

*Verspreiding van kunstzin,
veredeling van den goeden smaak
is een staatsbelang, een regeeringszaak*

(Victor de Stuers, 1874, p. 336)

1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK: KNELPUNTEN BIJ OVERHEIDSFINANCIERING VAN KUNST EN CULTUUR

1.1 *Het perspectief: de cultuursector*

De cultuursector wordt op verschillende manieren gefinancierd door de overheid. Dat gebeurt via subsidies in alle soorten en maten¹, maar ook via kunst- en cultuurprijzen. De sector ervaart regelmatig juridische problemen bij financiering met publiek geld.² Dit laat zich eenvoudig illustreren met enkele praktijkvoorbeelden. Hoewel de hierna beschreven situaties op het eerste gezicht onderling verschillend zijn, is een gemene deler dat zij verband houden met een financieringsbeslissing van de overheid. De betrokkenen zijn individuele kunstenaars of cultuurstellingen, voor wie het antwoord op de aan het slot gestelde vraag uitermate belangrijk is. Het ontvangen van overheidsfinanciering zou namelijk een positieve wending geven aan hun carrière of zelfs cruciaal zijn voor hun voortbestaan.³

a. Traject voltooid, maar toch geen Nederlandse Muziekprijs

Een celliste wordt na selectie toegelaten tot het zogenoemde 'ontwikkelingstraject' voor de prestigieuze Nederlandse Muziekprijs. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) financiert dit 'traject op maat waarbij de internationale potentie tot ontwikkeling komt' en het Fonds Podiumkunsten is verantwoordelijk voor de organisatie. Indien de Adviescommissie Nederlandse Muziekprijs oordeelt dat er in de loop van het traject een 'bevredigende ontwikkeling' is getoond, zal zij adviseren om de Nederlandse Muziekprijs toe

1 Variërend van een incidentele subsidie voor een eenmalige activiteit tot vierjarige subsidies voor langlopende projecten.

2 Bijv. Bunnik & Van Huis 2011; Bunnik 2016.

3 Bijv. Janssens, NRC 4 augustus 2020.

te kennen. Ondanks de voltooiing van het ontwikkelingstraject wordt de prijs – op de valreep – toch niet aan de celliste toegekend.⁴

Langs welke weg kan de celliste tegen deze beslissing opkomen?

b. Mooi project, maar het geld is op

Een muziektheatergezelschap dient een subsidieaanvraag in bij een (rijks)cultuurfonds. De aanvraag krijgt een positieve beoordeling, hetgeen betekent dat zij subsidiabel is. Toch volgt er een afwijzingsbeschikking: de aanvraag staat op plaats 7 in de rangschikking van de aanvragen, terwijl het subsidiebudget slechts toereikend is voor de eerste zes geplaatsten. Het muziektheatergezelschap heeft twijfels over de beoordeling van zijn aanvraag en over de totstandkoming van de rangschikking. Het aanvechten van de hoger geprioriteerde verleningsbeschikkingen zou kunnen uitmonden in een herschikking van de rangorde, waarmee de kans op subsidie reëel zou worden. In de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is het gezelschap echter geen belanghebbende bij deze verleningsbesluiten, omdat het geen economische concurrent is van de gehonoreerde aanvragers.⁵

Hoe kan het muziektheatergezelschap effectieve rechtsbescherming verkrijgen?

c. Preadviezen van de Raad voor Cultuur blijven geheim

In 2020 worden 220 aanvragen ingediend voor het verkrijgen van een vierjarige rijkssubsidie in het kader van de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024. Het adviesorgaan dat de kwalitatieve beoordeling verricht, de Raad voor Cultuur, geeft na zijn adviesronde de aanvragers de gelegenheid om hem te wijzen op feitelijke onjuistheden. Daarvan maken 95 aanvragers gebruik. Deze herzieningsronde leidt tot aanvullende adviezen, maar resulteert slechts bij één aanvrager in een bijstelling van het advies. De ophef die daarop volgt, leidt tot Kamervragen. De Tweede Kamercommissie OCW verzoekt om inzage in de preadviezen die door de subcommissies van de Raad voor Cultuur zijn opgesteld ten behoeve van de advisering. De minister weigert: deze preadviezen dienden slechts ter ondersteuning van de interne beraadslaging.⁶

