

Advies

voor Directie Erfgoed en Kunsten
van 5.1.2.e (kantoor landsadvocaat)
datum 20 september 2022
inzake Advies ruimte verdaging tenderprocedures meerjarige cultuursubsidies
zaaknr

1 Inleiding en vraagstelling

- 1.1 U heeft gevraagd om advies en beantwoording van een aantal vragen over het volgende.¹
- 1.2 Naar aanleiding van verschillende adviezen van de Raad voor Cultuur² en de op 22 juni 2021 door de Tweede Kamer aangenomen motie Ploumen c.s.³ wordt onderzocht of de lopende cultuursubsidieperiode eenmalig kan worden verlengd. Een verlenging van de lopende subsidieperiode dient een tweeledig doel. Enerzijds geeft het de culturele instellingen tijd voor herstel en het inlopen van de door de coronamaatregelen opgelopen vertraging in de uitvoering van de nu lopende plannen. Anderzijds geeft een 'pas op de plaats' gelegenheid om wijziging van het cultuurbestel goed te kunnen doordenken. De Raad voor Cultuur heeft in zijn laatste advies aangegeven dat naast een verlenging voor de duur van twee jaar, ook een verlenging met vier jaar valt te overwegen, met dien verstande dat in dat laatste geval wel maatregelen nodig zijn om te voorkomen dat vernieuwing te lang uitblijft.
- 1.3 U heeft ons een aantal vragen voorgelegd die, kort gezegd, gaan over de juridische ruimte voor verlenging van de subsidieperiode, in verschillende varianten. In het verlengde daarvan vraagt u om een inschatting van de risico's van een keuze voor één van de verlengingsvarianten. Het gaat om de volgende vragen:

Vraag 1

Welke normen zijn van toepassing bij de verdeling binnen het huidige cultuurbestel van schaarse rechten (meerjarige cultuursubsidies)?

¹ U heeft gevraagd om een spoedadvies, met een beantwoording op korte termijn, waarvan het gevolg is dat de uitwerking van onze bevindingen noodgedwongen beknopt is gebleven.

² De brief van 26 maart 2021, adviezen van 8 juni 2021, 4 november 2021, en 1 april 2022.

³ Kamerstukken II 2020/21, 32 820, nr. 419.

Welke juridische mogelijkheden bestaan er om, binnen deze normen, te komen tot een vierjarige verlenging van zowel de door het rijk gefinancierde instellingen als de meerjarige fondsinstellingen inclusief de zogenoemde B-lijstinstellingen (4/4), conform de voorgenomen aanpak van OCW (ministeriële regeling/fondsreglementen; ambtshalve verlening)?

Vormen de argumenten die de Raad voor Cultuur aan zijn verlengingsadvies ten grondslag heeft gelegd (omstandigheden rond Corona, rust voor instellingen, ruimte voor heroverweging bestel) een voldoende rechtvaardiging voor een tijdelijke beperking van de mededinging voor nieuwkomers?

Vraag 2

Voor zover sprake zou zijn van enige niet te rechtvaardige strijdigheid, in welke mate dan ook, met deze normen, welke juridische (uitvoerings)risico's zijn dan te identificeren voor OCW, fondsen en andere overheden bij uitvoering van een vierjarige verlenging (bijvoorbeeld het risico op exceptieve toetsing)?

Vraag 3

Zijn de risico's anders, wanneer wordt gekozen voor de variant van vierjarige verlenging van de door het rijk gefinancierde instellingen *zonder* verlenging van de meerjarige fondsinstellingen (4/0)?

Vraag 4

Maakt het uit voor de beantwoording van vraag 2 uit, wanneer de huidig gefinancierde instellingen worden verlengd, maar door verhoging van het budget ook aan nieuwkomers de kans zou worden geboden toe te treden? Zou dit bij een 4/0-variant anders zijn?

Vraag 5

Maakt het voor de beantwoording van bovenstaande vragen uit, dat het BIS-stelsel het karakter heeft van een *beperkt* gesloten systeem en mededinging door cultuurinstellingen naar OCW-middelen niet slechts via artikel 4a Wsc-subsidies plaatsvindt?

