgers heeft geleid tot verschraling en vervlakking van het artistieke profiel. De veelkantige profilering die de groep de afgelopen jaren kenmerkte wordt volgens de adviescommissie zonder behoorlijke evaluatie of zelfreflectie voortgezet hetgeen leidt tot een bijna continu-programmering die organisatorisch irreëel en zelfs ongewenst is. Het Fonds heeft het advies van de adviescommissie aan de bij besluit van 12 januari 2009 gehandhaafde afwijzing van de aanvraag ten grondslag gelegd.

2.3. Bij de rechtbank spitste het geschil zich toe op de vraag of het aan de afwijzing ten grondslag gelegde advies, gelet op de samenstelling van de adviescommissie, op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Ten aanzien van de voorzitter van de adviescommissie, Jan Zoet, heeft de rechtbank overwogen dat, hoewel hij lid is van de Raad van Toezicht van Toneelgroep Amsterdam, hij geen eigen belang heeft bij een negatieve beslissing op de aanvraag van De Theatercompagnie, aangezien Toneelgroep Amsterdam geen subsidie op grond van de Deelregeling heeft aangevraagd en de interesse van Toneelgroep Amsterdam in samenwerking met de artistiek leider van De Theatercompagnie voor die conclusie onvoldoende is. Ten aanzien van een ander lid van de adviescommissie, Jarrod Francisco, heeft de rechtbank overwogen dat hij wel een eigen belang heeft bij de advisering over de aanvraag van De Theatercompagnie, aangezien hij directeur is van de Stichting Likeminds die voor dezelfde periode op grond van de Deelregeling een subsidieaanvraag heeft ingediend. De rechtbank heeft gelet daarop het beroep van De Theatercompagnie tegen het besluit van 12 januari 2009 gegrond verklaard en dit besluit vernietigd.

Hoger beroep van de minister

2.4. Naar ter zitting is gebleken, heeft de minister met zijn brief van 7 december 2009 beoogd hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van de rechtbank van 27 oktober 2009. Hij betoogt dat het scheppen van voorwaarden voor het in stand houden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen een aan hem toevertrouwd belang betreft dat door de beslissing op de subsidieaanvraag van De Theatercompagnie wordt geraakt, zodat hij moet worden aangemerkt als belanghebbende. Dienaangaande overweegt de Afdeling als volgt.

2.4.1. Met ingang van de Cultuurnotaperiode 2009-2012 wordt in het kader van de subsidiëring van cultuuruitingen onderscheid gemaakt tussen een domein waarin vooral artistieke en professionele overwegingen bepalend zijn voor de beoordeling van een subsidieaanvraag en een domein waarbij de overheid naast artistieke ook beleidsmatige en politieke overwegingen in acht neemt. Blijkens de memorie van Toelichting (*Kamerstukken II*, 2006/07, 30 847, nr. 3, p. 8) kunnen beslissingen die los staan van beleidsmatige en politieke overwegingen beter door de fondsen worden genomen, terwijl het andere domein - de zogenoemde basisinfrastructuur - beter door de minister kan worden verzorgd. De fondsen krijgen daarom, passend bij hun status, een blijvend uitzicht op subsidiëring en functioneren op hun beurt als subsidieverstrekker. Ze hebben de bevoegdheid om culturele instellingen en personen te subsidiëren, als die voldoen aan de vereisten die zijn opgenomen in de door de fondsen opgestelde subsidieregelingen waarmee de minister heeft ingestemd. Deze nieuwe systematiek brengt mee dat een aantal subsidiebeslissingen dat tot dusver door de minister werd genomen, voortaan door de fondsen wordt genomen, aldus de Memorie van Toelichting (p. 6). Gelet op het vorenstaande speelt de minister niet langer een rol in de besluitvorming bij een aanvraag als hier aan de orde en kan derhalve niet worden staande gehouden dat zijn belang rechtstreeks bij het in beroep bestreden besluit is betrokken. Hij is derhalve geen belanghebbende bij dat besluit. Dat het scheppen van voorwaarden voor het in stand houden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen een aan de minister toevertrouwd belang betreft in welk verband hij over specifieke bevoegdheden beschikt, waaronder het benoemen en ontslaan van de

bestuursleden van de cultuurfondsen en het goedkeuren van de statuten en subsidieregelingen kan niet tot een ander oordeel leiden, aangezien dit belang slechts indirect bij het in beroep bestreden besluit is betrokken. Het hoger beroep van de minister is derhalve niet-ontvankelijk.

