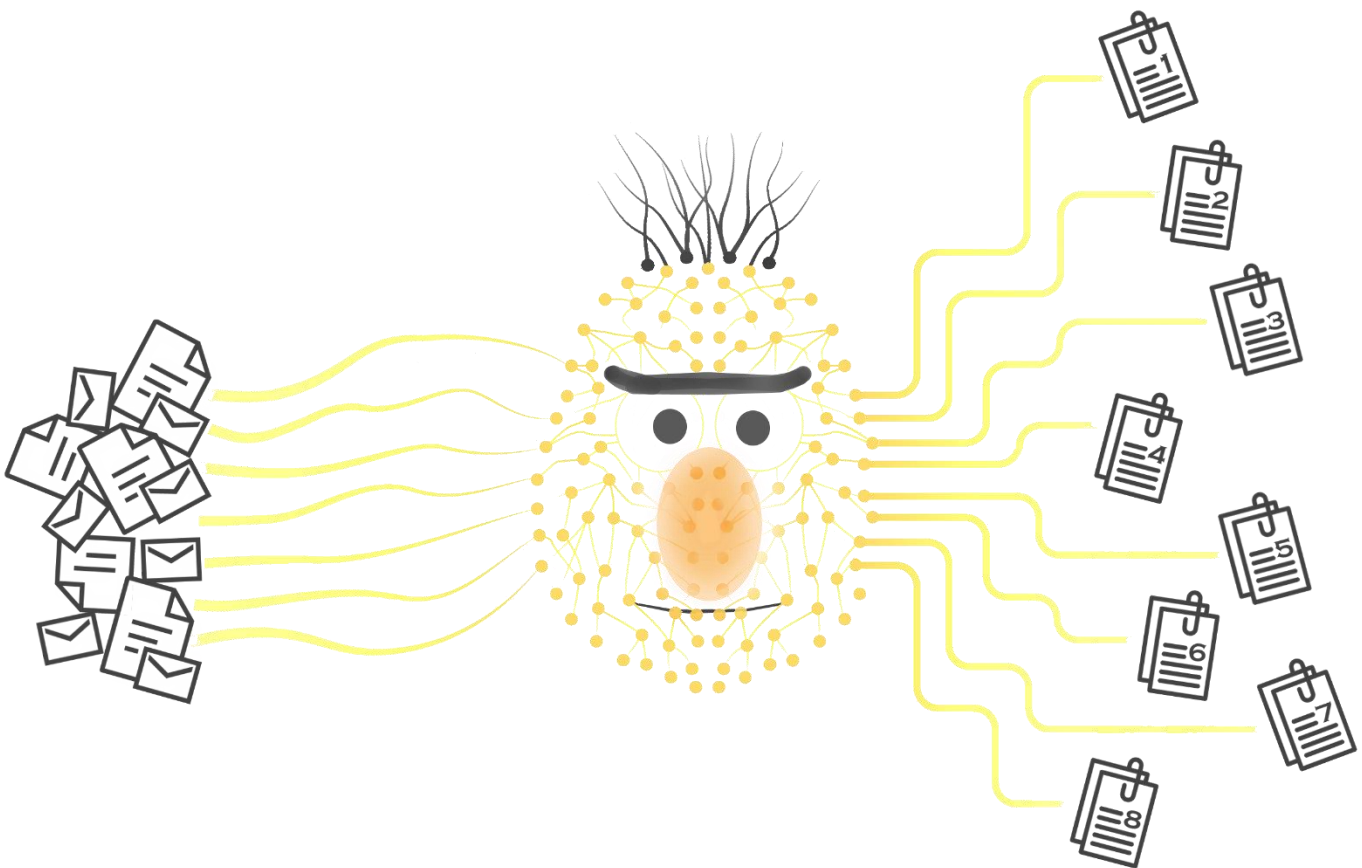


Tenderen met BERT

Over kunstmatige intelligentie als onconventionele oplossing voor problemen bij deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures



Voorwoord

Voor u ligt het sluitstuk van mijn masteropleiding Nederlands Recht: Algemeen Profiel aan de Universiteit Maastricht. Toen ik begon met de opleiding, had deze nog de specialisatie Privaatrecht. Mijn interesse lag echter breder en ik heb ervoor gekozen om hiernaast extra vakken te volgen, met name binnen het bestuursrecht. Dit heeft dan ook deels geleid tot het onderwerp van deze masterthesis, namelijk het subsidie(verdeel)recht.

Ik kan mezelf gelukkig prijzen met een hechte vriendengroep, waarvan de leden sterk uiteenlopende opleidingen hebben genoten. Dit leidt vaak tot zeer interessante, interdisciplinaire discussies. Dankzij mijn vrienden heb ik geleerd om door verschillende brillen naar mijn eigen vakgebied te kijken. Ik ben tot de conclusie gekomen dat men niet alleen wat kan leren van een juridische kijk op zaken, maar bovendien dat de juridische wereld bijzonder veel kan leren van andere disciplines.

Deze disciplines kunnen namelijk leiden tot creatieve oplossingen voor juridische problemen in een soms statisch rechtsgebied. Mij is opgevallen dat de oplossingen die worden aangedragen in de literatuur vaak dicht bij huis liggen. Zoals zal blijken in deze masterthesis heeft men binnen tenderssubsidieprocedures te maken met een deskundigenimpasse. Er gaat veel mis, maar men kan en wil de deskundigen niet kwijt. De aangedragen oplossingen komen vooral neer op een indringendere toetsing door de bestuursrechter of het introduceren van andere verdeelmethoden. Mijns inziens lost dit het probleem echter niet in de kern op. Daarom vroeg ik mij af of er niet toch een creatieve manier is om deze deskundigenimpasse te doorbreken.

Dit heeft uiteindelijk geleid tot het onderwerp van deze masterthesis: kunstmatige intelligentie als onconventionele oplossing voor problemen bij deskundigenadviesing in tenderssubsidieprocedures. Ik realiseer mij dat kunstmatige intelligentie (net zoals *blockchain*, *big data* of *internet of things*) een toverwoord is geworden. Niet elk probleem behoeft een ‘slimme’, data gedreven oplossing. Als men bovendien nodeloos verdigitaliseert, of dit fout aanpakt, kan dit het probleem zelfs verergeren. Indien men kunstmatige intelligentie echter op een goede manier en voor de juiste doeleinden toepast, ben ik ervan overtuigd dat het de bestuurspraktijk kan verrijken.

Ik wil allereerst mijn vrienden bedanken, de ‘vrijdagavondchills’ zijn een houvast geweest in turbulente tijden. Speciale dank aan Roel Schoenmakers en Jop Verbeek voor hun ondersteuning. Ik wil in het bijzonder Roel van Herten bedanken, zonder zijn inhoudelijke hulp op het gebied van kunstmatige intelligentie had deze thesis nooit op deze manier tot stand kunnen komen. Daarnaast wil ik mijn vriendin Anneke Uiterwaal bedanken voor haar inhoudelijke hulp, ondersteuning in het proces en niet als laatste haar geduld. Ten slotte wil ik mijn begeleider Ellen Hardy hartelijk bedanken voor haar enthousiasme over het onderwerp en het uitgebreide meedenken gedurende het onderzoek en schrijfproces.

Ik wens iedereen veel plezier met het lezen van deze masterthesis!

Jules Janssen

30 september 2021

*De illustratie op de voorpagina is mijn eigen werk.

Inhoud

| | | |
|--------------------|--|-----------|
| Hoofdstuk 1 | Inleiding | 4 |
| 1.1 | Aanleiding | 4 |
| 1.2 | Structuurkeuze | 5 |
| 1.3 | Probleemstelling en deelvragen | 5 |
| 1.4 | Afbakening van onderzoek | 6 |
| 1.5 | Onderzoeksmethoden | 7 |
| Hoofdstuk 2 | De tendersubsidieprocedure als verdeelmethode | 8 |
| 2.1 | Subsidiëring | 8 |
| 2.1.1 | <i>Subsidieplafond</i> | 8 |
| 2.1.2 | <i>Subsidieverdeling</i> | 8 |
| 2.1.3 | <i>Tendersubsidieprocedure</i> | 9 |
| 2.2 | Bestuurlijke beslissingsruimte | 9 |
| 2.2.1 | <i>Beleidsruimte</i> | 10 |
| 2.2.2 | <i>Beoordelingsruimte</i> | 10 |
| 2.3 | Invulling beslissingsruimte | 10 |
| 2.3.1 | <i>Gebrek aan expertise</i> | 10 |
| 2.3.2 | <i>Thorbecke-adagium</i> | 11 |
| 2.4 | Deelconclusie | 11 |
| Hoofdstuk 3 | Deskundigenadvisering | 12 |
| 3.1 | Deskundigenadvisering bij subsidieverdeling | 12 |
| 3.1.1 | <i>Motiveringsbeginsel</i> | 12 |
| 3.1.2 | <i>Vergewisplicht</i> | 12 |
| 3.2 | Opkomen tegen deskundigenadvies | 13 |
| 3.2.1 | <i>Hoedanigheid van de adviseurs</i> | 13 |
| 3.2.2 | <i>Totstandkoming van het advies</i> | 14 |
| 3.2.3 | <i>Inhoud van het advies</i> | 15 |
| 3.3 | Tekortkomingen | 15 |
| 3.3.1 | <i>Schaarste aan deskundigen</i> | 16 |
| 3.3.2 | <i>Controleerbaarheid en willekeur</i> | 17 |
| 3.3.3 | <i>Herstelproblemen</i> | 18 |
| 3.3.4 | <i>Denkbare oplossingen</i> | 19 |
| 3.4 | Deelconclusie | 19 |

| | | |
|--|---|-----------|
| Hoofdstuk 4 | Kunstmatige intelligentie in tendersubsidieprocedures | 20 |
| 4.1 | Kunstmatige intelligentie | 20 |
| 4.1.1 | <i>Machine en deep learning</i> | 20 |
| 4.1.2 | <i>Computerlinguïstiek</i> | 20 |
| 4.1.3 | <i>BERTender</i> | 21 |
| 4.2 | Kunstmatige intelligentie ter ondersteuning van deskundigenadviescommissies | 21 |
| 4.2.1 | <i>Oplossing voor schaarste aan deskundigen</i> | 21 |
| 4.2.2 | <i>Oplossing voor controleerbaarheid en herstelproblemen</i> | 22 |
| 4.2.3 | <i>Kantttekeningen</i> | 22 |
| 4.3 | Kunstmatige intelligentie ter vervanging van deskundigenadviescommissies..... | 23 |
| 4.3.1 | <i>Oplossing voor schaarste aan deskundigen, controleerbaarheid en herstelproblemen</i> | 23 |
| 4.3.2 | <i>Kantttekeningen</i> | 23 |
| 4.4 | Deelconclusie | 24 |
| Hoofdstuk 5 | Computeradvies en bestuurlijke rechtsbescherming | 25 |
| 5.1 | Computerbesluiten | 25 |
| 5.1.1 | <i>'Black box'-problematiek</i> | 25 |
| 5.1.2 | <i>Rechtsbeschermingskader</i> | 25 |
| 5.2 | Computeradviezen..... | 25 |
| 5.2.1 | <i>Verwacht rechtsbeschermingskader</i> | 26 |
| 5.2.2 | <i>Transparantieprobleem</i> | 26 |
| 5.2.3 | <i>Uitlegbaarheid en rechtsbescherming</i> | 27 |
| 5.3 | Deelconclusie | 27 |
| Hoofdstuk 6 | Slot | 29 |
| 6.1 | Conclusie..... | 29 |
| 6.2 | Aanbeveling | 30 |
| Geraadpleegde en aangehaalde literatuur | 31 | |
| | <i>Artikelen</i> | 31 |
| | <i>(Hand)boeken</i> | 33 |
| | <i>Jurisprudentie</i> | 34 |
| | <i>Parlementaire stukken</i> | 35 |
| | <i>Verslagen</i> | 35 |

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

‘Cultuursubsidies Noord-Brabant moeten opnieuw na verstrengeling belangen’, zo kopt de Volkskrant eind januari 2021. Er zou sprake zijn van belangenverstrengeling, gebrek aan transparantie, procedurefouten en ontbrekende vergaderverslagen binnen de deskundigenadviescommissie. Bovendien heeft een moeder, in de hoedanigheid van commissielid, de aanvraag van haar zoon beoordeeld.¹ De 68 betrokken subsidieaanvragen zullen opnieuw moeten worden gewogen, waarvan er acht alsnog kans maken op provinciale subsidies van opgeteld 3,5 miljoen euro. Het zal ongetwijfeld een tijdrovend proces worden en de financiële gevolgen mogelijk groot.

Het incident staat niet op zichzelf. In het afgelopen decennium zijn er geregeld klachten over deskundigencommissies aan de hoogste bestuursrechter voorgelegd. Aanvragers klagen over de procedure die onzorgvuldig is voorbereid of voltrokken, aan de hand van artikel 3:2 en 3:9 Awb, of over (schijn van) belangenverstrengeling bij een of meer commissieleden, waaraan zij zich niet schuldig mogen maken volgens artikel 2:4 Awb. Zo werd in 2010 de deelname van een adviescommissielid geacht buiten de grenzen van dit artikel te vallen. Een schijn van belangenverstrengeling kan hiervoor voldoende zijn, zo oordeelde de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State in lijn met eerdere jurisprudentie.² In 2015 deed zich een zaak voor waarbij grove procedurele fouten waren gemaakt. In deze zaak zakte een aanvrager op onverklaarbare wijze van een hoge naar een niet-subsidiabele positie in de ranglijst. De betrokken commissie gaf zelf toe dat er grote fouten waren gemaakt, maar werkte niet mee aan de voorgestelde herstelaanpak.³

Anno 2021 blijkt het probleem nog maar wat actueel. Jaarlijks worden tientallen miljoenen euro’s aan subsidiegeld verdeeld middels tendersubsidieprocedures op landelijk en provinciaal niveau. Een kleine fout in de procedure kan daarom grote (financiële) gevolgen hebben. De vraag rijst dan ook waarom deze problemen nog steeds kunnen voortduren.

De twee genoemde voorbeelden, alsmede het incident in Noord-Brabant, stippen ook algemene pijnpunten aan van deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures, die verbetering lastig tot onmogelijk maken. De zaak uit 2010 betrof een commissielid dat zelf directeur was van een kunststichting, die in dezelfde subsidieronde een aanvraag had ingediend. Het is een algemeen bekend feit dat in de wereld van energie-, wetenschaps- en cultuursubsidies, de vijver waaruit men deskundigen vist klein is. Het komt daarom geregeld voor dat een expert persoonlijke belangen heeft bij de manier waarop aanvragers worden gerangschikt. Dit is problematisch.

Zoals de zaak uit 2015 schetst, heeft men daarnaast te maken met mensen, en mensen maken fouten. Dit is op zichzelf geen probleem: bezwaar en beroep bestaat immers om fouten te herstellen. Helaas blijkt dat het juist bij tendersubsidies in de praktijk vrijwel onmogelijk is dergelijke procedurele gebreken achteraf nog te herstellen. Tegen de tijd dat de hoogste bestuursrechter naar de zaak heeft gekeken, is men vaak jaren verder; veel te laat voor de aanvrager, wiens onderzoek of zelfs voortbestaan afhangt van de subsidie. Bovendien is het vaak onmogelijk om te beoordelen tot welk besluit men was gekomen, had de procedurele fout zich niet voorgedaan. Reconstructie van de omstandigheden ten tijde van de beoordeling van de aanvraag (*ex tunc*) is vrijwel onmogelijk, maar, desalniettemin, wel verplicht.⁴ Ten slotte is het vaak

¹ Embrechts, *Volkskrant*, 29 januari 2021.

² ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*).

³ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, *AB* 2017/198, m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*).

⁴ Conform artikel 7:11 Awb; zie bijv. ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, *AB* 2017/198, m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*), r.o. 4.2.

simpelweg niet mogelijk om deskundigen weer om de tafel te krijgen, om wat voor praktische reden dan ook.

De aard van deskundigenadviesing in het kader van subsidietenders lijkt zich daarmee te verzetten tegen een adequate oplossing. Het incident in Noord-Brabant is een voorbeeld van hoe het mis kan gaan, op nagenoeg dezelfde wijze als tien jaar geleden.

In dit onderzoek wordt vanuit een praktische invalshoek gekeken of toch een oplossing kan worden gevonden voor de beschreven impasse. Hierbij wordt een onconventionele oplossing onderzocht: kunstmatige intelligentie. Kunstmatige, ofwel artificiële intelligentie (AI) kan de voornaamste tekortkomingen ondervangen die bij conventionele adviescommissies tot problemen leiden. Zo is een computer in essentie onpartijdig, gaat de informatie die hij verzamelt in beginsel nooit verloren en kan hij situaties zonder problemen *ex tunc* reconstrueren. Door de toepassing van slimme algoritmes – in het bijzonder *deep learning* – kan de computer besluitvorming nabootsen zoals die zich voltrekt bij een rationele en deskundige groep personen. Door de abstractieniveaus van een deep learning-model, kan het besluitvormingsproces mogelijk zelfs verrijkt worden, door overwegingen erbij te betrekken waar een adviseur van vlees en bloed niet op was gekomen.

De overheid is zich steeds meer bewust van de deuren die de opkomst van AI kan openen. De burger is hier echter niet altijd bij gebaat: geautomatiseerde besluitvorming waarbij de menselijke maat verloren gaat is aan de orde van de dag. Dit onderzoek zal daarom naast de mogelijke oplossingen die AI kan bieden voor tenderssubsidieprocedures, nadruk leggen op het rechtsbeschermingskader bij computerbesluiten. De volgende uitleg over de structuurkeuze en de probleemstelling en deelvragen binnen dit onderzoek, zal dit nader vormgeven.

1.2 Structuurkeuze

Zoals benoemd in de aanleiding tot dit onderzoek, ligt de combinatie tussen AI en subsidie(tenders) niet meteen voor de hand. De connectie tussen deze twee begrippen zal daarom middels een gelaagde structuur benaderd worden en er zal extra zorg voor worden gedragen dat de verhouding tussen de lagen duidelijk is.

In de eerste laag van het onderzoek worden de voor subsidieverdeling relevante artikelen uit de subsidietitel en de verdeling van subsidiegelden door middel van een tendersysteem uitgelicht. In de tweede laag staat de bestuurlijke beslissingsruimte centraal die bestuursorganen genieten bij de verdeling van subsidiegelden. Hieruit zal volgen waarom deskundigenadviesing een veelvuldig gekozen middel is om deze beslissingsruimte in te vullen. In de derde laag komt het wettelijke kader van deskundigenadviesing binnen subsidietenders aan bod en met name hoe een teleurgestelde aanvrager hierbinnen zijn afwijzingsbesluit kan aanvechten. In de vierde laag zullen vervolgens de inherente problemen met deskundigenadviesing in subsidietenders worden uitgelicht. In de vijfde en laatste laag zal AI worden geïntroduceerd als mogelijke oplossing voor deze problemen.

Nadat middels deze gefaseerde aanpak de connectie tussen deskundigenadviesing en AI in het kader van subsidietenders tot stand is gekomen, wordt ten slotte de toepassing van AI gezien in het licht van rechtsbescherming voor aanvragers. Aan de hand van deze aanpak, kan op gestructureerde wijze de centrale vraag van dit onderzoek worden beantwoord.

1.3 Probleemstelling en deelvragen

In dit onderzoek wordt gekeken of de toepassing van AI de inherente problemen bij deskundigenadviesing in tenderssubsidieprocedures kan oplossen. Aan de beschreven structuur ligt een centrale onderzoeksvraag ten grondslag, alsmede een reeks deelvragen. De centrale vraag van dit onderzoek luidt:

“Hoe kan kunstmatige intelligentie de problemen van deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures oplossen?”

Uit deze centrale onderzoeksvraag vloeien de volgende deelvragen voort.

1. Waarom worden er veelvuldig deskundigenadviescommissies ingesteld bij tendersubsidies?

In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de vele landelijke en provinciale tendersubsidieprocedures die jaarlijks worden uitgevaardigd en, bovendien, dat bij tendersubsidies zeer vaak deskundigenadviescommissies worden ingeschakeld. Waarom wordt er bij deze vorm van subsidieverdeling bij uitstek gekozen om inhoudelijke beoordeling van aanvragen uit te besteden? Bij deze deelvraag horen de eerste twee lagen van het onderzoek.

2. Wat is het wettelijk kader voor deskundigenadvisering bij tendersubsidies?

In hoofdstuk 3 zal het wettelijk kader worden besproken dat geldt voor deskundigenadvisering in het kader van tendersubsidies. Om te beoordelen wat er misgaat, moet immers eerst gekeken worden welke regels gelden voor deze vorm van advisering aan een bestuursorgaan. De derde laag van het onderzoek ziet op deze deelvraag.

3. Welke problemen doen zich voor bij deskundigenadvisering bij tendersubsidies?

Voordat kan worden beoordeeld of de introductie van AI problemen oplost, moeten de misstanden uit de huidige procedure worden gedistilleerd. Deze deelvraag zal ook in hoofdstuk 3 worden behandeld. Bij de beantwoording van de deelvraag ligt de nadruk op problemen met de hoedanigheid van de deskundigen, enerzijds, en op de inhoud en de totstandkoming van het advies, anderzijds. Bij deze onderzoeksvraag hoort laag vier van het onderzoek.

4. Kan kunstmatige intelligentie een oplossing bieden voor de problemen van deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures?

In hoofdstuk 4 zal vervolgens AI als mogelijke oplossing worden onderzocht. Aan de hand van de derde deelvraag zal blijken dat er inherente problemen aan deskundigenadvisering kleven. Kan de toepassing van AI deze tekortkomingen ondervangen door ondersteunend te worden ingezet tijdens het adviseringsproces of door het algoritme op de stoel van de adviseur te zetten? Hierbij hoort de vijfde laag.

5. Welk rechtsbeschermingskader geldt of zou moeten gelden voor computeradviezen in tendersubsidieprocedures en hoe kan hieraan worden voldaan?

In hoofdstuk 5 wordt AI gezien in het licht van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Onderzocht is welk normenkader geldt voor computerbesluiten, hoe dit zich verhoudt tot dat van deskundigenadvisering en ten slotte hoe computeradviezen hieraan kunnen voldoen.

1.4 Afbakening van onderzoek

Het onderzoek is beperkt tot schriftelijke aanvragen binnen subsidietenders. Kwalitatieve analyse van beeld – denk hierbij aan opvoeringen of werken van een aanvrager van een kunstsubsidie – is in beginsel mogelijk met dezelfde techniek. Het betrekken van deze nuances zal echter geen toegevoegde waarde hebben bij de beantwoording van de onderzoeksvraag.

Verder besteedt dit onderzoek geen aandacht aan privacy en discriminatie bij AI-besluitvorming. Deze onderwerpen zijn minder van belang in het kader van deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures en verdienen bovendien eigen onderzoeken.

1.5 Onderzoeksmethoden

Het onderzoek is uitgevoerd door middel het raadplegen van literatuur en jurisprudentie. De geraadpleegde literatuur is voornamelijk afkomstig uit databanken zoals Legal Intelligence, Kluwer Navigator, arXiv en openbare delen van Universiteitsbibliotheken. Daarnaast is een aantal handboeken en proefschriften gebruikt. De jurisprudentie is met name afkomstig van de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State (Afdeling) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

Hoofdstuk 2 De tendersubsidieprocedure als verdeelmethode

In dit hoofdstuk worden de eerste twee lagen van het onderzoek behandeld. In de eerste laag wordt ingegaan op relevante aspecten van subsidiëring, namelijk het subsidieplafond, subsidieverdeling, en tendersubsidieprocedures. In de tweede laag wordt bestuurlijke beslissingsruimte bij subsidiebevoegdheid en ten slotte de problematiek bij het invullen van deze beslissingsruimte besproken.

2.1 Subsidiëring

Subsidiëring is een belangrijk instrument voor de overheid om het gedrag van burgers en bedrijven te beïnvloeden. Onder een subsidie wordt aan de hand van de materiële definitie van artikel 4:21 lid 1 Awb verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Subsidiëring betreft een publiekrechtelijke manier van geld verstrekken. Het verlenen van een subsidie en het vaststellen daarvan, zijn daarom besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, waarvoor bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.⁵ Subsidiëring kan met het oog op de begrotingen niet ongelimiteerd gebeuren. De wetgever heeft om die reden een subsidieplafond in het leven geroepen.

2.1.1 Subsidieplafond

Onder een subsidieplafond wordt volgens artikel 4:22 Awb verstaan, een bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift. Aan de hand van artikel 4:25 lid 1 Awb kan een subsidieplafond slechts bij of krachtens een wettelijk voorschrift worden vastgesteld. Het is tegenwoordig echter eerder regel dan uitzondering dat een subsidieregeling een plafond bevat.⁶ Het budget van de overheid is geen bodemloze put. Desalniettemin heeft de Hoge Raad al in de negentiende eeuw bepaald dat de overheid haar wettelijke verplichtingen moet nakomen, ook als begrotingsposten ontoereikend zijn.⁷ Het bestaan van een subsidieplafond is dan ook zonder meer logisch, wanneer een subsidieregeling anders een ongeclausuleerde aanspraak op subsidie zou creëren.⁸ Deze opvatting wordt kracht bijgezet in het tweede lid van artikel 4:25 Awb, waarin de wetgever bestuursorganen verplicht om subsidieaanvragen te weigeren, voor zover honorering van deze aanvragen het subsidieplafond zou overschrijden. Nu subsidiebudgetten in veel gevallen gemaximeerd zijn, volgt automatisch de vraag hoe het beschikbare budget dient te worden verdeeld.

2.1.2 Subsidieverdeling

Wanneer een bestuursorgaan besluit om een bepaalde subsidiepot met een plafond beschikbaar te stellen, moet het beslissen hoe dit bedrag verdeeld zal worden. De praktijk kent hier verschillende methoden voor. Mogelijkheden zijn toekenning op volgorde van binnenkomst, loting, evenredige verdeling of een tenderprocedure.

Bij de keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst is van belang dat de persoon van de aanvrager niet relevant is voor de subsidieverstrekker.⁹ Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij subsidieprocedures om verduurzaming bij huishoudens te stimuleren,¹⁰ waarbij het begrijpelijkerwijs niet uitmaakt wie de aanvraag doet. De overheid zal bij deze verdeelmethode – en ook veelal bij loting en evenredige verdeling – moeten kunnen volstaan met aanvraagcriteria; hij kan kwalitatief betere subsidieaanvragen geen voorrang geven.

De wetgever heeft geen bepaald systeem van verdeling voorgeschreven in de Awb. Artikel 4:26 Awb bepaalt enkel dat bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag

⁵ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 389.

⁶ Van Rijn van Alkemade 2016, p. 2.

⁷ Den Ouden, Jacobs & Verheij 2021, p. 293.

⁸ Den Ouden, Jacobs & Verheij 2021, p. 299.

⁹ Den Ouden, Jacobs & Verheij 2021, p. 312.

¹⁰ Bijvoorbeeld de reeks Subsidie(s) energiebesparing eigen huis (SEEH).

wordt verdeeld en dat deze wijze van verdeling bij de bekendmaking van het subsidieplafond vermeld staat. Door de omissie van een voorschrift of rangorde van verdeelmethoden, en aan de hand van hetgeen is geschreven in de memorie van toelichting, lijkt de wetgever de subsidieverstrekker vrij te willen laten in welke verdeelmethode het beste past bij de betrokken subsidieactiviteit. Wel geeft hij aan dat het vaak meer voor de hand ligt – ten opzichte van de inherente willekeurigheid van verdeling op volgorde van binnenkomst – om voor de verdeling op grond van kwalitatieve criteria een selectie te maken.¹¹ De wetgever verwijst hierbij naar de verdeelmethode die in dit onderzoek centraal staat: de tendersubsidieprocedure.

2.1.3 *Tendersubsidieprocedure*

Bij tendersubsidieprocedures worden subsidieaanvragen kwalitatief beoordeeld en vervolgens in een rangorde geplaatst. Men spreekt ook wel van een vergelijkende toets. Een tendersubsidieprocedure bevat de volgende aspecten. Allereerst is er een uiterste indiendatum; de volgorde waarin de aanvragen zijn ingediend is daarmee irrelevant. Ten tweede zijn er drempelvereisten. Ten derde zijn er inhoudelijke criteria, op basis waarvan een puntenverdeling plaatsvindt. Met deze toegekende punten maakt men vervolgens een rangschikking. Ten slotte bepaalt deze rangschikking – aan de hand van het subsidieplafond – welke subsidieaanvragen gehonoreerd worden en welke niet. De wetgever laat het bestuursorgaan immers geen andere keuze dan de te laag geëindigde aanvragen af te wijzen.¹²

De tendersubsidieprocedure is met zijn inhoudelijke beoordelingscriteria een belangrijk instrument voor bestuursorganen, wanneer de kwaliteit van de subsidieaanvraag centraal staat. Een voordeel voor zowel de subsidieverstrekker als de potentiële ontvanger is dat de overheid op deze manier in grote mate grip heeft op de kwaliteit van de projecten die zij subsidieert, terwijl de aanvrager zelf in de hand heeft hoe goed zijn aanvraag is en daarmee hoe waarschijnlijk het is dat hij subsidiegelden ontvangt. De overheid kan met deze kwalitatieve beoordeling haar voordeel trekken uit de concurrerende werking op de markt, om zo de beste initiatieven te laten realiseren. De praktijk reflecteert deze voordelen, er wordt namelijk heel wat afgetenderd. Denk bijvoorbeeld aan de nationale EZK- en LNV-subsidies en de verschillende rondes aan wetenschapssubsidies die jaarlijks worden verdeeld door de NWO.

Dit grootste voordeel van de tendersubsidieprocedure is echter meteen ook de basis van diens grootste nadeel. De meeste problemen met de tendersubsidieprocedure hebben namelijk betrekking op de transparantie en uitkomsten van de (kwalitatieve) selectieprocedure.¹³

2.2 **Bestuurlijke beslissingsruimte**

In de voorgaande paragraaf is besproken hoe een tendersubsidieprocedure de overheid de mogelijkheid biedt om de kwaliteit van subsidiabele aanvragen te waarborgen. Met deze kennis in het achterhoofd, nemen we een stapje terug in deze paragraaf, met de bespreking van bestuurlijke beslissingsruimte.