Vraag 6

Maakt het voor de beantwoording van vraag 2 uit, wanneer de andere overheden ervoor zouden kiezen een reguliere, open aanvraagronde te laten plaatsvinden? Zijn er juridische beletselen voor hen om zo'n aanvraagronde open te stellen, wanneer het rijk kiest voor een vierjarige verlenging? Zou dit bij een 4/0-variant anders zijn?

Hieronder vatten we de vragen kort – in eigen woorden – samen en beantwoorden wij deze. Bij de beantwoording van vraag 1 staan wij wat uitgebreider stil bij de algemene juridische noties, beginselen en aandachtspunten die bij de verdere doordinking van de thematiek van belang zijn.

2 Beantwoording van de vragen

Vraag 1: Welke normen zijn van toepassing bij verdeling binnen het huidige cultuurbestel, zijn de motieven voldoende robuust en hoe ziet (globaal) de technische uitwerking eruit?

- 2.1 Voorop staat dat bij de verdeling van meerjarige cultuursubsidies (via de BIS-procedure en via de Fondsprocedure) het subsidiebudget niet toereikend is voor inwilliging van alle aanvragen. Het is zo dat er niet in alle categorieën BIS-subsidies sprake is van overschrijding van het – voor die categorie toegewezen – subsidieplafond. Het staat echter vast dat er instellingen zijn die willen toetreden in de BIS, maar geen subsidie kunnen krijgen vanwege overschrijding van het subsidieplafond. De aanspraak op subsidie is, met andere woorden, een schaars recht. Dat maakt dat bij de verdeling van de schaarse cultuursubsidiemiddelen op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare middelen mee te dingen.⁴
- 2.2 Verlenging van al uitgegeven schaarse rechten wordt in de rechtspraak aangemerkt als een (nieuwe) verdeling van schaarse rechten, waardoor ook dan rekening gehouden moet worden met het bieden van gelijke kansen. Een uitzondering op de gehoudenheid tot het bieden van gelijke kansen kan alleen worden gemaakt als dat gerechtvaardigd is in het licht van een dwingende reden van algemeen belang.

Zie o.a.: ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2924:

"[...] De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat in dit geval schaarse rechten aan de orde zijn, en dat de burgemeester, bij de verlening van de vergunningen door middel van een extra verlenging met nog drie jaar, ten onrechte niet aan potentiële gegadigden de ruimte heeft geboden om mee te dingen. In hetgeen de burgemeester op dit punt heeft aangedragen ziet de Afdeling geen grond voor een gerechtvaardigde beperking op de rechtsnorm dat mededingingsruimte moet worden geboden. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de burgemeester onvoldoende gemotiveerd dat verlenging van de vergunningen tot 2022 daadwerkelijk leidt tot zodanig voorkomen van gokactiviteiten in het illegale circuit, behoud van werkgelegenheid en verantwoord opstellen en implementeren van de door de burgemeester genoemde criteria, dat een verlenging van de vergunningen zonder mededinging met nieuwe kandidaten gerechtvaardigd is in het licht van de openbare orde, volksgezondheid, het openbaar gezag, of een (andere) dwingende reden van algemeen belang. Het betoog van de burgemeester hierover faalt."

- 2.3 Bij het voorbereiden van een beslissing om de cultuursubsidies uit de BIS en/of uit de cultuurfondsen te verlengen, moet betrokken worden dat daarmee een inbreuk wordt gemaakt op de mededingingsnorm die verlangt dat op enigerlei wijze aan potentiële

⁴ ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595 (Gymnasion), r.o. 10.

gegadigden ruimte wordt geboden om ook voor de subsidie in aanmerking te komen. Dat betekent dat aannemelijk moet worden gemaakt dat er een dwingende reden van algemeen belang is die maakt dat de subsidies worden verstrekt zonder mededinging met nieuwe kandidaten gerechtvaardigd is.