2.4.2. Gelet op het vorenstaande, alsmede in aanmerking genomen dat de minister geen belang heeft gesteld dat tegengesteld is aan dat van het Fonds als verantwoordelijk bestuursorgaan en zich volledig achter de argumenten van het Fonds heeft geschaard, ziet de Afdeling evenmin aanleiding de minister op de voet van artikel 8:26, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) als partij toe te laten.

Hoger beroep van het Fonds

2.5. Het Fonds betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het aan de afwijzing van de aanvraag van De Theatercompagnie ten grondslag gelegde advies in strijd met artikel 2:4 van de Awb tot stand is gekomen, nu Jarrod Francisco vanwege zijn directeurschap van de Stichting Likeminds een eigen belang had bij de advisering. Het Fonds betwist in dit verband in de eerste plaats de overweging van de rechtbank dat één commissielid de uitkomst van de advisering met het oog op eigen belangen zodanig kan beïnvloeden dat een grotere kans ontstaat dat de eigen instelling subsidie ontvangt. Daartoe voert het aan dat in het gehanteerde beoordelingssysteem voldoende waarborgen zijn opgenomen om dit te voorkomen. Daarnaast voert het aan dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat Jarrod Francisco een negatieve grondhouding had ten aanzien van de aanvraag van De Theatercompagnie. Voorts wordt de kwaliteit van iedere aanvrager zelfstandig beoordeeld, zonder dat er een onderlinge weging en vergelijking plaatsvindt, zodat, volgens het Fonds, Jarrod Francisco door een negatieve beoordeling van de kwaliteit van De Theatercompagnie niet had kunnen bevorderen dat de Stichting Likeminds op dat onderdeel beter werd beoordeeld.

2.5.1. Ingevolge artikel 2:4, eerste lid, van de Awb vervult een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid. Ingevolge het tweede lid waakt het ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Uit artikel 4, eerste lid, van de Deelregeling volgt dat de beoordeling van de aanvragen om subsidie verloopt volgens een zogenoemd tendersysteem, hetgeen inhoudt dat de ingediende aanvragen onderling inhoudelijk worden beoordeeld en ten opzichte van elkaar worden gerangschikt in het licht van de in artikel 5 genoemde criteria. Om in de rangorde te worden opgenomen dient ingevolge artikel 4, vierde lid, het oordeel over het criterium kwaliteit in ieder geval positief te zijn. Van het beschikbare budget hangt vervolgens af welke in de rangorde opgenomen aanvragen kunnen worden gehonoreerd. Dat ten aanzien van het criterium kwaliteit per aanvraag een op zichzelf staand oordeel wordt gegeven, waarbij geen vergelijking wordt gemaakt tussen de kwaliteit van de afzonderlijke instellingen en dat Jarrod Francisco derhalve door een negatieve beoordeling van De Theatercompagnie niet kon bevorderen dat de Stichting Likeminds beter werd beoordeeld, doet er niet aan af dat dit systeem, naar de rechtbank met juistheid heeft overwogen, met zich brengt dat een commissielid dat daarbij belang heeft, door middel van zijn negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Aan de beïnvloeding van de advisering door één commissielid staat evenmin in de weg dat de adviescommissie bestaat uit zeven personen. Nog daargelaten dat over De Theatercompagnie slechts door vijf personen is geadviseerd, nu twee leden zich hebben verschoond, maakt de omstandigheid dat sprake is van een wat grotere commissie weliswaar de kans dat één lid de uitkomst van de advisering kan bepalen kleiner, maar het sluit dat niet geheel uit. In dat verband is van belang dat adviezen worden uitgebracht bij meerderheid van stemmen, zodat één lid een doorslaggevende stem kan hebben.

2.5.2. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of Jarrod Francisco een zodanig belang had of had kunnen hebben bij de advisering over de aanvraag van De Theatercompagnie dat, gelet op het bepaalde in artikel 2:4 van de Awb, geconcludeerd moet worden dat hij daaraan niet had behoren deel te nemen. Vast staat dat de Stichting Likeminds, waarvan Jarrod Francisco directeur is, voor dezelfde