Is dit standpunt te verenigen met de vereiste transparantie bij subsidiebesluitvorming?

d. De gang op, dus geen vrees voor belangenverstrengeling

De aanvraag van toneelgroep A voor een vierjarige subsidie van het Fonds Podiumkunsten wordt negatief beoordeeld door de deskundigenadviescommissie aan wie de inhoudelijke beoordeling van de aanvragen is opgedragen. A ontdekt dat een van de adviseurs betrokken

4 Citaten: https://fondspodiumkunsten.nl/nl/prijzen/nederlandse_muziekprijs/ en Reglement procedure Nederlandse Muziekprijs (Stcrt. 2010, 30). Casus ontleend aan Kerkhof, *de Volkskrant* 7 december 2021, 'Cellist Ella van Poucke zou de Nederlandse Muziekprijs krijgen. Waarom werd dat op het laatst afgeblazen?'; voorts Van der Lint, *Trouw* 11 december 2021, 'De een wint, de ander niet en over de uitslag wordt niet gecorrespondeerd'. De voorbereidingen voor de uitreiking en het daarbij behorende concert waren al in volle gang (https://www.opusklassiek.nl/actueel/ella_van_poucke_nmp.htm).

5 Casus ontleend aan ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (Holland Opera).

6 *Kamerstukken II 2020/21*, 32 820, nr. 398.

is bij toneelgroep B, die in dezelfde subsidieronde ook een aanvraag heeft ingediend. Deze deskundige heeft de commissievergadering echter tijdelijk verlaten toen de aanvraag van B ter sprake kwam. Het bestuur van het Fonds neemt de adviezen van de deskundigencommissie integraal over en gebruikt deze ter motivering van de verdeelbesluiten.⁷

Is het afwijzingsbesluit van toneelgroep A zorgvuldig voorbereid?

Deze vier praktijkvoorbeelden geven elk een ander aspect weer van de problematiek die de cultuursector ervaart. Het eerste voorbeeld, over het (toch) niet toekennen van een door het Ministerie van OCW gefinancierde prijs, toont dat de route waarlangs rechtsbescherming kan worden gezocht voor betrokkenen niet altijd helder is. De toedeling van kunst- en cultuurprijzen door of namens de overheid is namelijk niet in een algemene regeling neergelegd. Om te bepalen of tegen het negatieve advies bezwaar kan worden gemaakt of een civiele procedure kan worden gestart, zal de celliste eerst moeten weten wat de rechtsvorm van deze beslissing is. Wat is het verband tussen de financiering en de prijs? Is de geldverstrekking een subsidie of een privaatrechtelijke rechtshandeling? Pas na deze kwalificatie kan worden vastgesteld welk rechtsregime op de beslissing van toepassing is en via welke rechtsgang rechtsbescherming kan worden verkregen. De rechtsvorm van de kunst- en cultuurprijzen waaraan de overheid financieel bijdraagt, is echter nog nooit in beeld gebracht.

De tweede illustratie, over de nipt afgewezen aanvrager die wil opkomen tegen de toewijzingsbesluiten van de hoger geprioriteerde aanvragers, maar daarbij volgens artikel 1:2 Awb niet als ‘belanghebbende’ kan worden aangemerkt, leert dat het Awb-systeem van rechtsbescherming niet sluitend is. Om voor deze specifieke groep afgewezen aanvragers toch effectieve rechtsbescherming te realiseren, heeft de bestuursrechter aan rechtsvorming moeten doen. De cultuursubsidiepraktijk worstelt echter met de implementatie daarvan.