- 2.4 Een tijdelijk 'dichtzetten' van de toegang tot meerjarige subsidies voor momenteel niet gesubsidieerde instellingen is, gelet daarop, juridisch kwetsbaar. De juridische toets op de rechtvaardiging vanwege een dwingende reden van algemeen belang omvat een beoordeling van de geschiktheid van de interventie om het daarmee nagestreefde doel te waarborgen en omvat daarnaast de vraag of de interventie niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken en ten slotte of de interventie evenredig is in het licht van het daarmee beoogde doel.⁵ Met name de ongelijkheid tussen verschillende (groepen) gegadigden, die een eventuele verlenging in het leven roept (en die de mededingingsnorm nu juist beoogt te voorkomen), maakt dat wij menen dat een verlenging, ook al is zij van korte duur, zeer goed gemotiveerd moet kunnen worden.
- 2.5 Wij snappen gevoelsmatig dat de nu gesubsidieerde instellingen na de coronacrisis behoefte hebben aan een (verlengde) periode van stabiliteit en zekerheid, evenals de praktische wens om tijdelijk pas op de plaats te maken met het oog op voorbereiding van een stelselherziening. Wij betwijfelen echter of dit voldoende dwingende redenen zijn waarmee een verlenging juridisch kan worden gerechtvaardigd. Voor een verlenging van vier jaar zien wij op dit moment juridisch gezien geen voldoende rechtvaardiging. Een kortere periode zou, mits dat goed gemotiveerd kan worden, wellicht wel mogelijk zijn. Wij lichten dit per reden toe.

Reden 1: covid-19

- 2.6 Een tijdelijke verlenging van de lopende subsidieperiode (en het tijdelijk 'dichtzetten' van de toegang tot meerjarige cultuursubsidies) leidt tot 'bevoordeling' van de zittende partijen en tot benadeling van de partijen die momenteel geen subsidie ontvangen, terwijl nu de belangen en problemen van beide groepen niet (significant) van elkaar zullen verschillen. Dat de covid-19 maatregelen een zeer zwaar stempel hebben gedrukt op de uitvoerbaarheid van de plannen, geldt voor de gehele cultuursector. Dat roept de vraag op waarom cultuurinstellingen die vanaf 2021 vier jaar subsidie hebben ontvangen, met een verlenging van de subsidieperiode geholpen moeten worden bij herstel en innovatie, terwijl niet via de BIS of fondsen gesubsidieerde instellingen om die reden geen toegang tot de subsidie(s) zouden moeten krijgen, juist op een moment dat ook deze instellingen daar (extra) behoefte aan (kunnen) hebben. Bij beantwoording van die vraag komt betekenis toe aan de omstandigheid dat de gesubsidieerde instellingen gebruik hebben kunnen maken van de coronasteunpakketten, wat de (op zichzelf ernstige) gevolgen van de coronacrisis heeft

⁵ Zoals afgeleid uit de (rechtspraak over de) Dienstenrichtlijn, de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over de vrijverkeersbepalingen o.a. HvJ EG 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard) en de nationale rechtspraak over het evenredigheidsbeginsel, o.a. ABRvS 2 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

kunnen dempen. Ook van belang is dat de huidige subsidieronde van 2021 tot en met 2024 loopt, waardoor de plannen die de huidige subsidieontvangers gemaakt hadden voor deze periode hopelijk toch nog – in elk geval voor een significant deel – uitgevoerd kunnen worden. Daarmee is het de vraag of de achterliggende aanname dat cultuurinstellingen hun plannen (uit de tender van 2020) niet kunnen uitvoeren, zich ook in volle omvang zal voordoen.