Afhankelijk van de manier waarop de wetgever een bestuursbevoegdheid heeft vormgegeven, hebben bestuursorganen een bepaalde mate van vrijheid bij de uitoefening hiervan. Wanneer de wetgever in zijn geheel geen ruimte heeft gelaten voor eigen inzicht van het bestuursorgaan, spreekt men van een gebonden bestuursbevoegdheid. Dit komt echter vrijwel nooit voor. Wanneer wel sprake is van een zekere vrije uitoefening van een bevoegdheid, heeft men te maken met een discretionaire bestuursbevoegdheid. De mate van vrijheid waarmee deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend, wordt ook wel beslissingsruimte genoemd.¹⁴ Beslissingsruimte kan zich in twee vormen voordoen: beleidsruimte en beoordelingsruimte. Absolute vrijheid ten aanzien van deze ruimte komt – in ieder geval anno 2021 – niet voor.¹⁵

¹¹ *PG Awb III*, p. 209.

¹² Artikel 4:25 lid 2 Awb.

¹³ Den Ouden, Jacobs & Verheij 2021, p. 317; zie par. 3.3 van deze thesis voor een uitgebreide bespreking van deze schaduwkanten van de tendersubsidieprocedure.

¹⁴ Schlössels & Zijlstra 2017, no. 110.

¹⁵ Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61, De Raad van State stapte in 2017 dan ook officieel van het gebruik van de term ‘vrijheid’ af; geen enkele publiekrechtelijke bevoegdheid is namelijk geheel vrij, maar steeds gebonden aan de regels van het recht.

2.2.1 Beleidsruimte

Wanneer sprake is van beleidsruimte is het bestuursorgaan niet verplicht de bevoegdheid uit te oefenen, maar het mag dit wel doen.¹⁶ Slechts wanneer sprake is van beleidsruimte, heeft het bestuursorgaan de ruimte om belangen af te wegen bij de keuze om een bevoegdheid wel of niet te gebruiken.¹⁷ Tegelijkertijd is het bestuursorgaan gehouden om, waar het deze ruimte heeft, deze belangenafweging uit te voeren.¹⁸ In wetten en verordeningen waar subsidiebevoegdheden worden gecreëerd, is beleidsruimte af te leiden uit ‘kan’-bepalingen.¹⁹ Laatstelijk brengt beleidsruimte met zich mee dat de bestuursrechter slechts terughoudend mag toetsen.²⁰ Dit verdient wel de kanttekening dat de Afdeling in de laatste jaren indringender is gaan toetsen.²¹

2.2.2 Beoordelingsruimte

Naast beleidsruimte, kan het bestuursorgaan een zekere beoordelingsruimte hebben. In veel gevallen doet deze beoordelingsruimte zich voor in de vorm van een noodzaak voor het bestuursorgaan om vage wettelijke termen uit te leggen. Men spreekt dan van objectieve beoordelingsruimte.²²

Dit moet worden onderscheiden van subjectieve beoordelingsruimte. De wetgever verwacht hierbij een waardeoordeel van het bestuursorgaan over subjectief vage begrippen. Er wordt een beroep gedaan op de kennis en expertise die het bestuursorgaan in huis heeft.²³ De aanwezigheid van subjectieve beoordelingsruimte is te herkennen aan formuleringen als “naar het inzicht/oordeel van [bestuursorgaan]”, maar dit hoeft niet expliciet te zijn geformuleerd.²⁴ Ook bij het gebruik van beoordelingsruimte door het bestuursorgaan, moet de bestuursrechter terughoudend toetsen.

2.3 Invulling beslissingsruimte

Waar een bestuursorgaan dit heeft, zal de beschikbare beslissingsruimte moeten worden ingevuld. Bij een tenderssubsidieprocedure geniet het bestuursorgaan met name een grote mate van beoordelingsruimte.²⁵ Het gaat immers om een vergelijkende toets op basis van kwalitatieve criteria, waarbij inherent een waardeoordeel moet worden gemaakt. Hierbij is een tweetal aanzienlijke obstakels te herkennen.

2.3.1 Gebrek aan expertise

Waar beslissingsruimte zich in de vorm van objectieve beoordelingsruimte voordoet, is er niet veel aan de hand. De taalkundige uitleg van een dubbelzinnige term kan vaak zonder meer door het bestuursorgaan worden gegeven. Bij subjectieve beoordelingsruimte wordt het nemen van besluiten echter problematisch. De kennis en expertise die het waardeoordeel behoeft, is namelijk niet altijd in huis bij het bestuursorgaan. Dit doet zich – zoals zal blijken – bij uitstek voor bij tenderssubsidieprocedures.

Kenmerkend voor een tenderssubsidieprocedure is dat het bestuursorgaan in bepaalde mate afziet van zijn beleidsruimte. Het committeert zich namelijk zijn bevoegdheid uit te oefenen en de aanvragen die het het hoogst rangschikt (in beginsel) te financieren.²⁶ In ruil hiervoor maakt het bestuursorgaan maximaal gebruik van zijn beoordelingsruimte; het ligt volledig in zijn handen welke aanvragen het hoogst gerangschikt worden, aan de hand van de interpretatie van de subjectief vage begrippen. Tegelijkertijd moet dit waardeoordeel plaatsvinden in het kader van zeer specialistische vakgebieden, zoals de wetenschap, kunst

¹⁶ Schlössels & Zijlstra 2017, no. 118.

¹⁷ ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2415, AB 2012/246 m.nt. L.J.A. Damen (*Maatregel Alcohol en Verkeer*), r.o. 2.4.1.

¹⁸ Aan de hand van artikel 3:4 lid 1 Awb en het evenredigheidsbeginsel ex lid 2 van dat artikel.

¹⁹ Zie op Rijksniveau bijvoorbeeld artikel 2 lid 1 en 2a lid 1 Kaderwet EZ-subsidies en op provinciaal niveau bijvoorbeeld art. 5 lid 1 Algemene Subsidieverordening Provincie Limburg.

²⁰ Schlössels & Zijlstra 2017, no. 118.

²¹ Ortlep & Zorg 2018; Kegge 2018.

²² Schlössels & Zijlstra 2017, no. 113.

²³ *Ibidem*, no. 114.

²⁴ Bröring & De Graaf 2016, p. 295.

²⁵ Van Rijn van Alkemade 2016, p. 35.

²⁶ *Ibidem*.

en innovatie. Er ontstaat een impasse bij het bestuursorgaan, tussen het enerzijds moeten invullen van de grote beoordelingsruimte en het anderzijds niet in huis hebben van de expertise om die beoordeling adequaat te geven.

2.3.2 *Thorbecke-adagium*

Bovenop het gebrek aan expertise, hebben bestuursorganen te maken met een overkoepelend principe, dat al ruim 150 jaar de relatie tussen de overheid en kunst en wetenschap bepaalt. “*De Regering is geen oordeelaar van wetenschap en kunst*” waren de gevleugelde woorden die toenmalig regeringsleider Thorbecke in 1862 sprak voor de Tweede Kamer.²⁷ Het Thorbecke-adagium ziet er in de hedendaagse context op, dat de overheidsarm niet zover reikt, dat zij kwalitatief mag oordelen over de subsidiewaardigheid van een aanvraag.²⁸ Naast het besproken gebrek aan expertise, staat het devies van Thorbecke het bestuursorgaan dus in de weg om zijn subjectieve beoordelingsruimte zelf in te vullen binnen tendersubsidieprocedures.

2.4 **Deelconclusie**

In conclusie zijn tendersubsidieprocedures een aantrekkelijke manier voor bestuursorganen om subsidiegelden te verdelen, nu deze verdeelmethode hen toelaat grip te houden op de kwaliteit van de aanvragen. Bij tendersubsidies komt een grote mate van beslissingsruimte kijken, met name in de vorm van subjectieve beoordelingsruimte. Het bestuursorgaan kan die ruimte niet invullen: enerzijds heeft het veelal niet de kennis in huis om een dergelijk waardeoordeel te vellen en anderzijds schrijft het Thorbecke-adagium voor dat de overheid zich moet onthouden van dergelijke inhoudelijke oordelen over kunst en wetenschap. Het is daarom een logisch gegeven dat bestuursorganen op grote schaal externe deskundigencommissies inschakelen bij tendersubsidieprocedures.

²⁷ *Handelingen II*, 1862/63, 36.

²⁸ Vgl. Hardy 2019, p. 114 & 115.

Hoofdstuk 3 Deskundigenadvisering

De veelgekozen oplossing voor de in hoofdstuk 2 geschetste problemen is om gebruik te maken van deskundigenadvisering. In dit hoofdstuk worden laag drie en vier van het onderzoek besproken, die hierop voortborduren. Laag drie bevat allereerst een bespreking hoe deskundigenadvisering is vormgegeven in het kader van tenderssubsidieverdeling. Hierbij wordt gekeken naar het wettelijke kader en de daaruit voortvloeiende vergewisplicht van het bestuursorgaan. Vervolgens zijn de onderdelen die vaak tot discussie leiden binnen de vergewisplicht uitgelicht. Laag vier bevat een analyse van de inherente problemen die deskundigenadvisering met zich meebrengt, onder verwijzing naar tekenende gevallen in de jurisprudentie. Afsluitend wordt een aantal denkbare oplossingen besproken en toegelicht waarom deze geen duurzame uitkomst bieden.

3.1 Deskundigenadvisering bij subsidieverdeling

Advisering is geregeld in afdeling 3.3 van de Awb. Vanwege de gelaagde structuur van de Awb is deze afdeling ook van toepassing op de subsidietitel. Artikel 3:5 lid 1 Awb omschrijft een adviseur in de zin van deze afdeling als een persoon of college, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het adviseren inzake door een bestuursorgaan te nemen besluiten en niet werkzaam onder verantwoordelijkheid van dat bestuursorgaan. Bij deskundigenadviescommissies binnen tenderssubsidies bevat de subsidieregeling veelal deze wettelijke basis. In de praktijk vormt dit hoe dan ook geen probleem: afdeling 3.3 wordt in het verlengde van het zorgvuldigheidsbeginsel ex artikel 3.2 Awb ook toegepast op buitenwettelijke adviseurs.²⁹

Bij deskundigenadvisering vindt geen delegatie plaats. Het bevoegde orgaan blijft het bestuursorgaan. Zo blijft het verantwoordelijk voor de formele aspecten van de aanvraag, namelijk de toetsing van de aanvraag aan afdeling 4.1.1 Awb en de formele eisen in de betrokken subsidieregeling. De materiële aspecten worden vervolgens beoordeeld door de deskundigencommissie. De commissie voorziet de aanvraag van een inhoudelijke beoordeling op algemene en specifieke criteria, op basis waarvan de commissie punten toekent en waaruit vervolgens een rangschikking volgt.

3.1.1 Motiveringsbeginsel

Artikel 3:46 Awb, inhoudende het motiveringsbeginsel, stelt dat een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering. Artikel 3:49 Awb bepaalt vervolgens dat ter motivering van een besluit of een onderdeel daarvan kan worden volstaan met een verwijzing naar een met het oog daarop uitgebracht advies, indien het advies zelf de motivering bevat en van het advies kennis wordt gegeven. Het is vrij ingrijpend dat een bestuursorgaan in staat is om inhoudelijke besluitvorming in beginsel af te doen met een verwijzing naar een extern advies. Ter voorkoming dat een bestuursorgaan verantwoordelijkheid van zich afschuift, stelt de wet dat het zich ervan moet vergewissen dat het zich daadwerkelijk op het advies mocht baseren; zoals benoemd ligt de eindverantwoordelijkheid voor het te nemen besluit immers bij het bestuursorgaan.

3.1.2 Vergewisplicht

Het principe dat het bestuursorgaan verantwoordelijk blijft voor de zorgvuldigheid van het onderzoek van de deskundigen, is bekend als de *vergewisplicht* en is vastgelegd in artikel 3:9 Awb. Het is een specifieke vorm van het zorgvuldigheidsbeginsel.³⁰ In de praktijk houdt de plicht in dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de zorgvuldigheid van het door de deskundige verrichte onderzoek. De mate waarin het bestuursorgaan alert moet blijven is deels afhankelijk van de ervaring van de deskundigen met het te verrichten onderzoek. Als er sprake is van een dergelijke mate van ervaring, dan mag het bestuursorgaan in beginsel uitgaan van de juistheid van het adviesrapport. Dit betekent echter nooit dat een advies klakkeloos mag worden overgenomen.³¹

²⁹ Hardy & Verboeket 2021, par. 5.2, bevestigd in ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NLRVS:2021:1233, r.o. 6.

³⁰ Artikel 3:2 Awb.

³¹ ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/371, m.nt. E.M.J. Hardy, r.o. 7.2.

In de recente jurisprudentielijn van de hoogste bestuursrechter, met name het CBB, wordt de plicht als volgt ingekleurd. De vergewisplicht vergt dat het bestuursorgaan zich niet alleen ervan vergewist dat de door de deskundige gevolgde procedure zorgvuldig was, maar tevens dat het advies inhoudelijk toereikend is onderbouwd.³² Uit deze formulering zijn twee elementen te distilleren: enerzijds moet de gevolgde procedure zorgvuldig zijn en anderzijds moet deze toereikend zijn gemotiveerd. Gezien de wetsgeschiedenis is dit begrijpelijk. De jurisprudentielijn tot 1994, ten aanzien van het ten grondslag leggen van een advies aan een besluit, is namelijk gecodificeerd in twee delen: artikel 3:9 en 3:49 Awb.³³ De wetgever heeft het hierbij over drie elementen. Het eerste is de vergewisplicht, dat hoort bij artikel 3:9 Awb. De tweede en derde zijn ‘inhoudelijk concludent’ en ‘kenbaar’, die horen bij artikel 3:49 Awb.³⁴ Het resultaat is dat het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn waar het gaat om de vergewisplicht.

Een teleurgestelde aanvrager van een tenderssubsidie waarbij een deskundigenadviescommissie betrokken is geweest, zal dus moeten stellen dat het bestuursorgaan zijn vergewisplicht heeft verzaakt, wil hij het besluit hersteld zien.

3.2 Opkomen tegen deskundigenadvies

Een aanvrager kan de vergewisplicht in zijn algemeenheid ter sprake brengen. Meestal wordt echter de nadruk gelegd op een of meer aspecten van de vergewisplicht. Het gaat hier om drie facetten, die in de volgende subparagrafen worden toegelicht.

3.2.1 Hoedanigheid van de adviseurs

Allereerst kunnen bezwaren zich richten op de hoedanigheid van de deskundigen. Een aanvrager kan bijvoorbeeld de deskundigheid van de commissie in twijfel trekken. Volgens vaste jurisprudentie is dit enkel mogelijk door het overleggen van een gekwalificeerd tegenadvies, wat betekent dat het qua deskundigheid en onafhankelijkheid van gelijke waarde is als dat van de betwiste commissie.³⁵ Als de aanvrager dit doet, dan is het bestuursorgaan gehouden om het eerste advies opnieuw tegen het licht te houden.³⁶

Naast inhoudelijke deskundigheid, kan het probleem met de hoedanigheid van de adviseur zich ook voordoen in de vorm van (een schijn van) partijdigheid. Artikel 2:4 Awb stelt dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid dient te vervullen (lid 1) en dat het er tegen dient te waken dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden (lid 2). Gezien zijn formulering, geldt dit artikel strikt genomen niet voor deskundigencommissies. In lijn met de manier waarop het zorgvuldigheidsbeginsel voor bestuursorganen doorwerkt op buitenwettelijke adviesorganen, toetst de bestuursrechter artikel 2:4 Awb ook rechtstreeks bij deskundigencommissies in tenderssubsidieprocedures.³⁷ Een beroep op dit artikel gebeurt bij tenderssubsidieprocedures vaak aan de hand van het tweede lid van het artikel.³⁸ Zoals bij meerdere juridische figuren waarbij een subjectief begrip moet worden bewezen,³⁹ moet de rechter objectiveren en zal uit de

³² CBB 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy, r.o. 5.2.2.

