



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2010-12-15

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2011). Annotation: ABRvS 2010-12-15. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 14. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18028>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18028>

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

AB 2011/87, Totstandkoming en motivering van een deskundigenadvies in een subsidietender.

Instantie:	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige kamer)	Datum:	15 december 2010
Magistraten:	Mrs. J.E.M. Polak, K.J.M. Mortelmans, J.C. Kranenburg	Zaaknr:	201002549/1/H2.
Conclusie:	-	LJN:	BO7358
Roepnaam:	-	Noot:	W. den Ouden

Snel naar: Essentie | Samenvatting | Partijen | Uitspraak | Noot

Awb art. 3:9, 3:49

Essentie

Totstandkoming en motivering van een deskundigenadvies in een subsidietender.

Samenvatting

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 22 juli 2009 in zaaknr. 200901444/1/H2 (AB 2010/138.*red.*)) volgt uit de Deelregeling 2009-2012 en de toelichting daarop niet dat een aanvraag niet kan worden afgewezen zonder dat leden van de adviescommissie een voorstelling van een aanvrager hebben bezocht. De Afdeling heeft in deze uitspraak overwogen dat het bij nieuwe aanvragers kan voorkomen dat een 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. De Afdeling is in deze uitspraak tot de conclusie gekomen dat deze werkwijze niet onredelijk is. In dit geval heeft de adviescommissie haar advies gebaseerd op het bij de aanvraag gevoegde beleidsplan en de begroting. Daarnaast is gebruikgemaakt van de kennis en ervaring van de leden. Nu het een nieuwe aanvraag betreft, is in dit geval geen gebruikgemaakt van bestaande individuele dossiers. De hier toegepaste werkwijze is naar het oordeel van de Afdeling niet onredelijk.

De rechtbank is terecht en op goede gronden tot het oordeel gekomen dat het advies van de adviescommissie voldoende is gemotiveerd. Hierbij is mede in aanmerking genomen dat uit dit advies blijkt dat het beleidsplan en de deskundigheid van de leden van de adviescommissie aan dit advies ten grondslag hebben gelegen. Daarnaast is het advies opgesteld met in achtneming van de criteria vermeld in de toelichting bij artikel 5 van de Deelregeling 2009-2012. Wat betreft het in deze toelichting genoemde onderdeel zeggingskracht heeft de rechtbank onder verwijzing naar de toelichting adviezen Muziek op goede gronden geoordeeld dat de adviescommissie met de in dit verband door haar gebruikte term zichtbaarheid aan het begrip zeggingskracht geen andere betekenis of invulling heeft willen geven. Anders dan de New Dutch Academy betoogt heeft het Fonds zich op het standpunt kunnen stellen dat wat betreft het onderdeel zeggingskracht de adviescommissie op grond van haar deskundigheid en gezien het beleidsplan hierover heeft kunnen adviseren en dit niet zonder meer afhankelijk is van de eigen waarneming. Hierbij is van belang dat het advies over de zeggingskracht mede is gegeven vanuit de kennis en ervaring van de leden van de adviescommissie en het zicht van deze leden op het muzikveld als geheel en dus niet alleen op grond van het beleidsplan. Daarbij komt dat de New Dutch Academy niet met een deskundigenrapport nader heeft onderbouwd dat dit onderdeel van het advies gebrekkig is.

Partijen

Uitspraak op het hoger beroep van: de stichting Stichting Activiteiten New Dutch Academy, gevestigd te Den Haag, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 3 februari 2010 in zaak nr. 09/1245 in het geding tussen:

de New Dutch Academy

en

de raad van bestuur van de stichting Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+.

Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 21 augustus 2008 heeft het Fonds de subsidieaanvraag van de New Dutch Academy in het kader van de Deelregeling vierjarige subsidies Podiumkunstinstellingen 2009–2012 (hierna: de Deelregeling 2009–2012), afgewezen.