Reden 2: verlenging met het oog op bestelherziening

- 2.7 Wij zien niet onmiddellijk gronden om de ambitie om het cultuursubsidiebestel te herzien, aan te merken als dwingende reden van algemeen belang, waardoor een *langdurige* verlenging van de lopende subsidieperiode (in afwijking van de mededingingsnorm) kan worden gerechtvaardigd. Een korte 'pas op de plaats' zou wellicht verdedigbaar zijn. De reden daarvoor is de volgende.
- 2.8 Bij (schaarse) vergunningenstelsels heeft de Afdeling eerder geoordeeld dat de tijd mag worden genomen om tot een zorgvuldig nieuw beleid te komen, ook als daardoor langere tijd een situatie blijft bestaan die in strijd is met het beginsel van gelijke kansen. Een 'vergunningenstop', waardoor de bestaande vergunninghouders langer van hun vergunningen gebruik konden maken, werd daarom niet in strijd geacht met het recht.⁶ De Afdeling verlangt daarbij wel dat er een einddatum wordt verbonden aan de tijdelijke bevrozing van de situatie in afwachting van nieuw beleid. In die situatie ging het echter om een beleidswijziging die nodig was om de situatie die in strijd was met gelijke kansen op te lossen. In het geval van de cultuursubsidies zou het juist gaan om het creëren van een tijdelijke strijdigheid met het beginsel van gelijke kansen om een (andere) beleidswijziging door te voeren.
- 2.9 Het moet in elk geval duidelijk zijn wanneer het nieuwe beleid zal starten en wanneer nieuwe toetreders weer aanspraak kunnen maken op subsidie.⁷ Er moet bovendien een deugdelijke motivering zijn waarom het herzien van het bestel ertoe noodzaakt dat

⁶ Zie: ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958: "9 1 De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat een vergunningstop in beginsel als redelijk kan worden aangemerkt. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat nationale autoriteiten krachtens het in artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginsel van loyale samenwerking de verplichting hebben om de onwettige gevolgen van een schending van het Unierecht ongedaan te maken, maar het is aan de nationale autoriteiten gelaten om te beoordelen welke algemene of bijzondere maatregelen daartoe het meest geschikt zijn (arresten van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, Wells, ECLI:EU:C2004:12, punt 64, 65 en 69; 21 juni 2001, Jonkman, ECLI:EU:C:2007:373, punt 37). De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college na de rechtspraak van het Hof en de Afdeling in de Trijber-zaak voor de keuze stond het volumebeleid los te laten, dan wel de bestaande vergunningen om te zetten naar vergunningen voor bepaalde tijd. Het college heeft te kennen gegeven te hebben besloten het volumebeleid los te laten, hetgeen grote gevolgen heeft. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college de gelegenheid moest krijgen zich zorgvuldig voor te bereiden op nieuw beleid. Een tijdelijke vergunningstop kan worden aangemerkt als aanloop naar het formuleren van nieuw beleid als maatregel om de met het Unierecht strijdige situatie ongedaan te maken en is derhalve niet in strijd met het beginsel van loyale samenwerking. In hetgeen [appellanten] hebben aangevoerd, kan voorts geen grond worden gevonden voor het oordeel dat een vergunningstop als hier aan de orde in strijd is met artikel 13 van de Dienstenrichtlijn, het vertrouwensbeginsel, een redelijke belangenafweging, het fair play-beginsel en het verbod op détournement de pouvoir. De rechtbank heeft bovendien overigens beoordeeld of de vergunningstop in de RPA 2013 ook in dit geval, gelet op alle omstandigheden, als redelijk kan worden aangemerkt en geconcludeerd dat dit wegens het tijdverloop niet het geval is."

⁷ Zie: ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958, r.o. 14.1 en: ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:722.

tijdelijk pas op de plaats wordt gemaakt met het verlenen van meerjarige subsidies en waarom de daarvoor genomen termijn noodzakelijk is en evenredig is aan het met verlenging beoogde doel, ook (met name) gelet op de belangen van de partijen die subsidie zouden willen aanvragen.

- 2.10 Wij voorzien dat een overtuigende motivering waarom het noodzakelijk is om vanwege de herziening van het stelsel te kiezen voor een verlenging van vier jaar (optie 4/0 of 4/4) moeilijk te geven zal zijn. Als herziening van het stelsel een pas op de plaats van vier jaar vraagt, dan ligt eerder voor de hand om een beleidsarme 0/0-optie te kiezen, waarin de huidige subsidieontvangers met hun 'oude' plannen kunnen meedingen en er in die periode nieuw beleid wordt gemaakt. Op die manier hoeft er geen inbreuk op de mededingingsnorm te worden gemaakt, terwijl herziening van het bestel kan worden voorbereid. Een verlenging is dan niet noodzakelijk en evenredig aan het beoogde doel.