periode een subsidie heeft aangevraagd op grond van de Deelregeling. Voorts staat vast dat het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren. Gelet hierop had de Stichting Likeminds belang bij de uitkomst van de advisering over andere aanvragers die voor dezelfde periode subsidie hebben aangevraagd op grond van de Deelregeling, waaronder De Theatercompagnie, en bestaat ten aanzien van Jarrod Francisco de schijn van belangenverstremgeling. Dat hij zich heeft verschoond bij de advisering over zijn eigen aanvraag is onvoldoende om die schijn weg te nemen. Evenmin is van belang dat er geen concrete aanwijzing is dat hij negatief stond tegenover de aanvraag van de Theatercompagnie, aangezien, zoals de Afdeling eerder (onder meer bij uitspraak van 7 augustus 2002 in zaak nr. 200200897/1; www.raadvanstate.nl) heeft overwogen, uit artikel 2:4, tweede lid, van de Awb mede voortvloeit dat het bestuursorgaan ook de schijn van belangenverstremgeling heeft te vermijden. Aan het ontstaan van die schijn kan niet afdoen dat het beschikbare subsidiebudget voldoende was om alle aanvragen die aan het kwaliteitscriterium voldeden en in de rangorde waren opgenomen te kunnen honoreren. In dat verband is allereerst van belang dat op het moment dat de aanvragen werden beoordeeld niet vaststond hoeveel aanvragen een positief oordeel zouden krijgen over de kwaliteit en dus in de rangschikking zouden worden opgenomen. Daarnaast zou het in de rangorde opnemen van De Theatercompagnie betekenen dat, naar het Fonds ter zitting heeft bevestigd, het beschikbare budget ontoereikend zou zijn. Aldus is door de betrokkenheid van Jarrod Francisco bij de advisering over de aanvraag van De Theatercompagnie ten minste de schijn van belangenverstremgeling gewekt. De hierboven gestelde vraag dient derhalve bevestigend te worden beantwoord.

2.5.3. Gelet op het vorenstaande is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat het advies van de adviescommissie niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en het Fonds dit advies dan ook niet aan het in beroep bestreden besluit ten grondslag had mogen leggen. Het betoog faalt.

Hoger beroep van De Theatercompagnie

2.6. De Theatercompagnie betoogt dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien te oordelen dat Jan Zoet een eigen belang heeft bij het afwijzen van haar subsidieaanvraag. Zij voert daartoe aan dat Toneelgroep Amsterdam, hoewel zij zelf niet op grond van de Deelregeling subsidie heeft aangevraagd, belang heeft bij een negatieve beslissing op de aanvraag van De Theatercompagnie, aangezien zij er in de recente mislukte fusiebesprekingen en ook daarna blijk van heeft gegeven de artistiek leider van De Theatercompagnie, Theu Boermans, aan zich te willen binden, hetgeen niet kan zolang hij nog verbonden is aan De Theatercompagnie. Als gevolg daarvan is volgens De Theatercompagnie de verhouding tussen beide gezelschappen verslechterd. Voorts heeft Toneelgroep Amsterdam er volgens De Theatercompagnie belang bij haar eigen positie te versterken, omdat zij, net als De Theatercompagnie, voorstellingen voor grote zalen produceert en daarvoor tracht schaars beschikbare acteurs van een bepaald kaliber aan zich te binden. Jan Zoet is als bestuurslid van Toneelgroep Amsterdam bij de fusiebesprekingen betrokken geweest en is thans lid van de Raad van Toezicht, hetgeen volgens De Theatercompagnie een minder afstandelijke rol is dan de rechtbank doet voorkomen, zodat hij, gelet op het belang van Toneelgroep Amsterdam, geacht moet worden een eigen belang te hebben bij een negatieve beslissing op haar aanvraag.

2.6.1. Niet in geschil is dat Toneelgroep Amsterdam, nu zij deel uitmaakt van de zogenoemde basisinfrastructuur, rechtstreeks van de minister subsidie ontvangt en geen aanvraag heeft ingediend op grond van de Deelregeling en dat zij daarom geen financieel belang heeft bij de beslissing op de aanvraag van De Theatercompagnie. Het geschil met betrekking tot Jan Zoet spitst zich dan ook toe op de vraag of de verhouding tussen beide gezelschappen dusdanig is dat Jan Zoet, in zijn hoedanigheid van lid van de Raad van Toezicht van Toneelgroep Amsterdam een eigen belang heeft bij de beslissing op de aanvraag van De Theatercompagnie. Uit het door De Theatercompagnie aan haar aanvraag ten grondslag gelegde beleidsplan blijkt dat vanaf 2003 op bestuurs- en directieniveau gesprekken hebben plaatsgevonden tussen haar en Toneelgroep Amsterdam over een mogelijk samengaan van beide gezelschappen. Hoewel in 2005 en 2007 een tweetal coproducties tot stand is gebracht, hebben deze gesprekken uiteindelijk niet geleid tot het samengaan van beide gezelschappen. In hetgeen De Theatercompagnie heeft aangevoerd zijn onvoldoende concrete aanwijzingen te vinden