³³ *Ibidem*, annotatie punt 8.

³⁴ *PG Awb I*, p. 273-275.

³⁵ ABRvS 6 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE0336, AB 2002/111, m.nt. N. Verheij (*Bomech*), r.o. 2.2 & 2.2.1, annotatie punt 1 & 2.

³⁶ Hardy & Verboeket 2021, par. 5.2.3.

³⁷ ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*), annotatie punt 3.

³⁸ Bijv. ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*); CBB 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel*); CBB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Wind op Zee II*).

³⁹ Een uitstapje naar het strafrecht: denk bijvoorbeeld aan roekeloosheid in de zin van artikel 6 jo. 175 lid 2 WvW van vóór 1 januari 2020. Het is onmogelijk om een automobilist in het hoofd te kijken, dus werd er geobjectiveerd en werd roekeloosheid enkel bewezen geacht bij concrete gedragingen die ondubbelzinnig blijken gaven van het subjectieve element, zoals straatraces.

omstandigheden van het geval moeten blijken dat de deskundige vooringenomen was.⁴⁰ Hier zal niet snel sprake van zijn. In het tweede lid gaat het echter om een persoonlijk belang, wat wel enigszins objectief bepaalbaar is.⁴¹ Een adviseur die persoonlijk betrokken is bij een van de activiteiten van een aanvrager, kan bijvoorbeeld een objectief bepaalbaar belang hebben bij de uitkomst van de subsidietender. Uit jurisprudentie is gebleken dat ook de *schijn van* vooringenomenheid, voldoende zou moeten zijn voor schending van artikel 2:4 lid 2 Awb en het bestuursorgaan kan worden tegengeworpen in het kader van de vergewisplicht.⁴² Hier kan ook al sprake van zijn wanneer de deskundige ten aanzien van slechts één aanvrager bevooroordeeld kan zijn.⁴³

3.2.2 Totstandkoming van het advies

Ten tweede kunnen bezwaren zich richten tegen de totstandkoming van het advies. Bij zorgvuldige totstandkoming aan de hand van artikel 3:9 Awb hoort, naast deskundige en onbevooroordeelde adviseurs, een eerlijke en transparante procedure.

Het bestuursorgaan dient zich bijvoorbeeld ervan te vergewissen dat er daadwerkelijk onderzoek heeft plaatsgevonden. Het is uiteraard niet de bedoeling dat een deskundigencommissie haar advies uit de hoge hoed tovert, waardoor adequate verslaglegging van hoe het advies tot stand is gekomen van belang is.⁴⁴ Daarnaast moeten de criteria op basis waarvan zal worden beoordeeld, de concrete toepassing hiervan en de precieze werkwijze van de adviseurs van meet af aan inzichtelijk zijn.⁴⁵ Bovendien moeten de puntenscores die uit deze criteria en werkwijze volgen uitgesplitst worden naar de individuele leden van de adviescommissie en worden toegelicht.⁴⁶ Het is laatstelijk niet de bedoeling dat de commissie haar advies baseert op gegevens die niet zijn verstrekt door de aanvrager en waartegen deze niets heeft kunnen inbrengen.⁴⁷

De bestuursrechter hecht in ieder geval veel waarde aan het vereiste van effectieve rechtsbescherming in het kader van de totstandkoming van het deskundigenadvies. Hieraan voldoen kan volgens de bestuursrechter alleen als in de bezwaar- of beroepsprocedure de voor de toetsing van die beoordeling benodigde stukken met relevante informatie beschikbaar zijn, aan de hand van artikel 7:4 lid 2 Awb. De bestuursrechter gaat in dit kader dan ook niet zomaar mee met bewust vaag gelaten onderzoeksverslagen en het bewust niet opmaken van vergadernotulen, bijvoorbeeld omwille van grote (bedrijfs)belangen.⁴⁸ De bestuursrechter is ook niet bang om in het kader van effectieve rechtsbescherming creatief om te gaan met het belanghebbendenbegrip.⁴⁹ In de bekende casus Holland Opera had de gelijknamige aanvrager een positieve beoordeling ontvangen, maar, aangezien zij lager in de rangorde was geëindigd dan collega-aanvragers, een relatieve afwijzing gekregen. Om adequaat op te komen tegen haar eigen besluit, moest Holland Opera ook opkomen tegen de totstandkoming van de rangorde. Dit kan enkel indien er inzage wordt verschaft in de aanvragen van hoger geëindigde aanvragers. Dit was problematisch, nu Holland Opera geen belanghebbende was ten opzichte van de besluiten op aanvragen van concurrenten. De bestuursrechter opteerde voor een pragmatische oplossing: aan de hand van artikel 3:46 jo. 4:25 Awb zou de aanvrager een recht hebben op inzage in alle stukken die voor zijn zaak relevant zijn, waaronder de

⁴⁰ Theunisse 2019, par. 3.1.

⁴¹ *Ibidem*, par. 4.1.

⁴² ABRvS 7 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6228, AB 2003/3, m.nt. Neerhof (*Winsum*), r.o. 2.7.7; ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*), r.o. 2.5.2.

⁴³ Hardy & Verboeket 2021, par. 5.2.3.

⁴⁴ De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 69.

⁴⁵ Hardy & Verboeket 2021, par. 5.2.4.

⁴⁶ CBB 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*), r.o. 2.3.3.

⁴⁷ ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/371, m.nt. E.M.J. Hardy, annotatie punt 6; voor een mooi overzicht van de stand van zaken, zie: Rb. Midden-Nederland 15 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy, r.o. 9.

⁴⁸ CBB 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*), r.o. 2.3.4.

⁴⁹ Hardy 2016, par. 4.3-5.3.

concurrerende aanvragen.⁵⁰ Hoewel effectieve rechtsbescherming in het kader van relatieve afwijzingen niet per definitie samenhangt met de vergewisplicht bij deskundigenadvisering in subsidietenders, noemt en behandelt de bestuursrechter beide figuren in één adem waar ze zich tegelijkertijd voordoen.⁵¹

Al met al moet volgens de bestuursrechter met betrekking tot de totstandkoming van het advies, zowel voor- als achteraf, volledige transparantie bestaan. Dit geldt dus voor de puntenverdeling; hoe deze tot de rangorde heeft geleid; hoe ze zijn te herleiden naar individuele deskundigen alsmede hoe de aanvragen zich tot elkaar verhouden.

3.2.3 Inhoud van het advies

Ten slotte kan een aanvrager zijn pijlen richten op gebreken in de inhoud van het advies. Als de totstandkoming is geschied volgens de juiste procedures betekent dit namelijk niet zonder meer dat de inhoud van het advies, waarop het bestuursorgaan zijn (motivering van het) besluit baseert, klopt.

Het subsidieverstrekkende bestuursorgaan zal zich ervan moeten vergewissen dat (naast de gevolgd procedures) het advies inhoudelijk voldoende inzichtelijk is en op een zodanige manier is gemotiveerd, dat dit het uiteindelijke advies kan dragen.⁵² Dit geldt ten overvloede in gevallen waarbij een deskundigencommissie een negatief advies uit, terwijl zij geen uitvoeringen van de aanvrager heeft bijgewoond.⁵³ Het bestuursorgaan, en daarmee *de facto* de deskundigenadviescommissie, is met de uitspraak inzake Holland Opera sinds 2015 daarnaast gehouden om een relatieve afwijzing van een transparante en inzichtelijke motivering te voorzien.⁵⁴

Het bestuursorgaan mag niet klakkeloos uitgaan van alle adviezen die hem bereiken.⁵⁵ Om dit te bewerkstelligen, moet het bestuursorgaan inzage krijgen in de stukken die de basis vormen voor het advies. Een belanghebbende moet tevens kunnen beschikken over voldoende stukken om een contra-expertise in te schakelen. Het advies moet daarom inzage geven in de onderzoeksmethode en aangewende bronnen.⁵⁶ Wanneer door een belanghebbende cruciale delen uit een advies worden betwist, moet het bestuursorgaan hierover een zelfstandig oordeel vormen en zelf de gestelde onjuistheden weerleggen. Hiervoor kan niet simpelweg worden verwezen naar het advies.⁵⁷

Indien de teleurgestelde aanvrager succesvol weet te beargumenteren dat de inhoud van het advies ondeugdelijk is, dient er een heroverweging van het besluit plaats te vinden aan de hand van artikel 7:11 Awb. Dit houdt in dat de aanvraag opnieuw tegen het licht moet worden gehouden, gezien vanuit het perspectief en met de kennis ten tijde van het initiële besluit (*ex tunc*).

3.3 Tekortkomingen

Een aanvrager kan zijn beroep op schending van de vergewisplicht op een drietal manieren insteken, met ieder breed geformuleerde maatstaven. De plicht voor het bestuursorgaan om zich te vergewissen van de zorgvuldigheid waarmee deskundigen te werk zijn gegaan, lijkt daarmee voldoende handvatten te verschaffen voor een aanvrager om een afwijzingsbesluit van zijn subsidieaanvraag aan te vechten. Hierna zal echter blijken dat dit in de praktijk niet het geval is, of dat rechtsherstel in de praktijk moeizaam is.

⁵⁰ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. Den Ouden (*Holland Opera*), r.o. 6.2.

⁵¹ Rb. Midden-Nederland 15 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy.

⁵² Hardy & Verboeket 2021, par. 5.2.4.

⁵³ ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*); ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*).

⁵⁴ Hardy 2016, par. 5.2.

⁵⁵ Zie par. 3.1.2.

⁵⁶ De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 72.

⁵⁷ ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103, r.o. 6.1; ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/371, m.nt. E.M.J. Hardy, r.o. 7.2.

3.3.1 Schaarste aan deskundigen

Op zichzelf is het een logisch vereiste dat bij een vermoed gebrek aan deskundigheid een contraexpertise van gelijke waarde moet worden aangeleverd. Zou dit niet het geval zijn, dan zou een aanvrager namelijk op zeer laagdrempelige wijze zijn eigen afwijzingsbesluit onderuit kunnen halen. Het kunnen leveren van een dergelijk gekwalificeerd tegenadvies is in de praktijk in sommige gevallen echter een illusie. Het feit is nu eenmaal dat er vaak maar één instantie is die op het beoogde niveau het bestuursorgaan van advies voorziet, zoals de Raad voor Cultuur voor Rijkscultuursubsidies en de NWO voor wetenschapssubsidies. In het kader van subsidietenders, met name op rijksniveau, is dit middel in de praktijk dus nagenoeg onbruikbaar.

Waar het gaat om het hard maken van een eventuele schijn van vooringenomenheid, is de praktijk ook bepaald geen sinecure. Van de potentiële gevallen die worden voorgelegd aan de bestuursrechter, zijn er slechts een beperkt aantal voorbeelden waarbij de aanvrager in het gelijk wordt gesteld.⁵⁸ Dit is vreemd, nu aanvragers kennelijk vaak het vermoeden hebben dat sprake is van deze schijn⁵⁹ en aangezien artikel 2:4 lid 2 Awb een redelijk objectief bepaalbare maatstaf bevat. De bestuursrechter lijkt de formulering ‘de besluitvorming beïnvloeden’ echter op een zodanig strenge manier te interpreteren, dat hier slechts uitzonderlijk sprake van is. Dit wordt geïllustreerd in de uitspraak *De Theatercompagnie*. In de casus had de directeur van een concurrerende subsidieaanvrager, als lid van de deskundigencommissie geadviseerd bij de aanvraag van de Theatercompagnie. Van een persoonlijk belang is hier ongetwijfeld sprake. Beïnvloeding van de besluitvorming zeer waarschijnlijk ook. Dit temeer, nu de *schijn van belangenverstremgeling* voldoende zou moeten zijn. De beschreven feiten waren echter niet de reden dat de Afdeling concludeerde dat artikel 2:4 lid 2 Awb was geschonden en de vergewisplicht was verzaakt. Het was het negatieve oordeel van de directeur over de Theatercompagnie en de toename van de kans dat zijn eigen stichting haar aanvraag gehonoreerd zou zien, in combinatie met het feit dat in de betreffende stemprocedure de stem van één lid doorslaggevend kon zijn, dat de Afdeling deze conclusie trok.⁶⁰ Wellicht dat men schijn van belangenverstremgeling altijd te linguïstisch heeft geïnterpreteerd, maar deze strenge invulling door de bestuursrechter duidt eerder op een eis van het ‘naar de hand (kunnen) zetten van de besluitvorming’ en strookt niet met de verwachte betekenis.⁶¹ Het CBB lijkt deze lijn voort te zetten in de uitspraak *Wind op Zee II* uit 2019. In deze casus was een deskundige betrokken die werkzaam was bij een rechtspersoon met vele kennisinstellingen als aandeelhouders, die betrokken waren bij liefst zes van de zeventien subsidieaanvragen in de tenderronde. Het CBB oordeelde dat er geen schending was van artikel 2:4 lid 2 Awb, aangezien er geen, althans onvoldoende, aanleiding bestond om aan te nemen dat de deskundige een belang had bij de besluitvorming en nu de deskundige was uitgenodigd om op persoonlijke titel te beoordelen.⁶² Het feit dat de deskundige op een dergelijke manier banden had met zes andere aanvragers, zou op zichzelf voldoende moeten zijn om te spreken van een schijn van vooringenomenheid. Hieraan doet het op persoonlijke titel beoordelen natuurlijk geen afbreuk; het gaat immers om dezelfde persoon van vlees en bloed.⁶³

De bestuursrechter lijkt hiermee actief een strenge jurisprudentielijn te hebben gecreëerd en aan te houden, waarin leden van deskundigencommissies waarbij een schijn van vooringenomenheid heerst de hand boven het hoofd wordt gehouden. Men kan zich afvragen of dit wenselijk is. Er gaat nog voldoende mis waar het gaat om de hoedanigheid van adviseurs in tendersubsidieprocedures, dit zou eerder nopen tot een criterium waaraan teleurgestelde aanvragers eenvoudiger kunnen voldoen. Het is echter niet ondenkbaar dat de bestuursrechter zich bewust is van een fundamenteel probleem bij tendersubsidieprocedures, namelijk de schaarste aan voldoende gekwalificeerde deskundigen. In de kleine wereld van energie-, wetenschaps- en

⁵⁸ Theunisse 2019, par. 3.2; CBB 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel*), annotatie punt 1.

⁵⁹ Den Ouden, Jacobs & Verheij 2021, p. 321-323.

⁶⁰ ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*), r.o. 2.5.1 & 2.5.2.

⁶¹ *Ibidem*, annotatie punt 4.

⁶² CBB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Wind op Zee-II*), r.o. 7.4.

⁶³ *Ibidem*, annotatie punt 5.

cultuursubsidies is het ongewenst dat veel deskundigen uitgesloten moeten worden van adviescommissies omdat het bedrijf of de stichting waaraan zij gelieerd zijn ook in die subsidieronde zit.⁶⁴ De jurisprudentielijn – die toch enigszins merkwaardig te noemen is – zou, met dit feit in het achterhoofd, wel verklaard kunnen worden.