Inzoomen op de argumenten die de Raad voor Cultuur geeft voor verlenging

- 2.11 Kort en goed menen wij dat de argumenten die de Raad voor Cultuur aan zijn verlengingsadvies ten grondslag heeft gelegd (omstandigheden rond Corona, rust voor instellingen, ruimte voor heroverweging bestel) wel begrijpelijk zijn. Juridisch, in het licht van de 'dwingende redenen van algemeen belang'-norm (en de indringende wijze waarop de rechter naleving van die norm toetst), achten wij de argumenten echter niet onmiddellijk overtuigend. Dat vraagt bijzondere aandacht bij de verdere doordinking van de vervolgstappen (wel of geen verlenging en zo ja, voor hoe lang).
- 2.12 Voor een pas op de plaats gedurende een periode van vier jaar zien wij op dit moment in het licht van de 'dwingende reden van algemeen belang'-norm onvoldoende goede argumenten. Wij kunnen ons voorstellen dat een beperkte pas op de plaats van bijvoorbeeld twee jaar aangewezen kan zijn (en verdedigbaar zou kunnen zijn) met het oog op de voorbereiding van een ombouw van het bestel. Ook daarvoor moet echter een goede motivering zijn, bijvoorbeeld waarom het bestel niet kan worden aangepast, terwijl de loketten voor meerjarige subsidies geopend blijven (op basis van het oude beleid). Tevens moet duidelijk zijn dat het beleid na die twee jaar ook echt omgebouwd zal zijn.
- 2.13 Een tijdelijke pas op de plaats dient ontegenzeggelijk ook het belang van de zittende instellingen, die daardoor meer rust en ruimte krijgen voor uitvoering van hun programma, na de covid-19 maatregelen. Voor instellingen die momenteel geen subsidie ontvangen (en langer geen toegang krijgen tot meerjarige subsidie) betekent een verlenging echter een nadeel. Bezien kan worden of – bijvoorbeeld met een daartoe open te stellen, tijdelijke, meerjarige subsidieregeling – die nadelen gemitigeerd kunnen worden. Dat voorkomt klachten van de strekking dat de tijdelijke verlenging leidt tot *onevenredige* benadeling van momenteel 'niet-ontvangende' instellingen.

Technische uitwerking

- 2.14 U heeft gevraagd op welke manier er kan worden gekomen tot een vier- dan wel tweejarige verlenging van zowel de BIS-subsidies als de meerjarige fondssubsidies. Daarover het volgende.
- 2.15 Een verlenging van de subsidie, is een – per instelling – genomen besluit, dat in feite neerkomt op verlening van een meerjarige subsidie voor het toekomstige tijdvak. Daarvoor moet een grondslag zijn in de Regeling op het specifiek cultuurbeleid, respectievelijk fondsreglement, waarin geregeld wordt wie aanspraak maakt op een meerjarige subsidie (zittende instellingen) en wie niet (instellingen die momenteel geen subsidie ontvangen).
- 2.16 Op grond van artikel 4a lid 3 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc) heeft de ministeriële regeling (Regeling op het specifiek cultuurbeleid) in beginsel betrekking op activiteiten die voor vier jaar voor subsidieverstrekking in aanmerking komen. Op grond van het vierde lid kan de minister in bijzondere gevallen subsidie verstrekken voor minder dan vier jaar. De 'bijzondere gevallen' om een kortere subsidieduur toe te kunnen kennen zien, volgens de memorie van toelichting bij de Wsc, bijvoorbeeld op individuele bijzondere gevallen (bijvoorbeeld een zorgelijke financiële situatie van een instelling).⁸ In de overige wetsgeschiedenis is ook gesproken over een meer generieke inperking van de subsidieduur.⁹

Overigens sluit een ambtshalve verlenging van de subsidie van de 'zittende instellingen', niet uit dat andere partijen een besluit uitlokken, door een aanvraag om verlening van een meerjarige subsidie in te dienen.¹⁰ Tegen de afwijzing van die aanvraag (op de grond dat de ministeriële regeling of het betreffende fondsreglement niet voorziet in subsidieverlening aan partijen die niet al subsidie ontvangen) kan bezwaar worden gemaakt.