Bij besluit van 8 januari 2009 heeft het Fonds het door de New Dutch Academy daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 3 februari 2010, verzonden op dezelfde datum, heeft de rechtbank het door de New Dutch Academy daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 8 januari 2009 vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen.*red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de New Dutch Academy bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 16 maart 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 20 april 2010. Het Fonds heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 19 oktober 2010, waar de New Dutch Academy, vertegenwoordigd door haar voorzitter S.F. Murphy en penningmeester F.G. van der Leeuw, bijgestaan door mr. J.M. Davidson, advocaat te Amsterdam, en het Fonds, vertegenwoordigd door mr. D.M. Stam en H.I. Post, beiden werkzaam bij het Fonds, bijgestaan door mr. J. Dijkgraaf, advocaat te Den Haag, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1.

Ingevolge artikel 10, vierde lid, van de Wet op het specifiek cultuurbeleid, voor zover hier van belang, stelt het bestuur van een fonds één of meer reglementen vast waarin in ieder geval worden vastgelegd de werkwijze, de procedures en de criteria die het bestuur bij het verstrekken van subsidies hanteert, alsmede de verplichtingen die aan de subsidie-ontvanger worden opgelegd. In deze reglementen kunnen voorts regels worden gesteld met betrekking tot de vaststelling van een subsidieplafond en de wijze van verdeling daarvan, de betaling en terugvordering van de subsidie alsmede de verlening van voorschotten op de subsidie. De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de minister) kan met betrekking tot genoemde onderwerpen het bestuur van een fonds voorschrijven ter zake een reglement te wijzigen. Een besluit tot vaststelling van een reglement of een wijziging daarvan treedt slechts in werking na goedkeuring door de minister.

Ingevolge artikel 1 van het Algemeen reglement van het Fonds (hierna: het algemeen reglement) verstrekt het bestuur van het Fonds, in overeenstemming met artikel 2 van zijn 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 3, aanhef en onder c, verstrekt het Fonds vierjarige subsidies aan rechtspersonen op aanvraag in het kader van een deelregeling.

Ingevolge artikel 2 van de Deelregeling 2009–2012 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 en bereiken 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, de aanvragen 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 het oordeel over het criterium 'kwaliteit' als bedoeld in artikel 5, aanhef en onder a, in ieder geval positief te zijn, om in de rangorde te worden opgenomen.

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 publieksoontwikkeling
- e. Publieksbereik en -ontwikkeling
- f. Cultureel ondernemerschap en bedrijfsvoering.

Ingevolge artikel 6, derde lid, en onder a, voor zover hier van belang, bevat een aanvraag in ieder geval een (beleids)plan 2009–2012.

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 op de Deelregeling 2009–2012 gebaseerde aanvraag om subsidie van de New Dutch Academy ter advisering voorgelegd aan de adviescommissie Muziek (hierna: de adviescommissie). Bij brief van 30 juni 2008 heeft het Fonds het — negatieve — conceptadvies van de adviescommissie aan de New Dutch Academy toegezonden. De New Dutch Academy heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om schriftelijk te reageren op dit conceptadvies. Deze reactie heeft niet geleid tot aanpassing van het advies. Bij besluit van 21 augustus 2008 heeft het Fonds de subsidieaanvraag afgewezen en dit gebaseerd op het definitieve advies van de adviescommissie. Bij besluit van 8 januari 2009 heeft het Fonds de bezwaren van de New Dutch Academy gericht tegen het besluit van 21 augustus 2008 ongegrond verklaard onder verwijzing naar en met overneming van het advies van de bezwarenadviescommissie.

2.3.