om het oordeel te kunnen dragen dat als gevolg van het op niets uitlopen van deze gesprekken de verhouding tussen beide gezelschappen dusdanig is verslechterd dat Toneelgroep Amsterdam reeds daarom moet worden geacht belang te hebben bij een negatieve beslissing op de subsidieaanvraag van De Theatercompagnie. Dat Toneelgroep Amsterdam - naar onder meer uit de in beroep overgelegde afschriften van sms-correspondentie tussen Theu Boermans en de directeur van Toneelgroep Amsterdam, Ivo van Hove, blijkt - ook na het op niets uitlopen van de gesprekken er blijk van heeft gegeven geïnteresseerd te zijn in verdere samenwerking met Theu Boermans, vormt evenmin grond voor dat oordeel, aangezien daaruit niet blijkt dat Toneelgroep Amsterdam Theu Boermans exclusief aan zich wil binden, noch dat zijn verbondenheid aan De Theatercompagnie aan samenwerking met Toneelgroep Amsterdam in de weg staat. In dat verband is van belang dat in het verleden twee coproducties tot stand zijn gebracht, terwijl Theu Boermans ook toen aan De Theatercompagnie verbonden was. Dat De Theatercompagnie en Toneelgroep Amsterdam beide voorstellingen maken voor grote zalen en daarom acteurs van een bepaald kaliber aan zich proberen te binden, biedt tot slot evenmin grond voor het oordeel dat Toneelgroep Amsterdam belang heeft bij een negatieve beslissing op de aanvraag van De Theatercompagnie, aangezien het Fonds daartegen heeft ingebracht dat beide gezelschappen hun eigen regisseurs en acteurs en een verschillend repertoire hebben.

2.6.2. Uit het vorenstaande volgt dat De Theatercompagnie niet aannemelijk heeft gemaakt dat Toneelgroep Amsterdam belang heeft bij een negatieve beslissing op haar aanvraag. Gelet daarop bestaat, daargelaten zijn betrokkenheid bij de gesprekken over samenwerking tussen beide gezelschappen en zijn invloed in de hoedanigheid van lid van de Raad van Toezicht op de gang van zaken bij Toneelgroep Amsterdam, evenmin grond voor het oordeel dat Jan Zoet een eigen belang heeft bij de beslissing op de aanvraag van De Theatercompagnie. Dat Max van Engen, medewerker van Toneelgroep Amsterdam en eveneens lid van de adviescommissie, zich wel heeft verschoond, doet daaraan niet af, nu de reden voor zijn verschoning niet de verhouding tussen beide gezelschappen was maar de omstandigheid dat hij op artistiek niveau betrokken is geweest bij de tot stand gebrachte coproducties en hij zich om die reden ongemakkelijk voelde bij de beoordeling van de aanvraag van De Theatercompagnie. Het betoog faalt.

2.7. Ter zitting heeft De Theatercompagnie betoogd dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan haar betoog dat Max van Engen en Bert Geurkink, nu zij zich hebben verschoond bij de advisering over de aanvraag van De Theatercompagnie omdat ze daarbij een belang hadden, zich vanwege datzelfde belang ook hadden moeten onthouden van advisering over alle andere aanvragen. Het betoog faalt, omdat de beslissingen op de andere aanvragen reeds in rechte onaantastbaar zijn geworden en met het betoog derhalve nog slechts kan worden bereikt dat wordt vastgesteld dat de besluitvorming wat betreft de aanvraag van De Theatercompagnie onzorgvuldig is geweest. Aangezien de rechtbank reeds in verband met de betrokkenheid van Jarrod Francisco bij de advisering tot dat oordeel is gekomen, heeft zij terecht geen aanleiding gezien nog op het hier bedoelde betoog in te gaan. Voor zover De Theatercompagnie betoogt dat ook Peter Ardai en Simone Hogendijk zich hadden moeten onthouden van advisering over haar aanvraag, omdat zij verbonden zijn aan concurrerende theatergezelschappen, faalt het betoog evenzeer, reeds omdat De Theatercompagnie niets heeft aangevoerd ter onderbouwing van het betoog dat de theatergezelschappen waar Peter Ardai en Simone Hogendijk aan zijn verbonden een eigen belang hebben bij de beslissing op haar aanvraag.