3.3.2 Controleerbaarheid en willekeur

Naast schaarste aan deskundigen, is controleerbaarheid een heikel punt bij deskundigenadvisering in subsidietenders. Zoals besproken in paragraaf 3.2.2 moet het voor de aanvrager kraakhelder zijn hoe het advies tot stand is gekomen. De praktijk laat echter zien dat dit geen vanzelfsprekendheid is.

Een tekenend praktijkvoorbeeld van fouten in de totstandkoming met grote gevolgen voor de controleerbaarheid is te vinden in de uitspraak Veni-subsidie uit 2015. In deze casus had de betreffende aanvrager een zeer goede voorlopige beoordeling gekregen op zijn aanvraag en kwam hierdoor zelfs op plek drie van de prioriteringslijst te staan. Gedurende het daaropvolgende interview gaat het echter faliekant mis: de aanvrager komt op onverklaarbare wijze op een niet-subsidiabele plek terecht. Het onderdeel waarop de aanvrager zodanig slecht scoorde kwam niet aan de orde tijdens het genoemde interview en was ook niet onderbouwd in het eindoordeel.⁶⁵ Tot overmaat van ramp was de verslaglegging van de interviewronde gebrekkig, waardoor reconstructie (en eventueel herstel) onmogelijk was.⁶⁶ De zaak illustreert wat de gevolgen kunnen zijn van gebreken bij de totstandkoming van een advies. Deze uiterst ondoorzichtige werkwijze van subsidieverstrekker NWO, staat overigens niet op zichzelf.⁶⁷

Controleerbaarheid van de totstandkoming en inhoud van het advies kunnen ook vanuit een andere hoek problematisch zijn. Het bestuursorgaan dient zich ervan te vergewissen dat de adviescommissie haar taak met zorgvuldigheid heeft uitgevoerd. Besproken is echter dat het bestuursorgaan de benodigde kennis mist om subsidieaanvragen kwalitatief te beoordelen, zowel *de facto* als principieel. Dit fenomeen wordt de kennisparadox genoemd. Het doet immers de wenkbrauwen fronsen dat een bestuursorgaan zich dient te vergewissen dat een advies concludent is, terwijl hij zelf geen inhoudelijke kennis heeft.⁶⁸ Zelfs als de totstandkoming van het advies uiterst transparant is geschied, is het nog maar de vraag of het bestuursorgaan dit kwalitatief kan controleren.

Een andere tekortkoming van deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures is ironisch genoeg willekeur. Een fundamenteel idee bij de verdeelmethode is dat het in aanmerking komen voor subsidiegelden afhankelijk is van de kwaliteit van de aanvraag. Na de drempeltoets, mag men ervan uitgaan dat overgebleven aanvragen kwaliteit tonen. Vervolgens hangt het in de praktijk echter van de persoonlijke voorkeuren van deskundigen af wie boven de ‘zaaglijn’ belandt, wat het willekeur-effect versterkt.⁶⁹

Een laatste aandachtspunt is de hoge standaard die de bestuursrechter eist bij de transparantie van onderzoek. Deze lijkt in eerste instantie haaks te staan op de strenge jurisprudentielijn die wordt aangehouden bij klachten over de hoedanigheid van adviseurs. Een verklaring kan zijn dat de bestuursrechter wederom de praktijkproblemen in het achterhoofd heeft. Het is onwenselijk dat te veel deskundigen uitgesloten worden van deelname aan adviescommissies. Mogelijk probeert de bestuursrechter deze werkelijkheid, die zwaar kan wegen op teleurgestelde aanvragers, te verzachten door een zeer hoge mate van transparantie te eisen bij de totstandkoming van het advies.

⁶⁴ Jacobs & Den Ouden 2011.

⁶⁵ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198, m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*), r.o. 1.

⁶⁶ *Ibidem*, r.o. 5.2.

⁶⁷ Bijv. Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels; en Rb. Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, AB 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

⁶⁸ Hardy & Verboeket 2021, par. 5.2.1.

⁶⁹ Rb. Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, AB 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels, annotatie punt 5.

3.3.3 Herstelproblemen

Ten slotte brengt een beroep op de vergewisplicht, op welk aspect van de plicht dit dan ook ziet, herstelproblemen met zich mee.

Het uitgangspunt bij herstel van een fout is dat de aanvrager zo veel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als het geconstateerde gebrek zich niet zou hebben voorgedaan.⁷⁰ Een belangrijk aspect hierbij is het feit dat het bestuursorgaan, en daarmee de deskundigencommissie, bezwaren *ex tunc* dient te heroverwegen. Indien er fouten zijn gemaakt in de procedure, luidt het argument van de deskundigencommissie vaak dat deze manier van heroverwegen nagenoeg onmogelijk is. In veel gevallen is namelijk niet meer na te gaan wat de uitkomst zou zijn geweest indien de aanvraag wel zorgvuldig zou zijn beoordeeld. Deze redenering is op zichzelf begrijpelijk. Het is vaak onzeker welke invloed de afwezigheid van een bepaald gebrek zou hebben gehad op de uitkomst van de tendersubsidieprocedure.⁷¹ Ontwikkelingen in sectoren als kunst, wetenschap en energie gaan immers vlug: een onderzoek is het volgende jaar mogelijk al achterhaald door nieuwe ontwikkelingen op het betreffende gebied; een energieproject dat twee jaar geleden de laatste technologische innovaties bevatte, is met de kennis van nu achterhaald; en de verrichtingen van een theatergezelschap zijn het volgende jaar mogelijk niet meer uniek. Daarnaast kunnen het vaak zeer praktische problemen zijn die dit herstel bemoeilijken: gespreksverslagen kunnen bijvoorbeeld niet zijn opgemaakt of in de prullenbak zijn beland. Soms is de adviescommissie, door bijvoorbeeld andere verplichtingen of overlijden, simpelweg niet meer bij elkaar te brengen.⁷²

In de casus Veni-subsidie vereiste de rechtbank als adequate hersteloptie het afnemen van een nieuw interview met de aanvrager, om dit vervolgens af te zetten tegen de interviewresultaten van de andere kandidaten ten tijde van de tendersubsidieprocedure. Dit zou volgens het bestuur een onevenredige werkdruk leggen op de deskundigencommissie.⁷³ Als de eerder besproken onzekerheid over de invloed van het gebrek aanwezig is, vergt rechtsherstel namelijk vaak dat de verdeelprocedure geheel of gedeeltelijk wordt overgedaan.⁷⁴ Ondanks deze – tot op zekere hoogte terecht – opmerkingen, gaat de bestuursrechter niet mee in het betoog van het bestuur en maakt hier zelfs korte metten mee.⁷⁵ De Afdeling kiest er uiteindelijk voor om zelf in de zaak te voorzien en het subsidiebedrag toe te kennen; een verschil met de terughoudende opstelling in vergelijkbare zaken die voorgingen.⁷⁶

Een duurzame oplossing zoeken blijft echter bijzonder lastig. Vanzelfsprekend is een jarenlange procedure tot aan de hoogste bestuursrechter problematisch, maar voor een teleurgestelde aanvrager wiens voortbestaan afhangt van een subsidie is elke procedure mogelijk te lang. Zelfs de ideale situatie, waarbij rechtsherstel *ex tunc* goed en efficiënt kan plaatsvinden, is dan geen echte oplossing in het kader van tendersubsidies. Daarnaast zullen steeds meer en steeds strengere bestuurlijke zorgvuldigheidseisen, de lasten en kosten van de uitvoering hiervan enkel doen toenemen.⁷⁷ Dit gaat ten koste van alle subsidieaanvragers.

⁷⁰ Van Rijn van Alkemade 2016, p. 146.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*, p. 147.

⁷³ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198 m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*), r.o. 4.

⁷⁴ Van Rijn van Alkemade 2016, p. 146 & 147.

⁷⁵ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198 m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*), r.o. 5.2.

⁷⁶ Bijv. ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade, r.o. 2.6; de bestuursrechter gaat, in het kader van finale geschilbeslechting, niet verder dan een opdracht tot het nemen van een nieuw besluit.

⁷⁷ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198 m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*), annotatie punt 11; Rb. Midden-Nederland 15 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy, annotatie punt 9, 10 & 12.

3.3.4 Denkbare oplossingen

Voordat wordt gekeken naar onconventionele oplossingen, volgt hier een kort overzicht van conventionele oplossingen en waarom deze naar waarschijnlijkheid geen duurzame oplossing zullen bieden.

Een mogelijke oplossing vloeit voort uit de strengere en indringendere toetsing aan de vergewisplicht en de eis van effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter. De inherente gebreken van deskundigenadvisering bij tendersubsidies komen zo steeds meer voor rekening van het bestuursorgaan en de deskundigen. De negatieve bijwerking hiervan is dat de procedure steeds minder werkbaar wordt. Het resultaat is dat de motivering van een relatieve afwijzing vaak pas komt, wanneer aanvrager zijn verdeelbesluit betwist.⁷⁸ Dit werkt ellenlange procedures in de hand en wekt procedeedrift op bij teleurgestelde aanvragers.

Een andere oplossing is meer verantwoordelijkheid bij deskundigen neerleggen. Aan de hand van de vergewisplicht is het bestuursorgaan verantwoordelijk voor onvolkomenheden in het deskundigenadvies dat ten grondslag ligt aan een besluit. Deze vrijblijvendheid voor deskundigen werkt gebreken in de totstandkoming en inhoud in de hand. Individuele deskundigen zouden bijvoorbeeld gesanctioneerd kunnen worden met uitsluiting van een komende tenderronde. De aanpak breekt echter met het wettelijke kader voor advisering in de Awb. Daarnaast stuit hij op het schaarsteprobleem: gekwalificeerde deskundigen die – veelal zonder vergoeding – bereid zijn de bewerkelijke adviestaak op zich te nemen, zijn lastig te vinden en wil men niet afschrikken met persoonlijke consequenties.

Den Ouden en Schuurmans stellen laatstelijk voor, in het kader van tegengaan van willekeur, om vanaf een bepaalde tenderscore loting te overwegen.⁷⁹ Hiervoor valt iets te zeggen, het staat dan immers vast dat de aanvraag kwalitatief in orde is. De oplossing gaat echter in tegen de essentie van tendersubsidieprocedures. Het idee is dat de beste aanvragen als eerste in aanmerking komen voor subsidie en niet dat alle aanvragen met een ruim voldoende evenveel kans maken.

3.4 Deelconclusie

Concluderend moet een teleurgestelde aanvrager zich beroepen op de plicht van het bestuursorgaan om zich ervan te vergewissen dat de door de deskundigencommissie gevolgde procedure zorgvuldig was en dat het advies inhoudelijk toereikend is onderbouwd. De individuele facetten van deze vergewisplicht brengen ieder gebreken met zich mee. In het kader van de hoedanigheid van de adviseurs loopt men tegen het praktische probleem van schaarste aan deskundigen aan. Bij de totstandkoming en de inhoud van het advies blijkt dat met name menselijke fouten, de menselijke aard, of het (bewust) nalaten van het maken van vergaderverslagen, grote problemen oplevert met de vereiste transparantie en herstel van eventuele fouten *ex tunc*.

Aan de hand van dit hoofdstuk kan daarom geconcludeerd worden dat er aanzienlijke gebreken te herkennen zijn bij in tendersubsidieprocedures als verdeelmethode middels deskundigenadvisering. Bovendien blijkt dat deze problemen zodanig inherent zijn aan de figuur, dat conventionele methoden niet tot een effectieve oplossing leiden.

Met deze tussenstand wordt dit onderzoek in het volgende hoofdstuk vervolgd met de oriëntatie van een onconventionele oplossing, te weten AI.

⁷⁸ Rb. Midden-Nederland 15 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, AB 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy, annotatie punt 9.

⁷⁹ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198, m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*), annotatie punt 11; vgl. Jacobs & Den Ouden 2011, hierin wordt naast een combinatie van verdeelmethoden voorgesteld om in sommige gevallen de tenderprocedure helemaal te vervangen vanwege de deskundigenproblematiek.

Hoofdstuk 4 Kunstmatige intelligentie in tendersubsidieprocedures

In dit hoofdstuk wordt de vierde en laatste laag van dit onderzoek besproken, namelijk hoe AI een oplossing kan zijn voor de inherente problemen bij deskundigenadviesing in tendersubsidieprocedures. Er zullen hierbij een aantal scenario's worden onderscheiden. Het eerste scenario, namelijk dat AI niet wordt geïntroduceerd, is de status quo en is reeds besproken in hoofdstuk 3. Het tweede scenario is dat AI wordt geïntroduceerd ter ondersteuning van deskundigenadviescommissies en de inherente problemen kan oplossen (4.2). Het derde scenario is dat AI wordt geïntroduceerd ter vervanging van deskundigenadviescommissies en de inherente problemen kan oplossen (4.3). Het vierde scenario is dat AI wordt geïntroduceerd, maar – door limitaties of eigen gebreken – niet de inherente problemen kan oplossen (4.4). Vooraf zullen AI; relevante toepassingen en subcategorieën alsmede de training van een model voor tendersubsidieprocedures worden besproken (4.1).

4.1 Kunstmatige intelligentie

Er is een aantal 'smaken' in AI te onderscheiden. AI op zichzelf kan beschreven worden als het overkoepelende concept om een computer intelligente beslissingen te laten nemen. Wanneer men het over AI heeft, gaat het in de praktijk vaak om een specifieke applicatie hiervan. Een bekend voorbeeld is een beslisboom, waarbij met relatief eenvoudige 'indien X, dan Y'-redeneringen menselijke besluitvorming wordt nagebootst. Hierbij is geen sprake van een zelflerende computer.

De belastingdienst maakt al sinds de jaren '70 gebruik van een vroege vorm van AI, namelijk met het overnemen van voorheen handmatige berekeningen en het jaarlijks opleggen van 17,4 miljoen aanslagen.⁸⁰ De toepassing is vanaf de jaren '90 uitgebreid naar bijvoorbeeld verlening van studiefinanciering en kinderbijslag.⁸¹

4.1.1 Machine en deep learning

Bij *machine learning*, een specifieke applicatie van AI, is wel sprake van een zelflerende computer. Hierbij wordt een slim algoritme getraind door middel van veel data met bepaalde attributen, zodat het verschillen en patronen leert herkennen in die dataset.

Deep learning is een subcategorie van *machine learning*. Hierbij worden heel veel lagen met variabelen aan het leerproces toegevoegd, waardoor het model op een steeds abstracter niveau kan onderscheiden. Het vereist in de regel erg veel data, maar is tegelijkertijd tot veel in staat. Zo zijn sommige data enkel scheidbaar door de abstractie die voortkomt uit de vele datatransformaties in de lagen van een *deep learning*-model.⁸² Deze lagen met transformatoren vormen tezamen een zogenaamd (*artificial of deep*) *neural network*. Zoals de naam suggereert, is een *deep neural network* geïnspireerd op een biologisch neurale netwerk zoals bijvoorbeeld te vinden is in het menselijk brein. De Belastingdienst en zelfs sommige gemeenten maken reeds gebruik van *deep learning*-technieken, bijvoorbeeld bij de opsporing van belastingfraude.⁸³

4.1.2 Computerlinguïstiek

Computerlinguïstiek, ofwel *natural language processing* (NLP), is een subcategorie van taalkunde en AI en houdt zich bezig met de interactie tussen computer en taal. Moderne NLP-modellen maken vrijwel uitsluitend gebruik van *deep neural networks*, gezien de indrukwekkende resultaten die deze methode met zich meebrengt.⁸⁴ Voorbeelden van toepassingen van NLP-modellen zijn spraakherkenning, contextuele betekenis van woorden, zinsontleding, en het herkennen van het sentiment dat een bepaalde tekst draagt.