De rechtbank heeft het beroep van de New Dutch Academy ingesteld tegen het besluit van 8 januari 2009 gegrond verklaard, dit besluit vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van het besluit in stand blijven. De rechtbank heeft hiertoe allereerst overwogen dat de negatieve beoordeling van de artistieke kwaliteit voor zover gebaseerd op het gestelde ontbreken van een constant hoge uitvoeringskwaliteit onvoldoende is gemotiveerd waar het Fonds op geen enkele wijze kan staven welke uitvoeringen van de New Dutch Academy tot die conclusie hebben geleid en dit feitelijk is gebaseerd op ervaringen van leden van de adviescommissie die als gewoon publiek en niet uit hoofde van hun lidmaatschap van de adviescommissie toevalligerwijs een

voorstelling van de New Dutch Academy hebben bezocht. In zoverre is het beroep van de New Dutch Academy wegens strijd met het motiveringsbeginsel gegrond, aldus de rechtbank.

Tevens heeft de rechtbank overwogen dat het motiveringsgebrek ten aanzien van de uitvoeringskwaliteit op zichzelf er niet toe kan leiden dat tot een andere uitkomst van het besluit zou zijn gekomen, nu de waardering van de artistieke kwaliteit niet uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op de waardering van de uitvoeringskwaliteit maar veeleer op de beoordeling van het beleidsplan. Het advies over de artistieke kwaliteit als zodanig, dat in zijn geheel als onvoldoende is beoordeeld, is voldoende inzichtelijk en voldoende gemotiveerd, aldus de rechtbank.

2.4.

De New Dutch Academy betoogt dat de rechtbank ten onrechte de rechtsgevolgen van het besluit van 8 januari 2009 in stand heeft gelaten. Zij voert hiertoe aan dat de uitspraak van de rechtbank op dit punt onvoldoende is gemotiveerd en dat de rechtbank heeft miskend dat dit besluit de rechterlijke toets niet kan doorstaan omdat het advies van de adviescommissie eveneens onvoldoende is gemotiveerd. Volgens de New Dutch Academy heeft de rechtbank het motiveringsgebrek ten onrechte beperkt tot het onderdeel uitvoeringskwaliteit. De New Dutch Academy betoogt dat dit gebrek tevens ziet op de zeggingskracht. Nu er van moet worden uit gegaan dat ook de beoordeling van de zeggingskracht afhankelijk is van de eigen waarneming, is volgens de New Dutch Academy tevens het advies wat betreft de artistieke kwaliteit niet deugdelijk gemotiveerd. Volgens de New Dutch Academy kan de motivering hiervan niet slechts in het beleidsplan worden gevonden.

Daarnaast voert de New Dutch Academy aan dat het besluit van 8 januari 2009 is genomen in strijd met de criteria van de Deelregeling 2009–2012 en dat de rechtbank hieraan in de aangevallen uitspraak ten onrechte voorbij is gegaan.

2.5.

Uit de toelichting bij artikel 5 van de Deelregeling 2009–2012 volgt dat aanvragen worden 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, als bedoeld in artikel 5, wordt gebaseerd op de artistieke kwaliteit van het eerdere werk en/of de verrichte activiteiten, de kwalitatieve ontwikkeling van het werk en/of de verrichte activiteiten, het beleidsplan en de begroting. Kernbegrippen bij de beoordeling van de artistieke kwaliteit zijn verwachtingen over vakmanschap, oorspronkelijkheid en zeggingskracht.

Onder zeggingskracht van een kunstuiting wordt in de toelichting verstaan het vermogen van het werk om toeschouwers en luisteraars zo aan te spreken, dat hun wijzen van kijken en luisteren, als ook hun verbeeldingskracht worden verrast en uitgedaagd. Zeggingskracht is in zoverre een maatstaf voor kwaliteit dat het aangeeft in hoeverre een werk erin is geslaagd — of zal slagen — om de oorspronkelijke voorstelling waarnaar met vakmanschap is gezocht, betekenis te laten krijgen voor wie er naar luistert of kijkt.

2.6.

Volgens de conclusie van het definitieve advies van de adviescommissie ontbreekt het de New Dutch Academy aan een heldere artistieke profilering. Dit maakt, samen met de niet constant hoge uitvoeringskwaliteit en de geringe zichtbaarheid van de New Dutch Academy op de Nederlandse podia, dat de adviescommissie onvoldoende vertrouwen heeft in een onderscheidende positie van de New Dutch Academy.