2.8. De Theatercompagnie betoogt tot slot dat de rechtbank ten onrechte niet zelf in de zaak heeft voorzien. Ter motivering voert zij aan dat het door haar in bezwaar overgelegde rapport van een commissie onder leiding van prof. mr. T. Barkhuysen (hierna: de commissie-Barkhuysen), kan worden beschouwd als een onafhankelijk deskundigenrapport en voldoende grond biedt om zelf in de zaak te kunnen voorzien. Dat de commissie-Barkhuysen slechts één aanvraag heeft beoordeeld is volgens haar geen bezwaar, aangezien een rangorde pas hoeft te worden gemaakt als het subsidieplafond wordt overschreden en daarvan in dit geval geen sprake is.

2.8.1. 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. Door te betogen dat dit geen bezwaar is aangezien het subsidieplafond niet is overschreden en dus geen rangorde hoeft te worden gemaakt, gaat De Theatercompagnie er aan voorbij dat indien haar aanvraag wordt gehonoreerd, het subsidieplafond, naar het Fonds ter zitting heeft bevestigd, alsnog wordt overschreden en de rangorde van de aanvragen alsnog relevant wordt. Voorts gaat zij er aldus aan voorbij dat, los van de vraag of er al dan niet een rangorde moet worden gemaakt omdat het subsidieplafond wordt overschreden in ieder geval het oordeel over het criterium kwaliteit positief dient te zijn om in aanmerking te kunnen komen voor subsidie op grond van de Deelregeling. In het rapport heeft de commissie-Barkhuysen te kennen gegeven dat geen uitvoerige toetsing aan dat criterium heeft plaatsgevonden. Gelet hierop kan, nog los van de deskundigheid en onafhankelijkheid van de commissie-Barkhuysen, niet worden staande gehouden dat haar advies voldoende grond biedt om op de aanvraag van De Theatercompagnie te beslissen. De rechtbank heeft derhalve terecht geen aanleiding gezien zelf in de zaak te voorzien en het betoog faalt.

2.9. Het hoger beroep van de minister is niet-ontvankelijk. De hoger beroepen van de Theatercompagnie en het Fonds zijn ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

recht doende:

I. verklaart het hoger beroep van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap niet-ontvankelijk;

II. bevestigt de aangevallen uitspraak.

▲ **Noot**

Noot

1. De hiervoor opgenomen uitspraak bevat een uitgebreid gemotiveerd oordeel over het geschil tussen de Stichting de Theatercompagnie en het Fonds voor de Podiumkunsten over subsidiëring van de Theatercompagnie na 2009, een kwestie die veel aandacht heeft gekregen in de (Amsterdamse) media. Belangrijkste punt dat ter discussie was gesteld betrof de samenstelling van de commissie op wier advies het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag van de Theatercompagnie was gebaseerd. De Afdeling bestuursrechtspraak houdt vast aan de eis dat bestuursorganen ook de schijn van belangenverstrengeling dienen te voorkomen. Zij toetst genuanceerd of van een dergelijke schijn sprake is wanneer "concullega"s" (andere spelers in het veld, collega's en potentiële concurrenten van de aanvrager) als adviseur bij de beoordeling van een subsidieaanvraag worden betrokken. Deze uitspraak is daarmee voor de subsidiepraktijk, met haar vele vormen van deskundigenadvisering, van aanzienlijk belang.

2. Het besluit waarmee het geschil tussen partijen begon was het besluit van 21 augustus 2008 tot afwijzing van de subsidieaanvraag van de Theatercompagnie, een bekend en gelauwerd Amsterdams theatergezelschap. De afwijzing was gebaseerd op het advies van de "Commissie Theater", één van de adviescommissies die op grond van de Wet op het specifiek cultuurbeleid en daaronder liggende regelgeving zijn belast met advisering over, en prioritering van subsidieaanvragen die worden ingediend bij de Stichting Nederlands Fonds voor de Podiumkunsten. Dit is één van de fondsen die met ingang van de nieuwe Cultuurnotaperiode 2009-2012 is belast met de verdeling van subsidiebudgetten voor verschillende cultuuruitingen binnen het domein waarin vooral artistieke en professionele overwegingen bepalend zijn bij te nemen subsidiebesluiten. De financiering van