⁸⁰ Van Eck 2018, p. 292.

⁸¹ Van Eck 2019, par. 1.

⁸² Zie voor een van de eerste succesvolle applicaties van *deep learning* op een lastige taak: Krizhevsky, Sutskever & Hinton 2012.

⁸³ *Kamerstukken II*, 2017/18, 26643, 557, p. 13.

⁸⁴ Zie bijv. Vaswani et al. 2017 en Sutskever, Vinyals & Le 2014.

De belangrijkste speler voor de toepassing van AI op tendersubsidieprocedures is BERT. BERT (*Bidirectional Encoder Representations from Transformers*) is een taalmodel dat, in tegenstelling tot zijn voorgangers, zodanig is vormgegeven dat hij woorden in een tekst in alle richtingen in context kan plaatsen.⁸⁵ Men heeft ontdekt dat een voorgetraind BERT-model perfect is om te verfijnen voor de toepassing op een brede selectie aan taken binnen computerlinguïstiek.⁸⁶ BERT is bijzonder effectief bij de kwalificatie van taal. Aangezien beoordeling van tendersubsidieaanvragen in essentie het toekennen van punten aan een stuk tekst is, is het aannemelijk dat hiervoor ook een BERT-model gemaakt kan worden. Dit onderzoek stelt alvast de naam BERTender voor.

4.1.3 BERTender

Om BERTender te trainen voor de beoordeling van subsidieaanvragen hoeft men niet het wiel opnieuw uit te vinden. Als basis kan men een voorgetraind Nederlandstalig BERT-model gebruiken.⁸⁷ Het behoeft waarschijnlijk enkel verdere voortraining om jargon binnen het vakgebied waarin het ingezet gaat worden te doorgronden. Vervolgens zal BERTender verder getraind worden met data. Deze data zullen bestaan uit subsidieaanvragen van reeds afgeronde tenderrondes. Aanvankelijk zal het model een wilde gok doen om te voorspellen welk puntenaantal moet worden toegekend aan de betreffende aanvraag. Vervolgens krijgt het model te horen wat de uitkomst behoorde te zijn volgens de toenmalige deskundige. Dit proces wordt herhaald en het model zal steeds beter kunnen voorspellen wat de uitkomst moet zijn.⁸⁸ Omdat BERTender van meet af aan tekst kan kwalificeren, leert hij welke elementen in subsidieaanvragen nopen tot een hogere puntentoekenning. Het resultaat is een getraind model dat subsidieaanvragen, die het nog nooit heeft gezien, kan voorzien van beoordelingsscores.

4.2 Kunstmatige intelligentie ter ondersteuning van deskundigenadviescommissies

Deze paragraaf bespreekt scenario twee, namelijk de oplossing van de inherente problemen door toepassing van AI ter ondersteuning van deskundigenadviescommissies.

In dit scenario wordt ervan uitgegaan dat een deskundigenadviescommissie een advies uitbrengt zoals zij normaliter zou doen. BERTender genereert daarnaast een computeradvies, synchroon aan het deskundigenadvies. De twee adviezen kan men vervolgens naast elkaar houden.

4.2.1 Oplossing voor schaarste aan deskundigen

Zoals besproken in paragraaf 3.3.1 is schaarste aan deskundigen een mogelijke basis voor de problemen die samengaan met de hoedanigheid van adviseurs. Op de korte termijn is het onrealistisch dat BERTender deskundigen volwaardig kan vervangen.⁸⁹ Desondanks kan BERTender een oplossing voor bieden voor de problemen die hiermee samengaan.

Het idee achter BERTender is dat hij – door getraind te zijn met een veelheid aan data, die is voorzien van scores door veel verschillende deskundigen – een zo objectief mogelijk oordeel kan vellen. Indien er in een tenderronde twijfels ontstaan over de belangen van een deskundige, kan de beoordeling van de bestreden deskundige naast de beoordeling van het algoritme worden gehouden. Door deze vergelijkende toets kunnen pogingen van deskundigen om de besluitvorming naar hun hand te zetten,⁹⁰ vroegtijdig aan het licht komen. Als vervolgens de bijdrage aan het advies van de bestreden deskundige wezenlijk afwijkt van de uitkomst van BERTender, kan het bestuursorgaan maatregelen treffen. Wanneer nader onderzoek ten slotte uitwijst dat de deskundige een belang had dat het bestuursorgaan onverenigbaar acht met diens hoedanigheid van adviseur, kan deze deskundige geheel of gedeeltelijk van de procedure uitgesloten worden. Indien het bestuursorgaan niet overtuigd is dat de deskundige belangen heeft bij een bepaalde uitkomst van

⁸⁵ Devlin et al. 2019.

⁸⁶ Bijvoorbeeld Dokter BERTje voor Nederlandstalig medisch jargon: Lie 2020.

⁸⁷ Zoals RobBERT: Delobelle 2020.

⁸⁸ Bij deze trainingmethode moeten echter kanttekeningen worden geplaatst, zie hiervoor par. 4.2.3.

⁸⁹ Zie par. 4.2.3.

⁹⁰ Zoals het *de facto* criterium van artikel 2:4 lid 2 Awb luidt, zie par. 3.3.1.

de tender, kan een motivering worden geëist waarin de deskundige zijn oordeel nader toelicht en in het bijzonder waarom dit zodanig afwijkt van het oordeel van BERTender. Op deze manier biedt het algoritme het bestuursorgaan aanknopingspunten om adequaat aan de vergewisplicht te voldoen, met name het facet hoedanigheid van de adviseurs.

4.2.2 *Oplossing voor controleerbaarheid en herstelproblemen*

Scenario twee kan tevens, vanuit meerdere invalshoeken, oplossingen bieden voor problemen met controleerbaarheid en herstel.

Als eerste kan het deskundigen en het bestuursorgaan soelaas bieden. Zoals besproken in 3.3.2 gaat er nog wel eens iets mis bij de totstandkoming van een advies. Het algoritme kan compenseren voor deze fouten. Indien bijvoorbeeld onmogelijk te controleren is of een advies juist tot stand is gekomen, kan worden gekeken of de uitkomst (grotendeels) overeenkomt met die van BERTender. Zo ja, dan is dit een indicatie voor het bestuursorgaan dat de procedure inhoudelijk juist is verlopen. Aangezien de motiveringsplicht rust op het bestuursorgaan kan het met behulp van het computeradvies en de informatie over hoe BERTender tot dit advies is gekomen,⁹¹ de gebrekkige totstandkoming ondervangen en toch tot een deugdelijk besluit komen. Zo niet, dan kan het bestuursorgaan, afhankelijk van de ernst van de gebreken, in plaats van het deskundigenadvies het computeradvies volgen en zijn motivering hierop baseren.

Ten tweede biedt het teleurgestelde aanvragers en de bestuursrechter soelaas. Indien de adviescommissie onverhoopt gespreksverslagen niet opmaakt of kwijtraakt, of het advies inhoudelijk niet inzichtelijk genoeg maakt of motiveert, kan worden teruggegrepen naar de uitkomst van BERTender. Indien het deskundigenadvies afwijkt van het computeradvies, kunnen aanvragers het computeradvies gebruiken als stok om mee te slaan in bezwaar- en beroepsprocedures. De bestuursrechter kan bovendien het computeradvies als middel gebruiken om geschillen zo veel mogelijk finaal te beslechten.⁹² Zoals eerder besproken, is een snelle rechterlijke procedure bij uitstek van belang voor subsidieaanvragers, wiens voortbestaan vaak afhangt van (tijdige) subsidiegelden. Hoewel de bestuursrechter wellicht graag zelf in dergelijke zaken zou willen voorzien, zal hij zich – door de beoordelingsruimte van het bestuur en de invulling hiervan, door middel van subjectieve waardeoordelen van deskundigen – terughoudender opstellen.⁹³ Met het computeradvies kan de bestuursrechter deze stap waarschijnlijk sneller verantwoorden. Tevens zal hij bij (kleine) gebreken in de totstandkoming of inhoud van het advies, makkelijker kunnen overgaan tot passeren of tot instandlating van rechtsgevolgen. Indien het deskundigenoordeel dezelfde uitkomst heeft als BERTender, is het immers aannemelijk dat de uitkomst juist is en aanvrager door de gebreken niet is geschaad. Laatstelijk kan het bestuursorgaan – en indirect de deskundigenadviescommissie – middels een bestuurlijke lus, onder verwijzing naar het computeradvies, realistischer opgedragen worden om besluiten te herstellen, gezien de zuivere *ex tunc* toetsing waartoe BERTender in staat is.

4.2.3 *Kanttekeningen*

Allereerst gaat het bovenstaande uit van een goed getraind BERT-model; dat is een uitdaging op zich. Daarnaast is BERTender, net als alle slimme algoritmes, in werkelijkheid niet zo slim als hij lijkt. Als men onder de motorkap kijkt, blijkt dat de magie niet veel meer is dan regressie; het model probeert bepaalde gegevens met elkaar te correleren.⁹⁴ In de praktijk betekent dit dat BERTender tijdens het trainen afhankelijk is van de kwalitatieve oordelen van deskundigen bij tendersubsidieaanvragen. Men komt in beginsel dus niet onder de schaarse deskundigen uit. Bovendien moet men zich realiseren dat nog steeds gewerkt wordt met diens subjectieve oordelen. Dit kan worden ondervangen door uiteindelijk zodanig veel subjectieve data te gebruiken, dat BERTender zo objectief mogelijk wordt. Voor kleine tendersubsidierondes blijft het daarom

⁹¹ Hoe men deze informatie uit BERTender afleidt, volgt in paragraaf 5.2.2.

⁹² Hetgeen de rechter verplicht is ex artikel 8:41a Awb.

⁹³ Jacobs & Den Ouden 2011, par. 5.6.

⁹⁴ Bijv. Burrell 2016.

lastig om een goedwerkend model te trainen.⁹⁵ Daarnaast is gebrekkige verslaglegging een veelvoorkomend probleem, waardoor de soms schaarse data niet bruikbaar is.

Het voordeel daarentegen is dat BERT-modellen van nature geschikt zijn om te werken met relatief weinig data.⁹⁶ Daarnaast kan men BERTender gelijktijdig trainen op basis van puntentoekenning voor tenderssubsidieaanvragen én opdragen elk woord in de aanvraag een waardering te geven. Op deze manier is het model gedwongen om teksteigenschappen te leren die voor beide taken van belang zijn en zodoende krijgt het met minder data een beter beeld van de beoordeling van subsidietenders. Bestuursorganen en rechters die deskundigenadviezen proberen te vergelijken, zullen echter moeten blijven waken dat ongewenste resultaten van tenderrondes niet doorsijpelen in computeradviezen.⁹⁷

4.3 Kunstmatige intelligentie ter vervanging van deskundigenadviescommissies

In deze paragraaf wordt scenario drie besproken, namelijk de oplossing van de inherente problemen door toepassing van AI ter vervanging van deskundigenadviescommissies. BERTender zal in dit scenario de deskundigencommissie volledig vervangen als adviesorgaan.

4.3.1 Oplossing voor schaarste aan deskundigen, controleerbaarheid en herstelproblemen

In dit scenario wordt het probleem van schaarste aan deskundigen volledig ondervangen. Men gaat ervan uit dat BERTender zodanig is getraind dat hij zelfstandig tenderssubsidieaanvragen van punten kan voorzien, waardoor deskundigenadviescommissies overbodig zijn.

Wat betreft de controleerbaarheid geldt dat BERTender de overwegingen die leiden tot zijn advies in principe altijd bewaart. Het is wel de bedoeling dat deze overwegingen in mensentaal uitlegbaar zijn.⁹⁸ Als dit lukt kan BERTender de transparantie van de procedure in beginsel altijd garanderen. Voornamelijk totstandkomingsproblemen, zoals gebrekkige of ontbrekende verslaglegging, zouden verleden tijd moeten zijn.

Herstelproblemen kunnen ook worden aangepakt in scenario drie. BERTender zal zoals eerder benoemd geen moeite hebben met *ex tunc* beoordelen. Factoren die achteraf gezien niet meegenomen hadden mogen worden in de overweging, leiden in de praktijk niet meer tot het (deels) opnieuw moeten organiseren van de verdeelprocedure.

Concluderend biedt BERTender in beginsel een oplossing voor de problemen bij deskundigenadviescommissies.

4.3.2 Kanttekeningen

Bij het derde scenario moet men vrijwel dezelfde kanttekeningen plaatsen als bij het tweede. De noodzaak om BERTender eerst te trainen met voldoende data zorgt ervoor dat vervanging van deskundigenadviescommissie in eerste instantie toekomstmuziek is. Men moet eerst zeker zijn dat BERTender door voldoende training op eigen benen kan staan. In tegenstelling tot de bergen aan data die beschikbaar zijn bij sommige NLP-taken,⁹⁹ is men bij subsidietenders gebonden aan de vijftig tot honderd subsidieaanvragen die het bestuursorgaan binnen een bepaalde – veelal jaarlijkse – tenderronde ontvangt. De eerder beschreven inherente voordelen van BERTender en de aangevoerde trainmethode ter compensatie van het gebrek aan data, kunnen hier echter soelaas bieden.

Verder verliest men ten opzichte van scenario twee de controlemogelijkheid. In plaats van twee adviezen die elkaar kunnen versterken, heeft men nu wederom één advies. Een interessante oplossing zou kunnen zijn controle van het computeradvies door deskundigen. Op de lange termijn zijn ingebouwde waarborgen in het algoritme, of het trainen van meerdere vergelijkbare modellen die elkaar aanvullen,

⁹⁵ Bijvoorbeeld de Wind op Zee-tendersubsidies, waarbij per tenderronde slechts een aantal aanvragen binnenkomen.

⁹⁶ Bengio 2012.

⁹⁷ Vgl. Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 191 & 192.

⁹⁸ Deze uitlegbaarheid is echter geen vanzelfsprekendheid en behoeft nadere bespreking, zie par. 5.1.1 & 5.1.2.

⁹⁹ Bij *question answering*-taken heeft men in beginsel bijvoorbeeld heel Wikipedia ter beschikking.

denkbaar. De toekomst zal moeten uitwijzen of de voordelen van het computeradvies zwaarder wegen dan de nadelen. De effectiviteit van andere BERT-modellen voor hun betreffende taak, is echter een goede voorbode.

4.4 Deelconclusie

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat AI een oplossing kan bieden voor de inherente problemen van deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures. Bij scenario twee kan BERTender een aanvullende rol vervullen in de adviesprocedure, waardoor inherente problemen worden verzacht of zelfs verholpen. Bij scenario drie vervangt BERTender de deskundigenadviescommissie. Men heeft dan niet meer te maken met de deskundigenadviescommissie en diens tekortkomingen; de voordelen van computeradviezen ondervangen deze.