2.7.

In de stukken en ter zitting heeft het Fonds de werkwijze van de adviescommissie toegelicht. De adviescommissie maakt bij de beoordeling van een aanvraag gebruik van de kennis en ervaring van de betrokken leden. Een aanvraag wordt door de adviescommissie beoordeeld aan de hand van de voorgeschreven documenten en daarnaast maakt de adviescommissie gebruik van de individuele dossiers van de Raad voor Cultuur, voor zover deze beschikbaar zijn. De adviescommissie toetst de kwaliteit op basis van het ingediende plan met de begroting, eerder werk en prestaties en artistieke ontwikkeling en potentie. Bij de beoordeling van een aanvraag worden de criteria van artikel 5 van de Deelregeling 2009–2012 toegepast.

Aanvragen die kwalitatief niet voldoen aan de kwaliteitseisen worden vervolgens afgewezen. De overige aanvragen worden verder getoetst op functionele kwaliteit.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 22 juli 2009 in zaak nr. 200901444/1/H2 (AB 2010/138.*red.*)) volgt uit de Deelregeling 2009–2012 en de toelichting daarop niet dat een aanvraag niet kan worden afgewezen zonder dat leden van de adviescommissie een voorstelling van een aanvrager hebben bezocht. De Afdeling heeft in deze uitspraak overwogen dat het bij nieuwe aanvragers kan voorkomen dat een 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. De Afdeling is in deze uitspraak tot de conclusie gekomen dat deze werkwijze niet onredelijk is. In dit geval heeft de adviescommissie haar advies gebaseerd op het bij de aanvraag gevoegde beleidsplan en de begroting. Daarnaast is gebruik gemaakt van de kennis en ervaring van de leden. Nu het een nieuwe aanvraag betreft, is in dit geval geen gebruik gemaakt van bestaande individuele dossiers. De hier toegepaste werkwijze is naar het oordeel van de Afdeling niet onredelijk.

De rechtbank is terecht en op goede gronden tot het oordeel gekomen dat het advies van de adviescommissie voldoende is gemotiveerd. Hierbij is mede in aanmerking genomen dat uit dit advies blijkt dat het beleidsplan en de deskundigheid van de leden van de adviescommissie aan dit advies ten grondslag hebben gelegen.

Daarnaast is het advies opgesteld met in achtneming van de criteria vermeld in de toelichting bij artikel 5 van de Deelregeling 2009–2012. Wat betreft het in deze toelichting genoemde onderdeel zeggingskracht heeft de rechtbank onder verwijzing naar de toelichting adviezen Muziek op goede gronden geoordeeld dat de adviescommissie met de in dit verband door haar gebruikte term zichtbaarheid aan het begrip zeggingskracht geen andere betekenis of invulling heeft willen geven. Anders dan de New Dutch Academy betoogt heeft het Fonds zich op het standpunt kunnen stellen dat wat betreft het onderdeel zeggingskracht de adviescommissie op grond van haar deskundigheid en gezien het beleidsplan hierover heeft kunnen adviseren en dit niet zonder meer afhankelijk is van de eigen waarneming. Hierbij is van belang dat het advies over de zeggingskracht mede is gegeven vanuit de kennis en ervaring van de leden van de adviescommissie en het zicht van deze leden op het muziekveld als geheel en dus niet alleen op grond van het beleidsplan. Daarbij komt dat de New Dutch Academy niet met een deskundigenrapport nader heeft onderbouwd dat dit onderdeel van het advies gebrekkig is.