Voorbeeld 3, dat de werking van het transparantievereiste in de subsidieverdeelprocedure voor de landelijke culturele Basisinfrastructuur 2021-2024 aanstipt, maakt duidelijk dat transparantie in deze procedure geen vanzelfsprekendheid is. Als de identiteit van de deskundigen wier oordeel doorslaggevend was voor het advies, niet hoeft te worden onthuld, is het voor teleurgestelde aanvragers niet mogelijk om de kwaliteit en de onpartijdigheid van deze deskundigen te controleren. Deze onmogelijkheid is te wijten aan een (te) restrictieve opvatting van artikel 3:8 Awb.⁸

Het vierde voorbeeld, over de betrokkenheid van een lid van de deskundigenadviescommissie bij een concurrerende aanvraag in dezelfde verdeelprocedure, laat zien dat de uitwerking van het in artikel 2:4 Awb neergelegde verbod van vooringenomenheid in de praktijk een schemerzone creëert. Omdat ook de *schijn* van belangenverstrengeling moet worden voorkomen, is het namelijk niet voldoende

7 Casus ontleend aan ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*).

8 Art. 3:8 Awb: *In of bij het besluit wordt de adviseur vermeld die advies heeft uitgebracht.*

wanneer de deskundige met betrokkenheid bij een van de aanvragen in dezelfde subsidieronde, zich slechts distantieert van de beoordeling van deze ene aanvraag.

Het feit dat de cultuursector juridische knelpunten ervaart bij de overheidsfinanciering van zijn activiteiten, is echter niet uitsluitend te wijten aan de Awb-(subsidie) systematiek. De eigen aard van de sector is er namelijk ook debet aan. Wat zijn de specifieke kenmerken die van invloed zijn op het ontstaan van knelpunten?

1.2 *Karakteristieken van de cultuursector*

1.2.1 *Cultuurbeleid is subsidiebeleid*

“Het kunstbeleid in Nederland is in de eerste plaats een subsidiebeleid”, aldus Oosterbaan Martinius.⁹ De overheid is van oudsher inderdaad een belangrijke financier van de cultuursector.¹⁰ Sinds 1998 ligt het primaat voor de verstrekking van financiële middelen door de overheid bij het publiekrecht.¹¹ De formeelwettelijke verankering van het instrument ‘subsidie’ in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft ertoe geleid dat de verdeling van publiek geld bij besluit moet geschieden. Op subsidiëring is het publiekrechtelijke normenkader van toepassing en aan belanghebbenden komt bestuursrechtelijke rechtsbescherming toe. Naast het Awb-kader moeten subsidieverstrekkende bestuursorganen rekening houden met de toepasselijkheid van de Wet openbaarheid van bestuur¹², de Wet normering topinkomens, de Wet Nationale ombudsman, (Europese) aanbestedings- en staatssteunregelgeving en het toezicht door een Rekenkamer. Dat houdt in dat eenieder een verzoek om informatie kan indienen over een subsidieverstrekking¹³, dat de bezoldigingen en ontslagvergoedingen van topfunctionarissen bij de cultuurfondsen worden genormeerd en openbaar gemaakt¹⁴, dat over gedragingen van of namens de subsidieverstrekker kan worden geklaagd bij de Nationale ombudsman¹⁵, dat moet worden gewaakt voor het samenvallen van subsidies en overheidsopdrachten¹⁶ en dat de

9 Oosterbaan Martinius 1990, p. 33. Dat blijkt overigens ook uit de MvT bij de Subsidietitel in de Awb (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 18).

10 Voor een overzicht van de wet- en regelgeving tot 2007: Smithuijsen 2007, p. 52-62. Voorts bijv. Bevers & Hitters 1990, p. 130-188; Abbing 2009, p. 100-119; Raad voor Cultuur 2019, p. 29-41; Brom & Schrijen 2019.