De scenario's kennen echter limitaties. Voor beiden geldt dat men een goedwerkend model moet trainen, waarbij problemen als een tekort aan data; de subjectiviteit van die data en onbruikbaarheid hiervan door gebrekkige verslaglegging, roet in het eten kunnen gooien. Het zijn echter vooral technische obstakels, waarvoor een aantal aanknopingspunten voor oplossingen zijn aangedragen. Het is bovendien niet het doel van dit onderzoek om alle technische problemen te weerleggen, deze taak ligt bij een eventueel team dat BERTender of een soortgelijk model in de praktijk probeert te brengen. Van belang is dat de limitaties van de scenario's, de oplossing niet lijken te ondermijnen. Bezien vanuit juridisch perspectief, dat uiteindelijk het belangrijkste is in dit onderzoek, is BERTender daarom een goede kandidaat om de deskundigenimpasse te doorbreken.

Concluderend is van het vierde scenario, waarin BERTender de inherente problemen niet kan oplossen, geen sprake. Hierbij hoort echter een laatste juridische kanttekening: rechtsbescherming, hetgeen aan bod komt in hoofdstuk 5.

Hoofdstuk 5 Computeradvies en bestuurlijke rechtsbescherming

AI biedt mogelijk perspectief om de deskundigenimpasse te doorbreken. Het mag echter niet zo zijn, dat deze oplossing teleurgestelde aanvragers in een ongunstige positie brengt wat betreft bestuurlijke rechtsbescherming. Zoals naar voren is gekomen in het voorgaande hoofdstuk kent (ondersteuning van) deskundigenadvies door een computer limitaties. De invloed hiervan op rechtsbescherming en mogelijke oplossingen worden in dit laatste hoofdstuk besproken.

5.1 Computerbesluiten

Als een besluitvormingsproces geheel of gedeeltelijk wordt verricht door de computer spreekt men van een computerbesluit. De transitie van ambtenaar naar slimme computer kent echter schaduwzijden. Daarom is in jurisprudentie een rechtsbeschermingskader tot stand gekomen.

5.1.1 'Black box'-problematiek

In hoofdstuk 4 is besproken hoe de overwegingen die een algoritme maakt en de gegevens die het hiervoor gebruikt in beginsel niet verloren gaan. Hoewel dit zo is, is voor het doel van het voorgaande hoofdstuk de aanname gedaan dat deze informatie zonder meer te raadplegen is. Dit is echter geen vanzelfsprekendheid. In de literatuur wordt bovendien gesteld dat het veelal onnavolgbaar is op basis van welke uitgangspunten met name *machine* en *deep learning*-systemen tot hun antwoorden komen.¹⁰⁰ Dit is te begrijpen als men zich realiseert dat het algoritme in essentie wordt gevraagd om gegevens te correleren; de discretionaire ruimte om te bepalen *hoe* deze verbanden worden gelegd komt bij het algoritme te liggen en maakt dat het systeem ondoorzichtig wordt. Het gevolg is dat computerbesluitvorming een 'black box' dreigt te worden.

5.1.2 Rechtsbeschermingskader

Er is een patroon te herkennen in de jurisprudentie van de bestuursrechter over computerbesluiten. Hij overweegt dat deels geautomatiseerde besluitvorming door een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames niet inzichtelijk en controleerbaar kan zijn. Vanuit het perspectief van bezwaarmakers kan de besluitvorming worden gezien als een 'black box'. Hierdoor kan een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan.¹⁰¹ Ter voorkoming hiervan rust op het bestuursorgaan de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig, uit eigen beweging en op een passende wijze openbaar te maken, zodat ze voor derden toegankelijk zijn. Dit moet tevens op een zodanige manier gebeuren dat de bezwaarmaker voldoende tijd heeft om een en ander te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat effectieve rechtsbescherming mogelijk is.¹⁰² Transparantie, en daarmee zorgen dat de besluitvorming geen 'black box' wordt, is de harde voorwaarde voor computerbesluiten.¹⁰³

5.2 Computeradviezen

Voorop moet staan dat BERTender weliswaar een algoritme is, maar strikt genomen geen besluiten neemt. Deskundigenadviescommissies drukken echter een zware stempel op het besluitvormingsproces en algoritmes die de adviestaak overnemen staan in die zin op gelijke voet met geautomatiseerde besluitvorming.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Zie par. 5.2.2.

¹⁰¹ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck, r.o. 14.3.

¹⁰² *Ibidem*, r.o. 14.4; de HR volgt dezelfde jurisprudentielijn, zie: HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *Belastingblad* 2018/367, m.nt. B.S. Kats.

¹⁰³ Zie ook het (ongevraagde) advies van de RvS over digitalisering: *Kamerstukken II*, 2017/18, 26643, 557.

¹⁰⁴ Van Amerongen & Schuurmans 2019; zij passen het rechtsbeschermingskader voor geautomatiseerde besluitvorming ook toe op advies van een algoritme.

5.2.1 *Verwacht rechtsbeschermingskader*

Het juridisch kader voor computerbesluiten lijkt, wellicht om die reden, dezelfde uitgangspunten te hebben als dat van deskundigenadviesing in tendersubsidieprocedures. In beide kaders staat transparantie hoog in het vaandel en de bestuursrechter besteedt veel aandacht aan het vereiste van effectieve rechtsbescherming. In zekere zin kan een gebrekkige totstandkoming van een deskundigenadvies ook een ‘black box’ zijn,¹⁰⁵ aangezien controleerbaarheid en herstel vrijwel onmogelijk zijn. Het is daarnaast aannemelijk dat de juridische grondslag voor de vereiste transparantie bij algoritmische besluitvorming een uitvloeisel is van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel,¹⁰⁶ zoals ook het geval is bij deskundigenadviesing. Wat betreft het rechtsbeschermingskader voor computeradviezen kan men daarom een parallel trekken met de vergewisplicht voor deskundigenadviesing.

Als men vervolgens de vereisten, met name de aspecten totstandkoming en inhoud, om te voldoen aan de vergewisplicht tegen het licht houdt van de transparantie-eis van een computerbesluit, is de conclusie dat deze ruimschoots wordt ondervangen door de vergewisplicht.¹⁰⁷ De conclusie mag worden getrokken dat indien het computeradvies voldoet aan de vergewisplicht, deze ook voldoet aan het juridisch kader voor computerbesluitvorming. Dit temeer nu in de literatuur wordt gesteld dat bij algoritmische besluitvorming een vergewisplicht op het bestuursorgaan rust.¹⁰⁸ De verwachting naar aanleiding van dit onderzoek is dat, wanneer BERTender – of een soortgelijk computeradviesmodel – in de praktijk is gebracht, de bestuursrechter de vergewisplicht bij deskundigenadviesing en het juridische kader voor computerbesluitvorming zal vervlechten.

5.2.2 *Transparantieprobleem*

De Minister van Rechtsbescherming is huiverig waar het gaat om rechtsbescherming bij computeradviezen en de literatuur lijkt hem hierin te volgen.¹⁰⁹ Bij *machine* en *deep learning* zou het nagenoeg onmogelijk zijn om te achterhalen hoe het algoritme tot zijn advies is gekomen, wat voldoen aan een vergewisplicht onmogelijk maakt. Dit is echter veel te kort door de bocht.¹¹⁰ Verder wordt gesteld dat de informatie die wél uit de zelflerende algoritmes te halen is, enkel zal leiden tot ‘technische transparantie’, die maar in beperkte mate tot ‘uitlegbaarheid’ leidt.¹¹¹ Dat de benodigde uitlegbaarheid slecht of zelfs onhaalbaar is, is een opvatting die in dit onderzoek niet wordt gedeeld. Als de informatie die voortvloeit uit deze technische transparantie kan worden gemanipuleerd tot handvatten voor effectieve rechtsbescherming, kan men het transparantieprobleem ondervangen. De minister erkent dat hiertoe technieken zijn ontwikkeld, om achteraf te bepalen op welke informatie een algoritme zijn uitkomst baseert,¹¹² maar onderschat hierbij de potentie van met name *deep learning* om de gewenste uitlegbaarheid te bereiken.¹¹³ De methode voorgesteld in dit onderzoek, biedt bovendien bij uitstek een basis voor uitlegbaarheid.¹¹⁴

¹⁰⁵ Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 176, zij maken deze vergelijking ook.

¹⁰⁶ De Poorter & Goossens 2019, p. 3308.

¹⁰⁷ Zie par. 3.2.2 & 3.2.3.

¹⁰⁸ De Poorter & Goossens 2019, p. 3306.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II*, 2018/19, 26 643, 570; Van Eck, Bovens & Zouridis 2018, p. 3014; Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 193 & 194. Vgl. voor een optimistischere houding Coglianese & Lehr 2018, p. 40-42.

¹¹⁰ Dit reflecteert hoogstens de situatie bij de introductie van *machine* en *deep learning*, de praktijk is zich al jaren bewust van het belang van transparantie en ontwikkelt hier gestaag methodes voor. Zie Selvaraju et al. 2016 voor de grote ontwikkelingen die reeds in 2016 plaatsvonden.

¹¹¹ Bijv. Ananny & Crawford 2016; *Kamerstukken II*, 2018/19, 26 643, 570, p. 3 & 4.

¹¹² *Kamerstukken II*, 2018/19, 26 643, 570, p. 4.

¹¹³ De minister geeft geen bron voor hetgeen hij stelt, maar doelt waarschijnlijk op verouderde methoden, in tegenstelling tot die zijn voorgesteld in Selvaraju et al. 2016. Voor verdere suggesties om AI transparant (genoeg) te maken voor besluitvorming, zie Coglianese & Lehr 2018, p. 41-42.

¹¹⁴ BERTender is immers gemaakt op basis van een voorgetraind taalmodel en kan aan de hand van de tekst van de aanvraag markeren wat voor hem belangrijk was om tot zijn advies te komen. Noch het bestuursorgaan, noch de bestuursrechter, noch de aanvrager hoeft beslisregels uit abstracte wiskundige berekeningen of codeertaal te halen. Zie par. 5.2.3 voor nadere uitwerking.

5.2.3 Uitlegbaarheid en rechtsbescherming

Een mogelijke oplossing voor het transparantieprobleem is tweeledig. Enerzijds dient transparantie in het algoritme reeds bij de bouw en training voorop te staan.¹¹⁵ Een methode om dit te bewerkstelligen is *heat mapping* (illustratie I). Hierbij wordt BERTender ingericht zodat hij woorden, zinnen of zinsneden een bepaalde kleur geeft, afhankelijk van hoe belangrijk ze waren om tot zijn advies te komen.¹¹⁶ Deze vorm van technische transparantie staat niet gelijk aan een schriftelijke motivering van het advies,¹¹⁷ maar het visuele aspect biedt wel handvatten om tot uitlegbaarheid te komen. Met behulp van deskundigen, die door de toepassing van BERTender minder schaars zijn, kunnen deze handvatten worden aangewend om het computeradvies inzichtelijker te maken. Hierbij kan men denken aan een ‘vertaling’ van het visuele hulpmiddel naar een schriftelijke motivering. De *heat map*, met de aanvullende motivering, kan aan de aanvragers verstrekt worden, zoals dit nu zou gebeuren met documenten die gebruikt zijn voor, of notulen bevatten van, de besluitvorming.

Illustratie I:¹¹⁸

Task: Hotel location

you get what you pay for . not the **cleanest rooms** but bed was **clean** and so was **bathroom** . bring your own **towels** though as very **thin** . service was **excellent** , let us book in at 8:30am ! **for location and price , this ca n't be beaten** , but it is **cheap** for a reason . if you come expecting the hilton , then book the hilton ! for uk travellers , think of a blackpool b&b.

Task: Hotel cleanliness

you get what you pay for . **not the cleanest rooms but bed was clean and so was bathroom** . bring your own **towels** though as very **thin** . service was excellent , let us book in at 8:30am ! for location and price , this ca n't be beaten , but it is **cheap** for a reason . if you come expecting the hilton , then book the hilton ! for uk travellers , think of a blackpool b&b.

Task: Hotel service

you get what you pay for . not the cleanest rooms but bed was **clean** and so was **bathroom** . bring your own **towels** though as very **thin** . **service was excellent** , let us book in at 8:30am ! for location and price , this ca n't be beaten , but it is **cheap** for a reason . if you come expecting the hilton , then book the hilton ! for uk travellers , think of a blackpool b&b.

Uitlegbaarheid zal echter niet de volledige oplossing zijn.¹¹⁹ Anderzijds is het daarom noodzakelijk dat een rechtsbeschermingskader tot stand komt waarbij men inspeelt op de kracht van AI en om de limitaties heen werkt.¹²⁰ De bestuursrechter is wendbaar en lijkt immers op eenzelfde manier om te gaan met deskundigenadvisering bij tendersubsidies.¹²¹ De eisen aan transparantie voor BERTender hoeven niet een-op-een overeen te komen met die voor klassieke deskundigenadvisering. Uiteindelijk moet de aanvrager voldoende handvatten krijgen om op effectieve wijze het besluit aan te vechten; hoe dit vorm wordt gegeven staat niet in steen geschreven.

5.3 Deelconclusie

De bestuursrechter vergt een grote mate van transparantie bij (deels) geautomatiseerde besluitvorming, waarbij het aannemelijk is dat, bij computeradviezen, de vergewisplicht van klassieke advisering deze transparantie-eis ondervangt. De ontwikkelingen binnen *deep learning* om modellen zo transparant mogelijk te maken zijn veelbelovend, ondanks dat de minister en de literatuur deze maar beperkt erkennen. Daarenboven leent de tekstuele aard van BERTender zich bij uitstek hiervoor. Door middel van *heat*

¹¹⁵ Juridische bescherming *by design*: De Poorter & Goossens 2019, p. 3309 & 3310.

¹¹⁶ Galassi, Lippi & Torroni 2019; het voorbeeld in illustratie I laat zien dat het model visualiseert welke woorden van belang waren voor het uitvoeren van de specifieke taak – in dit geval sentimentanalyse – door ze te markeren. Vergelijkbaar hiermee, zal BERTender een donkere kleur geven aan woorden die het meest, en een lichte kleur geven aan woorden die weinig tot niet, bijdragen aan de desbetreffende voorspelling.

¹¹⁷ Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 193.

¹¹⁸ Uit: Galassi, Lippi & Torroni 2019

¹¹⁹ De bestuursrechter vergt immers dat de gevolgde procedure en de inhoud van het advies glashelder zijn, zie par. 3.2.2, 3.2.3 en 5.1.2.

¹²⁰ De voordelen van AI in tendersubsidieprocedures uit hoofdstuk 4 spreken voor zich.

¹²¹ Zie par. 3.3.1 & 3.3.2; de bestuursrechter lijkt in het kader van rechtsbescherming immers rekening te houden met de schaarste aan deskundigen en dit te compenseren met de eisen aan de inhoud en totstandkoming van het advies.

mapping, en op basis hiervan een uitleg in begrijpelijke taal, kan men de gewenste uitlegbaarheid bereiken. Dit zal het computeradvies niet zonder meer glashelder maken, zoals de bestuursrechter *de facto* eist. Het is daarom noodzakelijk dat het juridische kader zich ontwikkelt met inachtneming van de voordelen die AI biedt om zo de nadelen te ondervangen.