De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat het motiveringsgebrek betreffende het onderdeel uitvoeringskwaliteit niet met zich brengt dat het advies over de artistieke kwaliteit, dat in zijn geheel als onvoldoende is beoordeeld, niet meer aan het besluit van 8 januari 2009 ten grondslag gelegd kon worden. Hierbij is tevens in aanmerking genomen dat dit advies niet alleen is gebaseerd op het gebrek aan constant hoge uitvoeringskwaliteit, maar ook ziet op andere elementen van de artistieke kwaliteit, zoals de kwalitatieve ontwikkeling, de kwaliteit van het beleidsplan en de mate van oorspronkelijkheid.

Nu het Fonds het advies van de adviescommissie heeft kunnen overnemen en dit advies ertoe strekt dat de artistieke kwaliteit als bedoeld in artikel 5, aanhef en onder a, van de Deelregeling 2009–2012 niet positief is beoordeeld, is de rechtbank terecht tot het oordeel gekomen dat het Fonds de subsidieaanvraag gezien artikel 4, vierde lid, van de Deelregeling 2009–2012 terecht heeft afgewezen. De rechtbank heeft de rechtsgevolgen van het besluit van 8 januari 2009 dan ook terecht, op goede gronden en voorzien van een draagkrachtige motivering in stand gelaten.

2.8.

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.9.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
recht doende:
bevestigt de aangevallen uitspraak.

Met noot van W. den Ouden

1.

Het blijft moeilijk te begrijpen: hoe kunnen deskundigen negatief oordelen over de uitvoeringskwaliteit van podiumkunsten van subsidieaanvragers, wanneer zij zelf (recentelijk) geen voorstellingen hebben bezocht? Hoe kan de 'zeggingskracht' van muziekuitvoeringen worden vastgesteld, anders dan uit eigen waarneming? Het zijn deze vragen die een afgewezen subsidieaanvrager, de Stichting Activiteiten New Dutch Academy, dreven tot een juridische procedure tegen een afwijzingsbesluit tot aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

2.

Vooropgesteld moet worden dat dit soort papieren besluitvorming (nog) veel voorkomt in subsidieland. Bij subsidietenders worden subsidieaanvragen, doorgaans op kwalitatieve aspecten, vergeleken en in een rangorde geplaatst; alleen de beste voorstellen komen voor honorering in aanmerking nu de beschikbare gelden beperkt zijn. De onderlinge beoordeling en prioritering van concurrerende aanvragen gebeurt vaak door externe deskundigen. Daarvoor kunnen goede redenen zijn, zoals de omstandigheid dat het bestuursorgaan de voor beoordeling benodigde expertise niet in huis heeft, of, zoals in dit geval, de opvatting dat de overheid op gepaste afstand behoort te blijven. De vraag wat kwalitatief goede kunst is mag zij immers niet zelf beantwoorden. Vaak worden zogenaamde concullega's van de aanvragers, collega's en (min of meer rechtstreekse) concurrenten binnen hetzelfde vakgebied aangezocht als adviseur van het bestuursorgaan. Deze adviseurs krijgen meestal geen marktconforme vergoeding voor hun werkzaamheden, wat alleen al vanuit het streven zo veel mogelijk gelden bij de te subsidiëren projecten terecht te laten komen kan worden verklaard. De adviseurs zullen hun werkzaamheden dus naast hun normale professionele werkzaamheden moeten uitvoeren en daaraan niet steeds zoveel tijd kunnen besteden als idealiter nodig is voor zorgvuldige besluitvorming. Daarbij genomen dat de aanvraagdruk op sommige subsidie-potten gigantisch hoog is en de tijd waarin besluiten kunnen worden voorbereid gelimiteerd (doordat in veel subsidieregelingen een uiterste aanvraagdatum wordt gecombineerd met een krappe beslistermijn) en de praktische problemen zijn zeer voorstelbaar. Er zal simpelweg niet altijd voldoende tijd zijn voor de adviseurs om systematisch voorstellingen van alle nieuwe aanvragers te bezoeken.

3.