Vraag 2 en 3: Welke risico's zijn er op het moment dat de verlenging niet gerechtvaardigd zou worden geacht? En in hoeverre verschillen die risico's in de verschillende scenario's? Is het risico anders als de BIS wel en de fondssubsidies niet worden verlengd?

Algemeen: risico bij toetsing door de rechter

- 2.17 Het risico bestaat dat de beperking op het beginsel van gelijke kansen (de verlenging), ondanks de motivering daarvoor, door een rechter als niet gerechtvaardigd wordt geacht. Dat kan de uitkomst zijn van daarover gevoerde juridische procedures, waarin het afwijzingsbesluit, of de regelgeving waarop deze is gebaseerd, door de rechter

⁸ Kamerstukken II 2006/07, 30 847, 3, p. 17.

⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30 847, 5, p. 6.

¹⁰ Dat zal zich eerder voordoen bij fonds- dan bij BIS-subsidies.

(exceptief) is getoetst.¹¹ Instellingen die vanwege de verlenging geen subsidie krijgen verstrekt, kunnen de keuze voor verlenging ter toetsing voorleggen aan de rechter.

- 2.18 Het gevolg van een negatieve uitkomst van een daarover gevoerde procedure kan zijn dat alsnog moet worden bezien of de afgewezen aanvrager(s) wel voor subsidie in aanmerking zouden zijn gekomen als de juiste procedure zou zijn gevolgd (dat wil zeggen: mededinging zou zijn geboden bij verdeling van de beschikbare subsidie). Simpel gezegd: als de rechter een streep zet door de afwijzing van de subsidie (op de grond dat sprake is van een onrechtmatig tijdelijk moratorium), moet er alsnog beoordeeld worden of de subsidie verleend had moeten worden. In dat geval moet de Raad voor Cultuur, het fonds, of de betrokken andere overheid, de (afgewezen) aanvragen alsnog gaan beoordelen.¹²
- 2.19 Bij uitvoering van deze beoordeling (op last van de rechter) kan geen sprake zijn van een 'echte' tender, met onderlinge vergelijking. Immers: concurrentie met zittende partijen waaraan al subsidie is verleend, is niet aan de orde. De al verleende subsidies liggen niet voor bij de rechter. Een beoordeling zou er dan al snel op kunnen neerkomen dat de plannen van de betreffende instellingen (alleen) worden beoordeeld op kwaliteit en – bij voldoende kwaliteit – worden gehonoreerd.

Het gaat dan overigens wel alleen om de aanvragen van instellingen die opkwamen tegen hun afwijzing. Om het risicobeeld compleet te krijgen, adviseren wij om op basis van ervaring voor elk van de 'schaarse sectoren' in te schatten hoeveel (nieuwe) instellingen er voor BIS-subsidie (of meerjarige Fondssubsidie) in aanmerking zouden willen komen en hoeveel daarvan kwalitatief voldoende zouden worden beoordeeld en in zoverre voor subsidie in aanmerking zouden kunnen komen.

Risico's per scenario

- 2.20 U heeft aangegeven dat bij het maken van een beleidsmatige keuze over een pas op de plaats verschillende scenario's denkbaar zijn. Het gaat dan om:
- een (beleidsarme) tender waarbij alle cultuurinstellingen kunnen meedoen op grond van de voorwaarden uit het huidige beleid (0/0);
 - een verlenging van de BIS-subsidies voor 2 jaar, maar géén verlenging van de fondsensubsidies (2/0);

¹¹ Beschrijving van de precieze procesrechtelijke routes die daarbij wel of niet gevolgd kunnen worden, gaat het bestek van deze notitie te buiten. *Bottom line* is dat een tijdelijke pas op de plaats ter beoordeling aan de (bestuurs)rechter kan worden voorgelegd en dat deze zich kan (en zal) uitlaten over de rechtmatigheid van de op dit punt gemaakte keuze, in het licht van de daarbij betrokken belangen van zittende en niet-ontvangende partijen.