cultuuruitingen die op grond van beleidsmatige en politieke motieven in beginsel langdurig worden gesubsidieerd (zoals de symfonieorkesten en musea die rijkscollecties beheren) wordt door de Minister van OCenW verzorgd middels de zogenaamde "basisinfrastructuur". Deze scheiding heeft volgens de onderhavige uitspraak tot gevolg dat de Minister van OCenW geen belanghebbende is bij de subsidiebesluiten die de Fondsen nemen. Die stelde - kort gezegd - dat de subsidiering van cultuuruitingen een belang betreft dat aan hem is toevertrouwd (zie art. 1:2 Awb, tweede lid). Maar ook al drukken de budgetten van de Fondsen op zijn begroting en is hij bevoegd tot het benoemen en ontslaan van de bestuursleden van de Fondsen en goedkeuring van de statuten en de subsidieregelingen die de Fondsen opstellen, dat maakt hem nog geen belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb. Daarvoor is zijn belang bij de (concrete) subsidiebesluiten van het Fonds te indirect betrokken, aldus de Afdeling. De Minister heeft immers geen rol ten aanzien van individuele subsidieaanvragen; de besluitvorming daarover is nu juist bewust elders neergelegd, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis waarnaar de Afdeling verwijst. De minister heeft dus geen rechtstreeks betrokken belang bij subsidiebesluiten ten aanzien van de Theatercompagnie. Vanuit dat perspectief is het logisch dat de Minister ook niet op grond van art. 8:26 Awb als partij tot het geding wordt toegelaten; ook daarvoor moet men immers belanghebbend zijn.

3. Nadat de Minister van OCenW is afgeserveerd, komt de Afdeling vanaf punt 2.5 toe aan het belangrijkste inhoudelijke vraagstuk: wanneer is er sprake van advisering in strijd met art. 2:4 Awb? Art. 2:4 bepaalt dat bestuursorganen hun taak zonder vooringenomenheid vervullen (lid 1) en dat zij ervoor waken dat tot het bestuursorgaan behorende personen of daarvoor werkende personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit de besluitvorming daarover beïnvloeden (lid 2). Doorgaans wordt aangenomen dat art. 2:4 Awb, tweede lid, niet rechtstreeks van toepassing is op adviescommissies, maar zich wel "doet gevoelen" in adviesituaties via de band van art. 3:2 Awb (inzake de zorgvuldige voorbereiding van besluiten) en art. 3:9 Awb (inzake de vergewisplicht die geldt indien een besluit berust op een advies).

Over die details maakt de Afdeling zich in deze uitspraak niet druk; zij toetst rechtstreeks aan art. 2:4 Awb wanneer zij zich buigt over de samenstelling van de commissie die adviseerde over de aanvraag van de Theatercompagnie. Dat doet zij conform de tekst van art. 2:4 Awb, tweede lid, aan de hand van twee vragen: 1. is er sprake van beïnvloeding van de besluitvorming door; 2. een adviseur met een persoonlijk belang?

4. Eerst wordt bezien of er sprake kon zijn van beïnvloeding van de besluitvorming door het ter discussie staande lid van de adviescommissie Jarrod Francisco, die directeur is van de Stichting Likeminds. Likeminds had zelf ook een aanvraag ingediend in de tenderprocedure waaraan de Theatercompagnie deelnam. De conclusie is, zoals mocht worden verwacht, dat dat het geval is. Jarrod Francisco had mee-geadviseerd over de aanvraag van de Theatercompagnie en het zou toch vreemd zijn wanneer een adviseur geacht zou worden geen invloed uit te oefenen op de besluitvorming rond een aanvraag waarover hij (mede) adviseert. Wat zou dan nog het nut zijn van zijn advies?

De Afdeling kiest echter een andere argumentatie. Zij lijkt daarbij de in art. 2:4 Awb gebruikte 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" (vgl. ABRvS 8 juli 2009, *LJN* BJ1861). Eerst stelt de Afdeling vast dat een negatief oordeel van Francisco over de kwaliteit van de Theatercompagnie - de drempeltoets die moest worden gehaald - kon bewerkstelligen dat er minder aanvragen zouden worden toegelaten naar het vergelijkende deel van de procedure. Daarmee nam de kans dat de aanvraag van zijn eigen stichting, mits de drempeltoets gepasseerd, zou worden gehonoreerd toe. Vervolgens stelt de Afdeling vast dat in de gevolgde stemprocedure de stem van één lid van doorslaggevend belang kan zijn.