Dat neemt niet weg dat de principiële vraag of die praktijk aanvaardbaar is moet worden gesteld. Als bestuursorganen kiezen voor advisering door deskundigen in een tender, wordt het advies van de deskundigen al snel vrijwel doorslaggevend voor het daarop te nemen subsidiebesluit. Dat betekent dat die adviezen zorgvuldig tot stand moeten komen en draagkrachtig gemotiveerd dienen te zijn (vgl. art. 3:9 jo. 3:49 Awb). Of een kwaliteitsoordeel als hier ter discussie staat, zonder bezoek, op grond van beleidsplannen en kennis en ervaring van de aangetrokken adviseurs door de juridische beugel kan, kwam eerder aan de orde in de Nomade-uitspraak die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in deze uitspraak in herinnering roept (ABRvS 22 juli 2009, AB 2010/138 m.nt. Van Rijn van Alkemade). Daaruit bleek al dat het de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 'niet onredelijk voorkomt' dat nieuwe aanvragers door deskundigen worden beoordeeld zonder dat een voorstelling werd bezocht. In die gevallen mogen het bij de aanvraag gevoegde 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.

Zoals annotator Van Rijn van Alkemade opmerkt is het de vraag of deze lijn onverkort kan worden doorgezet. De vermeende bevoordeling van gevestigde partijen ten opzichte van nieuwkomers is een terugkerend thema in de jurisprudentie over de verdeling van schaarse publieke rechten, en krijgt ook in de literatuur steeds meer

aandacht. In de bundel *Schaarse publieke rechten* (F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), BJu 2011) zijn bijdragen opgenomen over zeer verschillende schaarse rechten die bestuursorganen kunnen verdelen op grond van publiekrechtelijke bepalingen. Veel van die rechten blijken in de praktijk voor nieuwkomers lastiger te bemachtigen dan voor partijen die voorheen ook al ontvanger waren. Het formuleren van (effectief) beleid om de mededinging voor nieuwkomers mogelijk te maken blijkt bijzonder lastig. Deel van het probleem is dat bestuursorganen graag samenwerken met partijen waarmee zij een vertrouwensband hebben kunnen opbouwen of daarmee gemakkelijker kunnen samenwerken omdat zij over deze partijen al meer informatie beschikbaar hebben, zoals in casu. Voorheen reeds gesubsidieerde orkesten worden immers gedurende de periode waarvoor subsidie is verstrekt (meestal vier jaar) systematisch bezocht om te kunnen beoordelen of men aan de subsidieverplichtingen voldoet.

Desalniettemin wordt bij verdeling van voordelen door overheden steeds meer belang gehecht aan transparante verdeelsystemen waarin (eerlijke) mededinging moet zijn gewaarborgd. Deze eisen vinden langzaamaan hun weg vanuit het (Europese) aanbestedingsrecht naar het bestuursrecht (HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17 m.nt. Buijze (*Betfair*)). Inmiddels heeft het CBb bij de verdeling van schaarse gokvergunningen op grond van art. 3:2 Awb (zorgvuldige voorbereiding van besluiten) getoetst of de mededingingsmogelijkheden voor concurrenten van de huidige vergunningshouders voldoende zorgvuldig waren vormgegeven (CBb 3 juni 2009, AB 2009/373 m.nt. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*)). Waarom hetzelfde niet zou moeten gelden bij de verdeling van schaarse subsidiegelden en hoe ver de waarborgen voor eerlijke mededinging moeten strekken, is niet op voorhand duidelijk. Voorlopig lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aan de verdeelprocedure bij subsidies nog geen strenge eisen te stellen.

4.