¹² Zie ABRvS 4 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364: "Ter zitting heeft het bestuur erkend dat [appellant sub 2] met een voorlopige score van 1,9 voor zijn voorstel en een derde plaats op de voorlopige prioriteringslijst in subsidieronde Veni 2012 een uitstekende uitgangspositie had en dat indien [appellant sub 2] een gemiddelde score zou hebben behaald voor zijn interview, de totale score zodanig zou zijn dat [appellant sub 2] op de prioriteringslijst op plaats elf of hoger zou zijn geëindigd en daarmee aanspraak zou hebben gemaakt op de gevraagde subsidie. Gelet hierop bestaat aanleiding de toekenning van de subsidie door de rechtbank in stand te laten."

- een verlenging van de BIS-subsidies en de fondsensubsidies voor 2 jaar (2/2);
- een verlenging van de BIS-subsidies voor 4 jaar, maar géén verlenging van de fondsensubsidies (4/0);
- een verlenging van de BIS-subsidies en de fondsensubsidies voor 4 jaar (4/4).

2.21 In zijn algemeenheid valt over de houdbaarheid van de scenario's in het licht van de mededingingsnorm te zeggen dat hoe verder het scenario afwijkt van de 0/0-optie, hoe beter de motivering zal moeten zijn (zie vraag 1) en hoe groter het risico is dat de uiteindelijk wordt geoordeeld dat de voor afwijking van het 0/0 scenario gegeven motivering onvoldoende draagkrachtig is.

2.22 Dat risico ziet allereerst op de duur van de verlenging. De scenario's 4/0 en 4/4 zullen meer risico met zich brengen dan de verlengingen met 2 jaar. Niet alleen is er een betere motivering nodig voor een langere verlenging¹³ (zie vraag 1), ook zal er meer subsidie uitgekeerd moeten worden voor partijen die ten onrechte geen subsidie hebben gekregen (want voor een langere periode).

Als gezegd (zie hiervoor, onderdeel 2.19) moet voor een kwantificering van de risico's per sector bezien worden of en zo ja hoeveel schaarste er is, door in te schatten hoeveel (nieuwe) instellingen er voor BIS-subsidie (of meerjarige fondssubsidie) in aanmerking willen komen en hoeveel daarvan kwalitatief voldoende zouden worden beoordeeld en in zoverre voor subsidie in aanmerking zouden kunnen komen.

2.23 Daarnaast denken wij dat de opties 4/4 en 2/2 meer risico met zich brengen dan de opties waarbij de fondsensubsidies niet dicht worden gezet. Als de fondsensubsidies – net als de BIS – tijdelijk dichtgezet worden voor nieuwe partijen, kunnen BIS-aanvragers niet uitwijken naar de fondssubsidie. Dat vergroot de (financiële) reden om te gaan procederen over de afwijzing. Het ligt minder voor de hand dat een partij zal klagen over een niet-verkregen toelating tot de BIS op het moment dat deze instelling wél subsidie van een fonds kan krijgen verleend. Wij verwachten dat het openhouden van de mogelijkheid van meerjarige fondssubsidies (de scenario's 4/0 en 2/0) mitigerend kan werken ten opzichte van de scenario's waarin ook de toegang tot de fondssubsidies tijdelijk wordt afgesloten.

Bovendien is de doorstroom van instellingen bij de fondsensubsidies groter dan bij de BIS en zullen dus waarschijnlijk meer instellingen last hebben van het dichtzetten van de fondsen dan van het dichtzetten van de BIS.

2.24 Het geopend laten van de fondsen zal daarom vermoedelijk zorgen voor minder procedures, maar ook bij die optie kunnen instellingen in rechte opkomen tegen de

¹³ De negatieve gevolgen voor de instellingen die op dit moment geen subsidie krijgen zullen bij een verlenging van 4 jaar groter zijn dan bij 2 jaar, waardoor beter gemotiveerd moet worden waarom de afwijking van het beginsel van gelijke kansen evenredig is ten opzichte van het doel.

weigering om tot de BIS toegelaten te worden. Zoals u heeft aangegeven kunnen de BIS-subsidies hoger zijn dan de fondsensubsidies en bovendien zal er ook niet voor alle instellingen plaats zijn bij de fondsen. Ook dan bestaat dus het risico dat partijen via de rechter alsnog toegelaten moeten worden tot de BIS.