Hoofdstuk 6 Slot

6.1 Conclusie

In dit onderzoek stond centraal hoe kunstmatige intelligentie de problemen van deskundigenadviesing in tendersubsidieprocedures kan oplossen. Voor de beantwoording is allereerst gekeken waarom er veelvuldig deskundigenadviescommissies worden ingesteld bij tendersubsidies. Dit komt door de grote mate van beslissingsruimte die het bestuursorgaan geniet. Het bestuursorgaan kan die ruimte niet invullen vanwege een gebrek aan inhoudelijke kennis en omdat het Thorbecke-adagium voorschrijft dat de overheid zich onthoudt van oordelen over kunst en wetenschap. Het inschakelen van deskundigenadviescommissies voor de invulling van bestuurlijke beslissingsruimte in tendersubsidieprocedures is daarom noodzakelijk.

Vervolgens is het wettelijk kader van deskundigenadviesing in tendersubsidieprocedures inzichtelijk gemaakt, gevolgd door de inherente problemen. Het bestuursorgaan blijft het bevoegde gezag en moet zich ex artikel 3:9 jo. 3:49 Awb ervan vergewissen dat het deskundigenadvies zorgvuldig tot stand is gekomen. Teleurgestelde aanvragers kunnen aspecten van deze vergewisplicht aan de kaak stellen. Wat betreft de hoedanigheid van de adviseurs mag geen schijn van vooringenomenheid heersen ex artikel 2:4 Awb. Daarnaast moet het advies zorgvuldig tot stand zijn gekomen en inhoudelijk voldoende zijn onderbouwd. De bestuursrechter hecht hierbij veel waarde aan effectieve rechtsbescherming: er moet zowel voor- als achteraf volledige transparantie bestaan over de puntenverdeling; hoe deze tot de rangorde heeft geleid; hoe deze punten zijn te herleiden naar individuele deskundigen alsmede hoe de aanvragen zich tot elkaar verhouden. Verder moet de motivering van het advies het besluit kunnen dragen en moet het bestuursorgaan alsmede de aanvrager inzage krijgen in alle benodigde stukken om dit te kunnen beoordelen. Indien de aanvrager succesvol weet te beargumenteren dat de deskundigencommissie steken heeft laten vallen, dient er een heroverweging van het besluit plaats te vinden aan de hand van artikel 7:11 Awb.

Ondanks dit op het eerste oog sluitend wettelijk kader, zijn er inherente problemen gemoeid met deskundigenadviesing in tendersubsidieprocedures. De vijver waaruit men deskundigen vist is klein, waardoor zich geregeld zaken voordoen waarbij een schijn van vooringenomenheid heerst bij een of meer deskundigen. De rechter is echter terughoudend met het bewezen achten van dit aspect en in de praktijk lijkt het criterium het 'naar de hand (kunnen) zetten van de procedure' te zijn. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de bestuursrechter zich bewust is van de schaarste aan gekwalificeerde deskundigen. Ten aanzien van totstandkoming en inhoud van het advies laat de praktijk zien dat door menselijke fouten of onwil adviesprocedures niet transparant (genoeg) zijn, dan wel dat de motivering ontoereikend is. De bestuursrechter houdt hier een strenge jurisprudentielijn aan, mogelijk ter compensatie van de problemen die gemoeid gaan met de schaarste aan deskundigen. Dit leidt in de praktijk echter tot onwerkbare situaties. Herstel van deze tekortkomingen is vervolgens lastig. Een niet-opgemaakt gespreksverslag kan onmogelijk alsnog worden geproduceerd en een menselijke deskundige kan nagenoeg onmogelijk zuiver *ex tunc* toetsen.

Daarna is kunstmatige intelligentie geïntroduceerd als mogelijke oplossing voor de problemen. Binnen de computerlinguïstiek is het BERT-model een veelbelovende kandidaat om deskundigen te ondersteunen, dan wel zelfstandig computeradviezen te genereren. Met behulp van *deep learning*-technologie kan BERTender op basis van adviezen uit reeds afgeronde tendersubsidieprocedures worden getraind. Ondersteunend ingezet kan het computeradvies naast het deskundigenadvies worden gelegd om een schijn van belangenverstrengeling vroegtijdig op te sporen, aanvragers handvatten te verschaffen om fouten in de totstandkoming en inhoud van het advies te weerleggen en bestuursrechters de mogelijkheid geven om procedures zo veel mogelijk finaal te beslechten. Ter vervanging van deskundigenadviezen kan worden geprofiteerd van de onpartijdigheid van de computer, het feit dat overwegingen in beginsel nooit verloren gaan en de mogelijkheid tot zuivere *ex tunc* toetsing. Op deze manier kan kunstmatige intelligentie de problemen van deskundigenadviesing in tendersubsidieprocedures in beginsel oplossen.

Laatstelijk is het rechtsbeschermingskader voor computeradviezen besproken. Om werkelijk te kunnen profiteren van deze oplossing moet BERTender transparant zijn. De bestuursrechter oordeelt dat, ter voorkoming dat een computerbesluit een ‘black box’ wordt, het bestuursorgaan de gemaakte keuzes, gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig, uit eigen beweging en op een passende wijze openbaar moet maken. Dit kader voor computerbesluiten is verenigbaar met de transparantie eisen aan deskundigenadvisering in tendersubsidieprocedures.

De literatuur stelt veelal dat dergelijke transparantie bij *deep learning*-technieken onhaalbaar is, dan wel dat enkel minder bruikbare ‘technische transparantie’ haalbaar is. Dit onderzoek concludeert echter dat door het slim inrichten van BERTender en gebruik van technieken als *heat mapping* deze technische transparantie omgezet kan worden in uitlegbaarheid. Het computeradvies voldoet hiermee niet onmiddellijk aan de huidige transparantie-eisen bij deskundigenadvisering. Bij de ontwikkeling van het juridisch kader kan men echter rekening houden met de kracht van AI, zodat zij diens limitaties kan ondervangen.

Teruggrijpend naar de inleiding van dit onderzoek, is een interessant gedachte-experiment om te bedenken hoe het incident uit Noord-Brabant van 2021 zich anders had voltrokken, was BERTender voorhanden geweest. Was de schijn van vooringenomenheid bij het betreffende commissielid eerder ontdekt? En had men de transparantie-gebreken kunnen ondervangen door te kijken hoe BERTender tot zijn advies is gekomen? In dit incident is het kwaad helaas al geschied. Wellicht dat in de toekomst geld en tijd bespaard kunnen worden door tussenkomst van een computeradvies.

6.2 Aanbeveling

Een andere bevinding van dit onderzoek is dat er een discrepantie lijkt te zijn tussen de opvattingen over de recente ontwikkelingen in transparantie van met name *deep learning* in het juridisch discours en de wetenschappelijke praktijk. Met een toenemende interesse van de overheid in deze technieken is het aan te bevelen nader (interdisciplinair) onderzoek te doen naar deze discrepantie.

Gezien de oplossingen die een BERTender-model volgens dit onderzoek kan teweegbrengen, is een tweede aanbeveling om een interdisciplinair team in te zetten dat, met een *hands-on* benadering, een poging waagt tot het schrijven van een BERTender-model. BERT-modellen zijn immers veelal open-source op het internet te vinden. Nog beter zou zijn als men aanspraak kan maken op een subsidiepot, waarbij de aanvraag overigens mooi zou kunnen dienen als trainingsdata!

De laatste aanbeveling is om vervolgonderzoek te doen naar een soortgelijke toepassing van AI op andere juridische impasses in de bestuurspraktijk. Te denken valt aan Wob-verzoeken, waarbij zowel op lokaal¹²² als rijksniveau¹²³ grote praktische en financiële problemen worden ondervonden.

Ambtenaren hoeven niet massaal *data scientist* te worden; noodzakelijk is slechts een begrip van wat AI is, wat het vooral *niet* is en de vooruitgang die het voor de bestuurspraktijk kan betekenen.

¹²² Empirisch: een enkel Wob-verzoek kostte twee gemeentjuristen zes maanden (!) om af te handelen, in plaats van de begrote maand door een enkele jurist.

¹²³ Enthoven, *De Groene Amsterdammer*, 12 januari 2021.

Geraadpleegde en aangehaalde literatuur

Artikelen

Ananny & Crawford 2018

M. Ananny & K. Crawford, 'Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability', *New Media & Society* 2018/20, p. 973-989.

Bengio 2012

Y. Bengio 'Deep Learning of Representations for Unsupervised and Transfer Learning', in: I. Guyon, G. Dror, V. Lemaire, G. Taylor, & D. Silver (red.) *Proceedings of ICML workshop on unsupervised and transfer learning*, JMLR Workshop and Conference Proceedings 2012.

Brown et al. 2020

T.B. Brown et al., 'Language Models are Few-Shot Learners', via: *arXiv:2005.14165*, versie 22 juli 2020.

Burrell 2016

J. Burrell, 'How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms', *Big Data & Society* 2016/1.

Çapkurt 2019

F. Çapkurt, 'Bestuursrechtelijke uitdagingen bij de normering van de data-gedreven overheid', *NTB* 2019/11, afl. 3, p. 119-124.

Coglianesi & Lehr 2018

C. Coglianese & D. Lehr, 'Transparency and Algorithmic Governance', *Administrative Law Review* 2019/71.

De Poorter & Goossens 2019

J. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, afl. 44, p. 3303-3312.

Delobelle, Winters & Berendt 2020

P. Delobelle, T. Winters & B. Berendt, 'RobBERT: a Dutch RoBERTa-based Language Model', *arXiv:2001.06286*, versie 16 september 2020.

Devlin et al. 2019

J. Devlin, M. Chang, K. Lee & K. Toutanova, 'BERT: Pre-training of Deep Bidirectional Transformers for Language Understanding', via: *arXiv:1810.04805*, versie 24 mei 2019.

Eckersley 2019

P.D. Eckersley, 'Impossibility and Uncertainty Theorems in AI Value Alignment (or why your AGI should not have a utility function)', *SafeAI* 2019.

Galassi, Lippi & Torrioni 2019

A. Galassi, M. Lippi & P. Torrioni, 'Attention in Natural Language Processing', via: *arXiv:1902.02181*, versie 11 september 2020.

Hardy 2016

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren', *JBplus* 2016/1.

Hardy 2019

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het prijzen: prijzen in de kunst. Over de juridische consequenties van de vormgeving van Nederlandse kunst- en cultuurprijzen', *Themis* 2019/3, p. 98-118.

Hardy & Verboeket 2021

E.M.J. Hardy & L.W. Verboeket, 'Deskundigenadviesing in subsidie- en aanbestedingsrecht. Over smaak valt niet te twisten?', in: L.W. Verboeket, J.E. van den Brink, A. Drahmman, M.J. Jacobs, R. Ortlep (red.), *Bestuursrecht in het echt*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Jacobs & Den Ouden 2011

M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van subsidiegelden door concullega's. De rol van adviseurs bij de verdeling van schaarse subsidies in een beauty contest', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridisch 2011, 175-196.

Kegge 2018

R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBplus* 2018/4.

Krizhevsky, Sutskever & Hinton 2012

A. Krizhevsky, I. Sutskever & G.E. Hinton, 'ImageNet Classification with Deep Convolutional Neural Networks', in: F. Pereira, C.J.C. Burges, L. Bottou & K.Q. Weinberger (red.), *Advances in Neural Information Processing Systems 25*, NIPS 2012.

Leenes et al. 2017

R. Leenes, E. Palmerini, B. Koops, A. Bertolini, P. Salvini & F. Lucivero, 'Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues', *Law, Innovation and Technology* 2017/9, no. 1, p. 1-44.

Lie 2020

J. Lie, 'Dokter BERTje: Medical Concept Normalization of Dutch Medical Description on to SNOMED CT', Masterthesis Amsterdam UMC, 2 december 2020.

R. Ortlep & W.S. Zorg 2018

R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *AA* 2018/1, p. 20-25.

Ranchordás 2020

S.H. Ranchordás, 'The Digitization of Government and Digital Exclusion', in: Gilmar Ferreira Mendes & Carlos Blanco de Moraes (red.), *Direito Publico e Internet. Democracia, Redes Sociais e Regulação do Ciberespaço*, FGV Publicacoes/IDP/ Univ. Lisboa 2020.

Selvaraju et al. 2016

R.R. Selvaraju, M. Cogswell, A. Das, R. Vedantam, D. Parikh & D. Batra, 'Grad-CAM: Visual Explanations from Deep Networks via Gradient-based Localization', via: *arXiv:1610.02391*, versie 3 december 2019.

Sutskever, Vinyals & Le 2014

I. Sutskever, O. Vinyals & Q.V. Le, 'Sequence to Sequence Learning with Neural Networks', via: *arXiv:1409.3215*, versie 14 december 2014.

Theunisse 2019

M.H.W.C.M. Theunisse, 'Artikel 2:4 Awb gewogen: de rol van schijn van vooringenomenheid en schijn van belangenverstrengeling', *JBplus* 2019/3, p. 50 e.v.

Van Amerongen & Schuurmans 2019

N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van 'black box'-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019.

Van Eck 2019

B.M.A. van Eck, 'Computerbesluiten en de bestuursrechter', *TFB* 2019/8.

Van Eck, Bovens & Zouridis 2018

B.M.A. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechts toepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101, afl. 40, p. 3008-3017.

Vaswani et al. 2017

A. Vaswani, N. Shazeer, N. Parmar, J. Uszkoreit, L. Jones, A.N. Gomez, Ł. Kaiser & I. Polosukhin, 'Attention Is All You Need', via: *arXiv:1706.03762*, versie 6 december 2017.

(Hand)boeken

Bröring & De Graaf 2016

H.R. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*. Den Haag: Boom Juridisch 2016.

De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008

J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht: Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid*. Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Den Ouden, Jacobs & Verheij 2021

W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, *Subsidierecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Passchier 2021

R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat: Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*. Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*. Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Eck 2018

B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming*. Tilburg University 2018.

Van Rijn van Alkemade 2016

J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*. Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Wolswinkel 2013

C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten: Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*. Den Haag: Boom Juridisch 2013.

Jurisprudentie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 6 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE0336, AB 2002/111, m.nt. N. Verheij (*Bomech*).

ABRvS 7 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6228, AB 2003/3, m.nt. Neerhof (*Winsum*).

ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*Nomade*).

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

ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden (*New Dutch Academy*).

ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2415, AB 2012/246 m.nt. L.J.A. Damen (*Maatregel Alcohol en Verkeer*).

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

ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3364, AB 2017/198, m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (*Veni-subsidie*).

ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, AB 2018/371, m.nt. E.M.J. Hardy.

ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck.

ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1233.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155, AB 2017/62, m.nt. E.M.J. Hardy (*Energie Cirkel*).

CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (*Wind op Zee-I*).

CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, AB 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy (*Eagle Energy-I*).

CBb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100, AB 2020/10, m.nt. E.M.J. Hardy (*Wind op Zee-II*).

Hoge Raad

HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *Belastingblad* 2018/367, m.nt. B.S. Kats.

Rechtbank

Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, *AB* 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

Rb. Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, *AB* 2009/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

Rb. Midden-Nederland 15 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958, *AB* 2021/221, m.nt. E.M.J. Hardy.

Parlementaire stukken

Handelingen II, 1862/63, 36.

Kamerstukken II, 2017/18, 26643, 557 (Advies Afdeling Advisering Raad van State en nader rapport).

Kamerstukken II, 2018/19, 26 643, 570 (Brief van de Minister voor Rechtsbescherming).

PG Awb I.

PG Awb III.

Verslagen

Jaarverslag Raad van State 2017.