Ik vind 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, 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 mijn smaak niet goed bij het streng klinkende criterium "de schijn van belangenverstremgeling vermijden", waaraan de Afdeling onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van art. 2:4 Awb toetst (ABRvS 7 augustus 2002, *AB* 2003, 3, m.nt. Neerhof).

5. Vervolgens wordt het tweede aspect van art. 2:4, tweede lid, Awb apart getoetst, waar de Afdeling beziet of Francisco een zodanig belang had bij de advisering over de aanvraag van de theatercompagnie dat hij daaraan niet had mogen deelnemen (r.o. 2.5.2). Nu de directeur betrokken is bij een concurrerende aanvraag en er onvoldoende geld beschikbaar was om alle aanvragen binnen de betreffende tenderprocedure te kunnen honoreren, is dat het geval. Er is dus sprake van een persoonlijk belang en de mogelijkheid om de besluitvorming te beïnvloeden en aldus van tenminste de schijn van belangenverstremgeling, zo oordeelt de Afdeling.

Deze uitkomst verbaast niet. In eerdere jurisprudentie heeft de Afdeling al aangegeven dat wanneer besluiten binnen een subsidietender berusten op een advies, vermeden moet worden dat ten aanzien van de adviseurs "de schijn van verstremgeling van zakelijke en privébelangen ontstaat" doordat zij nauw betrokken zijn bij concurrerende aanvragen. (ABRvS 16 april 1997, *AB* 1998, 75). Het gevaar van "betrokken adviseurs" wordt in de subsidiepraktijk ook wel onderkend. Zo is in de gedragscode belangenverstremgeling NWO (www.nwo.nl) als principe 5 opgenomen dat leden van beoordelingscommissies (adviescommissies die zijn belast met de rangschikking van verschillende subsidieaanvragen binnen één tenderprocedure) niet zelf aanvrager kunnen zijn binnen de betreffende subsidieronde en dat zij ook niet anders dan als (mede)aanvrager bij een subsidieaanvraag of de aanvrager van subsidie betrokken mogen zijn.

Een heel belangrijke vraag voor de subsidiepraktijk is dus de vraag wanneer iemand (nauw) betrokken moet worden geacht bij een subsidieaanvraag of -aanvrager en derhalve niet geschikt is om op te treden als adviseur. Duidelijk is dat het geval wanneer men zelf de aanvrager of medeaanvrager van een subsidiebesluit is, maar daarna volgt een glijdende schaal van allerlei verbanden, 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.

Het is (ook bij dit punt) de vraag of deze uitspraak veel richting geeft. De Afdeling benadert de kwestie namelijk zeer genuanceerd, zo blijkt uit het vervolg van de uitspraak, waarin zij ingaat op de vraag of ook een voormalig bestuurslid van de Toneelgroep Amsterdam (TGA) en huidig lid van de Raad van Toezicht van diezelfde TGA, moet worden geacht een persoonlijk belang te hebben bij de beslissing over de subsidieaanvraag van de Theatercompagnie (r.o. 2.6 e.v.). Tussen de TGA en de Theatercompagnie werden in het recente verleden fusiebesprekingen gevoerd. Die zijn mislukt maar de TGA blijft een warme belangstelling hebben voor de artistiek leider van de Theatercompagnie, zo blijkt uit allerlei overgelegde bescheiden. Men kan zich de gedachte voorstellen dat personen betrokken bij de TGA ook belang hebben bij de afwijzing van de aanvraag van de Theatercompagnie; immers als de Theatercompagnie in financiële moeilijkheden komt te verkeren vergroot dat de kans dat personeel van de ene toneelgroep overstapt naar een andere groep. Zo ver wil de Afdeling echter niet gaan; zij stelt dat niet aannemelijk is gemaakt dat de TGA belang heeft bij afwijzing van de aanvraag van de Theatercompagnie. Daarbij acht zij onder meer van belang dat de TGA uit een andere regeling subsidie ontvangt en dus geen financieel belang heeft, er niet is gebleken van een (zeer) slechte verhouding tussen beide toneelgroepen en de verbondenheid van de begeerde artistiek leider aan de Theatercompagnie niet aan samenwerking met de TGA in de weg hoeft te staan. Het enkele feit dat de adviseur een concullega is, is dus niet voldoende om hem te diskwalificeren 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.