Wat daar ook van zij, als het al geoorloofd moet worden geacht dat voor de beoordeling van nieuwkomers een andere procedure wordt gevolgd en op hun subsidieaanvragen voor kunstuitingen mag worden besloten zonder dat die uitingen door het bestuursorgaan of zijn adviseur zijn bekeken, dan geldt te meer dat de motivering van die besluiten zorgvuldige aandacht behoeft. Dat werd ook al duidelijk uit de genoemde *Nomade*-uitspraak. Daarin vernietigt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uiteindelijk de beslissing op bezwaar omdat 'niet inzichtelijk' was gemaakt waarop het negatieve oordeel van de adviseurs over de artistieke kwaliteiten van projecten van *Nomade* berustte. De Afdeling achtte het daarbij van belang dat niet inzichtelijk was gemaakt welke rol de deskundigheid van de adviseurs had gespeeld bij dit oordeel nu geen voorstellingen waren bezocht. Deze eis van inzichtelijkheid van de motivering van het advies van deskundigen is strenger dan in voorgaande jurisprudentie geformuleerd. Daarin werd nog gesteld dat '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, aan dergelijke adviezen slechts beperkte motiveringseisen [kunnen] 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' (ABRvS 25 juni 2003, LJV AH8613, curs. WdO). De aanscherping tot inzichtelijkheid van de motivering van adviezen in dit soort zaken, zoals geformuleerd in de *Nomade*zaak, is mijns inziens terecht, juist gezien het doorslaggevende karakter dat zij in de praktijk blijken te hebben voor honorering. Indien deze adviezen geen inzicht bieden in de achtergrond van het deskundigenoordeel, worden zij oncontroleerbaar. Daarmee wordt de rechtsbescherming tegen afwijzingsbesluiten illusoir.

5.

Hoewel de Afdeling in deze uitspraak de inzichtelijkheidseis, zoals geformuleerd in de *Nomade*-uitspraak niet herhaalt, lijkt zij daarvan in haar beoordeling wel uit te gaan. In r.o. 2.7 besteedt de Afdeling uitgebreid aandacht aan de motivering van het oordeel van de adviescommissie, al wordt mij uiteindelijk niet duidelijk welke rol de deskundigheid van de adviseurs in casu heeft gespeeld, anders dan dat zij veel kennis en ervaring hebben en zicht op het veld als geheel, wat vrijwel steeds het geval zal zijn bij inschakeling van concullega's; daarom zijn zij immers deskundig. Verder valt op dat de aanvrager in casu tegengeworpen krijgt dat er geen deskundigenrapport is aangeleverd waaruit blijkt dat het advies van de commissie onjuist is. Uit eerdere

jurisprudentie is echter gebleken dat het beslist niet eenvoudig is om met zinvol tegenbewijs te komen in dit soort zaken (zie daarover Van Rijn van Alkemade in zijn al genoemde annotatie onder AB 2010/138).

6.

Al met al blijft de uitkomst heel lastig uit te leggen aan afgewezen nieuwkomers. Vraag is of de rechter in dit soort gevallen niet beter heil kan zoeken in procedurele waarborgen dan in motiveringseisen. Feitelijk is de moeizame motivering van het kwaliteitsoordeel in casu immers het gevolg van de discutabele procedurele vormgeving van de tender waarin de producten van sommige aanvragers niet (kunnen) worden bekeken. Als de rechter zou vaststellen dat een dergelijke procedure niet toelaatbaar is zou dat subsidieregelgevers en uitvoerende bestuursorganen dwingen om een andere beoordelingsprocedure te kiezen. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden aan een systeem waarin (bijv. via loting) slechts zo veel nieuwkomers tot de beoordelingsprocedures worden toegelaten dat deze aanvragen op dezelfde, zorgvuldige manier kunnen worden beoordeeld als aanvragen van reeds gesubsidieerde partijen, waarover al meer informatie beschikbaar is. Ook over geheel nieuwe mogelijkheden, zoals een systeem van leges voor het indienen van aanvragen zodat meer capaciteit voor de beoordelingsprocedure kan worden gefinancierd, zou in ieder geval eens kunnen worden nagedacht. Zolang echter dit soort procedures ongemoeid door de rechterlijke toetsing komen zullen regelgevers en bestuur zich waarschijnlijk niet al te creatief opstellen.