11 Titel 4.2 Awb, (art. 4:21-4:80), *Stb.* 1996, 333. Inwerkingtreding op 1 januari 1998 (Derde Tranche Awb).

12 De Wet openbaarheid van bestuur is per 1 mei 2022 vervangen door de Wet open overheid (*Stb.* 2021, 499).

13 Art. 3 lid 1 Wob.

14 Art. 1.3 lid 1 sub a WNT jo. art. 7k.1 lid 1 Regeling normering topinkomens OCW-sectoren.

15 Art. 2 WNo juncto Titel 9.2 (art. 9:17-9:36) Awb.

16 Omdat de Aanbestedingswet 2012 in art. 1.1 een materiële definitie hanteert voor ‘overheidsopdracht’ (*een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten*), is een aanbestedingsplichtige subsidieverstrekking niet bij voorbaat uitgesloten. Daarvoor is een nadere toets van de geldverstrekking aan de Aw 2012 noodzakelijk.

subsidieuitgaven door de Algemene of een regionale Rekenkamer worden gecontroleerd op rechtmatigheid en doelmatigheid.

Een bijkomend aspect is dat subsidieverstreking een bijzonder verloop heeft.¹⁷ De reguliere subsidieprocedure kent twee verschillende momenten waarop een besluit moet worden genomen. Op een aanvraag volgt de subsidieverlening, die een voorwaardelijke aanspraak vestigt op verkrijging van de subsidie. Na afronding van de gesubsidieerde activiteiten volgt het besluit tot subsidievaststelling. Dat besluit maakt deze aanspraak onvoorwaardelijk en markeert het einde van de subsidierelatie.¹⁸

De positieve aspecten van het publiekrechtelijke primaat voor de verstrekking van publiek geld ten spijt – denk aan de publiekrechtelijke waarborgen en de laagdrempelige rechtsbescherming – is de kijk op het subsidieinstrument inmiddels veranderd. De Awb-subsidiesystematiek wordt door bestuursorganen in toenemende mate als (te) knellend ervaren.¹⁹ Zij beschouwen de ‘klassieke’ subsidie *à fonds perdu*²⁰ als een inflexibel en tijdrovend beleidsinstrument.²¹ Deze teneur heeft ertoe geleid dat overheden op grote schaal zijn gaan experimenteren met alternatieve vormen van financiering.²² Ook in de cultuursector is er een toenemende belangstelling voor mengvormen van publieke en private financiering. Onder meer met revolverende fondsen²³ waaruit leningen, participaties en garantstellingen worden verstrekt en door cofinanciering met *crowdfunding*²⁴ proberen subsidieverstrekkers de nadelen te ontwijken die volgens hen kleven aan het subsidieinstrument. Zo ontvangt de stichting Cultuur+Ondernemen een meerjarige subsidie van het Ministerie van OCW, waarmee zij onder meer cultuurleningen verstrekt aan individuele kunstenaars.²⁵ Ook worden subsidiebudgetten gebruikt als aanjager voor het stimuleren van particuliere donaties. De Minister van OCW verleende bijvoorbeeld in 2021 een begro-

17 Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 119-156.

18 Art. 4:29 Awb: *Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald kan voorafgaand aan een subsidievaststelling een beschikking omtrent subsidieverlening worden gegeven, indien een aanvraag daartoe is ingediend voor de afloop van de activiteit of het tijdvak waarvoor de subsidie wordt gevraagd.*

19 Subsidieverstreking vereist een wettelijke grondslag (art. 4:23 lid 1 Awb) en ook de subsidieregeling, de gekozen verdeelmethode en het eventuele subsidieplafond moeten bij wettelijk voorschrift worden vastgesteld. Voor incidentele en begrotingssubsidies geldt het vereiste van een wettelijke grondslag niet (art. 4:23 lid 3 onder c en d Awb).

20 Letterlijk: zonder kans op terugkrijgen (van het beschikbaar gestelde bedrag).

21 Bijv. Den Ouden 2016a, p. 387-392; Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 213-223.

22 Bijv. Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2888-2897.

23 Bijv. het Fonds Brabant C. Over revolverende fondsen: zie Van den Brink 2018; Balk 2019; Van Waarde 2022.

24 Ook wel *matchfunding* genoemd, bijv. het platform *voordekunst*.

25 <https://www.cultuur-ondernemen.nl/diensten/cultuurleningen-met-een-lage-rente>. De rente bedraagt slechts 1%.