Vraag 4: Is risicobeperking door een tijdelijke regeling voor nieuwkomers mogelijk?

- 2.25 Hiervoor – in onderdeel 2.23 – merkten wij op dat het voor de risicoinschatting uitmaakt als er door openstelling van de fondsensubsidies de kans aan nieuwkomers geboden blijft op een meerjarige subsidie. Daardoor wordt het risico van (een negatieve uitkomst van) een procedure over de dichtzetting van de BIS verkleind, maar niet weggenomen. Datzelfde zou gelden voor andere oplossingen waardoor instellingen die niet tot de BIS toegelaten kunnen worden, toch meerjarige subsidie kunnen aanvragen. Met dergelijke oplossingen kan worden geprobeerd om klachten van de strekking dat de tijdelijke verlenging leidt tot onevenredige benadeling van momenteel 'niet-ontvangende' instellingen te voorkomen.

Vraag 5: Wat is de betekenis van de omstandigheid dat het BIS-stelsel een beperkt gesloten systeem is dat bestaat naast andere subsidie-instrumenten?

- 2.26 Als besproken verwacht u dat de dynamiek rondom het BIS-stelsel minder is dan de dynamiek rondom fondssubsidies. De samenstelling van de kring van instellingen die BIS-subsidie ontvangt, is redelijk stabiel. Wel, zo begrepen wij, zijn er onderdelen van de BIS waarin de animo om als nieuwe aanvrager aanspraak te maken op BIS-subsidie, relatief groter is. Dat er in een aantal BIS-sectoren minder dynamiek is, rechtvaardigt de verwachting dat in die sectoren ook het aantal aanvragers dat aanspraak zal proberen te maken op BIS-subsidie beperkt zal zijn. In gevallen waarin dat toch wordt geprobeerd, bijvoorbeeld in de dynamischer sectoren, kan – mits de in de huidige periode verleende fondsensubsidies niet ook worden verlengd – door die instellingen (tijdelijk) worden teruggevallen op een meerjarige fondssubsidie als alternatief. Wij kunnen ons voorstellen dat een keuze voor een 2/0 of 4/0-scenario in het licht van de mededingingsnorm eenvoudiger te motiveren is (zie ook de beantwoording van vragen 2 en 3).

Vraag 6: Hoe verhouden de meerjarige rijkssubsidies zich tot de subsidies die decentrale overheden verlenen?

- 2.27 Juridisch gezien varen decentrale overheden voor wat betreft de cultuursubsidies hun eigen koers. Het staat hen vrij om een reguliere, open aanvraagronde open te stellen, ook als de BIS- en/of fondsensubsidies zullen worden verlengd. Er is dus geen (formeel) juridisch beletsel om eigen keuzes te maken.
- 2.28 Feitelijk gezien begrepen wij dat er wel wederzijdse afhankelijkheden bestaan, aangezien culturele instellingen regelmatig zowel van de Staat, als van bijvoorbeeld de

gemeente cultuursubsidie krijgen. Wij kunnen ons daarom voorstellen dat het in de praktijk wenselijk is dat de cyclus van het landelijke stelsel en de stelsels van de decentrale overheden niet uit de pas gaan lopen. Wij kunnen echter op dit moment niet overzien hoe groot die afhankelijkheden zijn.

- 2.29 De feitelijke wederzijdse afhankelijkheden zouden nader onderzocht kunnen worden, waarbij de verschillende scenario's (0/0, 2/0, 2/2, 4/0 en 4/4 en eventuele mitigerende maatregelen in de vorm van een tijdelijke subsidieregeling voor 'niet zittende'-instellingen) betrokken zouden moeten worden. Daarbij kan ook worden bezien welke van de scenario's ook voor de decentrale overheden het minste problemen oplevert.

* * *