6. Hoewel de uitspraak dus weinig harde grenzen aangeeft, zal zij in de praktijk waarschijnlijk toch invloed hebben. Duidelijk wordt namelijk dat de bestuursrechter nauwgezet bekijkt welke concullega nog wel en welke niet meer past binnen de grenzen van art. 2:4 Awb. Deze aanpak past bij een (opkomende) jurisprudentielijn waarbinnen de Afdeling de uitvoering van subsidietenders zorgvuldig naloop (zie bijv. ABRvS 25 februari 2009, *AB 2009, 222*, m.nt. Van Rijn van Alkemade en **Den Ouden** (NWO-interview) en de hierna opgenomen uitspraak ABRvS 22 juli 2009, *AB 2010, 138*, m.nt. Van Rijn van Alkemade (*Stichting Nomade*)). Ook wordt duidelijk dat wanneer een adviseur een persoonlijk belang heeft bij de besluitvorming binnen een tender, het inbouwen van andere waarborgen voor objectieve besluitvorming niet (per definitie) genoeg is. 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. Net als in de eerder genoemde uitspraak van de ABRvS van 16 april 1997 (*AB 1998, 75*), stelt de Afdeling daarover dat die maatregelen onvoldoende zijn om de schijn van belangenverstrengeling weg te nemen.

Bestuursorganen die subsidiegelden verdelen op grond van tenderprocedures en die zich daarbij laten adviseren door deskundigen zullen om discussies en procedures te voorkomen, dus zoveel mogelijk op zoek moeten naar werkelijk onafhankelijke deskundigen. Zij zullen daarmee niet altijd gelukkig zijn; een veel gehoorde klacht bij de verdeling van bijvoorbeeld kunst-, onderzoeks- en innovatiesubsidies is dat "het veld" te klein is om een adviescommissie samen te stellen die geheel bestaat uit onafhankelijke deskundigen. Maar een werkelijk onafhankelijke commissie zal de geloofwaardigheid van de uitkomsten van tenderprocedures, waarin veelal subjectieve oordelen geobjectiveerd moeten worden, beslist doen toenemen.

7. Rest slechts de belangrijke vraag waar uitspraken als deze, die een vernietiging op formele gebreken binnen een tenderprocedure behelzen, in concreto toe moeten leiden. Kenmerkend aan een vergelijkende toets is dat die bijna niet over kan worden gedaan tegen de tijd dat er een definitief oordeel ligt van de bestuursrechter over de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure. Dat geldt ook in dit geval; uit mediaberichten blijkt dat de Theatercompagnie een lastige tijd achter de rug heeft; acteurs werden ontslagen, het bedrijfspannd verkocht en de veel gevraagde artistiek leider is inmiddels benoemd tot artistiek directeur van het Nationaal Toneel (dat opvallend genoeg valt binnen de genoemde basisinfrastructuur). Wanneer de kwaliteit van te leveren theatervoorstellingen door de Theatercompagnie op dit moment opnieuw, en nu door werkelijk onafhankelijke deskundigen zou worden beoordeeld, levert dat waarschijnlijk geen positief beeld op, nog daargelaten dat het betreffende subsidietijdvak al halverwege is en een vergelijkende toets met andere gezelschappen zeer moeilijk zal zijn vorm te geven.

Dat maakt direct het grote belang van de voorlopige voorzieningprocedure in dit soort zaken duidelijk. Wanneer een verzoek om een voorlopige voorziening wordt afgewezen en het weigeringsbesluit achteraf toch aan gebreken blijkt te lijden, is het veelal te laat; werkelijk rechtsherstel in dan niet meer mogelijk. Dan rest slechts de mogelijkheid van schadevergoeding, wat ook snel een ingewikkelde kwestie zal worden nu vragen rond de omvang van de schade en causaliteit voor de hand liggen. Het mag dus niet verbazen dat het in de praktijk meestal uitdraait op een schikking, zoals inmiddels ook getroffen tussen het Fonds en de Theatercompagnie, als wij de kranten mogen geloven. En dat is toch een onbevredigende uitkomst in een zaak, waarin op grond van eerdere jurisprudentie van de Afdeling, duidelijk twijfel bestond rond de rechtmatigheid van het afwijzingsbesluit, maar de voorzieningenrechter het verzoek om een verlopige voorziening afwees wegens een gebrek aan spoedeisend belang aan de zijde van de Theatercompagnie (Vzr. Rb Amsterdam 6 maart 2009, *LJN BH6963*).

W. den Ouden

